

Φ 02  
C892

МАЙ 2008

СП6ГУ

СП67У

СПбГУ

# СУДЕБНЫЙ ЖУРНАЛЪ,

БЫВШИИ

ЖУРНАЛЪ МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦИИ.

ПРИЛОЖЕНИЕ

къ

СУДЕБНОМУ ВѢСТНИКУ.

ГОДЪ XV. Сентябрь 1873 Октябрь ГОДЪ.

## СОДЕРЖАНИЕ:

Наблюденія и замѣтки объ условіяхъ слѣдственной дѣятельности, въ провинціи. К. А. . . . .	1—32	Уголовное право, его предметъ, его задачи. Доцента Ив. ФОЙНИЦКАГО. . . . .	1—16
Гражданское право и психіатрія. Л. СЛОНИМСКАГО. . . . .	1—56	<b>Приложенія:</b> III. Кассационное производство. БЕРНАРА (съ французскаго). Лл. 11—15 . . . . .	153—224
Объ элементахъ науки гражданскаго судопроизводства. Кр. МАЛЫШЕВА. . . . .	1—17	II. Объ обязательствахъ по римскому и русскому праву по Виндшейду Лл. 14—16 . . . . .	137—184

С.-ПЕТЕРБУРГЪ

Типографія К. В. Трубникова, Литейная, д. № 42.

1873

БИБЛИОТЕКА

ПРИЛИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТЪ

О ПОДПИСЕВЪ НА

„СУДЕБНЫЙ ВѢСТНИКЪ“

и

„СУДЕБНЫЙ ЖУРНАЛЪ“

(бывшій «Журналъ Министерства Юстиціи»

въ 1874 году (годъ девятый).

«Судебный Вѣстникъ», по прежнему будетъ имѣть своимъ назначеніемъ слѣдить за движеніемъ законодательства, судебной практики и науки права. |

А. Въ составъ газеты входятъ:

I. Часть официальная: новыя узаконенія, правительственныя распоряженія, движеніе по государственной службѣ.

II. Передовыя статьи, посвященныя разработкѣ вопросовъ теоріи права и положительнаго законодательства.

III. Практическія замѣтки такого же содержанія.

IV. Тезисы или положенія, извлекаемыя изъ рѣшеній сената по мѣрѣ ихъ выхода.

V. Корреспонденціи и свѣдѣнія о дѣятельности нашихъ судебныхъ, земскихъ и городскихъ установлений и о всѣхъ явленіяхъ нашей правовой жизни.

VI. Иностранная судебная практика параллельно съ нашею отечественною, преимущественно же кассационною.

VII. Библиографія книгъ и статей юридическаго содержанія.

VIII. Отчеты о засѣданіяхъ судебныхъ установлений.

IX. Судебныя рѣшенія, приговоры и опредѣленія.

X. Разныя извѣстія, имѣющія юридическій интересъ.

XI. Судебныя указатели и резолюціи по дѣламъ, назначеннымъ къ слушанію въ с.-петербургскихъ судебныхъ установленіяхъ и во всѣхъ департаментахъ и общихъ собраніяхъ сената.

XII. Отчеты о дѣятельности судебныхъ учреждений.

В. „Судебный Журналъ“ выходитъ 6 разъ въ годъ, книжками отъ 12 до 15 печатныхъ листовъ. Въ составъ его входятъ:

1) Статьи, разрабатывающія теорію права и дѣйствующаго законодательства.

2) Статьи, посвященныя обзору движенія законодательства, науки права и судебной практики, русской и иностранной.

Въ изданіяхъ этихъ принимаютъ участіе слѣдующія лица: А. К. Бялцкій, А. И. Вицынъ, Г. В. Гантоверъ, Н. В. Гасманъ, А. О. Гордонъ, Н. С. Ефименко, К. И. Кессель, А. Ф. Кистяковский, А. Ф. Копи, П. В. Макалинскій, К. И. Малышевъ, П. А. Матвѣевъ, В. В. Мясляшевскій, П. А. Муловъ, Н. А. Невлюдовъ, А. С. Окольскій, С. В. Пахманъ, А. Л. Пестржескій, Д. П. Тихомировъ, Б. А. Умовъ, Изв. Я. Фойницкій, Н. Н. Хлѣбниковъ, А. П. Чебышевъ-Дитрѣвъ, С. С. Шайкевичъ и др.

Въ теченіи 1874 г. въ «Судебномъ Журналѣ» въ приложеніяхъ будетъ помѣщено продолженіе начатыхъ сочиненій (Вернара и Виндшейда), и новыя годовыя подписчики получатъ всѣ отпечатанныя уже листы этихъ сочиненій.

При этомъ нижеподписавшійся, къ сожалѣнію, находитъ себя вынужденнымъ просить извиненія у подписчиковъ на названныя изданія на сей годъ въ томъ, что онъ

См. стр. 3 на обраткѣ.

## НАБЛЮДЕНІЯ И ЗАМѢТКИ ОБЪ УСЛОВІЯХЪ СЛѢДСТВЕННОЙ ДѢЯТЕЛЬНОСТИ ВЪ ПРО- ВИНЦІИ.

Не смотря на всѣ улучшения, введенныя нашими уставами 20 ноября относительно порядка производства предварительныхъ слѣдствій, не смотря на то, что улучшения эти внесли въ систему нашего законодательства объ этомъ предметѣ совершенно новыя начала, испытанныя вѣковымъ опытомъ европейскихъ народовъ и получившія научную санкцію, неудовлетворительное состояніе слѣдственной дѣятельности у насъ сдѣлалось однимъ изъ тѣхъ безспорныхъ явленій, на которыя постоянно указываютъ какъ на доказательство или несвоевременности судебной реформы, внесенной уст. 20 ноября, или несовершенства ихъ. Нельзя, конечно, и не согласиться, что настоящее состояніе слѣдственной дѣятельности въ тѣхъ мѣстностяхъ, въ коихъ введены судебныя уставы, оставляетъ еще много желать, и для того, чтобы ей возвыситься до того уровня, на которомъ она должна стоять, по мысли законодателя, потребуется довольно и времени и настойчиваго упорнаго труда отъ тѣхъ, на комъ лежитъ обязанность проведенія въ жизнь великихъ началъ судебной реформы. Но съ другой стороны ближайшее изученіе состоянія и условий судебной дѣятельности приводитъ къ тому, что признаваемый нами фактъ не вполне удовлетворительнаго состоянія слѣдственной дѣятельности значительно преувеличивается въ своихъ размѣрахъ и именно отъ того, что онъ оцѣнивается и односторонне и крайне поверхностно, безъ всякаго изслѣдованія причинъ, отъ него порождающихся и условий, которыми онъ поддерживается. А между тѣмъ, по самому назначенію своему, институтъ слѣдственный, какова бы устройства онъ ни былъ, соприкасаясь почти со всеми сторонами жизни, проникая въ самыя сокровенныя тайны ея, въ успѣхъ своей дѣятельности столько же обусловленъ собственными средствами и ха-

ракторомъ своей организаціи, сколько тѣми внѣшними условіями, среди которыхъ онъ дѣйствуетъ, нуждаясь и пользуясь содѣятельностью самыхъ разнообразныхъ органовъ общественной власти и самаго общества. Вотъ почему въ оцѣнкѣ слѣдственной дѣятельности данной организаціи слѣдственного института имѣетъ важное значеніе не только, такъ называемое, теоретическое изученіе его со стороны тѣхъ началъ, которыя положены въ основу его, но и чисто практическое, со стороны тѣхъ условій, среди которыхъ дѣйствуетъ институтъ и тѣхъ результатовъ, которые достигаются совмѣстнымъ дѣйствіемъ основныхъ началъ института съ этими внѣшними условіями, въ которыя онъ поставленъ. При чемъ не слѣдуетъ забывать не только общія внѣшнія условія, воздѣйствующія на отправленіе слѣдственной дѣятельности, но и мѣстныя, по скольку они не носятъ на себѣ характера случайныхъ. Какъ и слѣдовало, по естественному порядку вещей, теоретическое изслѣдованіе слѣдственного института, организованнаго по уставамъ 20 ноября, предшествовало практическому. Призванный къ жизни только съ 1866 года, а въ другихъ мѣстностяхъ гораздо позднѣе, нашъ слѣдственный институтъ долженъ былъ имѣть еще достаточно времени для того, чтобы съ необходимою опредѣлительностью выяснить практическое значеніе, основныхъ началъ своихъ и извѣстную степень ихъ устойчивости въ соприкосновеніи съ многочисленнымъ разнообразіемъ внѣшнихъ условій, болѣе или менѣе разнообразныхъ въ каждой данной мѣстности. Впрочемъ еще въ 1869 году—со стороны министерства юстиціи предпринята попытка къ всестороннему изслѣдованію слѣдственной дѣятельности въ открытыхъ тогда округахъ судебныхъ палатъ. То, къ чему привело тогдашнее изслѣдованіе, не сдѣлалось общимъ достояніемъ. Но, устраняя всякія догадки и предположенія на счетъ дѣйствительныхъ результатовъ дѣятельности Высочайше утвержденной комиссіи, нельзя не замѣтить, что самый способъ изслѣдованія, предпринятый тогдашнею комиссіею, едва ли могъ привести къ богатымъ результатамъ. Слѣдственная дѣятельность, разсматриваемая со всѣхъ ея сторонъ, и въ особенности со стороны взаимодѣйствія элементовъ слѣдственной организаціи съ элементами всего строя существующаго порядка даннаго края, не подчиняется кратковременному наблюденію заѣзжаго ревизора. Только болѣе или менѣе продолжительное и притомъ мѣст-

ное наблюдение может дать результаты, касающиеся всех сторон следственной деятельности. Только при этом способе возможно проследить все те колебания во взаимном действии элементов общественного строя с деятельностью института, в которых и заключается весь центр итогов практического изучения. Конечно, и деятельность комиссии 1869 года не могла остаться без результатов, как по отношению к ознакомлению с личным составом следственных органов, так и с состоянием следственных участков в момент ревизии; комиссия могла добыть статистические данные также и для выводов о движении дѣлъ. Но все это, во-первых, одни итоги, которые, несколько не объясняют той внутренней стороны деятельности, того количества и качества труда и усилий, с помощью коих добыты эти цифровые итоги, а во-вторых все это такая сторона практического изучения нашего следственного института, которая с наибольшим успехом достигается деятельностью постоянного статистического органа, в настоящее время деятельностью статистического бюро, образованного при министерстве юстиции по правилам, Высочайше утвержденным 11 ноября 1871 года. Результаты полугодичной деятельности статистического бюро уже были опубликованы в № 106 „Правительственного Вѣстника“ за 1872 г. И нельзя не признать всей пользы, которую уже начала приносить деятельность этого бюро, давая нам самые точные свѣдѣнія о состоянии следственной деятельности всех открытых в настоящее время судебных округов, с помощью которых можно опредѣлять не только о степени напряженія деятельности следственных органов по количеству направляемых ими слѣдствій, но и вообще о движении дѣлъ, статистикѣ преступленій и т. д. Все эти выводы, бесспорно, весьма важны для изучения следственного института в практическом отношеніи. Но, само собою разумѣется, что опредѣляемая цифровыми итогами количества направляемых слѣдователями дѣлъ, быстроты движения их и вообще богатства результатов в дѣлѣ изслѣдованія преступленій, деятельность следственных органов представляется лишь с лицевой стороны. Ограничиться в изученіи института только этими данными—значитъ только изучить его на половину, такъ какъ ни богатство результатов деятельности слѣдователей в дѣлѣ обнаруженія виновныхъ въ преступ-

леніяхъ, ни быстрота движенія дѣлъ, ни количество окончанія и направленія ихъ,—не зависятъ отъ однихъ слѣдователей и ихъ личныхъ качествъ и энергій. Рядомъ съ ними дѣйствуютъ самыя разнообразныя элементы общественнаго строя, которые, въ свою очередь, или способствуютъ, или неблагопріятствуютъ успѣху дѣятельности. Такимъ образомъ, на успѣхи слѣдственной дѣятельности оказываютъ вліяніе не только устройство и качества вспомошествовающей дѣятельности прокурорскаго надзора и органовъ полицейскаго дознанія, но даже пути сообщенія, способъ отправленія земской повинности по развѣздамъ слѣдственныхъ органовъ, почтовая часть мѣстности, бытовыя условія края и проч., и проч. Все это не доступно изученію статистическаго бюро. Вотъ почему для того, чтобы имѣть всестороннія, вѣрныя и точныя свѣдѣнія объ успѣхахъ слѣдственной дѣятельности, необходимо, чтобы данныя, добываемыя статистическимъ бюро, непосредственно дополнялись и разъяснялись свѣдѣніями и данными, касающимися внутренней стороны дѣятельности института. Добываніе же данныхъ, касающихся этой стороны всецѣло можетъ принадлежать лишь мѣстнымъ органамъ министерства, поставленнымъ по самому свойству ихъ служебнаго положенія, въ ближайшія отношенія къ слѣдственной дѣятельности, т. е. суду и мѣстному прокурорскому надзору.

Нижеслѣдующее заключаетъ въ себѣ выводы, истекающіе изъ первой попытки изученія дѣятельности провинціального слѣдственного института съ его внутренней стороны \*).

## I.

Личный составъ слѣдователей въ провинціяхъ до сихъ поръ образовывался, по преимуществу, изъ кандидатовъ на судебныя должности, или изъ канцелярскихъ должностей судебныхъ учреждений, т. е. изъ секретарей и помощниковъ секретарей. Та быстрота передвиженія въ составѣ органовъ слѣдственного института, которая до сихъ поръ замѣчалась, быстрота, направленная, главнымъ образомъ, къ переходу въ другія судебныя должности и

\*) Нужно оговориться, что при изложеніи мы имѣемъ въ виду по преимуществу провинціи харьковскаго судебного округа.

по преимуществу, въ прокурорскій надзоръ, по необходимости вызвала за собою другое явленіе, характеръ коего заключается въ томъ, что вслѣдствіе частаго повторенія случаевъ убыли изъ числа провинціальныхъ слѣдователей, доступъ въ это званіе сдѣлался наиболѣе легокъ даже для такихъ лицъ, которыя, при нормальномъ ходѣ передвиженія и замѣненія слѣдовательскихъ должностей, лишены-бы были этой возможности. — Послѣдствіемъ этого порядка было во 1-хъ то, что личный составъ слѣдователей провинціальныхъ представляется по преимуществу, молодежью, имѣющею за собою кратковременное прошлое въ званіи кандидатовъ на судебныя должности, или въ званіи секретарей и ихъ помощниковъ, а во 2-хъ то, что вообще личный составъ слѣдственнаго института провинцій, если можно такъ выразиться, измелчалъ по невозможности наполнять его болѣе зрѣлыми силами, какъ это требуется и по мысли законодателя, и по свойству самой слѣдственной дѣятельности. — Но и при всемъ томъ мы не можемъ не замѣтить, что такъ какъ личный составъ провинціального слѣдственнаго института представляется, по преимуществу, людьми, хотя и молодыми, но получившими высшее образованіе и при томъ юридическое, что и тѣ изъ числа провинціальныхъ слѣдователей, кои не получили высшаго образованія являются, болшею частію, дѣятелями съ значительнымъ запасомъ практической слѣдственной опытности, — слѣдуетъ все таки признать, что личный составъ слѣдственныхъ органовъ въ провинціяхъ, дѣйствующихъ на основаніи уставовъ 20 ноября 1864 года, вообще представляетъ собою вполне надежную силу, могущую вынести бремя трудной слѣдственной дѣятельности, если только сила эта разумно направляется и поддерживается... Безспорно, слишкомъ много причинъ, участвующихъ въ поддержаніи вышеуказаннаго явленія постоянного и быстраго обновленія провинціального слѣдственнаго персонала, вслѣдствіе постоянного стремленія наличнаго состава слѣдователей къ выбитію изъ этого званія въ другія судебныя должности и по преимуществу въ прокурорскій надзоръ. Можетъ быть самое время, которое мы переживаемъ, этотъ постоянный запросъ на людей — играютъ здѣсь немаловажную роль, можетъ быть существуютъ и другія временныя причины. Не объ нихъ мы хотимъ говорить. Въ числѣ причинъ, вызывающихъ постоянное стремленіе провинціальныхъ слѣ-

дователей къ переходу въ прокурорскій надзоръ, не смотря на то, что этотъ переходъ по закону не составляетъ никакаго повышения, существуютъ и такія, которыя лежатъ въ самомъ свойствѣ слѣдственной дѣятельности и въ условіяхъ, среди которыхъ осуществляется эта дѣятельность. Само по себѣ явленіе указанного перехода слишкомъ важно, чтобы вызвать далеко несправедливый вопросъ о томъ, что нужно для того, чтобы способствовать у насъ образованію солиднаго слѣдственного сословія въ провинціяхъ—этого важнаго органа въ уголовномъ правосудіи,—чтобы съ одной стороны доступъ въ это званіе сдѣлался достояніемъ лицъ, достаточно подготовленныхъ къ этому рода дѣятельности, а съ другой, чтобы въ условіяхъ слѣдственной дѣятельности устранить все то, что вызываетъ въ слѣдственныхъ органахъ взглядъ на свое служебное положеніе, какъ на переходное и лишь необходимое для дальнѣйшихъ передвиженій.

Оставляя изложеніе своихъ наблюденій, касающихся до характера самой дѣятельности слѣдственныхъ органовъ, мы остановимся на разсмотрѣніи условій, въ которыя она поставлена, и начнемъ съ общественнаго положенія провинціальныхъ слѣдователей.

Не подлежитъ сомнѣнію, что высота общественнаго положенія общественныхъ дѣятелей столько же зависитъ отъ личныхъ качествъ представителей данной отрасли общественной дѣятельности, сколько и отъ степени развитія самого общества, среди котораго они дѣйствуютъ, отъ степени его пониманія той пользы, которую приносятъ дѣятельность данной общественной сферы и того относительнаго значенія, какое имѣетъ эта дѣятельность въ ряду другихъ отраслей. Но вмѣстѣ съ симъ значительное вліяніе на успѣхъ общественнаго положенія слѣдственныхъ органовъ имѣютъ и другіе элементы общественной дѣятельности, ихъ способность объединяться въ общемъ строю общественнаго порядка, сохраняя за собою только то значеніе, какое дѣйствительно принадлежитъ каждой изъ нихъ по закону. Что касается до перваго изъ указанныхъ условій, вліяющихъ на высоту общественнаго положенія слѣдственныхъ дѣятелей, то оно, по силѣ самаго закона, составляетъ необходимое требованіе въ отношеніи чиновъ судебного вѣдомства вообще (ст. 202 учр. суд. устан.). По силѣ 202 ст. учр. суд. устан. органы слѣдственной дѣятельности преимущественно должны быть представителями интеллигенціи. Это требо-

ваніе закона въ отношеніи органовъ слѣдственной дѣятельности, какъ выше указано, проведено съ возможною полнотою. Но не смотря на это, общественное положеніе ихъ не можетъ быть признано удовлетворительнымъ. Очевидно, что причина такого явленія должна быть отнесена на счетъ дѣйствія остальныхъ изъ числа указанныхъ мною условій. И въ самомъ дѣлѣ, ближайшее изученіе развитія судебной дѣятельности въ провинціи приводитъ къ слѣдующему:

Судебная реформа застала наши провинціи (степныя), какъ говорится, совершенно врасплохъ. Принадлежа къ числу мѣстностей съ сильнымъ развитіемъ тенденцій крѣпостнаго права и соединенными съ ними развитіемъ сословнаго начала и административной власти, степныя провинціи не могли не видѣть въ судебной реформѣ опаснаго учрежденія, являющагося со всеоружіемъ проведенія въ жизни началъ законности и равноправности. Только низшій слой общества, извѣдавшій горечь приниженности и безправія, могъ бы сочувственно отнестись къ началамъ судебной реформы и находить въ ней знаменіе возстановленія своего юридическаго положенія. Но и этотъ слой общества оказался съ такимъ низкимъ уровнемъ развитія, что едва-ли могъ возвыситься до пониманія великихъ началъ реформы. Прибавимъ, что судебная реформа, вступивъ въ предѣлы данной мѣстности, заставляла не только старыя, отжившія начала, но и старыхъ дѣятелей, даже въ сферѣ высшей администраціи и, такимъ образомъ, должна была, съ своими новыми началами и людьми, стать совершенно одинокою среди старыхъ преданій и завѣтовъ, поддерживаемыхъ сжившимися и старыми дѣятелями.

Мировой институтъ (какъ и вездѣ) не совсѣмъ вѣрно взглянулъ на свое назначеніе и не могъ стать рука объ руку съ новымъ направленіемъ судебной дѣятельности. Земство, состоя изъ сильнаго землевладѣльческаго (крѣпостническаго) сословія, съ количественнымъ составомъ приниженнаго крестьянскаго представительства (безгласнаго), въ своемъ возрожденіи увидѣло лишь новую сферу для проведенія тенденцій, несоотвѣтствующихъ началамъ равноправности, положеннымъ въ основу судебной реформы. Понятна, конечно, та трудность положенія, въ которое стала судебная реформа на самыхъ первыхъ порахъ своего существованія, встрѣтившись съ крѣпко усвоенными въ обществѣ и въ обществен-

ной власти тенденціями и безъ всякой надежды на помощь въ проведеніи своихъ началъ. Все, что въ судебной реформѣ видѣло съ одной стороны силу, обуздывающую произволь и необузданность нравовъ, а съ другой—ограниченіе столь же произвольной власти, все это съ самыхъ первыхъ шаговъ жизни судебной реформы стало къ ней въ несочувственное, даже въ оборонительное положеніе. Само собою разумѣется, что наибольшая роль здѣсь принадлежала высшей административной власти, проводящей и поддерживающей свои старыя тенденціи чрезъ своихъ органовъ на всемъ пространствѣ завѣдуемой ею территоріи. Нужно было слишкомъ много такта и спокойствія со стороны высшихъ мѣстныхъ представителей судебной дѣятельности, чтобы правильно ввести судебную реформу; а для этого, конечно, на первомъ шагу нужно было правильно поставить и разрѣшить вопросъ объ общественномъ положеніи судебныхъ дѣятелей. Тенденціи, составляющія повальный недугъ и управляемыхъ и управителей, будучи выработаны цѣлою исторіею, никогда не исчезаютъ вдругъ. Судебная реформа, явившись съ отрицаніемъ этого недуга, только временемъ и постепенно могла достигнуть своей цѣли. На первыхъ же порахъ для нея достаточно была такая степень независимости положенія, при которой бы она была въ возможности, хотя по немногу, проводить свои начала, словомъ то, что называется собираніемъ силъ и подготовленіемъ средствъ. Вотъ почему и лицамъ, стоящимъ во главѣ мѣстнаго судебного управленія, проводя реформу въ жизнь, нужно было: во-1-хъ, точно установить для себя систему дѣйствій и согласно, рука объ руку, дѣйствовать въ одномъ направленіи, а во 2-хъ, дѣйствовать тихо, скромно, послѣдовательно, не раскидываясь во множествѣ цѣлей, а самое главное, взвѣсивая средства, коими располагаетъ судебная дѣятельность вообще, и въ виду враждебности вспомошествовавшихъ элементовъ въ особенности. Между тѣмъ, усвоивъ нѣсколько односторонне великія начала независимости судебной власти и ограниченія административной сферы исключительною областью, лица, стоящія во главѣ судебной дѣятельности, въ отдѣльныхъ случаяхъ, едва не выказывали полнаго отрицанія всякой административной власти и во всякомъ случаѣ слишкомъ рѣзко эффектно повели дѣло ограниченія административнаго и частнаго произвола. Понятно, что крѣпкіе въ общественномъ мнѣніи и сжив-

шился между собою элементъ административной власти, противопоставили имъ тѣмъ сильнѣйшій отпоръ, направивъ свое оружіе прямо на то, въ чемъ лежитъ вся сила судебной реформы — на успѣхи судебной дѣятельности, по сколько они зависятъ отъ содѣйствія ея органовъ, и на общественное положеніе органовъ судебной власти. Разожглись страсти, какъ и всегда, въ подобной борьбѣ. Успѣху судебной дѣятельности противопоставились самыя разнообразныя, можно сказать, изысканныя способы противодействія. Тогда уже и общественное мнѣніе, зорко слѣдившее и за ходомъ борьбы, и за успѣхами новой судебной дѣятельности, не могло не убѣдиться, что судебная реформа далеко не въ состояніи доставить тѣ блага, кои ею провозглашены, какъ необходимыя спутники ея существованія и, въ свою очередь, ставъ на сторону сильнаго, вмѣстѣ съ нимъ указывало и на медленность движенія дѣль, и на неудовлетворительность приговоровъ присяжныхъ, и на неуспѣшность слѣдственной дѣятельности, и т. д., словомъ, на все то, что составляетъ лучшія черты судебной реформы.

Исторія этого движенія кончалась, какъ и слѣдовало ожидать, во многихъ мѣстностяхъ полнѣйшимъ упадкомъ энергіи лицъ, ставшихъ въ послѣдствіи во главѣ мѣстнаго судебного управленія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и обнаружился тотъ полнѣйшій упадокъ общественнаго положенія органовъ судебной дѣятельности, который съ особенною силою отразился на общественномъ положеніи органовъ слѣдственной дѣятельности, поставленныхъ въ уѣздахъ еще въ болѣе одинокое и затруднительное положеніе въ отношеніи враждебныхъ элементовъ общества и общественной власти и, такъ сказать, совсѣмъ забытыхъ въ этой страстной борьбѣ.

Такимъ образомъ, для органовъ слѣдственной дѣятельности, въ ихъ одинокомъ положеніи, сперва началась какая-то разрозненность съ органами вспомоществующей полицейско-административной власти тамъ, гдѣ нужно было единеніе, а затѣмъ и утрата вліянія, можетъ быть только нарождавшагося въ силу самаго порядка вещей, внесеннаго судебною реформою (и личныхъ качествъ дѣятелей) на счетъ еще большаго возвышенія этихъ элементовъ власти не только въ сферѣ служебной дѣятельности, но и въ сферѣ общественной жизни. Такъ создавался тотъ порядокъ вещей, въ силу котораго неудовлетворительное общественное

положеніе органовъ слѣдственной дѣятельности неминуемо повлекло за собою и недостатокъ въ личномъ вліяніи слѣдователей на все то, что вообще и въ каждомъ данномъ случаѣ должно и можетъ вспомоществовать успѣху слѣдственной дѣятельности. А между тѣмъ, при тѣхъ ежедневныхъ сношеніяхъ органовъ слѣдственной дѣятельности не только съ органами полицейскаго дознанія и чинами исполнительной власти, но и съ другими элементами общественной власти и даже частными лицами, сфера личнаго вліянія слѣдователей, основанная на авторитетѣ власти, такъ велика, и такъ необходима, что недостатокъ его не можетъ не отражаться на самыхъ успѣхахъ слѣдственной дѣятельности. Само собою разумѣется, что на утрату личнаго авторитета власти слѣдователей имѣлъ вліяніе не только моментъ страстной борьбы, происходившей въ центрахъ судебной и административной властей при самыхъ первыхъ шагахъ жизни судебной реформы, но если не болѣе и послѣдовавшій за нею періодъ полного упадка энергіи и совершеннаго индифферентизма къ судьбамъ слѣдственного дѣла, какъ со стороны прокурорскаго надзора, такъ и окружныхъ судовъ въ особенности. И въ самомъ дѣлѣ, при всей неблагоприятности условій, въ которыя стала слѣдственная дѣятельность въ началѣ, нельзя же отрицать того, что въ самомъ устройствѣ судебной организаціи, въ отношеніи слѣдователей къ окружному суду и прокурорскому надзору, заключается столько средствъ, въ силу закона, для вліянія на успѣхи слѣдственной дѣятельности, что правильное и дѣятельное употребленіе ихъ со стороны указанныхъ властей могло бы облегчить и условія слѣдственной дѣятельности и способствовать поднятію общественнаго положенія слѣдственныхъ дѣятелей, а затѣмъ и приобрѣтенію ими личнаго вліянія на дѣятельность вспомоществующихъ силъ. Но нельзя не сознаться, что этой-то поддержки и этого-то содѣйствія, во многихъ случаяхъ, ни со стороны окружнаго суда, ни со стороны прокурорскаго надзора не было. Что касается до окружныхъ судовъ, то они, болѣею частью, порвали фактически всякую связь свою съ дѣятельностью слѣдователей въ смыслѣ наблюденія за нею и способствованія къ успѣху ея и все вліяніе и наблюденіе за слѣдственной дѣятельностью оставили прокурорскому надзору, а этотъ послѣдній все свое участіе въ этомъ дѣлѣ ограничилъ чисто канцелярскими приемами: разсмотрѣніемъ и направленіемъ

слѣдственныхъ производствъ, безъ всякаго личнаго участія въ нихъ. Что же касается до наблюденія за вспомоществующею дѣятельностью органовъ дознанія и розыска, то оно если и было, то оно заключалось единственно въ примѣненіи репрессивныхъ мѣръ путемъ также канцелярской бумажной передачи въ судъ въ порядкѣ 485 ст. уст. угол. суд. даже и тѣхъ изъ числа упущеній вспомошествовавшихъ слѣдственныхъ органовъ, которые, для устраненія ихъ на будущее время, скорѣе вызвали мѣры личнаго вліянія и разъясненія, чѣмъ репрессіи. Въ другихъ же случаяхъ упущеній, въ особенности тѣхъ, кои совершались по поводу требованій слѣдователей, когда сама политика поддержанія власти слѣдователей требовала болѣе строгихъ мѣръ, — таковыхъ совсѣмъ не предпринималось. Но и вообще окружные суды, по усвоенному ими индеферентизму къ слѣдственному дѣлу, приступали къ рассмотрѣнію сообщеній прокурорскаго надзора крайне поздно, когда у виновнаго въ упущеніи утрачивалось не только впечатлѣніе, но даже и воспоминаніе о немъ. Затѣмъ, что касается до тѣхъ упущеній, которыя по мнѣнію суда могли влечь за собою отвѣтственность въ уголовномъ порядкѣ, то они большею частью въ административномъ вѣдомствѣ или пропадали безслѣдно, или начальство обвиняемыхъ не соглашалось съ заключеніемъ суда о судебномъ преслѣдованіи чиновъ дознанія и ограничивалось только административными взыскаціями. Разномысліе это хотя, въ силу закона (ст. 488 уст. угол. суд.), и влекло за собою представленіе дѣла въ правительствующій сенатъ, но исполненіе этого со стороны начальства обыкновенно откладывалось на неопредѣленное время, а между тѣмъ сознаніе безнаказанности за упущенія по слѣдственной части у полицейскихъ чиновъ все укрѣплялось и наконецъ перешло въ убѣжденіе. Такимъ образомъ и созданъ тотъ порядокъ вещей, до которому чины полицейскаго дознанія въ провинціяхъ относятся къ слѣдственному дѣлу, какъ говорится, свысока и разсматриваютъ его лишь какъ дополнительное къ своимъ административнымъ обязанностямъ, не придавая никакого значенія требованіямъ слѣдователей; а волостная и сельская полиція уже не принимала никакого въ ней участія, если только не противодѣйствовала ей путемъ сокрытія слѣдовъ преступленія... Конечно, если бы со стороны окружныхъ судовъ принимались мѣры къ своевременному рассмотрѣнію сообщеній прокурор-

сваго надзора о бездѣйствіи или упущеніяхъ полицейскихъ чиновъ, а со стороны прокурорскаго надзора должны настоянія предъ начальствомъ обвиняемыхъ о преслѣдованіи этихъ чиновъ, то такое направленіе органовъ высшаго мѣстнаго судебного управленія могло бы противодѣйствовать образованію убѣжденія органовъ дознанія о безотвѣтственности ихъ за бездѣйствіе или упущенія по слѣдственной части. Но мы тѣмъ не менѣе думаемъ, что репрессивныя мѣры противъ органовъ полицейскаго дознанія представляются вполне цѣлесообразными лишь при извѣстныхъ условіяхъ: при чемъ, конечно, слѣдуетъ упомянуть прежде всего о необходимости осмотрительнаго употребленія этихъ мѣръ. Что же касается до другихъ условій, то они истекаютъ изъ слѣдующаго соображенія: нельзя не признать, что слѣдственное производство, принимаемое въ его обширномъ смыслѣ, обнимающемъ и дѣятельность вспомошествовающихъ органовъ полицейскаго дознанія и розыска, при первыхъ шагахъ жизни судебной реформы, представлялось дѣломъ столь новымъ, съ такими рѣзкими разграниченіями предѣловъ власти различныхъ органовъ, входящихъ въ составъ слѣдственной дѣятельности, что уклоненія отъ точнаго выполненія своихъ обязанностей и предписаній закона могли происходить столько же отъ небрежности и упущеній, сколько и отъ непониманія точнаго разума закона и непривычки держаться въ предѣлахъ законности тамъ, гдѣ прежде вся дѣятельность чиновъ полиціи опредѣлялась началами усмотрѣнія. Нужны были тѣ общія правила практическаго примѣненія законовъ, опредѣляющихъ и характеръ различныхъ органовъ слѣдственнаго производства и самый порядокъ производства съ точнымъ разграниченіемъ предѣловъ власти, которыя бы, внося въ слѣдственную практику однообразіе и въ способахъ примѣненія законовъ и истолкованія ихъ, вносили бы въ нее тотъ строй, поддержаніе коего путемъ репрессивныхъ мѣръ сдѣлалось бы дѣломъ вполне цѣлесообразнымъ. Такимъ образомъ, по нашему убѣженію, первымъ и существеннымъ условіемъ рациональности примѣненія репрессивныхъ мѣръ является предварительное и точное установленіе путемъ циркуляровъ и общихъ разъясненій практическаго примѣненія законовъ, опредѣляющихъ порядокъ производства дознаній. Не менѣе важное значеніе, по нашему мнѣнію, имѣетъ и система поощреній, дѣйствующая рядомъ съ репрессивными мѣрами, какъ

средство для того, чтобы вызывать соревнование и приохотить къ слѣдственной дѣятельности. При несоблюденіи же совокупности приведенныхъ нами условий, даже самое энергическое примѣненіе репрессивныхъ мѣръ можетъ привести къ результатамъ, далеко не соответствующимъ интересамъ успѣха слѣдственной дѣятельности. Лучшимъ доказательствомъ этого заключенія служить слѣдующее явленіе. При обзорѣннн порядка производства дознаній въ Курскомъ округѣ, нами не однообразно усматривалось, что не смотря на наличность всѣхъ законныхъ поводовъ для производства обысковъ, полицейскіе чины ихъ не производили. Когда же затѣмъ къ производству сихъ обысковъ приступалъ слѣдователь, то ничего не обнаруживалъ, не смотря на полное убѣжденіе, что здѣсь находились вещественныя улики преступленія. При личныхъ объясненіяхъ съ чинами полиціи оказывалось, что по ихъ понятію, они производятъ обыски, вѣмки и т. д. (258 ст.) ни въ какомъ случаѣ права не имѣютъ. Къ убѣжденію же сему они пришли по тому, что за производство обысковъ ихъ привлекали къ отвѣтственности. Само собою разумѣется, что здѣсь играло важную роль не только отсутствіе разныхъ разъясненій со стороны суда и прокурорскаго надзора по примѣненію законовъ дознанія, но также и самая мотивировка опредѣленій окружнаго суда о наложеніи взысканій за упущенія, мотивировка, изъ которой обвиняемый не могъ вывести правильнаго заключенія о томъ, въ чемъ именно заключается его упущеніе: напримѣръ, по предмету обыска, въ томъ ли, что онъ произвелъ его, на что онъ не имѣетъ права, или въ томъ, что произвелъ при несоблюденіи извѣстныхъ условий, наличность коихъ давала ему на это право (258). Такимъ образомъ, по предмету мѣръ, клонящихся къ установленію правильныхъ отношеній органовъ слѣдственного производства и способствующихъ къ улучшенію условий слѣдственной дѣятельности, мы можемъ установить слѣдующія положенія:

- 1) Слѣдственная дѣятельность въ провинціяхъ (степныхъ), съ самаго начала своего существованія, на основаніи уставовъ 20-го ноября, не смотря на всю неблагопріятность внѣшнихъ условий, была предоставлена самой себѣ, не бывъ ни регулируема, ни поддерживаема со стороны органовъ мѣстнаго судебного управленія.
- 2) Однимъ изъ послѣдствій такого порядка было то, что

слѣдователи не имѣли средствъ личнаго вліянія на дѣятельность вспомошествоющихъ органовъ.

3) Дѣятельность вспомошествоющихъ органовъ не регулировалась путемъ общихъ практическихъ разъясненій, вносящихъ однообразіе и правильность въ примѣненіи и истолкованіи законовъ дознанія.

4) Репрессивныя мѣры надъ вспомошествоющими органами примѣнялись не цѣлесообразно.

5) Системы поощреній успѣшной вспомошествоющей дѣятельности не существовало.

## II.

По судебнымъ уставамъ 20 ноября количество вспомошествоющихъ органовъ слѣдственной дѣятельности довольно значительно. Не говоря объ ординарныхъ вспомошествоющихъ органахъ: чинахъ общей и многочисленной сельской полиціи и чинахъ жандармскихъ полицейскихъ управленій желѣзныхъ дорогъ, нельзя не упомянуть о чинахъ губернскихъ и уѣздныхъ жандармскихъ управленій, организованныхъ по закону 19 мая 1871 года и обширной по закону вспомошествоющей дѣятельности органовъ вѣдомства казенныхъ управленій, дѣйствующихъ при возбужденіи дѣлъ по нарушеніямъ уставовъ означенныхъ управленій (ст. 1129 и 1136 уст. угол. суд.). Совокупность всѣхъ этихъ органовъ, и въ особенности органовъ общей желѣзнодорожной и сельской полиціи, въ виду такого раздѣленія предѣловъ ихъ территоріальныхъ вѣдомствъ, по коему низшіе органы власти вѣдаютъ и меньшую территоріальную единицу, доходящую до предѣловъ одной деревни и даже одного только общества въ селеніи, состоящемъ изъ нѣсколькихъ обществъ (сельскіе старосты) — составляетъ такую серьезную вспомошествоющую силу для дѣятельности слѣдственной, которую едва ли можно не признавать за вполне достаточную, чтобы обставить слѣдственную дѣятельность въ этомъ отношеніи самыми выгодными условіями для ея успѣховъ.

Ближайшее же изученіе практической стороны дѣятельности означенныхъ органовъ приводитъ къ нижеслѣдующимъ результатамъ. Какъ выше было замѣчено, изъ числа вспомошествоющихъ органовъ чины сельской полиціи въ большинствѣ округовъ не

принимаютъ рѣшительно никакого участія въ слѣдственной дѣятельности. За весьма рѣдкими исключеніями—когда волостные старшины принимаютъ участіе въ производствѣ дознанія, и это болѣею частію по отдѣльнымъ порученіямъ слѣдственныхъ органовъ—въ чинахъ сельской полиціи не развито даже сознание о томъ, что къ числу ихъ обязанностей принадлежитъ изслѣдованіе преступленій и проступковъ, совершаемыхъ въ предѣлахъ ихъ вѣдомствъ. Вслѣдствіе этого не только по маловажнымъ преступленіямъ, но даже по важнѣйшимъ изъ нихъ, заявленія о событіи преступленій поступаютъ не къ чинамъ волостной полиціи, а чрезъ сотскихъ, или непосредственно къ становымъ приставамъ, которые и производятъ по нимъ дознанія безъ всякаго участія органовъ мѣстной волостной полиціи. По дѣламъ же о маловажныхъ преступленіяхъ, чины волостной полиціи если и принимаютъ иногда участіе въ производствѣ дознанія, то нерѣдко дѣйствуютъ въ этихъ случаяхъ не только какъ органы дознанія, но и какъ судьи, прекращая дѣла за примиреніемъ или собственною властію, прощая виновныхъ, нерѣдко за извѣстное вознагражденіе. Словомъ, дѣятельность чиновъ волостной полиціи находится въ самомъ первобытномъ состояніи, въ которомъ они не признаютъ ни за слѣдователями, ни за лицами прокурорскаго надзора рѣшительно никакого права вліянія на ихъ слѣдственную дѣятельность, считая себя за совершенно отдѣльное вѣдомство крестьянскаго управленія, и подчиненное исключительно мировымъ посредникамъ. Лучшимъ доказательствомъ такого направленія чиновъ волостной полиціи можетъ служить слѣдующая выписка изъ отвѣта Борисовскаго, Грайворонскаго уѣзда, волостнаго старшины по одному дѣлу, по коему было поручено производство дознанія мировымъ судьей: „ст. 52 уст. угол. суд., пишетъ старшина возлагаетъ обязанности по производству дознанія на общую полицію, а потому я безъ предписанія мирового посредника не могу преступить къ исполненію порученія, чтобы не подвергнуться отвѣтственности за принятіе на себя обязанностей общей полиціи“. При этомъ нельзя не замѣтить, что такой отвѣтъ данъ старшиною одной изъ богатыхъ и промышленныхъ волостей, и самъ онъ принадлежитъ къ числу богатыхъ торговцевъ (рапортъ 15 мая 1872 г. за № 658). Что же касается до мировыхъ посредниковъ, то они, кажется, главнѣйшимъ образомъ и способствовали образованію такого убѣжде-

нія чиновъ волостной полиціи и поддержанію порядка, въ силу коего волостная полиція стала въ изолированное положеніе въ отношеніи слѣдственной дѣятельности. Нельзя при этомъ не указать и на то, что въ поддержаніи существующаго порядка принимали участіе и сами чины общей полиціи, отчасти устранившіе волостную полицію отъ участія въ слѣдственной дѣятельности. Ближайшія причины такого направленія органовъ общей полиціи, конечно, трудно уяснить, но при объясненіи этого явленія нельзя не принять въ соображеніе слѣдующее: господствующая среда, представляющая значительнѣйшій контингентъ преступниковъ и преступленій въ провинціи, есть крестьянство. Господствующій родъ преступленій, совершаемыхъ въ означенной средѣ есть преступленія противъ собственности. Участіе волостной полиціи въ изслѣдованіи этихъ преступленій, обусловленное въ успѣхѣ своемъ и близостью отношеній этихъ чиновъ къ средѣ, въ коей совершаются разсматриваемыя преступленія и незначительностію района вѣдомства ихъ, могло оставить дѣятельность волостной полиціи въ самыя благоприятныя условія въ отношеніи успѣховъ слѣдственной дѣятельности вообще. Такой порядокъ неминуемо привелъ бы къ такому значительному уменьшенію слѣдственной практики чиновъ общей полиціи насчетъ дѣятельности волостной, вслѣдствіе котораго перенесеніе центра тяжести вспомошествоющей слѣдственной дѣятельности на чиновъ волостной полиціи, вмѣсто чиновъ общей полиціи, было бы вполне естественнымъ явленіемъ. Это то обстоятельство, помимо вліянія своего вообще на умаленіе значенія уѣздной полицейской власти, и составляетъ самую главную причину противодѣйствія общей полиціи къ привлеченію волостной полиціи къ участію въ слѣдственной дѣятельности, такъ какъ оно могло бы повлечь за собою различныя измѣненія въ размѣрахъ становыхъ участіевъ и даже сокращеніе количества чиновъ уѣздной полиціи. Указаніе на эту причину основывается не только на однихъ выводахъ изъ наблюдаемыхъ фактовъ, но и на частныхъ свѣдѣніяхъ о томъ, что такое направленіе чиновъ общей полиціи въ отношеніи вспомошествоющей дѣятельности чиновъ волостной полиціи поддерживается и въ сферѣ высшей мѣстной административной власти, гонимой опасностію уменьшенія своего вліянія на строй общественной жизни и дѣятельности черезъ сокращеніе числа органовъ мѣстной полиціи, особенно въ уѣздахъ.

Но, оставляя указаніе на многоразличныя постороннія причины, въ силу коихъ установился означенный порядокъ, мы однако должны признать тотъ многозначительный фактъ, что вопреки прямымъ предписаніямъ закона (261 ст.) изъ числа ординарныхъ вспомоществующихъ органовъ слѣдственной дѣятельности, отъ всякаго участія въ этой дѣятельности отпала самая многочисленная часть ихъ, что и поставило успѣхъ слѣдственной дѣятельности по общимъ преступленіямъ почти исключительно въ зависимость отъ свойства вспомоществующей дѣятельности органовъ общей полиціи. Значеніе этого факта, въ смыслѣ одного изъ существенныхъ затрудненій, выставляемыхъ практикою для успѣховъ дѣятельности судебныхъ слѣдователей, не можетъ быть оспариваемо. Тотъ ущербъ, который причиняется слѣдственной дѣятельности бездѣятельностью волостныхъ и сельскихъ начальниковъ, не можетъ быть возмѣщенъ даже самою энергическою и вполне удовлетворительною вспомоществующею дѣятельностью чиновъ общей полиціи. Причина этого, безспорно, лежитъ въ самой организаціи и условіяхъ дѣятельности чиновъ волостной полиціи, которыми не располагаетъ въ такой степени общая полиція. Забвѣдую вообще сравнительно незначительными территоріальными единицами, чины волостной полиціи (волостные старшины) и на этомъ пространствѣ имѣютъ весьма значительное количество подчиненныхъ имъ должностныхъ лицъ сельской полиціи (сельскіе старосты), дѣйствующихъ на пространствѣ еще меньшемъ территоріальныхъ единицъ. Такая организація волостной полиціи, поставляя чиновъ ея въ непосредственныя отношенія къ управляемымъ ими общественнымъ единицамъ, вмѣстѣ съ началомъ подчиненности сельскихъ начальниковъ волостнымъ, обуславливающимъ возможность самаго дѣйствительнаго контроля высшихъ надъ низшими, и вообще ставитъ дѣятельность этихъ чиновъ въ самыя благоприятныя условія, какъ со стороны своевременнаго получения свѣдѣній не только о преступленіяхъ, но и дѣйствіяхъ, которыя могутъ быть въ связи съ преступленіемъ, такъ и со стороны возможности своевременнаго и быстраго изслѣдованія только что совершившихся преступленій, съ полною возможностью воспользоваться самыми свѣжими слѣдами ихъ. Советамъ въ иныхъ условіяхъ стоитъ дѣятельность чиновъ общей полиціи, за исключеніемъ развѣ городской. Дѣйствуя на сравнительно значительномъ

пространствѣ (станы, обнимающіе нѣсколько волостей), чины общей полиціи конечно не имѣютъ такой возможности не только съ тою быстротою дѣйствовать по изслѣдованію преступленій, но даже своевременно получать о нихъ свѣдѣнія, такъ какъ у нихъ не существуетъ такой организаціи, съ помощью которой высшая въ данной территоріальной единицѣ власть развѣтвлялась бы посредствомъ своихъ же подчиненныхъ органовъ до мельчайшихъ единицъ подобно тому, какъ это существуетъ въ устройствѣ волостной полиціи. Такимъ образомъ и обазывается, что невозможность успѣшной дѣятельности чиновъ общей полиціи обусловлена именно отсутствіемъ того, что существуетъ въ организаціи волостной полиціи, т. е. недостаткомъ мелкихъ органовъ, съ самостоятельною юрисдикціею въ предѣлахъ своей территоріальной единицы и, въ свою очередь, вспомошествоующихъ объединяющей дѣятельности высшаго изъ числа чиновъ полиціи общей. Со всеѣмъ этимъ соединяется еще и то важное послѣдствіе, что чины общей полиціи лишены возможности стать въ такія же непосредственныя отношенія къ населенію своего участка, какъ чины волостной и сельской полиціи и пользоваться не только знаніемъ всеѣхъ мельчайшихъ событій въ жизни этого населенія, но и пользоваться содѣйствіемъ его. Исключеніе изъ этого порядка составляетъ устройство чиновъ городской полиціи, съ помощниками приставовъ. Но и это исключеніе также не приноситъ особенной пользы для слѣдственной дѣятельности по сравнительно значительному количеству обязанностей чиновъ городской полиціи собственно въ сферѣ исполнительной, для которой и отвлекаются эти добавочныя чины. Что же касается до сотскихъ и десятскихъ, входящихъ въ составъ уѣздной полиціи и состоящихъ въ распоряженіи становыхъ приставовъ, то во 1-хъ, по самому значенію своего служебнаго положенія, они составляютъ лишь полицейскую стражу, а поему и не могутъ быть ординарными органами дознанія, а во 2-хъ, совокупность различныхъ обстоятельствъ образовала изъ нихъ въ сущности самый негодный общественный элементъ, который, характеризуясь полнѣйшею развращенностью нравовъ и отсутствіемъ всякаго развитія служебнаго долга, дѣлаетъ ихъ неспособными къ правильному отправленію обязанностей даже полицейской стражи. Такимъ образомъ, сводя сказанное и имѣя въ виду съ одной стороны явленіе полнѣйшей бездѣятельности волостной и сельской

полиціи въ дознаніи, а съ другой—тѣ средства общей полиціи, которыми располагаетъ она въ лицѣ своихъ приставовъ, мы придемъ въ слѣдующимъ положеніямъ:

1) Становые пристава свѣдѣнія о преступленіяхъ получаютъ или только отъ сотскихъ, или отъ самихъ потерпѣвшихъ, въ формѣ письменныхъ жалобъ; но какъ тѣ, такъ и другіе доставляютъ эти свѣдѣнія большею частію несвоевременно или по небрежности и недостатку времени, или по невозможности найти пристава въ мѣстѣ его жительства.

2) По причинѣ затруднительности въ доставленіи своихъ заявленій приставу и отсутствіи всякой увѣренности въ цѣлесообразности этихъ заявленій, при полнѣйшемъ отсутствіи всякаго содѣйствія со стороны волостныхъ и сельскихъ начальниковъ въ дѣлѣ розыска и дознанія, крестьяне иногда и не объявляютъ о претерпѣнныхъ ими преступленіяхъ, тѣмъ болѣе, что словесныя жалобы не принимаются приставами, а письменныя дорого стоятъ.

3) Донесенія и жалобы о преступленіяхъ заключаютъ въ себѣ большею частію лишь указаніе на событіе преступленія, безъ всякаго указанія на слѣды его, коими можно бы было воспользоваться при изслѣдованіи. Что же касается до указанія на подозрѣваемое лицо, то указанія эти въ донесеніяхъ никогда почти не провѣряются сотскими и записываются ими или по личнымъ соображеніямъ, или со словъ потерпѣвшихъ, основанныхъ часто на самыхъ неудовлетворительныхъ данныхъ. Какъ рѣдкое исключеніе, и то въ случаяхъ конокрадства, или значительныхъ кражъ имущества, потерпѣвшіе сами принимаютъ мѣры къ розыску и готовятъ матеріаль изслѣдованія.

4) При одновременности или значительности поступленія донесеній и жалобъ о преступленіяхъ, становые пристава по необходимости должны дѣлать между ними выборъ, руководствуясь самыми разнообразными критеріями и часто чуждыми дѣйствительному значенію дѣла, подлежащаго изслѣдованію, и такимъ образомъ давать ходъ однимъ, оставляя на болѣе или менѣе продолжительное время безъ движенія другія.

5) Но при производствѣ дознаній и по незначительному числу преступленій пристава не имѣютъ возможности болѣе или менѣе продолжительное время останавливаться на обстоятельномъ изслѣдованіи преступленій и употребленіи розыска. Причина этому зак-

лючается въ томъ, что розыскъ, по самому существу своему, нуждается въ непрерывности болѣе или менѣе продолжительнаго наблюденія и при томъ негласнаго, между тѣмъ какъ приставъ, постоянно отвлекаясь къ новымъ изслѣдованіямъ, не имѣетъ подчиненныхъ мѣстныхъ органовъ, кои могли бы съ пользою продолжить дѣятельность по данному дѣлу. Поэтому дознанія приставовъ, въ силу самого порядка вещей, ограничиваются лишь воспроизведеніемъ того, что представляется въ минуту наблюденія... При несвоевременности же приступа къ изслѣдованію и при не полнотѣ первоначальныхъ свѣдѣній, данныя, подлежащая наблюденію, болѣею частію утрачиваются, едва не до нуля.

Таковы послѣдствія бездѣйствія чиновъ волостной полиціи и указанной стороны устройства чиновъ общей полиціи по отношенію къ успѣхамъ слѣдственной дѣятельности.

### III.

Останавливаясь на разсмотрѣніи организациі института общей полиціи, по скольку въ немъ самомъ заключается средствъ для успѣшной дѣятельности въ качествѣ органа дознанія, нельзя не замѣтить, что съ внѣшней стороны основанія организациі его вполне соотвѣтствуютъ организациі волостной полиціи. Такъ, наименьшую единицу въ управленіи общей полиціи составляетъ станъ, или часть города (губернскаго), завѣдуемые приставами, — объединяющую же всѣ части единицу составляетъ уѣздъ или городъ, управляемые въ полицейскомъ отношеніи исправниками и полиціймейстерами. Нельзя не согласиться, что съ этой стороны устройство общей полиціи представляетъ изъ себя также вполне законченный организмъ, какъ и устройство института волостной полиціи, но въ то же время нельзя не усмотрѣть и существеннаго различія въ томъ, что органы общей полиціи дѣйствуютъ на пространствѣ сравнительно обширнѣйшихъ территоріальныхъ единицъ, объединяемыхъ въ еще болѣею, высшею единицею полицейскаго вѣдомства.

Въ виду относительно значительнаго пространства территоріальныхъ вѣдомствъ чиновъ общей полиціи, соединеніе двухъ институтовъ полицейской власти, для совмѣстной вспомошествоющей дѣятельности слѣдственной, безспорно, представляется луч-

шимъ осуществленіемъ идеи правильного устройства полиціи, какъ органа дознанія и розыска. Но независимо сего возможно полное и правильное употребленіе всѣхъ силъ института общей полиціи и самого по себѣ въ состояніи принести извѣстную долю пользы для слѣдственной дѣятельности. Въ этомъ отношеніи прежде всего слѣдуетъ остановиться на вопросѣ объ участіи исправниковъ и полиціймейстеровъ въ дѣятельности полицейскаго дознанія и розыска. Нечего и говорить, что при недостаточности вообще количественнаго состава органовъ общей полиціи, участіе исправниковъ и полиціймейстеровъ давало бы слѣдственной дѣятельности возможность располагать и большимъ количествомъ силъ. И съ этой стороны нельзя не усматривать всей пользы участія этихъ органовъ въ слѣдственной дѣятельности, тѣмъ болѣе, что съ этимъ участіемъ, кромѣ того, соединяется вполне раціональное предположеніе и объ относительной опытности и познаніяхъ этихъ лицъ въ слѣдственномъ дѣлѣ, такъ какъ обыкновенно на должности исправниковъ и полиціймейстеровъ избираются люди, испытанные на полицейскомъ поприщѣ. Но участіе исправниковъ и полиціймейстеровъ въ дѣятельности дознанія важно и въ другомъ отношеніи: исправники и полиціймейстеры въ служебномъ отношеніи суть ближайшіе начальники исполнительныхъ чиновъ полиціи — приставовъ. Всѣ распоряженія, которыя исходятъ отъ нихъ къ приставамъ, имѣютъ значеніе предписаній начальства, обязательныхъ для подчиненныхъ. Такимъ образомъ и при участіи въ слѣдственной дѣятельности исправниковъ и полиціймейстеровъ въ нее былъ бы внесенъ тотъ же элементъ іерархической подчиненности органовъ одной и той же дѣятельности (слѣдственной). А такъ какъ по характеру организаціи общей полиціи (потому что исправникамъ и полиціймейстерамъ, вмѣстѣ съ начальственнымъ ихъ положеніемъ въ полицейской служебной іерархіи, принадлежитъ и предсѣдательство въ полицейскомъ управленіи), главнѣйшую силу слѣдственной дѣятельности могутъ составлять лишь чины исполнительные — пристава, то участіе исправниковъ и полиціймейстеровъ въ слѣдственной дѣятельности главнѣйшимъ образомъ могутъ бы выразиться въ видѣ регулированія и объединенія ея, какъ путемъ непосредственнаго и личнаго участія въ дѣлѣ дознанія въ качествѣ высшаго органа, сосредоточивающаго въ себѣ нити розыскной дѣятельности по данному дѣлу, такъ и путемъ

тѣхъ же предписаній и отчетности, которыя между ними существуютъ вообще въ ихъ полицейской дѣятельности. При такомъ порядкѣ дѣятельности чиновъ общей полиціи важное значеніе имѣетъ не только то, что дѣятельность подчиненныхъ органовъ дознанія регулируется не извнѣ, а черезъ ближайшее начальство, но также и то, что съ нимъ соединяется сосредоточеніе въ рукахъ начальственныхъ органовъ всѣхъ стражей полицейской дѣятельности. Это-то обстоятельство, обыкновенно не оцѣниваемое вполне, и составляетъ то главнѣйшее основаніе, въ силу коего представляется вполне целесообразнымъ привлеченіе исправниковъ и полиціймейстеровъ къ участию въ вспомоществующей слѣдственной дѣятельности. Важность этого обстоятельства заключается во 1-хъ въ томъ, что въ пониманіи подчиненнаго органа полицейской власти уравнивается значеніе его обязанностей, какъ въ сферѣ полицейскаго дознанія, такъ и въ другихъ областяхъ его полицейской дѣятельности, такъ какъ всѣ они находятся подъ ближайшимъ надзоромъ ближайшаго начальства и имъ регулируются и во 2-хъ въ томъ, что само ближайшее начальство, стоя въ центрѣ всей полицейской дѣятельности и неся на себѣ въ этомъ качествѣ и всю отвѣтственность за успѣхъ ея, всегда имѣетъ возможность соразмѣрять съ обстоятельствами требованія свои отъ подчиненныхъ органовъ, и въ нужныхъ случаяхъ, и особенно въ дѣлахъ наиболѣе важныхъ, замѣнять ихъ въ той или другой области полицейской дѣятельности; этимъ и устраняются такъ невыгодно отзывающіяся на успѣхахъ слѣдственной дѣятельности, такъ называемыя, столеновенія требованій, обращаемыхъ въ одному и тому же органу полицейской власти отъ органовъ судебной власти и отъ начальства. Что же касается до направленія и регулированія слѣдственной дѣятельности вообще всѣхъ вспомоществующихъ органовъ, то оно, въ силу самого закона (483, 488 и 249 ст. уст. угол. суд.), должно сосредоточиваться въ рукахъ прокурорскаго надзора, который, оставляя за собою ближайшее наблюденіе и управленіе дѣятельностью дознанія въ каждомъ данномъ дѣлѣ, въ общихъ своихъ распоряженіяхъ въ этомъ отношеніи уже дѣйствуетъ черезъ начальствующихъ органовъ, съ которыми, такимъ образомъ, и устанавливаются наиболѣе непосредственныя сношенія. Нельзя не признать при этомъ, что установленіе непосредственныхъ и постоянныхъ сношеній проку-

рорскаго надзора съ начальствующими лицами полицейскаго дознанія представляется и наиболее удобнымъ и осуществимымъ, чѣмъ съ подчиненными исполнительными чинами, постоянно разъѣзжающими по участку и имѣющими жительство часто далеко отъ городовъ. А между тѣмъ едва ли возможно отвергать всю важность этихъ непрерывныхъ и непосредственныхъ сношеній съ органами дознанія тѣхъ органовъ, кои сосредоточиваютъ въ своихъ рукахъ наблюденіе за всѣми отраслями слѣдственной дѣятельности—и дознаніемъ, и предварительнымъ слѣдствіемъ. Въ такомъ порядкѣ, по нашему мнѣнію, должно бы слѣдовать правильное употребленіе полицейскихъ силъ въ дѣлѣ дознанія сообразно съ тѣми средствами, коими располагаетъ полицейскій институтъ при настоящей его организаціи. Намъ могутъ возразить, что такое употребленіе полицейскихъ силъ станетъ въ противорѣчіе съ опредѣленіемъ сената отъ 25 мая 1871 г., опубликованнымъ въ циркулярѣ министерства юстиціи отъ 22 іюня 1872 г., № 11665; регулированіе дѣятельности слѣдственныхъ чиновъ полиціи всецѣло принадлежитъ прокурорскому надзору, начальство же совершенно устраняется отъ вліянія на эту сторону полицейской дѣятельности, между тѣмъ какъ мы исправниковъ и полиціймейстеровъ желали бы привлечь въ качествѣ регуляторовъ. Мы думаемъ, что замѣчаніе это можетъ послѣдовать лишь вѣдствіе недоразумѣнія. Дѣло въ томъ, что находя полезнымъ разсматривать полиціймейстеровъ и исправниковъ, какъ органовъ, регулирующихъ чиновъ, подчиненныхъ имъ, мы, во 1-хъ, понимаемъ его лишь въ началѣ настояній и требованій объ исполненіи со стороны подчиненныхъ чиновъ того, что указано прокурорскимъ надзоромъ, а во 2-хъ, мы и исправниковъ и полиціймейстеровъ также привлекаемъ и къ участію въ слѣдственной дѣятельности, т. е. ихъ разсматриваемъ какъ высшихъ органовъ дознанія. Намъ остается теперь указать на сколько этотъ порядокъ примѣнялся въ провинціи.

При ознакомленіи съ направленіемъ уѣздныхъ исправниковъ, мы прежде всего не могли не обратить вниманія на ту степень самонѣнія ихъ о своемъ служебномъ положеніи, вѣдствіе коего они, считая себя за высшихъ мѣстныхъ органовъ административной власти, стараются стать во главѣ уѣзднаго управленія. Воодушевленные такимъ убѣжденіемъ, гг. уѣздные исправники и въ

дѣятельности своей усвоили себѣ всѣ привычки органовъ сильной административной власти, привыкшей распространять свое вліяніе на весь строй общественной жизни и дѣятельности. Что же касается вообще до дѣятельности означенныхъ органовъ полицейской власти, въ сферѣ ихъ прямыхъ служебныхъ обязанностей, то наши наблюденія не могли насъ привести къ иному заключенію чѣмъ то, что со стороны гг. исправниковъ, за самыми рѣдкими исключеніями, собственно никакой такой дѣятельности не существуетъ. И это понятно. Со введеніемъ новыхъ судебныхъ и земскихъ учрежденій дѣятельность полицейскихъ управленій ограничивается почти исключительно исполнительною частью. При чемъ значительную долю этой исполнительной дѣятельности безспорно доставляютъ судебныя власти и прокурорскій надзоръ. При томъ направленіи, въ какомъ воспитаны гг. исправники и при томъ взглядѣ на свою служебную дѣятельность, усвоенномъ ими еще съ самыхъ первыхъ шаговъ жизни судебной реформы, для нихъ, гг. исправниковъ, какъ предсѣдателей полицейскаго управленія, при существованіи помощниковъ, такая дѣятельность слишкомъ ничтожна, чтобы отвлекать ихъ отъ высшаго надзора за всѣмъ направленіемъ общественной дѣятельности. Такимъ образомъ въ дѣйствительности вся дѣятельность полицейскихъ управленій сосредоточивается въ рукахъ помощниковъ исправниковъ. Что же касается до полнѣйшей бездѣятельности полицейскихъ начальниковъ собственно въ сферѣ слѣдственной, то она объясняется ими какъ тѣмъ, что они суть только предсѣдатели управленій, а не исполнительные чины, такъ и тѣмъ, что съ принятіемъ на себя участія въ этой дѣятельности они становились бы въ извѣстныя отношенія зависимости къ органамъ судебной дѣятельности, что совершенно несовмѣстно ни съ принципами, коими поддерживается значеніе административнаго представительства въ уѣздахъ, ни съ обязанностями высшаго надзора за направленіемъ всей общественной дѣятельности, присвоенными себѣ начальниками мѣстной полиціи. Нечего говорить, что устраненіемъ себя отъ всякаго участія въ вспомошествоющей слѣдственной дѣятельности, гг. исправники прибавили новое затрудненіе для успѣховъ дѣятельности судебныхъ слѣдователей, лишивъ ихъ возможности пользоваться всѣми полицейскими силами при производствѣ розыска и безъ того скудными въ виду бездѣятельности чиновъ волостной и

сельской полиціи. Но независимо сего нельзя не упомянуть и о других не менѣ важныхъ послѣдствіяхъ существующаго порядка.

Такъ, ставъ въ совершенно изолированное положеніе къ судьямъ судебного дѣла, при отсутствіи внутренней потребности въ знаніи, гг. исправники имѣютъ самыя неправильныя и смутныя понятія о законахъ, коими должна руководствоваться ихъ полицейская дѣятельность. Поэтому въ тѣхъ случаяхъ, когда ихъ личное участіе въ дѣлѣ, хотя бы и судебного свойства, не только не противорѣчитъ ихъ тенденціямъ своего высокаго служебнаго положенія, но даже предписывается ими, какъ на примѣръ, въ дѣлахъ о сборѣ недоимокъ и такъ-называемыхъ общественныхъ беспорядкахъ и возмущеніяхъ, пожарахъ, въ дѣлахъ тюремнаго управленія и друг., тогда исправники своими распоряженіями вносятъ полнѣйшее беззаконіе или самое невѣжественное пониманіе законовъ, исходнымъ началомъ которыхъ всегда является убѣжденіе въ безграничномъ ихъ полномочіи. Тотъ же индеферентизмъ гг. исправниковъ къ судебному дѣлу вообще, съ особенною опредѣленностію выражается въ безусловной безучастности ихъ къ вспомоществующей слѣдственной дѣятельности подчиненныхъ имъ чиновъ общей полиціи. Сохраняя свои служебно-іерархическія отношенія съ подчиненными полицейскими органами только въ сферѣ ихъ административной дѣятельности и подчиняя ее своему надзору и даже руководству, гг. исправники совершенно порвали эти отношенія въ сферѣ собственно вспомоществующей слѣдственной дѣятельности полицейскихъ чиновъ. Такимъ образомъ слѣдственная дѣятельность полицейскихъ органовъ осталась внѣ всякаго начальческаго вліянія и надзора. Вслѣдствіе чего и образовалась та двойственность положенія исполнительныхъ чиновъ полиціи, по которому одинъ родъ ихъ дѣятельности (административной) контролировался и оцѣнивался ихъ ближайшимъ начальствомъ, а слѣдовательно пріобрѣталъ въ глазахъ подчиненныхъ чиновъ значеніе прямой ихъ служебной обязанности, успешное выполненіе которой могло влечь за собою всѣ выгоды служебной карьеры, или хотя бы простаго возвышенія своей служебной репутаціи въ глазахъ начальства; другой же (по слѣдственной части) при большей трудности правильнаго выполненія и вслѣдствіе сего въ большей степени нуждающійся не только въ руководствѣ, но и въ простомъ начальческомъ, такъ ска-

затѣ, стимулированіи, стоялъ внѣ всякаго надзора начальства и по сему не имѣлъ никакого вліянія на служебную карьеру подчиненнаго органа, регулируясь совершенно чуждою властью прокурорскаго надзора и окружнаго суда. Само собою разумѣется, что все это само по себѣ не могло воспитать въ исполнительныхъ чинахъ полиціи ни энергіи въ дѣлѣ дознанія и розыска, ни даже убѣжденія въ прямомъ отношеніи этой дѣятельности къ ихъ служебнымъ обязанностямъ. Если же присовокупить къ сему указанное въ предъидущихъ главахъ отсутствіе правильнаго руководительства вспомошествоющей слѣдственной дѣятельности полицейскихъ чиновъ и со стороны прокурорскаго надзора и окружныхъ судовъ (во многихъ случаяхъ), то мы конечно не ошибемся если признаемъ, что уже въ силу только-что указанныхъ условій не возможно ожидать удовлетворительной вспомошествоющей дѣятельности полицейскихъ чиновъ. Но кромѣ сего нельзя не упомянуть и о слѣдующихъ явленіяхъ, прямо обусловливаемыхъ существующимъ порядкомъ вещей: 1) гг. исправники, устранивъ себя отъ всякаго участія въ слѣдственной дѣятельности и рассматривая ее какъ сферу совершенно чуждую для ихъ начальническаго вліянія на подчиненныхъ чиновъ, тѣмъ прочтѣе закрѣпляли эту связь свою съ подчиненными чинами въ другихъ отрасляхъ ихъ дѣятельности. Само собою разумѣется, что вслѣдствіе этого и репрессивныя мѣры, предпринимаемыя прокурорскимъ надзоромъ противъ органовъ дознанія за упущенія ихъ въ этой дѣятельности, не могли рассматриваться гг. исправниками иначе какъ съ точки зрѣнія почти бесполезныхъ взысканій, ни коимъ образомъ не могущихъ повліять на успѣхи служебнаго положенія чиновника. Даже болѣе, гг. исправники, усматривая въ этихъ взысканіяхъ какъ бы посягательства чуждой власти на подчиненныхъ имъ чиновъ, положительно противодѣйствовали успѣху репрессивныхъ мѣръ, ходатайствуя предъ высшимъ начальствомъ за обвиненныхъ въ упущеніяхъ по слѣдственной части, и всѣми средствами стараясь возвышать ихъ, какъ отличающихся въ сферѣ ихъ прямыхъ полицейскихъ обязанностей.

2) Двойственность положенія полицейскихъ чиновъ неминуемо влекла за собою столкновенія требованій, при которомъ, само собою разумѣется, что требованія начальства всегда имѣли въ глазахъ подчиненныхъ чиновъ первенствующее значеніе.

Таковы условия вспомоществующей следственной деятельности чиновъ общей полиціи, лежащія въ тѣхъ уклоненіяхъ отъ нормальнаго употребленія силъ института, которыя освящены временемъ и практикою. Всѣ исчисленные условия безспорно не могли, не оказать своего вліянія на успѣхи следственной деятельности самымъ неблагоприятнымъ образомъ и тѣмъ болѣе, что при полнѣйшей бездѣтельности чиновъ волостной и сельской полиціи вспомоществующими органами следственной деятельности по общимъ преступленіямъ, въ дѣйствительности, являются только одни пристава, количество которыхъ въ уѣздахъ состоитъ изъ 3—4 съ 1-мъ полицейскимъ надзирателемъ уѣзднаго города, а въ губернскомъ городѣ изъ 3—4 приставовъ и отъ 4 до 6 помощниковъ. Что же касается до другихъ условий, лежащихъ внѣ организаціи полицейскаго института, то они по скольку касаются и судебныхъ слѣдователей, будутъ разсмотрѣны въ главѣ о дѣятельности судебныхъ слѣдователей.

Переходя за сими къ разсмотрѣнію самой дѣятельности наличнаго состава органовъ дознанія общей полиціи, нельзя не упомянуть предварительно о слѣдующемъ явленіи.

По собраннымъ нами свѣдѣніямъ оказывается, что въ участкѣ (станѣ) средней величины и не особенно населенномъ промышленнымъ населеніемъ, въ участкѣ, такъ сказать, средней преступности, число дознаній, производимыхъ станowymi приставами въ мѣсяцъ и подлежащихъ передачѣ въ судебныя установленія, колеблется отъ 3 до 6. Кромѣ того въ теченіи мѣсяца становому приставу приходится произвести отъ 3 до 5 дознаній по событіямъ, не заключающимъ въ себѣ признаковъ преступленія и подлежащимъ представленію для прекращенія въ полицейскія управленія. Затѣмъ, по отдѣльнымъ порученіямъ судебныхъ властей въ мѣсяцъ приходится отъ 3—5 дознаній. Такимъ образомъ средняя следственная дѣятельность становаго пристава въ теченіи мѣсяца приблизительно опредѣляется 9—16 дознаніями. Если же присоединить сюда дѣятельность становаго пристава собственно въ сферѣ исполнительнои по исполненію приговоровъ, взысканію разныхъ сборовъ и недоимокъ, доставленію повѣстовъ и т. д., а также и то, что самое выполненіе этихъ обязанностей сопряжено съ переѣздами, иногда весьма значительными, изъ одной части участка въ другую по путямъ, оставляющимъ весьма многого же-

лать, на счетъ своей доброкачественности, то окажется, что для добросовѣстнаго, энергическаго и вполне полезнаго выполненія всѣхъ этихъ обязанностей во 1-хъ, едва ли останется достаточно времени, чтобы не дѣлать между ними какихъ либо подраздѣленій по степени ихъ важности и необходимости, а во 2-хъ, само собою разумѣется для того, чтобы слѣдственные обязанности выполнялись приставами съ должною быстротою, аккуратностію и тщательностію, слишкомъ недостаточно тѣхъ стимулирующихъ вліяній, которыя заключаются во власти прокурорскаго надзора и окружнаго суда, даже при правильномъ ихъ употребленіи, о которомъ нами говорено въ 1-й главѣ.

Затѣмъ, что касается до вспомошествоющей слѣдственной дѣятельности чиновъ общей полиціи, по существу ихъ обязанностей по дѣламъ подсуднымъ общимъ судебнымъ установленіямъ, то она опредѣляется слѣдующими чертами.

На основаніи закона (250 и 258 ст. уст. угол. суд.) полиція обязана передавать на распоряженіе судебныхъ слѣдователей тѣ только дознанія, которыя касаются событій преступленія, — на практикѣ же становые пристава не всегда выполняютъ этотъ законъ, часто по невѣдѣнію точныхъ признаковъ, отличающихъ въ каждомъ данномъ случаѣ простое происшествіе отъ преступленія. Такимъ образомъ въ однихъ случаяхъ становые и городскіе пристава передаютъ слѣдователямъ дознанія о простыхъ происшествіяхъ, вмѣсто того чтобы представлять ихъ въ полицейскія управленія для прекращенія, а въ другихъ дознанія о событіяхъ съ признаками преступленія представляютъ въ полицейскія управленія, которыя уже отъ себя затѣмъ передаютъ слѣдователямъ. Въ первомъ случаѣ слѣдователи обременяются излишнею перепискою, единственно для того, чтобы сдѣлать постановленіе о примѣненіи 309 ст., а во второмъ дознанія поступаютъ къ слѣдователямъ несвоевременно, да и сами пристава не всегда свои дознанія передаютъ слѣдователямъ своевременно, что, конечно, вліяетъ и на успѣхъ предварительнаго слѣдствія. Обыкновенно такое смѣшеніе понятій у чиновъ общей полиціи встрѣчается по дѣламъ о скоропостижно умершихъ и пожарахъ. Что касается до дѣлъ о пожарахъ, то они обыкновенно направлялись становыми въ полицейскія управленія для прекращенія не только во всѣхъ тѣхъ случаяхъ когда причиною пожара было какое либо физическое

явленіе, но даже и въ случаяхъ явнаго поджога, но когда дознаніемъ необнаружено виновное лицо. Равнымъ образомъ, чинами полиціи допускались неоднократныя нарушенія законовъ подсудности, что также вело, то къ излишней перепискѣ слѣдователей по обращенію этихъ дознаній къ законному порядку, то къ промедленію въ полученіи дознаній отъ мировыхъ судей, которые, частію по причинѣ многочисленности дѣлъ, частію по другимъ причинамъ, обыкновенно допускаютъ значительную медленность въ рассмотрѣніи дѣлъ. Наибольшее число случаевъ неправильнаго примѣненія законовъ подсудности встрѣчалось въ дѣлахъ о грабежѣ и самоуправствѣ, въ дѣлахъ противъ личной безопасности и по нарушеніямъ строительнаго и питейнаго уставовъ. Не подлежитъ сомнѣнію, что во многихъ случаяхъ, по мимо общихъ разъясненій какъ со стороны прокурорскаго надзора, такъ и слѣдователей въ особенности, можно бы было предотвращать указанныя нарушенія законовъ, если бы полиція, приступая къ дознанію, соблюдала 250 ст. уст. угол. суд. во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда по ея мнѣнію дѣло подсудно общимъ установленіямъ. Въ этихъ случаяхъ слѣдователь имѣлъ бы возможность своевременно дать указанія относительно направленія дѣла, причемъ, безспорно, наилучшимъ способомъ было бы личное словесное вліяніе и разъясненіе. Но чины полиціи въ большинствѣ случаевъ не исполняли 250 статью, за исключеніемъ важнѣйшихъ дѣлъ, и обыкновенно приступаютъ къ производству дознанія безъ вѣдома судебныхъ властей, которыя узнаютъ о существѣ преступленія уже по полученіи дознанія. Кромѣ того, нельзя не упомянуть и о томъ, что пристава какъ-то не сочувствуютъ и не пользуются возможностью личныхъ и непосредственныхъ сношеній съ судебными слѣдователями и тѣмъ болѣе съ лицами прокурорскаго надзора. Намъ приходилось встрѣчать такіе случаи, когда слѣдователь, завѣдующій участкомъ около года, ни разу не видѣлся съ приставами своего участка и не зналъ ихъ даже въ лицо.

Обращаясь къ самому порядку производства дознаній, нельзя не замѣтить, что со стороны уѣздной полиціи, за исключеніемъ дѣлъ особенно важныхъ, собственно розыскной дѣятельности не существуетъ. Такимъ образомъ, дознанія полицейскихъ чиновъ обыкновенно заключаются лишь въ описаніи событія преступленія и указаніи на заподозрѣнное лицо только въ томъ случаѣ,

когда на него указано въ заявленіи или донесеніи и только съ тою суммою уликъ виновности, которыя указаны въ заявленіи, безъ всякаго самостоятельнаго изысканія и собиранія ихъ. Когда же со стороны потерпѣвшаго лица никакихъ указаній на подозрѣваемое лицо не сдѣлано, въ такомъ случаѣ и въ дознаніи, безъ всякаго розыска, упоминалось только, что подозрѣнія никакого *не заявлено*. По отсутствію указанной самодѣятельности чиновъ полиціи въ дѣлѣ дознанія, у нихъ нельзя усмотрѣть даже развитія самыхъ приемовъ розыска. Причина этого, помимо недостатка необходимыхъ органовъ, заключается въ совершенномъ отсутствіи способности наблюденія у чиновъ полиціи, — способности, съ помощію которой полицейскій чиновникъ всегда имѣлъ бы возможность воспользоваться въ дѣлѣ розыска свѣдѣніями, приобретаемыми имъ въ порядкѣ простаго наблюденія относительно образа жизни, занятій, даже самаго состава многообразныхъ общественныхъ кружковъ своего участка, какъ вѣрными указателями того направленія, которое долженъ принять розыскъ въ каждомъ данномъ случаѣ. Вслѣдствіе этого чины полиціи, не зная способовъ негласнаго дознанія, производятъ ихъ тѣмъ же порядкомъ какъ и вообще дознанія. Дознанія же вообще обыкновенно заключаются въ вопросахъ (ст. 254) подлежащихъ лицъ, иногда въ значительномъ количествѣ выбираемыхъ для сего, за исключеніемъ потерпѣвшаго, безъ всякаго изслѣдованія вопроса объ отношеніяхъ этихъ лицъ, какъ свидѣтелей къ дѣлу. При такомъ порядкѣ, дознанія иногда разрастались до значительныхъ размѣровъ, не заключая въ себѣ ничего существеннаго для предварительнаго слѣдствія. Такого объема дознанія обыкновенно получались отъ чиновниковъ, слывшихъ за старательныхъ въ слѣдственномъ дѣлѣ. Вся заслуга этихъ старательныхъ дѣятелей если и заключалась въ чемъ, то развѣ въ точномъ описаніи событія преступленія и совершеніи осмотровъ. Что же касается до большинства полицейскихъ чиновъ, то, не говоря о розыскѣ, въ ихъ дознаніи почти никогда не существуетъ ни осмотровъ, ни тщательнаго распроса потерпѣвшаго, хотя имѣются *допросы* съ подписью показателей, допросы, въ коихъ можно встрѣтить показанія въ родѣ того, что „я, такой-то, по дѣлу ничего не знаю“. Вслѣдствіе того, что полиція не имѣетъ обыкновенія исполнять требованіе 250 ст., она создаетъ совершенно иное отношеніе дознанія къ предвари-

тельному слѣдствію, чѣмъ то, которое установлено закономъ. Приступая каждый разъ, за немногими исключеніями, къ дознанію безъ вѣдома судебного слѣдователя, полиція каждый разъ становится въ условія, предусмотрѣнныя 258 ст., установленныя лишь на случай не прибытія на мѣсто слѣдователя. Поэтому, если бы полиція соблюдала все требованія этой статьи и 259, то ея дознанія въ сущности сдѣлались бы предварительными слѣдствіями полиціи. Но какъ я уже имѣлъ случай упомянуть, что кромѣ допросовъ, совершенно не предписываемыхъ сими статьями, полиція осмотры производитъ чрезвычайно рѣдко, въ особенности съ соблюденіемъ законовъ предварительнаго слѣдствія, а относительно обысковъ она пребывала въ убѣжденіи на счетъ того, что на производство таковыхъ она права не имѣетъ, то эти дознанія не пріобрѣтаютъ даже и такого характера. А между тѣмъ, система допросовъ, усвоенная полиціею, является весьма важнымъ способомъ несвоевременнаго опредѣленія предѣловъ свѣдѣній, заключающихся въ показаніи свидѣтелей, которые, давъ показаніе на дознаніи, стѣсняются расширять и видоизмѣнять существо его на слѣдствіи, опасаясь отвѣтственности. Давать же откровенныя показанія на допросы, записываемыя становымъ въ протоколъ, свидѣтели обыкновенно стѣняются единственно съ цѣлью избѣжанія повторенія вызововъ къ слѣдователю и въ судъ, такъ какъ пристава часто не съѣзжаютъ на мѣсто, а производятъ дознанія въ становыхъ квартирахъ, куда и вызываютъ подлежащихъ спросу лицъ, часто на весьма далекое разстояніе. Наиболѣе употребительно при производствѣ дознаній примѣненіе 256 ст. по предмету задержанія подозрѣваемыхъ. Въ составѣ чиновъ, на примѣръ, курской уѣздной полиціи мы нашли одного пристава пригородныхъ слободъ, который задерживалъ всякое лицо, противъ котораго потерпѣвшій заявляетъ подозрѣніе, хотя бы безъ всякаго указанія основаній, и затѣмъ препровождалъ такихъ лицъ подъ стражею къ слѣдователю. Передачею дознанія судебному слѣдователю дѣйствія свои по данному дѣлу полиція прекращаетъ. И такимъ образомъ требованія 255 ст. не соблюдаются. Случаямъ же отдѣльныхъ требованій (271 ст.) слѣдователей, о производствѣ отдѣльныхъ дознательныхъ дѣйствій, полиція не придаетъ большаго значенія. Такія требованія исполняются и медленно и небрежно и оканчиваются большею частію увѣдомленіемъ о необ-

наруженіи требуемыхъ данныхъ. Вышеуказанныя наблюденія приводятъ къ слѣдующимъ выводамъ:

1) Производство дознаній чиновъ общей полиціи при несоблюденіи ими 250 ст. всецѣло и безъ всякаго контроля находится въ рукахъ становыхъ приставовъ, отъ которыхъ вполнѣ зависитъ дать имъ тотъ или другой характеръ.

2) При отсутствіи дѣятельности розыскной, полицейскія дознанія ничего не прибавляютъ къ суммѣ данныхъ, добытыхъ самими потерпѣвшими или вообще дѣятельностію частныхъ лицъ, относительно обнаруженія виновныхъ.

3) Независимо отсутствія вообще розыскной дѣятельности приставовъ и незнанія даже приѣмовъ этой дѣятельности они не предпринимаютъ дѣйствій, прямо предписанныхъ закономъ въ ст. 258 (обыски и проч.) и клонящихся къ собиранію и обнаруженію уликъ виновности.

4) По содержанію своему полицейскія дознанія не всегда заключаютъ въ себѣ даже полное и, съ соблюденіемъ законныхъ требованій, изображеніе всѣхъ чертъ событія преступленія и обстоятельствъ его совершенія.

5) При такомъ порядкѣ производства дознаній и въ виду того, что по передачѣ дознанія полиція признаетъ свои обязанности по данному дѣлу исполненными, дознаніе становится въ совершенно ненормальныя отношенія къ предварительному слѣдствію и теряетъ значеніе, вспомошествоющее успѣху слѣдствія.

6) Существующій порядокъ и установившіяся отношенія дознанія къ слѣдствію отерываютъ возможность значительныхъ злоупотребленій со стороны чиновъ полиціи, которыя могутъ заключаться не только въ возможности взяточничества, съ цѣлью сокрытія слѣдовъ преступленія, но и заключаются въ томъ, что вмѣсто становыхъ приставовъ дознанія иногда производятъ ихъ письмоводители.

Б. А.

(Окончаніе слѣдуетъ.)

# ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПСИХІАТРІЯ.

## I. Вопросъ о юридической дѣеспособности душевно-больныхъ.

### I.

Когда въ юридической литературѣ заходить рѣчь объ умственномъ разстройствѣ, то при этомъ чаще всего имѣютъ исключительно въ виду вопросъ объ уголовной вмѣняемости, находящейся, безъ сомнѣнія, въ тѣсной связи съ положеніями и выводами психіатріи. Криминалисты, какъ извѣстно, давно уже, съ легкой руки Миттермайера <sup>1)</sup>, втянули психіатрію въ сферу уголовного права и въ своихъ изслѣдованіяхъ и учебникахъ удѣляютъ много мѣста психіатрическимъ даннымъ; благодаря отчасти этому обстоятельству, уголовное право утратило въ значительной степени свой прежній метафизическій характеръ и стало на болѣе положительную почву. Что касается гражданского права, то мысль о какой-либо, хотя-бы и отдаленной связи его съ психіатріей, какъ-то странно звучитъ для цивилиста, хотя не подлежитъ сомнѣнію, что эта отрасль правовѣдѣнія имѣетъ такую же и столь же существенную точку соприкосновенія съ наукою о душевныхъ болѣзняхъ, какъ и право уголовное. Вопросъ о вліяніи умственного расстройства на юридическую дѣеспособность лица есть именно тотъ пунктъ, гдѣ соприкасаются двѣ отрасли чело-вѣческаго вѣдѣнія, не имѣющія повидимому ничего рѣшительно общаго между собою, — юриспруденція и психіатрія. Къ сожалѣнію, цивилисты, особенно нѣмецкіе, относятся къ этому вопросу совсѣмъ не такъ, какъ слѣдовало-бы, разрѣшая его большею частью на основаніи старыхъ метафизическихъ понятій о душѣ и

<sup>1)</sup> Первое изслѣдованіе Миттермайера по психіатріи относится, если не ошибаемся, къ 1825 г. (*Disquisitio de alienatione mentis*, Heidelberg. 1825).

волю человека или же игнорируя его совершенно, как вопрос будто-бы не юридический<sup>1)</sup>, причем вообще решение этого вопроса представляется имъ чрезвычайно легкимъ. „Безумие или сумасшествие“, говорит напр. Савиньи, „составляетъ естественное и несомнѣнное препятствіе къ свободнымъ дѣйствіямъ съ ихъ юридическими послѣдствіями. Обсужденіе здѣсь отчасти легче, чѣмъ при незрѣлости возраста, ибо измѣненія происходятъ здѣсь непродолжительными, незамѣтными ступенями, а совершенно внезапно или по крайней мѣрѣ путемъ быстрыхъ неожиданныхъ переходовъ“<sup>2)</sup>. Изъ новѣйшихъ писателей извѣстный юристъ-философъ Лассаль, разсуждая о вліяніи душевныхъ болѣзней на за-вѣщательную способность (активную), основываетъ все свои выводы на чисто схоластической игрѣ словомъ *воля*; подобно большинству нѣмецкихъ юристовъ-теоретиковъ, онъ смотритъ на „разумную волю“, какъ на нѣкую абсолютъ, присутствіе или отсутствіе котораго прямо и легко рѣшаетъ вопросъ о силѣ того или другаго юридическаго акта<sup>3)</sup>. Болѣе здравыхъ началъ придерживается въ этомъ отношеніи французская юриспруденція, представляющая однако тотъ любопытный фактъ, что большая часть изслѣдованій и статей, относящихся къ вопросу о юридической дѣеспособности душевно-больныхъ, принадлежитъ медикамъ, которымъ съ своей стороны отчасти опонируютъ или вторятъ юристы. Въ одной только Англіи вопросъ этотъ получилъ чисто-юридическую разработку, и вызвалъ въ литературѣ и на практикѣ прочное установленіе теоріи, замѣчательной какъ по своей простотѣ, такъ и по своей строгой логичности и послѣдовательности.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы постараемся выяснитъ современное положеніе вопроса о дѣеспособности душевно-больныхъ съ точки зрѣнія теоріи и западно-европейскихъ законодательствъ и

<sup>1)</sup> Медики же, какъ напр. Касперъ, настаиваютъ напротивъ на томъ, что спеціальные вопросы относительно вліянія психическихъ условій на дѣеспособность въ различныхъ ея видахъ суть вопросы чисто и исключительно юридическіе, рѣшеніе которыхъ принадлежитъ законодательству и юриспруденціи, а нисколько не суд. медицинѣ. *Casper*, Pract. Handbuch der gerichtlichen Medicin, Berlin 1864, Bd. I, S. 360. Ср. *Ferd. Hauska*, Compendium der ger. Arzneykunde, Wien 1869, S. 181 и др.

<sup>2)</sup> *Savigny*, System des heut. röm. Rechts, 1840, Bd. III, § 112, S. 83.

<sup>3)</sup> *Ferd. Lassalle*, Syst. der erworbenen Rechte, 1861, Bd. I, S. 492 sq.

затѣмъ сгруппировать тѣ данныя, которыя могутъ содѣйствовать установленію по этому предмету извѣстныхъ общихъ юридическихъ правилъ, способныхъ разрѣшить не только занимающій насъ теоретическій вопросъ во всей его полнотѣ, но и всѣ вызываемыя имъ частные случаи и вопросы. При такомъ характерѣ нашей задачи мы не можемъ уже относительно иностранныхъ законодательствъ ограничиться краткимъ, поверхностнымъ очеркомъ, а должны будемъ внѣстись въ нихъ поглубже, чтобы освѣтить при помощи критики внутренній смыслъ, равно какъ и практическое значеніе отдѣльныхъ ихъ постановленій и отдѣлить въ нихъ то, что имѣетъ подъ собою солидную научную почву, отъ всякаго рода постороннихъ элементовъ и примѣсей. Вмѣстѣ съ тѣмъ подробное критическое разсмотрѣніе всего этого положительнаго матеріала, въ связи съ психіатрическими данными, дастъ намъ возможность придти къ нѣкоторымъ основнымъ началамъ и выводамъ, которые затѣмъ должны послужить для насъ исходными точками при послѣдующемъ разсмотрѣніи и оцѣнкѣ нашего законодательства и нашей судебной практики относительно вліянія умственнаго разстройства на дѣеспособность.

Въ современныхъ европейскихъ кодексахъ можно замѣтить два, существенно различныя между собой, типа онеки надъ душевно-больными: первый изъ нихъ развился преимущественно въ Англіи и основанъ, главнымъ образомъ, на началахъ римскаго права, второй же преобладаетъ на континентѣ, получивъ свое полнѣйшее выраженіе во французскомъ законодательствѣ. Приступая къ изложенію первой изъ этихъ системъ, именно системы римско-англійской, мы должны прежде всего остановиться на положеніяхъ права римскаго, на почвѣ котораго выросла эта система.

Римлянамъ извѣстны были не только различныя виды умопомѣшательства, но и тѣ юридическія послѣдствія и затрудненія, которыя возникаютъ на практикѣ при рѣшеніи вопроса объ умственномъ разстройствѣ. Не имѣя никакихъ научныхъ свѣдѣній о природѣ и значеніи душевныхъ болѣзней, римскіе юристы тѣмъ не менѣе, съ свойственнымъ имъ практическимъ тактомъ, старались выяснить юридическую сторону помѣшательства и рѣшить, на сколько возможно, замѣшанные здѣсь юридическіе вопросы.

Между прочимъ римское право предписываетъ, въ случаѣ совершенія сумасшедшимъ какого-либо преступленія, изслѣдовать тщательно, не притворяется-ли преступникъ, и дѣйствительно-ли онъ не обладаетъ здравымъ разсудкомъ; въ первомъ случаѣ онъ подвергается казни, а въ послѣднемъ—содержится въ заключеніи<sup>1)</sup>. Преторъ, говоритъ Ульпіанъ въ другомъ мѣстѣ, долженъ остерегаться давать кому-либо опекуна безъ полнѣйшаго изслѣдованія дѣла: ибо многіе представляются безумными или сумасшедшими съ тою цѣлю, чтобы, получивши опекуна, освободиться отъ лежащихъ на нихъ гражданскихъ обязанностей<sup>2)</sup>. На сколько здравы были понятія римлянъ о вліяніи психическаго расстройства на уголовную вмѣняемость, можно видѣть изъ рескрипта Марка и Коммода начальнику провинціи Тертилу по дѣлу Элія Приска. „Если тебѣ несомнѣнно извѣстно“, говорится въ этомъ рескриптѣ, „что Элій Прискъ находится въ такомъ состояніи помѣшательства, что совершенно не обладаетъ разсудкомъ, и если не остается никакого подозрѣнія въ томъ, что онъ совершилъ преступленіе въ состояніи притворнаго сумасшествія, то можешь оставить въ сторонѣ способъ его наказанія, такъ какъ онъ достаточно наказывается самимъ помѣшательствомъ; однако необходимо имѣть надъ нимъ строгій надзоръ и даже, если нужно, держать его въ заключеніи для большей безопасности окружающихъ лицъ“<sup>3)</sup>. Не только помѣшательство въ собственномъ смыслѣ, но и простая тупость и слабоуміе могли вести къ учрежденію опеки<sup>4)</sup>.

По римскому праву всѣ виды душевнаго расстройства подлежатъ однимъ и тѣмъ же правиламъ; какъ безумные и сумасшедшіе въ собственномъ смыслѣ (*dementes* и *furiosi*), такъ и слабоумные (*mente capti, stulti, fatui*) предполагаются лишенными юридической дѣеспособности, сохраняя однако принадлежащіи имъ права личныя и имущественныя. По законамъ двѣнадцати таблицъ сумасшедшіе, равно какъ и расточители, подлежали опекѣ родныхъ или агнатовъ (*cura legitima*); но въ послѣдствіи

1) Dig. lib. I, t. XVIII, l. 13.

2) D. I. VI, De curat. fur. 27, 10.

3) D. I. I, t. XVIII, 14.

4) Inst., lib. I, tit. XXIII, de curat. § 4. Cp. Savigny, Bd. III, S. 84.

вошло въ обыкновеніе давать имъ опекуновъ (*cura dativa*), въ Римѣ по назначенію префекта или претора, а въ провинціяхъ — по назначенію правителей (президентовъ). Такой же опека, какъ замѣчено выше, подвергались и слабоумные, неспособные распоряжаться своимъ имуществомъ. При учрежденіи опеки имѣлись главнымъ образомъ въ виду интересы общественной безопасности. Съ опекой по римскому праву не соединялось никакихъ законныхъ предположеній (*praesumptiones*) или ограниченій, въ родѣ тѣхъ, какія существуютъ въ современномъ французскомъ правѣ относительно интердикціи<sup>1)</sup>. Фактъ опеки самъ по себѣ не имѣлъ никакого вліянія на силу совершенныхъ подопечнымъ юридическихъ актовъ; для недѣйствительности послѣднихъ необходимо было въ каждомъ данномъ случаѣ доказать, что въ моментъ совершенія акта, лицо не обладало здравымъ разсудкомъ. Юридическія сдѣлки и акты, совершенныя въ свѣтлые промежутки — *dilucida intervalla*, имѣютъ полную силу; сумасшедшіе, находившіеся, при отсутствіи болѣзненныхъ припадковъ, въ спокойномъ состояніи и обладавшие въ такія минуты здравымъ, повидимому, умомъ, пользовались несомнѣннымъ правомъ вступать во всякаго рода договоры и обязательства: *intermissionis tempore furiosos venditiones et alios quoslibet contractus posse facere non ambigitur*<sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ по римскому праву умственное расстройство имѣетъ значеніе чисто фактическаго препятствія къ совершенію юридическихъ дѣйствій; оно имѣетъ значеніе лишь въ томъ смыслѣ, что предполагаетъ недостатокъ или отсутствіе одного изъ существенныхъ условій всякой юридической сдѣлки, — именно недостатка здоровой юридической воли. Въ этомъ смыслѣ состояніе психической болѣзни представляется равносильнымъ неимѣнію воли и невозможности дѣйствовать сознательно въ тѣхъ случаяхъ, когда требуется наличность этого внутренняго элемента, причемъ воля, выраженная до сумасшествия или во время свѣтлаго промежутка, остается въ полной силѣ, не смотря на послѣдовавшее затѣмъ расстройство. Такъ напр., сумасшедшій не можетъ начать владѣть,

<sup>1)</sup> *Gabriel Simon*, De la condition des aliénés en droit romain et en droit français, Paris, 1870 pp. 33—4.

<sup>2)</sup> *Glück*, Ausf. Erläut. der Pandecten (Erlangen 1796); Bd. IV, § 288; *Savigny*, Bd. III, § 112 fg.

по отсутствію въ немъ одного изъ необходимыхъ для этого моментовъ—*animus possidendi*, но онъ можетъ продолжать прежнее владѣніе, начатое имъ еще до наступленія сумасшествія <sup>1)</sup>. То же самое общее начало имѣетъ примѣненіе ко всѣмъ вообще юридическимъ актамъ, какъ двухстороннимъ, такъ и одностороннимъ; точно также примѣняется оно и къ завѣщаніямъ. Завѣщаніе сумасшедшаго, какъ и другіе акты, имѣетъ полную юридическую силу, если оно составлено до обнаруженія помѣшательства или во время свѣтлаго промежутка, хотя бы затѣмъ до самой смерти завѣщатель находился въ состояніи полного умственного расстройства <sup>2)</sup>. Но вмѣстѣ съ тѣмъ римское право, допускаетъ въ извѣстныхъ случаяхъ, подъ предлогомъ недостатка здраваго разсудка, уничтоженіе несправедливыхъ почему-либо завѣщательныхъ распоряженій лицъ, относительно которыхъ въ дѣйствительности не представляется серьезныхъ сомнѣній насчетъ состоянія ихъ умственныхъ способностей. Это именно имѣетъ мѣсто при спорѣ противъ такъ назыв. *inofficiosum testamentum*, когда дѣтямъ завѣщателя, лишеннымъ безъ причины наслѣдства или совершенно обойденнымъ въ завѣщаніи, предоставляется требовать уничтоженія послѣдняго въ томъ предположеніи, что завѣщатель находился какъ-будто не въ здоровомъ умѣ (*quasi non sanae mentis fuerit*,—*Inst. l. II. t. 18 de inoff. test. pr.*) <sup>3)</sup>.

Если относительно способности къ юридическимъ дѣйствіямъ сумасшедшіе признаются по римскому праву какъ бы неимѣющими воли, то съ другой стороны во всѣхъ другихъ отношеніяхъ, преимущественно же въ области семейнаго и публичнаго права, правоспособность ихъ нисколько не ограничивается подѣліяніемъ умственного расстройства. По словамъ Ульпіана, «лицо, страдающее помѣшательствомъ, сохраняетъ и состояніе, и званіе свое, и должность и власть, точно такъ же какъ господство надъ своимъ имуществомъ» <sup>4)</sup>. Семейныя отношенія и права не подвергались при душевной болѣзни никакимъ ограниченіямъ. Дѣти сумасшед-

<sup>1)</sup> *G. Simon*, l. c. p. 74—78.

<sup>2)</sup> *Inst. lib. II, t. XII, § 1.*

<sup>3)</sup> Это конечно только фикція, какъ объяснено далѣе въ самомъ законѣ *nam si vere furiosus sit, nullum est testamentum.*

<sup>4)</sup> *Dig. l. I, t. V § 20: Qui furere coepit, et statum et dignitatem, in qua fuit, et magistratum et potestatem videtur retinere, sicut. rei suae dominium retinet.*

шаго оставались подъ отеческой властью своего отца, и притомъ не только тѣ, которыя родились еще до наступленія помѣшательства, но и зачатые и родившіяся уже во время разстройства, ибо, по выраженію римскаго закона, „сумасшедшій, хотя и не можетъ вступить въ бракъ, удерживаетъ однако и продолжаетъ бракъ существующій“. Такъ же точно сохраняется отеческая власть и надъ дѣтьми, рожденными во время сумасшествія матери и даже при сумасшествіи обоихъ родителей, такъ какъ, объясняетъ Ульпіанъ, если бракъ сохраняетъ свою силу при помѣшательствѣ одного изъ супруговъ, то онъ не теряетъ ея и при разстройствѣ обоихъ: *nam cum consistat matrimonium altero furente, consistet et utroque* <sup>1)</sup>.

Таково положеніе сумасшедшихъ по римскому праву. Положеніе это, опредѣленное довольно точно приведенными выше правилами, отличается замѣтной осторожностью въ установленіи стѣснительныхъ для гражданъ опекунскихъ мѣръ, принимаемыхъ главнымъ образомъ въ интересахъ общественной безопасности и къ тому лишь въ случаяхъ несомнѣнной необходимости. Римскій институтъ опеки надъ лицами, страдающими умственнымъ разстройствомъ, примиряетъ, насколько возможно, потребности имущественнаго оборота съ неприкосновенностью частной дѣятельности гражданъ. Душевная болѣзнь, понимаемая въ смыслѣ отсутствія здравой юридической воли, вліяетъ на дѣйствительность того или другаго акта въ томъ только случаѣ, когда положительно констатированъ и доказанъ фактъ помѣшательства и вмѣстѣ съ тѣмъ отсутствія воли въ лицѣ, совершившемъ актъ, въ самый моментъ совершенія послѣдняго. Въ области отношеній публичныхъ, равно какъ и отношеній болѣе нравственнаго, чѣмъ юридическаго порядка, каковы напр. отношенія семейныя, въ которыхъ для проясненія своихъ правъ не требуется формальнаго строго-юридическаго выраженія воли, правоспособность гражданина не подвергалась никакимъ ограниченіямъ. Въ этомъ случаѣ римское право остается вѣрнымъ своему основному взгляду на семейныя отношенія, какъ на сферу частнаго господства, не подлежащую никакому внѣшнему контролю и не допускающую никакого посторонняго вмѣшательства. Осторожность, съ какою римское право от-

<sup>1)</sup> Dig. l. I, t. VI § 8.

носится къ правоспособности лицъ, страдающихъ умопомѣшательствомъ, можетъ, безъ сомнѣнія, вести на практикѣ къ несправедливости; но для устраненія вытекающихъ отсюда невыгодныхъ практическихъ послѣдствій существовалъ у римлянъ весьма важный коррективъ въ видѣ преторскаго эдикта, который давалъ возможность въ каждомъ данномъ случаѣ рѣшить дѣло сообразно съ требованіями дѣйствительной жизни, не стѣняясь дѣйствіемъ стѣснительнаго почему-либо закона. Для этой цѣли служилъ между прочимъ институтъ возстановленія права (*in integrum restitutio*), имѣвшій примѣненіе къ тѣмъ случаямъ, когда какимъ-либо неправильнымъ или подлежащимъ спору актомъ произведены уже извѣстныя перемѣны въ области имущественныхъ правъ; тогда преторъ, найдя требованія спорщика уважительными, могъ, въ силу принадлежащей ему власти, совершенно уничтожить послѣдствія спорнаго акта и возстановить права сторонъ въ томъ видѣ, въ какомъ они существовали до его совершенія. Въ эдиктѣ исчислены были случаи, когда могло имѣть мѣсто *in integrum restitutio*; но послѣ такого вычисленія сдѣлана весьма важная оговорка, сообщавшая власти претора значительный просторъ: „наконецъ“, говоритъ преторъ, „если мнѣ представится *какая-либо другая справедливая причина*, я также возстановлю прежнія права“. *Item si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituiam* <sup>1)</sup>). При такихъ условіяхъ требованія закона могли быть всегда примиряемы съ требованіями житейской справедливости.

Ограждая по возможности прочность юридическихъ сдѣлокъ и не допуская, внѣ случаевъ крайней необходимости, никакихъ ограниченій для частной дѣятельности гражданъ, римское право дѣлаетъ однако въ этомъ отношеніи одно весьма важное исключеніе,—именно относительно завѣщаній. Но дѣло въ томъ, что завѣщаніе по римскому праву относится скорѣе къ актамъ публичнаго, чѣмъ частнаго права, вслѣдствіе чего завѣщательныя распоряженія и не пользовались той неприкосновенностью, которою обставлена чисто-частная дѣятельность гражданъ. Составляя въ нѣкоторомъ смыслѣ частный законъ, измѣняющій порядокъ законнаго наслѣдованія,—порядокъ, основанный на естественномъ началѣ единства семейной власти и семейнаго имущества, — завѣ-

<sup>1)</sup> Dig. l. IV, tit. VI, 1 Ulp.

шаніе должно, конечно, подлежать извѣстному контролю и допускать вмѣшательство власти въ тѣхъ случаяхъ, когда завѣщательное распоряженіе не соответствуетъ основной цѣли института наслѣдованія <sup>1)</sup>). Такимъ образомъ возможность спора противъ т. н. *inofficiosum testamentum* оправдывается какъ характеромъ завѣщаній по римскому праву, такъ и значеніемъ и смысломъ завѣщательнаго права вообще.

## II.

Изложенныя нами начала римскаго права въ значительной степени сохранили и по настоящее время свою силу въ теоретической юриспруденціи, но въ современныхъ кодексахъ они болѣею частью вытѣснены другаго рода взглядами, имѣющими, впрочемъ, весьма слабую связь съ тѣмъ развитіемъ, какое получила психіатрія съ начала нынѣшняго столѣтія. Только въ Англіи вполне удержалась римская теорія, хотя, конечно, въ значительно измѣненномъ и усовершенствованномъ видѣ. Англійское право (*common law*) относится къ вопросу о дѣеспособности психически-больныхъ еще съ болѣею осторожностью, чѣмъ право римское. По этому предмету практика выработала рядъ правилъ, заслуживающихъ особеннаго вниманія по своей несомнѣнной разумности и практичности.

Опека, налагаемая на душевно-больныхъ, сама по себѣ нисколько не лишаетъ ихъ дѣеспособности; она влечетъ за собой лишь принятіе извѣстныхъ предохранительныхъ мѣръ по отношенію къ имуществу и личности больного. Вліяніе умственнаго расстройства на совершеніе того или другаго акта должно быть положительно доказано въ каждомъ данномъ случаѣ; даже акты лицъ, признанныхъ сумасшедшими, имѣютъ полную силу, если въ поведеніи послѣднихъ не было ничего страннаго и если постороннія лица, заключившія съ ними эти сдѣлки, дѣйствовали добросовѣстно (*bona fide*), не зная объ ихъ болѣзни <sup>2)</sup>). Въ англійской практикѣ были случаи признанія дѣйствительными духовныхъ завѣщаній лицъ, находящихся въ домѣ умалишенныхъ, на

<sup>1)</sup> *Ihering*, Geist des röm. Rechts, Bd. I, S. 146 fg. (Lpz. 1866).

<sup>2)</sup> *Herbert Broom and Edward Hadley*, Commentaries of the laws of England, London, 1869, v. II, p. 468 sq.; *A. Taylor*, Medical jurisprudence London 1861 p. 868.

томъ основаніи, что акты совершены были съ здравымъ смысломъ <sup>1)</sup>. По общему правилу, выработанному практикою, юридическая сила гражданскихъ актовъ и сдѣлокъ зависитъ отъ самаго содержанія ихъ и отъ обстоятельствъ, сопровождающихъ ихъ совершеніе; по этому, хотя бы лицо страдало помѣшательствомъ, актъ его можетъ тѣмъ не менѣе имѣть силу, если разстройство ничѣмъ не обнаруживается въ содержаніи акта. Равнымъ образомъ завѣщанія лицъ, помѣшанныхъ на одномъ пунктѣ или имѣющихъ ложныя представленія (*delusions*), недѣйствительны только тогда, когда они составлены подъ очевиднымъ вліяніемъ этихъ именно ложныхъ идей <sup>2)</sup>.

Въ свѣтлые промежутки больной пользуется полной юридической дѣеспособностью. Исключеніе существуетъ только относительно вступленія въ бракъ. Въ прежнее время бракъ сумасшедшихъ признаваемъ былъ нерѣдко дѣйствительнымъ; впоследствии это имѣло мѣсто только относительно браковъ, совершенныхъ въ свѣтлые промежутки. Затѣмъ, въ виду трудности выяснить фактическое состояніе умственныхъ силъ лица въ моментъ совершенія брачнаго обряда, постановлено было статутомъ Георга II, что бракъ „лунатика“, признаннаго таковымъ надлежащей властью и порученнаго заботѣ попечителей актомъ парламента, признается безусловно-недѣйствительнымъ до тѣхъ поръ, пока больной не будетъ объявленъ умственно-здоровымъ по распоряженію лорда-канцлера <sup>3)</sup>.

Что касается характера и порядка учрежденія опеки надъ душевно-больными, то англійское право представляетъ съ этой стороны многія любопытныя особенности, сохранившіяся въ обычномъ правѣ съ давнихъ временъ. Верховнымъ покровителемъ и опекуномъ сумасшедшихъ, какъ и малолѣтнихъ, считается по старому народному воззрѣнію король, въ качествѣ охранителя народа (*conservator populi*). Статутъ Эдуарда II предоставлялъ королю право опеки надъ имѣніями лицъ безумныхъ отъ рожденія, при чемъ доходы, остающіеся за удовлетвореніемъ потребностей послѣднихъ, поступали въ распоряженіе короля; мѣра эта имѣла своей

<sup>1)</sup> *Taylor*, *ib.* p. 872.

<sup>2)</sup> *Taylor*, *l. c.*

<sup>3)</sup> *Broom and Hadley*, v. I, p. 527.

цѣлью предупредить возможность отчужденія земель со стороны безумныхъ въ ущербъ интересамъ ихъ наслѣдниковъ. Принятію этой мѣры предшествовало изслѣдованіе состоянія предполагаемаго безумнаго по королевскому приказу (*writ de idiota inquirendo*), производившееся предъ судомъ присяжныхъ; если присяжные признавали свидѣтельствуемое лицо „чистымъ идиотомъ“ (*purus idiota*), т. е. безумнымъ отъ природы, то доходы съ земель его, равно какъ и опека надъ личностью его, жаловались обыкновенно королемъ кому-либо изъ подданныхъ, имѣвшихъ для этого извѣстное основаніе. Эта прерогатива королевской власти считалась издавна отяготительной для частныхъ лицъ; на практикѣ дѣйствіе ея парализировалось тѣмъ, что присяжные чрезвычайно рѣдко признавали кого-либо идиотомъ отъ рождения (*a nativitate*), ограничиваясь большею частью признаніемъ умственного разстройства болѣе или менѣе продолжительнаго, но не природнаго. По отношенію къ этимъ психически-больнымъ въ собственномъ смыслѣ (*non compos mentis*), опекунскія права короны были совершенно другія. Законъ всегда имѣлъ въ виду возможность устраненія или излеченія подобнаго разстройства, почему возлагалъ на короля только заботу о прирѣвнѣи личности и охраненіи имущества больныхъ, съ обязательствомъ дать отчетъ въ доходахъ или имъ самимъ по ихъ выздоровленіи, или, въ случаѣ ихъ смерти, — ихъ представителямъ. Король обязанъ сберегать излишекъ доходовъ для подопечныхъ на случай возвращенія ихъ къ здравому разсудку, не получая ничего въ свою пользу; если же они умирали въ такомъ состояніи, то оставшееся послѣ нихъ имущество распредѣлялось для религіозныхъ цѣлей по указанію духовной власти <sup>1)</sup>.

Порядокъ освидѣтельствованія сумасшедшихъ, или по англійской терминологіи „лунатиковъ“, полагался тотъ-же, что и относительно идиотовъ (именно посредствомъ *writ de lunatico inquirendo*). Порядокъ этотъ съ теченіемъ времени уступилъ мѣсто другому, установленному исподволь сообразно съ потребностями практики и съ указаніями опыта. Въ настоящее время все, относящееся до попечительства надъ сумасшедшими, регулируется актами парламента, имѣющими примѣненіе какъ къ лицамъ, при-

<sup>1)</sup> *Broom and Hadley*, v. III, pp. 83 sq.

наннымъ таковыми послѣ оффиціального изслѣдованія, такъ и къ лицамъ, хотя и страждущимъ психическимъ разстройствомъ, но не подвергнутымъ освидѣтельствуванію по нежеланію-ли родныхъ или-же по неимѣнію за ними имущества <sup>1)</sup>. Дѣла объ опекахъ перешли отъ непосредственнаго вѣдѣнія короля къ лорду-канцлеру, который въ силу самого званія своего есть общій попечитель всѣхъ дѣтей, безумныхъ и сумасшедшихъ; для этого ему дается особое полномочіе за собственноручной королевской подписью одновременно съ назначеніемъ его на должность <sup>2)</sup>. Опекунскія дѣла не относятся поэтому къ общей юрисдикціи канцлерскаго суда (court of chancery), такъ какъ они входятъ въ кругъ обязанностей лорда-канцлера лишь по личному порученію короля, который все-таки de jure остается по прежнему верховнымъ покровителемъ лицъ, нуждающихся почему-либо въ опеку. Первой и послѣдней инстанціей для дѣлъ о сумасшедшихъ служитъ такимъ образомъ судъ лорда-канцлера; судьи вице-канцлеровъ и главнаго архиваріуса, составляющіе первую инстанцію канцлерскаго суда, не вѣдаютъ подобныхъ дѣлъ <sup>3)</sup>. Когда представляется необходимымъ доказать сумасшествіе извѣстнаго лица для учрежденія надъ личностью и имуществомъ его надлежащей опеки, то просьба объ этомъ подается лорду-канцлеру, который, если найдетъ ее основательной, поручаетъ изслѣдовать состояніе больного особымъ, назначеннымъ для этого, чиновникамъ (т. н. masters in lunacy) съ участіемъ или безъ участія присяжныхъ, смотря по обстоятельствамъ дѣла. Въ случаѣ, если по такомъ изслѣдованіи помѣшательство окажется несомнѣннымъ, лордъ-канцлеръ назначаетъ особый попечительный совѣтъ для личности больного, и другой—для его имѣнія; вмѣстѣ съ тѣмъ составляются правила, которыя, по утвержденіи ихъ лордомъ канцлеромъ, опредѣляютъ на все время существованія опеки способъ содержанія сумасшедшаго и управленія его имуществомъ <sup>4)</sup>.

Идіоты и лица, лишенныя здраваго разсудка (of unsound mind), по объясненію Брума, не лишены вообще способности со-

<sup>1)</sup> *Broom and Hadley*, v. III, p. 85.

<sup>2)</sup> *Ibid.*, p. 29, n. k.

<sup>3)</sup> *Ibid.* p. 82.

<sup>4)</sup> *Ibid.* p. 86.

вершать юридическіе акты, но только условно (*sub modo*); ибо сдѣлки и обязательства ихъ вовсе не ничтожны сами по себѣ, а допускаютъ лишь споръ со стороны заинтересованныхъ лицъ. Только относительно идіотовъ, т. е. безумныхъ отъ рожденія, существуетъ правило, что дарственные и другіе акты ихъ могутъ быть уничтожаемы королемъ. Что касается душевно-больныхъ въ собственномъ смыслѣ (*non compos*), то въ прежнее время отъ нихъ самихъ по выздоровленіи не принимали спора противъ совершенныхъ ими актовъ на томъ основаніи, что никто не вправе доказывать свое собственное безуміе и неспособность и что къ тому же спорщикъ въ такихъ случаяхъ не въ состояніи выяснить обстоятельства, сопровождавшія совершеніе акта, бывши во время выдачи послѣдняго не въ своемъ умѣ. Впослѣдствіи этотъ взглядъ былъ оставленъ практикою, такъ что въ настоящее время какъ самъ бывший „лунатикъ“, такъ и его представители могутъ доказывать его сумасшествіе съ цѣлью уничтоженія выданнаго имъ въ такомъ состояніи акта <sup>1)</sup>). Наконецъ, относительно завѣщаній слѣдуетъ замѣтить, что споры о недействительности ихъ вследствие умственного расстройства завѣщателей, хотя и подсудны особымъ судамъ (*court of probate*), подлежатъ тѣмъ же общимъ правиламъ <sup>2)</sup>).

Остается еще сказать нѣсколько словъ о самомъ порядкѣ освидѣтельствованія душевно-больныхъ и объ условіяхъ признанія ихъ безумными или сумасшедшими по англійскому обычному праву. Въ этомъ отношеніи судьямъ предоставлена полная, ничѣмъ неограниченная, свобода, такъ что установленіе такихъ или иныхъ правилъ по такого рода дѣламъ зависѣло и зависитъ исключительно отъ практики. Исслѣдованіе больного производится обыкновенно чрезъ медиковъ по назначенію сторонъ, вследствие чего экспертиза отличается обыкновенно пристрастіемъ и противорѣчивостью <sup>3)</sup>). Въ выборѣ экспертовъ судьи, равно какъ и стороны, не слишкомъ-то разборчивы: экспертомъ можетъ быть не только специалистъ по душевнымъ болѣзнямъ, но и всякій вообще врачъ и даже аптекарь. Нѣмецкій психіатръ Крафтъ-Эбингъ находитъ такой порядокъ вещей крайне-несообразнымъ и нападаетъ вообще

<sup>1)</sup> *Broom*, т. II, р. 463.

<sup>2)</sup> *Ibid.* р. 639—40.

<sup>3)</sup> *Taylor*, р. 858.

на низкое положеніе психіатрической экспертизы въ Англии <sup>1)</sup>. Но дѣло въ томъ, что англійскіе юристы считаютъ вопросъ о юридической дѣеспособности, равно какъ и объ уголовной вмѣняемости, вопросомъ чисто-юридическимъ и потому не придаютъ особеннаго вѣса мнѣніямъ медиковъ, даваемымъ по такого рода дѣламъ. „Вопросъ объ умственномъ разстройствѣ“, говорится напр. въ одномъ изъ англійскихъ юридическихъ журналовъ, „есть, конечно вопросъ отчасти медицинскій; но когда дѣло идетъ объ уголовной невмѣняемости, то въ этомъ вопросѣ медики суть самыя худшіе судьи“ <sup>2)</sup>. Во многихъ случаяхъ англичане впадаютъ уже въ очевидныя крайности, особенно въ примѣненіи къ уголовному праву, допуская и требуя даже наказанія сумасшедшихъ въ интересахъ общественной безопасности <sup>3)</sup>. Съ такимъ же недоумѣніемъ относятся англійскіе судьи къ психіатрической экспертизѣ и въ дѣлахъ гражданскихъ, какъ можно видѣть отчасти изъ приведенныхъ выше правилъ, которыхъ держится въ этомъ отношеніи практика. Въ глазахъ англійскаго юриста умственное разстройство имѣетъ юридическое значеніе только тогда, когда оно явно обнаруживается въ спорномъ дѣйствиіи и когда непосредственная связь его съ послѣднимъ не подлежитъ сомнѣнію. Пока связь эта не станетъ ясной для всякаго профана и пока не усмотрятъ ея сами судьи, до тѣхъ поръ вопросъ о помѣшательствѣ и вліяніи его на совершеніе даннаго акта не можетъ разсчитывать на утвердительное рѣшеніе, каковы-бы тамъ ни были мнѣнія экспертовъ. Понятное дѣло, что при такихъ условіяхъ экспертиза не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, тѣмъ болѣе, что подобныя дѣла разсматриваются большей частью съ участіемъ присяжныхъ, руководствующихся въ своихъ приговорахъ соображеніями, разумѣется, не научнаго, а практически-житейскаго свойства.

Въ одной изъ дальнѣйшихъ главъ, при юридической оцѣнкѣ научныхъ выводовъ психіатріи, намъ придется еще возвратиться

<sup>1)</sup> *F. v. Holtendorff*, Rechtslexikon, Lpz. 1870, v. 2, S. 671 sq. (Art. «Wahnsinn und Blödsinn»).

<sup>2)</sup> *Law Magazine and Review* 1872 № 3, p. 218. См. статью мою въ «Суд. Вѣстникъ» 1873, № 1 и 3.

<sup>3)</sup> См. статью *Balfour Brown'a* „Responsibility and disease“ въ *Law Magazine* 1872, № 6. pp. 495, 501 etc.

къ вышеизложеннымъ правиламъ и началамъ, принятымъ въ англійской практикѣ относительно дѣеспособности душевно-больныхъ. Въ настоящемъ-же случаѣ ограничимся только замѣчаніемъ, что эти правила и начала составляютъ очевидно лишь дальнѣйшее развитіе и усовершенствованіе классической римской теоріи; то, что въ римскомъ правѣ высказано только въ общихъ, нерѣдко неопредѣленныхъ, выраженіяхъ, безъ надлежащаго примѣненія къ частнымъ случаямъ, получило въ Англии видъ цѣльной, во всѣхъ подробностяхъ развитой и прочно-установленной системы. Могучій запасъ практическаго опыта англичанъ, въ связи съ богатствомъ и разнообразіемъ юридической жизни страны, довершилъ то, что было отчасти сдѣлано или, лучше сказать, предугадано здравымъ смысломъ римскихъ юристовъ.

### III.

Тогда какъ римско-англійская система опеки надъ душевно-больными оставляетъ, такъ сказать, открытымъ вопросъ о дѣеспособности послѣднихъ, подчиняя его общимъ юридическимъ правиламъ и не ставя его ни въ какую зависимость отъ института опеки,—теорія, получившая свое начало во Франціи и господствующая нынѣ на континентѣ, основана напротивъ того на совершенно исключительныхъ началахъ, направленныхъ главнымъ образомъ къ тому, чтобы обезпечить прочность имущественнаго оборота и устранить по возможности споры о недѣйствительности актовъ по причинѣ умственнаго разстройства. Уваженіе къ личной свободѣ гражданъ оставлено тутъ совершенно въ сторонѣ. Законъ беретъ подъ свою опеку не только самихъ душевно-больныхъ, но и тѣхъ, которымъ дѣйствія ихъ могли-бы причинить какой-либо имущественный ущербъ. Въ этомъ отношеніи постановленія французскаго кодекса являются во многихъ случаяхъ ужь черезъ-чуръ строгими и безусловными, что происходитъ отчасти влѣдствіе ихъ рѣзко-категорической формулировки и влѣдствіе старанія законодателя установить твердыя общія правила, которыя обнимали-бы собой и предупреждали-бы всевозможные частные случаи. Практикѣ удалось однако въ весьма значительной степени смягчить строгость закона и даже просто обойти тѣ постановленія его, которыя оказались почему-либо несправедливыми и несоот-

вѣтствующими практическимъ потребностямъ; на направленіе судебной практики имѣли при этомъ существенное вліяніе труды ученыхъ юристовъ-комментаторовъ Наполеонова кодекса. Такое отношеніе французскаго правовѣдѣнія къ законодательству и къ юридической практикѣ кажется намъ чрезвычайно поучительнымъ; оно доказываетъ какъ нельзя яснѣе совершенную ошибочность обычныхъ представлений о безсиліи юридической интерпретаціи и научной дѣятельности юристовъ при существованіи полнаго кодекса, исчерпывающаго все стороны юридическаго быта.

Система, принятая во французскомъ *code civil* относительно сумасшедшихъ и слабоумныхъ, представляетъ съ психіатрической точки зрѣнія какъ будто шагъ впередъ въ сравненіи съ римской теоріей. Между прочимъ кодексъ старается устранить затрудненіе въ отысканіи точной границы между здравымъ умомъ и помѣшательствомъ и вмѣстѣ съ тѣмъ между способностью и неспособностью къ юридическимъ дѣйствіямъ; трудность эта устраняется именно установленіемъ двухъ ступеней въ ограниченіи дѣеспособности душевно-больныхъ, — состоянія полной интердикціи, связанной съ опекой, и состоянія ограниченной дѣеспособности, подъ попечительствомъ особаго, назначаемаго судомъ, совѣта (*conseil judiciaire*). Интердикція, по объясненію Демоломба, есть въ юридическомъ смыслѣ не что иное, какъ сдѣланное извѣстному лицу запрещеніе пользоваться самостоятельно принадлежащими ему гражданскими правами <sup>1)</sup>. По римскому праву, какъ извѣстно, такого рода интердикція существовала только въ примѣненіи къ расточителямъ; дѣеспособность-же сумасшедшихъ зависѣла въ каждомъ данномъ случаѣ отъ состоянія воли и возможности согласія въ минуту совершенія акта. Во французскомъ правѣ наоборотъ: въ расточителямъ примѣняется только подчиненіе ихъ судебному совѣту (art. 513), между тѣмъ какъ полной интердикціи подвергаются все безумные и сумасшедшіе. По статьѣ 489 *code civil*, „всякій совершеннолѣтній, находящійся въ постоянномъ состояніи безумія, слабоумія или бѣшенства, долженъ быть подвергнутъ интердикціи, хотя-бы состояніе это представляло свѣтлые промежутки“. Такимъ образомъ по отношенію къ малолѣтнимъ и несовершеннолѣтнимъ интердикція не можетъ имѣть мѣста, въ томъ,

<sup>1)</sup> Demolombe, Cours de Code Napoléon, t. VIII (Paris 1861) p. 308.

конечно, предположеніи, что они и безъ того находятся подъ опекой и не нуждаются уже въ особомъ покровительствѣ закона на случай умственного разстройства; но на практикѣ это соображеніе оказалось, во-первыхъ, непримѣнимымъ къ несовершеннолѣтнимъ эманципированнымъ, и во-вторыхъ, несостоятельнымъ въ томъ отношеніи, что между опекою и интердикціею, по вліянію ихъ на дѣеспособность, существуетъ всетаки весьма значительная разница, вслѣдствіе которой опека, ограничивая дѣеспособность малолѣтняго только въ извѣстныхъ предѣлахъ, оказывается недостаточной для огражденія интересовъ подопечнаго, страдающаго помѣшательствомъ. Въ силу этихъ мотивовъ, французскіе юристы, не взирая на буквальный смыслъ закона, не допускающій повидимому никакихъ сомнѣній, придерживаются тѣмъ не менѣе того взгляда, что статья 489 должна имѣть примѣненіе и къ малолѣтнимъ, какъ эманципированнымъ, такъ и состоящимъ подъ опекою; взгляда этого держится отчасти и судебная практика <sup>1)</sup>.

Интердикція составляетъ по французскому праву общеобязательную мѣру; право, и вмѣстѣ съ тѣмъ обязанность требовать ея установленія возлагается закономъ на родственниковъ всѣхъ безусловно, супруговъ, наконецъ на прокурорскую власть (*ministère public*). Когда дѣло идетъ лишь о слабоуміи (*imbécillité*) и безуміи (*démence*), то прокуроръ вообще не обязанъ возбуждать вопросъ о наложеніи интердикціи и *можетъ* дѣйствовать въ этомъ смыслѣ только при отсутствіи или неизвѣстности родныхъ сумасшедшаго (art. 491). Если же помѣшательство является въ болѣе опасной формѣ бѣшенства (*fureur*), то власть *должна* начать процессъ объ интердикціи во всякомъ случаѣ, имѣются-ли у сумасшедшаго какіе-либо родные и остаются-ли они только въ бездѣйствіи, или же ихъ вовсе не оказывается (art. 492).

Что касается самого производства дѣлъ объ интердикціи, то оно имѣетъ видъ обыкновеннаго судебного состязанія между сторонами, причемъ роль истца принадлежитъ лицу, возбудившему дѣло объ интердикціи, а роль отвѣтчика—предполагаемому психически-больному. Требованіе интердикціи предъявляется въ судѣ первой инстанціи вмѣстѣ съ письменнымъ изложеніемъ фактическихъ доказательствъ умственного разстройства и съ указа-

<sup>1)</sup> Во сьма любопытное толкованіе статья у *Demolombe'a*, t. VIII, p. 344 sq.  
„Судебный журналъ“ 1873 г. кн. V.

ніемъ документовъ и свидѣтелей (art. 493); затѣмъ судъ предписываетъ организованному надлежащимъ образомъ семейному совѣту представить свое мнѣніе о состояніи лица, относительно котораго заявлено требованіе объ интердикціи. Если обнаруженныя этимъ путемъ данныя окажутся достаточно вѣскими для дальнѣйшаго производства дѣла, то судъ допрашиваетъ отвѣтчика, въ присутствіи прокурора. Свойство и характеръ вопросовъ, предлагаемыхъ больному, зависятъ вполне отъ усмотрѣнія суда; но въ практикѣ и литературѣ считается общепризнаннымъ, что вообще вопросы должны касаться исключительно лишь обыденныхъ фактовъ гражданской жизни, а никакъ не отвлеченныхъ или спекулятивныхъ предметовъ, какъ напр., религіи, науки или политики <sup>1)</sup>. Послѣ перваго допроса судъ можетъ, впредь до окончательнаго рѣшенія дѣла, назначить временную администрацію для попечительства надъ личностью и имуществомъ больного. Наконецъ, самое рѣшеніе о наложеніи интердикціи постановляется судомъ въ *публичномъ* засѣданіи по выслушаніи сторонъ. вмѣсто интердикціи суду предоставлено, смотря по обстоятельствамъ, ограничиться лишь опредѣленіемъ къ лицу отвѣтчика особаго совѣтника, безъ согласія котораго онъ не вправе вступать въ какія-либо сдѣлки и обязательства (art. 499). Апелляція допускается по общимъ правиламъ. Само собою разумѣется, что признаніе или непризнаніе извѣстнаго лица сумасшедшимъ, какъ вопросъ факта, не подлежитъ повѣркѣ въ кассационномъ порядкѣ <sup>2)</sup>.

Существенный юридическій смыслъ и интересъ разсматриваемаго предмета заключается, конечно, не въ этой внѣшней процессуальной сторонѣ его, а главнымъ образомъ въ постановленіяхъ закона, опредѣляющихъ вліяніе интердикціи и помѣшательства на дѣеспособность подверженныхъ ей лицъ и на силу совершенныхъ послѣдними юридическихъ актовъ. Эта послѣдняя сторона вопроса разрѣшается французскимъ кодексомъ весьма полно и опредѣленно, хотя далеко не всегда согласно съ потребностями практики. Положеніе лицъ, состоящихъ подъ интердикціею, по отношенію къ личности и имуществу ихъ, сравнено съ положеніемъ малолѣтнихъ (art. 509); но разница здѣсь та, что при интер-

<sup>1)</sup> Demolombe, t. VIII, p. 374, ср. замѣчанія *Lesrang du-Solla* въ *Annales d'hygiène publique et de médecine légale* 1872, Janvier, p. 150 sq.

<sup>2)</sup> Demolombe, ib. p. 319.

дикці опека бываетъ только по назначенію (*tutela dativa*) и въ одномъ лишь случаѣ по закону (*t. legitima*) (art, 506). По юридическому значенію своему интердикція весьма существенно отличается отъ опеки надъ малолѣтними. „Интердикція или назначеніе совѣта“, говорится въ 502 статьѣ, „начинаетъ свое дѣйствіе со дня объявленія состоявшагося о томъ судебного приговора. Всѣ акты, совершенные послѣ этого лицомъ, подвергнутымъ интердикціи, *юридически-ничтожны* (*sont nuls de droit*)“. Недѣйствительность актовъ не обуславливается тутъ тѣмъ правиломъ, какое существуетъ относительно несовершеннолѣтнихъ: *restituitur minor, non tanquam minor, sed tanquam laesus*; дѣйствія и акты сумасшедшаго признаются ничтожными *ipso jure* въ силу самого факта интердикціи, независимо отъ фактическаго содержания и характера своего.

Противъ этого постановленія вооружились французскіе юристы, утверждая, что оно дѣлаетъ изъ интердикціи не мѣру защиты и охраненія душевно-больнаго, а напротивъ того мѣру притѣсненія. „Опека“, говоритъ напр. Демоломбъ, „какова-бы она ни была, надъ малолѣтними-ли или сумасшедшими, составляетъ въ существѣ своемъ мѣру покровительства и защиты; она не имѣетъ своей цѣлью и не должна, конечно, имѣть своимъ результатомъ пораженіе покровительствуемаго ею лица чѣмъ-то въ родѣ гражданской смерти (*mort civile*)“. Обязанности опеки, продолжая тотъ-же авторъ, должны, безъ сомнѣнія, соответствовать ограниченіямъ, установленнымъ для подопечныхъ; поэтому, такъ какъ опекунъ не можетъ заступать опекаемаго имъ въ дѣлахъ семейныхъ, брачныхъ, завѣщательныхъ и т. п., то слѣдуетъ заключить, что къ этимъ дѣламъ и интердикція не относится <sup>1)</sup>. По мнѣнію Демоломба, раздѣляемому и другими писателями, чистотличныя права сохраняются за сумасшедшимъ, такъ что въ свѣтлые промежутки послѣдній въправѣ, не смотря на существованіе интердикціи, вступить въ бракъ, усыновить кого-либо или быть усыновленнымъ, составить завѣщаніе или отмѣнить прежнее и т. п. <sup>2)</sup>. Въ подтвержденіе такого толкованія ссылаются на римское

<sup>1)</sup> *Demolombe*, p, 429 sq.

<sup>2)</sup> *Dem.*, l. c.; *Legrand du Solle* (*Annales d'hygiène publ. etc.*, 1872, avril) p. 390.

право, на право древне-французское, на соображения гуманности и интересовъ больного и наконецъ на психіатрію, которая признаетъ за душевно-больными способность въ свѣтлые промежутки дѣйствовать вполне сознательно и разумно. Независимо отъ этого, къ завѣщаніямъ интердикція не имѣетъ примѣненія уже потому, что относительно завѣщательной способности существуетъ специальное постановленіе, въ силу котораго для дѣйствительности дареній и завѣщаній требуется наличность здраваго ума въ моментъ совершенія акта (art. 901). Такое-же чисто-фактическое условіе установлено, по толкованію комментаторовъ кодекса, и относительно вступленія въ бракъ (art. 146). Въ этихъ случаяхъ вслѣдствіе соединеннаго съ интердикціей законнаго предположенія (*présomption légale*), обязанность доказать существованіе свѣтлаго промежутка лежитъ на томъ, кто утверждаетъ, что данный актъ имѣетъ силу <sup>1)</sup>).

Относительно права оспаривать юридическія дѣйствія сумасшедшихъ, не подвергнутыхъ интердикціи, существуютъ во французскомъ кодексѣ двѣ весьма важныя статьи, возбуждшія особенно сильныя возраженія со стороны юристовъ. Это именно статьи 503 и 504. Первая изъ нихъ распространяетъ дѣйствіе интердикціи и на время предшествовавшее ей, въ случаѣ если помѣшательство имѣло мѣсто еще прежде; тогда для уничтоженія относящихся къ прежнему времени актовъ достаточно только доказать фактъ умственнаго разстройства въ періодъ, къ которому относятся эти акты, не касаясь состоянія лица въ моментъ совершенія послѣднихъ. Вторая изъ указанныхъ статей постановляетъ, что „послѣ смерти лица, совершенные имъ акты не могутъ быть оспариваемы по причинѣ его сумасшествія, за исключеніемъ лишь того случая, когда интердикція была объявлена или требуема до его кончины, или когда безуміе его доказывается содержаніемъ оспариваемаго акта“. Обѣ эти статьи имѣютъ очевидно своей цѣлью расширить примѣненіе интердикціи и затруднить вмѣстѣ съ тѣмъ оспариваніе дѣйствій душевно-больныхъ, свободныхъ отъ этой легальной мѣры прещенія и опеки. Судебной практикѣ удалось только отчасти смягчить буквальный смыслъ этихъ статей, осо-

<sup>1)</sup> Demolombe, t. VIII, p. 441.

бенно статьи 504, которая, по словам Демоломба, не примѣняется къ дареніямъ и завѣщаніямъ <sup>1)</sup>.

Наконецъ, что касается т. н. судебного совѣта, то это остатокъ древне-французскаго института полуинтердикціи (*demi-interdiction*), примѣнявшейся при низшихъ степеняхъ умственнаго разстройства. <sup>2)</sup> Назначеніе совѣта, подчиняясь вообще тѣмъ же правиламъ, что и интердикція, имѣетъ мѣсто только относительно расточителей и слабоумныхъ; слѣдствіемъ своимъ оно имѣетъ неспособность къ совершенію нѣкоторыхъ дѣйствій безъ согласія совѣта.

Приведенныя постановленія Наполеонова кодекса дополняются еще особымъ закономъ о сумасшедшихъ, изданнымъ 30 іюня 1838 года и заключающимъ въ себѣ правила объ учрежденіи домовъ для умалишенныхъ и о порядкѣ управленія и завѣдыванія ими. Законъ этотъ содержитъ въ себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ нѣкоторыя начала, видоизмѣняющія въ значительной мѣрѣ систему кодекса. Для вопроса о дѣеспособности особенно важна статья 39, въ силу которой акты лицъ, находящихся въ домахъ для умалишенныхъ и не подвергнутыхъ интердикціи, подлежатъ уничтоженію на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и при существованіи интердикціи. Такимъ образомъ помѣщеніе въ подобный домъ влечетъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія, напоминающія интердикцію; а между тѣмъ оно не обставлено никакими рѣшительно гарантіями. Для заключенія кого либо въ домъ умалишенныхъ требуется только заявленіе заинтересованнаго лица съ приложеніемъ свидѣтельства медика (art. 8). Обширныя права предоставлены въ этомъ отношеніи органамъ правительственной власти. Префекты и даже полицейскіе комиссары и мэры обязаны *ex officio* помѣщать въ заведеніе для сумасшедшихъ всякаго, умственное состояніе котораго, по эластичному выраженію закона, „можетъ компрометировать общественный порядокъ и безопасность частныхъ лицъ“ (art. 18). При такихъ условіяхъ нельзя не признать отчасти справедливымъ мнѣніе тѣхъ публицистовъ, которые утверждаютъ, что законъ 30 іюня 1838 года, подъ ложнымъ видомъ филантропіи, возстановилъ ста-

<sup>1)</sup> *Demolombe* ib. p. 468.

<sup>2)</sup> *Gabriel Simon*, p. 223; *Demolombe*, p. 481 sq.

рыя lettres de cachet. <sup>1)</sup> Неудивительно поэтому, что въ последнее время законъ этотъ сдѣлался предметомъ ожесточенныхъ споровъ и породилъ, можно сказать, цѣлую литературу. Съ одной стороны медики-психіатры стоятъ горю за законъ 1838 г., находя его чрезвычайно полезнымъ и даже необходимымъ въ интересахъ науки; юристы же ратуютъ за интересы гражданской свободы и требуютъ уничтоженія по крайней мѣрѣ тѣхъ статей закона, которыми ужъ слишкомъ безцеремонно стѣсняются права частныхъ лицъ. Медики довольны закономъ 1838 года между прочимъ потому, что „по введеніи его, въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ, число душевно-больныхъ секвестрованныхъ сильно возрасло, такъ какъ, при обязанности каждаго департамента заботиться о нихъ и помѣщать ихъ въ устроенные для нихъ дома, значительное количество лицъ, остававшихся до тѣхъ поръ на свободѣ, нашло пріютъ въ этихъ заведеніяхъ“. <sup>2)</sup> Матеріаль для наблюдений конечно увеличился и продолжаетъ возрастать при нынѣшней системѣ; по поводу этого именно наплыва (недобровольнаго конечно) сумасшедшихъ въ больничныя заведенія, юристы настаиваютъ на томъ, чтобы помѣщеніе лица въ подобное заведеніе, какъ мѣра, связанная неизбѣжно съ ограниченіемъ свободы и правоспособности, зависѣло исключительно отъ судебной власти или подчинено было по крайней мѣрѣ болѣе строгимъ правиламъ и формальностямъ.

Между тѣмъ медики требуютъ даже усиленія и распространенія существующихъ стѣснительныхъ мѣръ; такъ напр. Руссенъ доказываетъ пользу секвестраціи въ самомъ началѣ болѣзни, отрицая притомъ компетентность юристовъ въ вопросѣ объ умственномъ разстройствѣ: <sup>3)</sup> но очевидно самъ же авторъ, требуя установленія такой мѣры какъ секвестрація, вышелъ уже за предѣ-

<sup>1)</sup> *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1872, janvier, pp. 108—9; *Ср. Garsonnet*, *Revue contemporaine*, 1869 mars.

<sup>2)</sup> *Ach. Foville*, *Les aliénés, étude pratique sur la législation et l'assistance qui leur sont applicables*, Paris 1870, p. 30. Изъ другихъ сочиненій, вызванныхъ тѣмъ-же вопросомъ, можно указать еще на слѣд.: *Motet*, *Les aliénés devant la loi*, Paris 1865; *Bonnet*, *Les aliénés*, P. 1866 (содерж. чисто-психіатрическое); *Thuillier*, *La folie et la loi*, P. 1866.; *Нус*, *Des aliénés et de leur capacité civile*, Paris, 1869. Всѣ эти писатели, за исключеніемъ послѣдняго,—медики, такъ-же какъ и *Gabriel Simon*, авторъ цитированнаго нами выше весьма дѣльнаго *юридическаго* изслѣдованія.

<sup>3)</sup> *Annales médicopsychologiques*, 1865.

ды своей специальности. Другой медикъ, Легранъ дю-Солль, полагаетъ, что „если въ послѣдніе годы поднялись ожесточенныя нападки противъ закона 1838 г. со стороны бывшихъ больных (!), то объясненіе этого факта слѣдуетъ искать не въ чемъ иномъ, какъ только въ той общеизвѣстной истинѣ, что неблагодарность есть неизбѣжное слѣдствіе помѣшательства“. <sup>1)</sup> Всѣ подобныя выходы, равно какъ и аргументы другихъ психіатровъ, не могли конечно ослабить силу доводовъ и соображеній, представленныхъ юристами противъ закона, о которомъ идетъ рѣчь.

Въ 1870 году споръ готовъ былъ уже повидимому разрѣшиться въ законодательномъ порядкѣ, перейдя изъ литературной арены на обсужденіе народныхъ представителей. Гамбетта и Маньенъ внесли въ палату (въ засѣданіи 11 марта) проектъ закона, которымъ предполагалось дѣла о помѣщеніи въ дома для умалишенныхъ передать суду присяжныхъ, дѣеспособность-же сохранить за сумасшедшими съ тѣмъ, что тѣ только акты ихъ признаются недѣйствительными, относительно которыхъ доказано будетъ, что они писаны въ минуту безумія. <sup>2)</sup> Проектъ этотъ не получилъ надлежащаго хода вслѣдствіе наступившихъ вскорѣ чрезвычайныхъ событій и послѣдовавшаго затѣмъ паденія законодательнаго корпуса вмѣстѣ съ имперіей. Въ настоящее время вопросъ находится еще въ прежнемъ неопредѣленномъ положеніи, и передача упомянутыхъ дѣлъ въ вѣдѣніе судебной власти все еще составляетъ *riam desiderium*. <sup>3)</sup> Того же тщетно домогался еще въ 1838 году, при самомъ обсужденіи дѣйствующаго нынѣ закона, извѣстный Одилонъ-Барро, говоря, что „во Франціи никто не долженъ быть лишаемъ своихъ гражданскихъ правъ и свободы своей, безъ опредѣленія надлежащей судебной власти“. Вопросъ о положеніи сумасшедшихъ попалъ такимъ образомъ на чуждую ему политическую почву.

Послѣ всего сказаннаго не трудно уже отмѣтить существен-

<sup>1)</sup> *Legrand du Solle*, pp. 130—1.

<sup>2)</sup> Впрочемъ и теперь Демоломбъ толкуетъ статью 39 закона 1838 г. въ томъ смыслѣ, что, по отсутствію законной презумпціи, *onus probandi* лежитъ на спорщикѣ, который слѣдовательно долженъ доказать, что въ моментъ выдачи спорнаго акта лицо, находившееся въ домѣ умалишенныхъ, страдало умственнымъ разстройствомъ (p. 591).

<sup>3)</sup> См. *Pierre de la Gorce*, Examen critique et sommaire de la loi de 30 juin 1838 sur les aliénés (*Revue critique de legislation et jurisprudence* 1872, janvier).

ныя черты, отличающія французскую систему опеки надъ душевно-больными отъ римско-англійской. Институтъ интердикціи дѣлаетъ умственное разстройство изъ чисто-фактическаго препятствія къ сознательной дѣятельности какимъ-то официальнымъ состояніемъ юридическаго безправія; сумасшедшій признается неспособнымъ къ совершенію юридическихъ дѣйствій уже не по недостатку здравой воли въ данный моментъ, а вслѣдствіе одного лишь наложенія интердикціи по судебному приговору. Фактическое значеніе помѣшательства отстуетъ на задній планъ и замѣняется искусственною юридическою оболочкою, которая во многихъ случаяхъ можетъ совершенно не соответствовать содержанию, будучи несравненно шире послѣдняго. Законъ, какъ мы видѣли, предписываетъ наложеніе интердикціи и при существованіи свѣтлыхъ промежутковъ, такъ что дѣйствіе ея обнимаетъ и эти промежутки, въ продолженіе которыхъ больной оказывается такимъ образомъ юридически неправопоспособнымъ при отсутствіи уже самой причины этой неправопоспособности. Другими словами, интердикція дѣйствуетъ всегда одинаково и безразлично, въ какомъ-бы фактическомъ состояніи ни находился подвергнутый ей субъектъ; даже теряя на время свое единственное основаніе, свое *raison d'être*, и не имѣя уже подъ собою почвы, она продолжаетъ однако висѣть, такъ сказать, въ воздухѣ, производя ничѣмъ не оправдываемое давленіе на личность и дѣятельность покровительствуемыхъ ею лицъ. Законныя предположенія преобладаютъ тутъ надъ реальною дѣйствительностью; формѣ отдается предпочтеніе предъ содержаніемъ. Нельзя не припомнить здѣсь стараго римскаго начала, забытаго въ настоящемъ случаѣ составителями кодекса: *plus est in re quam in existimatione*.

Французскіе комментаторы, какъ мы видѣли, старались по возможности ослабить недостатки законодательства и примирить его съ классической римской теоріею, но успѣли въ этомъ только по отношенію къ частностямъ; основной характеръ интердикціи со всѣми ея юридическими послѣдствіями остается всетаки прежній и не допускаетъ, разумѣется, никакихъ измѣненій путемъ толкованія <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Все, что сказано нами относительно постановленій французскаго кодекса объ опекѣ надъ душевно-больными, относится въ полной мѣрѣ и къ кодексу итальянскому, который въ этомъ отношеніи составляетъ почти-что буквальный пере-

## IV.

Постановленія Наполеонова кодекса, при всѣхъ своихъ недостаткахъ, имѣютъ однако и свои достоинства: точность, опредѣленность, сжатость и вмѣстѣ съ тѣмъ полноту. Но и эти достоинства исчезаютъ совершенно въ германскихъ законодательствахъ, которыя, усвоивъ основныя начала французской системы, распустили ихъ, такъ сказать, въ нѣмецкой водѣ и возвели въ принципъ то, что существуетъ въ кодексѣ Наполеона только *de facto*. Особеннымъ многословіемъ и неопредѣленностью отличаются въ этомъ отношеніи постановленія прусскаго законодательства. Прусское земское право даетъ прежде всего теоретическое опредѣленіе безумія, сумасшествія и слабоумія и затѣмъ содержитъ въ себѣ подробныя правила о каждомъ изъ этихъ видовъ душевныхъ болѣзней. Безумные и сумасшедшіе, по юридическому положенію своему, приравнены дѣтямъ моложе семи лѣтъ, а слабоумные—несовершеннолѣтнимъ <sup>1)</sup>. Такое отдѣленіе слабоумныхъ (*Blödsinnige*) отъ другихъ категорій умалишенныхъ не одобряется нѣмецкими юристами, ссылающимися при этомъ на римское право, подчиняющее, какъ мы видѣли выше, всѣ виды психическихъ болѣзней однимъ и тѣмъ же началамъ <sup>2)</sup>. Несостоятельность этого разграниченія видна между прочимъ изъ того, что по опредѣленію закона „слабоумными признаются лица, лишенныя способности понимать послѣдствія своихъ дѣяній“, <sup>3)</sup> т. е. другими словами, не имѣющія, подобно сумасшедшимъ, здравой юридической воли.

Наложеніе опеки не составляетъ по прусскому уложенію общепоблительной мѣры, принимаемой *ex officio*, какъ во французскомъ правѣ, но за то юридическое безправіе душевно-больныхъ, под-

---

водъ съ французскаго, съ тѣмъ только различіемъ, что въ немъ еще строже и послѣдовательнѣе проводится идея легальнаго упомощительства въ связи съ интердикціей. По итальянскому уложенію, лица, состояція подъ опекой по слабоумію, безусловно лишены дѣеспособности; это общее правило примѣняется одинаково какъ къ обыкновеннымъ юридическимъ дѣламъ, такъ и къ завѣщаніямъ и къ праву вступать въ бракъ. См. *Заруднаго*, гражд. улож. ит. корол. и р. гр. законы, Спб. 1869, ст. 61 (стр. 37), ст. 355 (стр. 102) и ст. 763 (стр. 213).

<sup>1)</sup> *Allgem. Landrecht für die preussischen Staaten*, v. *Koch*, *Th. I*, tit. I, §§ 27—29; tit. IV, § 23.

<sup>2)</sup> Ср. напр. замѣчанія Коха, тамъ-же (S. 101 fg., п. 27).

<sup>3)</sup> *Ibid.* tit. I, § 28.

вергнутыхъ уже опека, выражено еще въ болѣе рѣзкой и безусловной формѣ, нежели въ кодексѣ Наполеона. Независимо отъ того, что по закону всѣ дѣйствія сумасшедшихъ и безумныхъ считаются юридически ничтожными, уложеніе постановляетъ еще, что „если больной подвергнуть опеку, то не принимаются уже во все продолженіе ея никакія удостовѣренія о совершеніи даннаго акта въ свѣтлый промежутокъ“ <sup>1)</sup>. Такимъ образомъ для практики закрыта здѣсь даже та слабая возможность смягчить суровость интердикціи, которою пользовались французскіе юристы-комментаторы кодекса. Столь же безусловно-недѣйствительными признаются и завѣщанія „лицъ, подчиненныхъ опеке вслѣдствіе помѣшательства или слабоумія“ <sup>2)</sup>, хотя въ другомъ мѣстѣ законъ ставитъ здравый умъ только фактическимъ условіемъ завѣщательной способности <sup>3)</sup>. Законное предположеніе неспособности, вопреки всякимъ юридическимъ правиламъ, распространяется и на время, предшествовавшее учрежденію опеки, хотя бы умственного разстройства тогда еще вовсе не существовало; такъ, если завѣщаніе написано въ теченіе года до наложенія опеки, то имѣющій выгоду отъ завѣщанія долженъ *доказать*, что во время составленія послѣдняго завѣщатель былъ въ здоровомъ умѣ <sup>4)</sup>. Законодатель въ такой степени проникнутъ теоріей легальной презумпціи, что счелъ даже нужнымъ постановить въ особой статьѣ, что „относительно лицъ, страждущихъ припадками душевной болѣзни, но не подвергнутыхъ еще опеке, имѣетъ силу предположеніе, что дѣйствія ихъ совершены при полномъ умѣ и не въ припадкѣ болѣзни“ <sup>5)</sup>. Это постановленіе, очевидно, не только совершенно излишне, но и не имѣетъ юридическаго смысла, такъ какъ ни о какомъ иномъ предположеніи не можетъ быть и рѣчи до тѣхъ поръ, пока умственное разстройство не получило легальнаго признанія съ наложеніемъ опеки. Но даже и это элементарное правило, выраженное въ приведенной статьѣ, нарушается, какъ указано выше, въ примѣненіи къ завѣщаніямъ.

Прусское право примѣняетъ теорію предположеній и къ дру-

<sup>1)</sup> Ibid. tit. IV, § 23 и 20; § 25.

<sup>2)</sup> Ibid. tit. XII, § 21.

<sup>3)</sup> Ibid. § 145 и сл.; ср. § 20.

<sup>4)</sup> Ibid. § 22 (tit. XII).

<sup>5)</sup> Ibid., tit. IV, § 4.

гимъ случаямъ, въ которыхъ подобныя предположенія также точно неумѣстны. Такъ, подчиняя слабоумныхъ, по отношенію къ дѣеспособности, тѣмъ же правиламъ, что и несовершеннолѣтнихъ <sup>1)</sup>, законъ опредѣляетъ, что „если даже надъ слабоумнымъ не учреждено опеки, все-таки имѣть мѣсто *предположеніе обмана* со стороны лицъ, заключившихъ съ нимъ невыгодную для него сдѣлку <sup>2)</sup>. Между тѣмъ подобныя сдѣлки и безъ того не дѣйствительны въ силу другихъ статей того же уложенія <sup>3)</sup>, такъ что приведенное постановленіе не можетъ уже имѣть смысла. Путаница усиливается еще тѣмъ, что дѣйствія слабоумныхъ, какъ и несовершеннолѣтнихъ, сохраняютъ по закону свою силу, если они для нихъ выгодны, тогда какъ въ другомъ мѣстѣ необходимымъ условіемъ дѣйствительности какихъ бы то ни было актовъ признается „способность дѣйствовать разумно и обдуманно“ <sup>4)</sup>,— способность, которой, по опредѣленію самого закона, недостаетъ слабоумнымъ.

Въ своемъ стремленіи предусмотрѣть и разрѣшить всевозможныя практическія комбинаціи прусское уложеніе доходитъ уже до крайности и не только не разъясняетъ, но совершенно запутываетъ дѣло множествомъ частныхъ постановленій. Кромѣ официально признанныхъ душевныхъ болѣзней, законъ различаетъ еще и многія другія состоянія, сопряженныя съ временнымъ помраченіемъ умственныхъ способностей, и о каждомъ изъ такихъ состояній даетъ особыя правила <sup>5)</sup>. Всѣ эти правила только затемняютъ и усложняютъ безъ всякой нужды то простое юридическое начало, что всякое выраженіе воли должно быть свободное и сознательное, безъ чего оно не дѣйствительно <sup>6)</sup>.

Нѣмецкіе юристы, какъ видно изъ объясненій Коха, вмѣсто того, чтобы, подобно французскимъ комментаторамъ, стараться примирить опредѣленія закона съ требованіями теоріи и дѣйствительности, хлопочутъ только о приведеніи ихъ въ систему и

<sup>1)</sup> Tit. IV, § 26, ср. § 21 и § 22.

<sup>2)</sup> Ibid., § 27; см. крайне гуманныя толкованія Коха, еще болѣе затемняющія смыслъ статьи.

<sup>3)</sup> Tit IV, § 21, 22 и 27.

<sup>4)</sup> Ibid. §§ 2 и 3.

<sup>5)</sup> Тамъ же, § 28—о пьянствѣ, которое приравнивается сумасшествію, § 29—о страхѣ, гнѣвѣ и боязни и т. д.

<sup>6)</sup> Это начало выражено въ § 3 tit. IV (I Th.).

о теоретическомъ оправданіи ихъ. „Пока лицо не находится еще подъ опекой“, говоритъ между прочимъ Кохъ, „душевная болѣзнь можетъ служить лишь фактическимъ препятствіемъ къ выраженію юридически-дѣйствительной воли, и это обстоятельство, какъ всякій фактъ, должно быть положительно доказано. Съ учрежденіемъ опеки наступаетъ *юридическая* неспособность подвергнутыхъ этой мѣрѣ лицъ. Поэтому при обсужденіи вопроса о силѣ данного выраженія воли подопечнаго, не имѣетъ уже никакого значенія то обстоятельство, существуетъ ли въ то же время и *физическая* неспособность или нѣтъ. Находящійся подъ опекой вслѣдствіе душевной болѣзни остается, и по наступившемъ затѣмъ выздоровленіи, неспособнымъ до снятія интердикціи“ <sup>1)</sup>. Эти разсужденія Коха суть, очевидно, не что иное, какъ теоретизація французской системы.

Та же система принята и австрійскимъ кодексомъ, но уже въ болѣе смягченномъ видѣ. Для душевно-больныхъ, какъ и вообще для лицъ, неспособныхъ распоряжаться своимъ имуществомъ, назначается судомъ попечитель <sup>2)</sup>. „Сумасшедшимъ или слабоумнымъ можетъ почитаться только тотъ, кто послѣ тщательнаго изслѣдованія его поведенія и по выслушаніи вызванныхъ для этого въ судъ врачей-экспертовъ, будетъ таковымъ объявленъ судебнымъ приговоромъ“ (§ 273). Законъ создаетъ такимъ образомъ особое состояніе легальнаго умопомѣшательства, неизвѣстное въ такой формѣ даже праву французскому. Впрочемъ, и непризнанное офиціально сумасшествіе, если оно несомнѣнно доказано, влечетъ за собой недѣйствительность завѣщаній и другихъ выраженій воли душевно-больнаго <sup>3)</sup>. Съ другой стороны состояніе подопечнаго представляется по австрійскому кодексу далеко не столь безправнымъ, какъ по прусскому уложенію; по крайней мѣрѣ законъ не ставитъ въ этомъ отношеніи никакихъ общихъ безусловныхъ правилъ, давая судебной практикѣ нѣкоторый просторъ въ такого рода дѣлахъ. Между прочимъ, относительно дѣеспособности душевно-больныхъ въ свѣтлые промежутки, существуетъ между комментаторами кодекса разногласіе. Унгеръ разрѣшаетъ этотъ во-

<sup>1)</sup> Koch, прим. къ §§ 24 и 25 Tit. IV (п. 36 и 37).

<sup>2)</sup> Commentar zum Oesterreichischen Allgemeinen bürgerl. Gesetzb., v. Kirchstetter, 1872, § 270.

<sup>3)</sup> Ibid. § 566 и § 865.

прось отрицательно, допуская одно только исключение по отношению къ завѣщаніямъ <sup>1)</sup>); Кирхштетеръ же, напротивъ того, полагаетъ, что при отсутствіи въ австрійскомъ правѣ положительнаго на этотъ счетъ постановленія не представляется основанія отрицать у сумасшедшихъ способность къ совершенію юридическихъ дѣйствій въ свѣтлые промежутки. „Неправоспособность душевно-больныхъ“, по вполне основательному объясненію Кирхштетера, „имѣетъ свое основаніе не въ учрежденіи опеки, а въ самой природѣ умственнаго расстройства. Опека имѣетъ только цѣлью восполнить недостатокъ естественной дѣеспособности; она совершенно безцѣльна въ тѣхъ случаяхъ, когда больной снова вступилъ въ полное обладаніе своими умственными силами. Наименѣе сомнительнымъ представляется это въ примѣненіи къ предсмертнымъ распоряженіямъ“ <sup>2)</sup>). Далѣе, тотъ же комментаторъ, говоря о завѣщаніяхъ, утверждаетъ, что „частное помѣшательство (на одномъ пунктѣ) не исключаетъ дѣеспособности, и даже лица, страдающія постояннымъ и общимъ помѣшательствомъ, могутъ завѣщать въ свѣтлые промежутки“ <sup>3)</sup>). Такіе выводы могутъ, пожалуй, показаться слишкомъ смѣлыми, но они, какъ намъ кажется, болѣе соответствуютъ правиламъ юридической интерпретаціи, чѣмъ приведенное выше мнѣніе Унгера.

Замѣтимъ притомъ, что если прусское земское право отличается крайней казуистичностью и многостатейностью, то австрійскій кодексъ, свободный отъ этихъ недостатковъ, впадъ въ противоположную крайность: по чрезмѣрной общности и неопредѣленности своей онъ оставляетъ безъ отвѣта многіе существенные вопросы и допускаетъ во многихъ случаяхъ самыя разнообразныя толкованія. Такъ, онъ не даетъ ясныхъ указаній относительно того, составляетъ ли официальное освидѣтельство душевно-больныхъ и подчиненіе ихъ опеке общезобязательную мѣру или нѣтъ, при какихъ условіяхъ и по чьей инициативѣ принимается эта мѣра и даже въ какомъ отношеніи находится опека къ вопросу о дѣеспособности, такъ что и по этому послѣднему вопросу оказываются возможными такія противоположныя между собою

<sup>1)</sup> *Unger*, System des Oesterreich. allg. Privatrechts, Bd. 2, S. 25 fg.

<sup>2)</sup> Commentar, S. 141.

<sup>3)</sup> *Ibid.*, S. 297 fg.

толкованія, какъ Унгера и Кирхштетера. Несравненно точнѣе и вмѣстѣ съ тѣмъ цѣлесообразнѣе постановленія кодекса саксонскаго, который, хотя и держится системы официальной интердикціи, но обставляетъ ее весьма разумными правилами и ограниченіями, ослабляющими отчасти ея невыгодныя для подопечныхъ послѣдствія. Учрежденіе опеки надъ умалишенными признается обязательнымъ даже въ болѣе обширной мѣрѣ, нежели въ правѣ французскомъ <sup>1)</sup>. Авты умалишенныхъ по общему правилу недѣйствительны (§ 89); но „въ свѣтлые промежутки сумасшедшій можетъ совершать юридическія дѣйствія, если опекунское учрежденіе на основаніи судебно-медицинскаго изслѣдованія найдетъ, что онъ находился въ это время въ здоровомъ умѣ“ (§1984). То же начало выражено и относительно завѣщательной способности (§ 2069). Нельзя, впрочемъ, не замѣтить, что приведенныя правила, при всей своей теоретической разумности, едва ли могутъ считаться практичными. Очевидно, они примѣнимы лишь къ такому періодическому помѣшательству, припадки котораго возвращаются черезъ болѣе или менѣе значительныя промежутки времени; при не столь продолжительныхъ перерывахъ немислимо уже прибѣгать каждый разъ къ официальному освидѣтельствуванію и обращаться къ опекунской власти, рѣшеніе которой только и возвращаетъ больному дѣеспособность. Такимъ образомъ и въ саксонскомъ уложеніи естественная сторона помѣшательства вытѣсняется официально-юридической его оболочкою.

## V.

Переходя къ критической оцѣнкѣ изложенныхъ нами постановленій западно-европейскихъ законодательствъ относительно умственного разстройства, мы наталкиваемся тутъ прежде всего на такую сторону вопроса, которая собственно выходитъ уже за предѣлы правовѣдѣнія и захватываетъ уже область совершенно чуждой послѣднему науки—психіатріи. Вопросъ, которому посвящена настоящая статья, есть, безъ сомнѣнія, вопросъ юридическій; но несомнѣнно съ другой стороны, что матеріальная подкладка его—чисто-психіатрическая и что такое или иное рѣшеніе его зависитъ въ значительной степени отъ такого или иного взгляда на сущ-

<sup>1)</sup> Das bürgerliche Gesetzb. für Königreich Sachsen, § 1981 (Lpz. 1863).

ность и значеніе психическаго разстройства. Понятно поэтому, что для надлежащей оцѣнки существующихъ въ настоящее время системъ опеки надъ душевно-больными необходимо справиться предварительно съ выводами науки, спеціально трактующей о душевныхъ болѣзняхъ и имѣющей конечно рѣшительный и, во всякомъ случаѣ, вѣснѣй голосъ въ занимающемъ насъ вопросѣ.

Мы видѣли, что относительно юридическаго значенія умственнаго разстройства существуютъ въ настоящее время двѣ системы: одна, принятая большинствомъ современныхъ кодексовъ, основана на фикціи легальнаго умопомѣшательства и связана съ весьма стѣснительными ограниченіями для психически-больныхъ; другая, преобладающая нынѣ въ Англии, держится болѣе свободныхъ началъ и предоставляетъ судьямъ въ каждомъ данномъ случаѣ рѣшать вопросъ о дѣеспособности сумасшедшаго въ моментъ совершения спорнаго акта, независимо отъ того, подвергнутъ-ли больной опекѣ или нѣтъ. Какая-же изъ этихъ системъ болѣе соотвѣтствуетъ выводамъ психіатріи? Составляетъ-ли помѣшательство такого рода болѣзнь, которая совершенно исключаетъ возможность сознательной, юридической воли и которая должна влечь за собою безусловное лишеніе дѣеспособности, или-же психическое разстройство имѣетъ другой, не столь абсолютный характеръ, допускающій по временамъ присутствіе здравой воли и способность къ разумной дѣятельности? Поставленный въ такой формѣ, вопросъ этотъ уже самъ собою опредѣляетъ характеръ тѣхъ данныхъ, которыя мы должны заимствовать у психіатріи. Для насъ важны не какія-либо спеціально-медицинскія подробности, а основныя взгляды психіатровъ на природу и значеніе умственнаго разстройства и на отношеніе послѣдняго къ психическому здоровью.

Въ особенности намъ важно знать, оправдывается-ли психіатріею то рѣзкое разграниченіе, которое проводится нѣкоторыми кодексами и отчасти юристами между умопомѣшательствомъ и нормальнымъ душевнымъ состояніемъ. Въ этомъ отношеніи психіатрія, въ лицѣ нѣкоторыхъ изъ авторитетнѣйшихъ представителей своихъ, даетъ намъ прямой категорическій отвѣтъ, разрѣшающій какъ нельзя яснѣе интересующій насъ вопросъ. Дилемма — „человѣкъ либо сумасшедшій, либо нѣтъ“, говоритъ Гривингеръ, совершенно не вѣрна. Между здоровьемъ и болѣзнию нѣтъ опредѣленной границы; въ психіатріи, какъ и въ остальной патологіи,

есть среднее состояніе нѣкотораго разстройства, которое однако не составляетъ еще дѣйствительной болѣзни и въ которомъ субъектъ представляетъ еще многіе признаки здоровья. Въ этихъ случаяхъ обыкновенно приходится сказать, что субъекты находятся далеко не въ нормальномъ состояніи, но нельзя указать на признаки опредѣленной психической болѣзни, и можно высказать скоропѣ какъ вѣроятіе, чѣмъ какъ увѣренность, что ихъ дѣйствія были вызваны болѣзненнымъ вліяніемъ организма или по крайней мѣрѣ въ значительной степени зависѣли отъ подобнаго вліянія. Даже въ ихъ проявленіяхъ нѣтъ рѣзкой границы между странностью, страстностью, извращеніемъ склонностей, душевной тупостью съ одной стороны и душевной болѣзнью съ другой <sup>1)</sup>. Между самыми крайними случаями помѣшательства и идеальнымъ душевнымъ здоровьемъ, замѣчаетъ Генрихъ Маудсли, существуетъ безконечное число разностей, постепенно и нечувствительно переходящихъ одна въ другую. Никто поэтому не можетъ положительно опредѣлить крайнихъ границъ здоровья и начала болѣзни, и съ несомнѣнностью рѣшить въ каждомъ данномъ случаѣ, страдаетъ-ли помѣшательствомъ извѣстное лицо или нѣтъ <sup>2)</sup>. Еще съ большею откровенностью выражается другой, не менѣе извѣстный, англійскій психіатръ Винслоу. Возможно-ли, спрашиваетъ онъ, приобрести точное познаніе о состояніи ума, разстроеннаго болѣзнью? Всѣ попытки, сдѣланныя до сихъ поръ — разрѣшить тайну помѣшательства, не оказались-ли совершенно безплодными? Признаемся, продолжаетъ Винслоу, чистосердечно въ нашемъ полномъ невѣжествѣ относительно тонкихъ ненормальныхъ умственныхъ явленій, точно также, какъ и въ ограниченности нашихъ познаній о нормальной дѣятельности человѣческаго ума <sup>3)</sup>.

Не только между психическимъ разстройствомъ и душевнымъ здоровьемъ во многихъ случаяхъ не оказывается точной границы, но даже нѣкоторые виды умопомѣшательства въ собственномъ смыслѣ съ трудомъ поддаются наблюденію, не обнаруживая существеннаго отличія отъ обыкновенныхъ личныхъ особенностей или странностей. Очень можетъ быть, говоритъ Гринингеръ, что боль-

<sup>1)</sup> Душевные болѣзни, Спб. 1864, стр. 143.

<sup>2)</sup> Физиологія и патологія души, Спб. 1870, стр. 305.

<sup>3)</sup> Болѣзни мозга и души, Спб. 1870, стр. 32.

ная возбуждаемость мозговых процессов и некоторыя душевныя особенности, приводящія въ одномъ случаѣ къ странности, въ другомъ, при счастливыхъ внѣшнихъ обстоятельствахъ и хорошемъ физическомъ здоровьи, производятъ большую дѣятельность и энергію ума и оригинальность мысли <sup>1)</sup>. Въ своихъ умѣренныхъ степеняхъ, измѣненіе, которому подвергается представленіе при бѣшенствѣ, является въ видѣ усиленія здоровой способности мышленія. Усиленное образованіе и быстрая смѣна вновь оживляютъ потокъ давно уснувшихъ воспоминаній, замѣчается усиленіе памяти, которое, напримѣръ, доказывается тѣмъ, что бѣшенный въ теченіи болѣзни можетъ повторять длинныя пѣсни, тогда какъ прежде и послѣ болѣзни не можетъ сдѣлать этого. Появляются также по временамъ мысли, умозаключенія и сужденія, которыя выходятъ за обычный здоровый горизонтъ больного; онъ высказываетъ иногда, смотря по настроенію и внѣшнимъ побужденіямъ, чрезвычайно вѣдкія сраженія, необыкновенную остроту, чрезвычайно способность говорить, произносить также чрезвычайно вѣрно и смѣло сужденія, которыя очевидно образовались въ дѣствіе точнаго наблюденія необходимыхъ для этого моментовъ <sup>2)</sup>. Помѣшанные, по словамъ Винслова, обнаруживаютъ иногда больше ума, чѣмъ обыкновенные люди. Можетъ быть, столько-же гениевъ находится въ заключеніи въ домахъ для помѣшанныхъ, сколько на свободѣ, и почитатель талантовъ можетъ столько-же найти ихъ въ убѣжищахъ для душевно-больныхъ, сколько, такъ сказать, и на всякомъ другомъ театрѣ умственной выставки <sup>3)</sup>. Винсловъ находитъ признаки умственного разстройства у такихъ политическихъ дѣятелей, какъ Фридрихъ Вильгельмъ I, Генрихъ VIII, Робеспьеръ, Лютеръ, Цвингли, Руссо и друг. <sup>4)</sup>, а такихъ, какъ Калигула, Неронъ, Тиверій, Екатерина Медичи, онъ прямо объявляетъ сумасшедшими.

Что касается частнаго упомѣшательства, то, по словамъ французскаго психіатра Бріеръ-де-Бумона, помѣшанные могутъ разговаривать совершенно здраво и иногда даже краснорѣчиво въ продолженіе нѣсколькихъ часовъ, могутъ писать весьма тол-

<sup>1)</sup> Гризмеръ, тамъ же, стр. 181.

<sup>2)</sup> Винсловъ, стр. 50.

<sup>3)</sup> Тамъ же, стр. 329.

<sup>4)</sup> Винсловъ, стр. 141, 146 и др.

ковья письма въ промежуткѣ между двумя приступами своей болѣзни и въ самый день приступа, хотя никакая сила не въ состояніи исторгнуть изъ головы ихъ безумныхъ представленій<sup>1)</sup>. По мнѣнію Гринингера, господство одного безумнаго представленія, дѣлающагося центромъ всего мышленія, имѣть большое сходство съ одностороннимъ господствомъ исключительно одного круга идей у здороваго, — то болѣе съ упрямымъ пристрастіемъ къ какой-нибудь теоріи, дѣлающейся для человѣка уже личнымъ дѣломъ, то болѣе съ господствомъ извѣстныхъ страстей, напр. любви, ревности, гордости, сластолюбія, скупости и т. д., которыя въ высшихъ своихъ степеняхъ, вытѣсняя изъ души все остальное, точно также однообразятъ и обѣдняютъ духовную жизнь; многія изъ этихъ страстей уже въ своихъ проявленіяхъ, напр. во внѣшней разсѣянности при внутренней сосредоточенности, любви къ украшеніямъ и внѣшнему блеску, во многомъ очень схожи съ соотвѣствующими формами сумасшествія<sup>2)</sup>. По словамъ другаго нѣмецкаго ученаго, проф. Сольбрига, можно представить положительные доказательства того, что преобладаніе опредѣленнаго умственнаго направленія немедленно производитъ патологическое дѣйствіе на мозгъ, если ему не окажутъ своевременнаго и систематическаго противодѣйствія соотвѣственные регуляторы; въ этомъ отношеніи „то, что въ средніе вѣка составляло патологическое состояніе цѣлыхъ поволовнй, въ настоящее время, благодаря просвѣщеннымъ воззрѣніямъ большинства, стало атрибутомъ весьма ограниченнаго числа индивидовъ“<sup>3)</sup>.

Приведенныхъ отзывовъ, кажется, вполне достаточно, чтобы убѣдиться въ томъ, что съ точки зрѣнія психіатріи между душевной болѣзью и полнымъ умственнымъ здоровьемъ не существуетъ точно-опредѣленной пограничной черты; различныя душевныя состоянія, нормальныя и болѣзненныя, такъ переплетаются между собою и имѣютъ столько общихъ, всеѣмъ имъ свойственныхъ чертъ, что во многихъ случаяхъ представляется весьма

<sup>1)</sup> Архивъ суд. медицины, 1871. № 4, стр. 86.

<sup>2)</sup> Гринингеръ, стр. 86.

<sup>3)</sup> Архивъ суд. мед. 1871 г. № 2, стр. 38. По замѣчанію редакціи архива, „такое патологическое дѣйствіе производится между прочимъ и *преобладаніемъ классическаго образованія*“ (sic!)

труднымъ и даже совершенно невозможнымъ отличить психическое расстройство отъ особенныхъ свойствъ характера, темперамента или отъ увлеченій и страстныхъ порывовъ. Опытные специалисты могутъ конечно опредѣлить, болѣе или менѣе вѣрно, состояніе умственныхъ способностей даннаго лица, послѣ тщательнаго изслѣдованія послѣдняго въ продолженіе извѣстнаго времени; но нельзя не замѣтить, что психіатры очень часто склонны понятіе психическаго расстройства расширять далеко за предѣлы того, что разумѣется подъ расстройствомъ въ общепринятомъ смыслѣ этого слова. Для примѣра уважемъ на д-ра Лимана, который между прочимъ высказалъ свое мнѣніе о сумасшествіи нѣкоего Бонвена на томъ основаніи, что послѣдній, владѣя повидимому совершенно здравымъ умомъ, что ясно видно изъ его письменныхъ заявленій, изложенныхъ не только складно, но даже въ весьма изящной и отчасти поэтической формѣ, испортилъ себѣ тѣмъ не менѣе свою карьеру изъ-за любви къ публичной женщинѣ<sup>1)</sup>. Точно также преувеличены отзывы Винслова объ умственномъ расстройствѣ извѣстныхъ историческихъ дѣятелей; еслибъ мы стали дѣлать подобные выводы исключительно на основаніи того или другаго характера дѣятельности или убѣжденій лица, то мы должны были бы придти къ весьма страннымъ заключеніямъ. Мы должны были бы признать психически-больными и слѣдовательно невѣроятными громадное большинство населенія; всѣ существующія въ народѣ и иногда крайне-нелѣпыя суевѣрія и предрасудки, составляющіе въ нѣкоторомъ родѣ неискоренимыя *idées fixes*, могли бы быть принимаемы за признаки умственнаго расстройства. Такіе выводы могутъ конечно навести на весьма глубокія мысли и соображенія и бросаютъ, быть можетъ, яркій свѣтъ на многія темныя и непонятныя стороны общественной жизни; но очевидно это уже дѣло психологовъ и публицистовъ, а нисколько не психіатровъ. Некоторые должны основывать свои заключенія не на произвольныхъ обобщеніяхъ, а на строго-научномъ изслѣдованіи болѣзненныхъ явленій, находящихся въ связи съ состояніемъ мозга.

Но и эти болѣзненные явленія и симптомы сами по себѣ не доказываютъ еще существованія умственнаго расстройства. Такъ напр. падучая болѣзнь, находящаяся обыкновенно въ связи съ

1) Сомнительныя душевныя состоянія предъ судомъ. Спб. 1871.

нарушеніемъ психическихъ отправленій, иногда напротивъ того, соединяется съ необыкновенной энергіей и способностью въ умственной работѣ; то же самое слѣдуетъ сказать и относительно галлюцинацій и другихъ явленій, считающихся обыкновенно признаками помѣшательства. По справедливому замѣчанію Лимана, хотя-бы и существовали въ данномъ случаѣ подобныя симптомы но in foro слѣдуетъ прежде всего доказать существованіе умственного разстройства и тогда уже приводить объясняющій его происхождение этиологическій моментъ, но никогда не слѣдуетъ дѣлать обратнаго заключенія, т. е. изъ существованія такихъ моментовъ, которые могутъ имѣть, или обыкновенно имѣютъ, слѣдствіемъ умственное разстройство, выводить, что это послѣдствіе непременно должно имѣть мѣсто въ данномъ случаѣ (стр. 110).

Другими словами, для того, чтобы въ данномъ случаѣ придти въ правильное заключенію, необходимо принять въ расчетъ исключительно только состояніе умственныхъ способностей лица, не увлекаясь физиологическими признаками или симптомами психической болѣзни, ибо для юридической вѣняемости требуется не физическое, а душевное здоровье: *integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est*. Но здѣсь опять-таки выступаетъ на первый планъ вопросъ: какимъ образомъ разграничить между собою психическія состоянія, которыя, какъ мы видѣли, по природѣ своей не допускаютъ вовсе подобныхъ разграниченій? Если для гражданской дѣеспособности необходимо присутствіе *здраваго ума*, то что слѣдуетъ понимать подъ послѣднимъ? Куда должны мы относить тѣ личныя особенности, странности и эксцентричности, которыя не имѣютъ ничего общаго ни съ здоровымъ умомъ, ни съ душевными болѣзнями въ собственномъ смыслѣ? Однимъ словомъ, гдѣ у насъ норма здраваго ума? Это много вопросовъ, и вотъ — это. Понятно, впрочемъ, что этотъ послѣдній вопросъ можетъ имѣть для юриста только общій, чисто-теоретическій, такъ сказать, философскій интересъ. Дѣло въ томъ, что вопросъ объ умственномъ разстройствѣ, составляя точку соприкосновенія юриспруденціи съ психіатріею, вноситъ свѣжій, живой духъ въ сухую, чисто-схоластическую сферу правовѣдѣнія; этотъ свѣжій духъ долженъ, по нашему мнѣнію, разорвать во многихъ существенныхъ частяхъ сотканную нѣмцами паутину философско-юридическихъ системъ и теорій, паутину, которую нѣкоторые изъ

нашихъ ученыхъ юристовъ желали-бы перенести пѣликомъ на нашу почву<sup>1)</sup>. Куда дѣваются, предъ лицомъ психіатріи, тѣ уютчанныя, метафизическія идеи о разумѣ и волѣ человека, которыя юристами-теоретиками, преимущественно нѣмецкими, владутся въ основаніе теоретической юриспруденціи? Вся эта метафизика улечувивается при первомъ прикосновеніи трезваго научнаго взгляда, не доставляя послѣ себя ничего, кромѣ пустой схоластической пыли.

Психіатрія, какъ мы видѣли выше, не разрѣшаетъ положительно выставленнаго нами вопроса или лучше сказать разрѣшаетъ его въ отрицательномъ смыслѣ. Къ несчастію, замѣняетъ Винслоу<sup>2)</sup> слово, у насъ нѣтъ никакой психической пробы, въ которой мы могли бы обращаться съ полнымъ убѣжденіемъ въ ея несомнѣнности, когда представляются сомнительныя, темныя и запутанныя состоянія умственныхъ способностей для врачебнаго и юридическаго анализа<sup>2)</sup>. Какъ же поступать въ подобныхъ случаяхъ? И въ какии юридическіи послѣдствія должно вести то обстоятельство, что во многихъ случаяхъ невозможно опредѣлить, гдѣ кончается психическое здоровье и гдѣ начинается разстройство? Въ этомъ отношеніи юриспруденція, безъ сомнѣнія, должна держаться строго-положительной почвы, не допуская никакихъ, хотя-бы повидимому и основательныхъ, обобщеній и признавая доказаннымъ исключительно лишь то, что дѣйствительно не подлежитъ спору, не только съ специально-медицинской, но и съ обще-человѣческой точки зрѣнія. Поэтому указанная нами сторона разсматриваемаго вопроса, представляя большой интересъ въ теоретическомъ смыслѣ, не должны имѣть существеннаго значенія для юридической практики. Право, при своемъ чисто-практическомъ характерѣ, не можетъ брать на себя рѣшеніе такихъ задачъ, которыя не подь силу ни наукамъ естественнымъ; оно должно довольствоваться тѣми матеріаломъ и тѣми данными, какія могутъ быть представлены психіатріею, не упуская при этомъ изъ виду общихъ юридическихъ правилъ и доказательствъ. Юриспруденція и психіатрія имѣютъ совершенно различныя пѣли

<sup>1)</sup> Ср. положеніе г. Побѣдоносцева: „Воля, по существу своему, свободна и безгранична (1), сама себя опредѣляетъ, сама собою управляется“. (Курсъ гр. пр. ч. 2 стр. 455). Любопытно бы знать, что разумѣетъ почтенный авторъ подь «существомъ» воли; не «эссенцію» ли средневѣковыхъ философовъ?

<sup>2)</sup> Винслоу, стр. 109.

и потому не всегда могут быть согласны въ своихъ положеніяхъ. Первая изъ этихъ наукъ имѣеть въ виду исключительно практическіе интересы, между тѣмъ какъ вторая преслѣдуетъ цѣли чисто научныя, не стѣсняясь никакими практическими тенденціями; поэтому то, что представляется психіатру весьма важнымъ, можетъ не имѣть никакого значенія для юриста.

Еслибъ съ точки зрѣнія психіатріи было несомнѣнно доказано, что въ данномъ случаѣ готовность заключить извѣстную сдѣлку вызвана какимъ-либо измѣненіемъ въ состояніи мозга, то это само по себѣ не могло бы нисколько поколебать то юридическое начало, что сила договора основана на согласіи сторонъ. Юристъ имѣеть дѣло не съ мыслями, какъ таковыми, а не съ физиологическимъ процессомъ мышленія, а съ дѣйствіями, воплощенными въ себѣ тѣ или другія мысли; правильны-ли послѣднія или нѣтъ, зависятъ-ли они отъ такого или иного состоянія мозга, — это въ сущности безразлично для права, лишь бы только сами дѣйствія соответствовали общимъ юридическимъ правиламъ и не указывали бы явно на какую-либо ненормальность выраженной въ нихъ воли. Правовѣдѣніе не требуетъ и не можетъ требовать установленія нормы здраваго ума для пользованія юридическою правоспособностью; это между прочимъ положительно высказано въ прусскомъ законодательствѣ, по которому „примѣненіи свободныхъ дѣйствій, законъ не принимаетъ въ расчетъ личныхъ особенностей или умственныхъ силъ даннаго лица“ (1).

Таково должно быть въ общихъ чертахъ отношеніе права къ психіатріи въ виду современнаго состоянія послѣдней. Обобщенія и гипотезы, въ родѣ тѣхъ, какія приведены нами выше, равно какъ и всѣ вообще вышеизложенныя психіатрическія данныя, приводятъ неизбѣжно къ тому заключенію, что законы и судебная практика должны относиться съ крайней осторожностью къ факту психическаго разстройства, не давая въ подобныхъ случаяхъ слѣпой вѣры мнѣніямъ экспертовъ и поставляя разрѣшеніе относящихся сюда юридическихъ вопросовъ въ исключительную зависимость отъ вѣрности и доказательности данныхъ, представленныхъ въ пользу существованія болѣзни въ моментъ совершенія спорнаго юридическаго дѣйствія. Природа душевныхъ болѣзней, на сколько она выяснилась въ новѣйшее время, не допускаетъ относительно

1) Pr. Allgem. Landrecht, Thl. I, Tit. 3, § 24.

дѣеспособности никакихъ вообще абсолютныхъ правилъ и общихъ ограниченій, хотя бы примѣненіе послѣднихъ зависѣло въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ отъ тщательнаго предварительнаго освидѣтельствванія; всякое подобное изслѣдованіе должно имѣть силу лишь для того момента времени, къ которому оно относится, и не можетъ простираеть свое дѣйствіе на предшествующую или послѣдующую дѣеспособность изслѣдованнаго субъекта.

Всему этому, очевидно, совершенно противорѣчить система интердикціи, втискивающая въ грубыя общія формулы такія вещи, которыя по самой природѣ своей не поддаются такимъ безперомнымъ манипуляціямъ и требуютъ крайне деликатнаго и осторожнаго обращенія. Интердикція ставитъ рѣзкую границу тамъ, гдѣ подобная граница невозможна; вмѣсто тщательной индивидуализаціи, предписываемой психіатріей, она устанавливаетъ неизмѣнныя рубрики, подъ которыя подводитъ всевозможныя виды психическихъ болѣзней. При этой системѣ законъ беретъ однимъ общимъ правиломъ разрѣшить вопросъ, отъ разрѣшенія котораго въ принципѣ отказывается психіатрія: на мѣсто науки ставится тутъ сила закона. Установленіе интердикціи для лицъ, признанныхъ умалишенными, повидимому облегчаетъ и даже совсѣмъ устраняетъ необходимость разрѣшенія вопроса о дѣеспособности послѣднихъ въ каждомъ данномъ случаѣ; стоитъ только справиться, подвергнуто-ли извѣстное лицо интердикціи или нѣтъ, — и дѣло съ концомъ. Это практическое удобство и выставляютъ на видъ приверженцы французской системы. Но, во-первыхъ, едва-ли позволительно, въ видахъ облегченія судебной практики, придумывать искусственныя мѣры, чрезвычайно отяготительныя для пѣлыхъ категорій частныхъ лицъ; притомъ же подобныя мѣры носятъ на себѣ уже какой-то, чуждый юриспруденціи, полицейскій отгѣнокъ. Во-вторыхъ, указанія на практическія удобства интердикціи рѣшительно опровергаются тѣмъ враждебнымъ отношеніемъ, въ какое стали къ этому институту французскіе юристы-практики. Лучшимъ же доказательствомъ того, что для рѣшенія вопроса о дѣеспособности душевно-больныхъ нѣтъ никакой надобности въ установленіи общей интердикціи, и что вопросъ этотъ можетъ быть разрѣшаемъ самими судьями по извѣстнымъ строго-научнымъ началамъ безъ всякаго ущерба для прочности имущественнаго оборота, — можетъ служить примѣромъ Англія.

Английскіе юристы весьма тонко подмѣтили и анализировали юридическую сущность вопроса о вліяніи психическихъ болѣзней на гражданскую дѣеспособность; они выработали даже особый чисто-юридическій взглядъ на значеніе и характеръ самихъ этихъ болѣзней. Английское право различаетъ, какъ мы видѣли, два главные вида умственного расстройства: 1) природное безуміе или идиотизмъ (*dementia naturalis, idiocy*) и 2) сумасшествіе въ собственномъ смыслѣ (*dementia adventitia or accidentalis, lunacy*); кромѣ того встрѣчается еще законный терминъ „*unsound mind*“ (*non compos mentis*), относящійся къ случаямъ временнаго расстройства умственныхъ способностей, неразвившагося еще до настоящаго умопомѣшательства и не подходящаго поэтому ни подъ одну изъ указанныхъ двухъ категорій<sup>1)</sup>. Отъ точнѣшаго же разграниченія различныхъ душевныхъ состояній английскіе юристы обыкновенно воздерживаются, считая такую работу и невыполнимой съ точки зрѣнія психіатріи и совершенно излишней въ виду того, что принятія въ законѣ и практикѣ категорій, и особенно послѣдняя изъ нихъ (*unsoundness of mind, insanity*), при своей общности и неопредѣленности, обнимаютъ собою уже всевозможные виды психическихъ болѣзней, такъ что судъ, пользуясь въ такого рода дѣлахъ неограниченной свободой, не нуждается нисколько въ какихъ-либо дальнѣйшихъ разграниченіяхъ и указаніяхъ; подобныя указанія могли бы только стѣснять и парализовать плодотворную дѣятельность судебной власти. вмѣстѣ съ тѣмъ английскіе юристы весьма искусно обходятъ то капитальное затрудненіе, на которое указано нами выше, — именно невозможность проведенія точной границы между психическимъ здоровьемъ и расстройствомъ. А развѣ легче, спрашиваютъ они, провести границу между виновностью и невинностью? Множествомъ неувимыхъ оттѣнковъ и ступеней виновность переплетается съ невинностью, подобно тому какъ болѣзнь неотдѣлима отъ здоровья. И однако развѣ это служить препятствіемъ къ законному разграниченію этихъ двухъ понятій? <sup>2)</sup> И дѣйствительно, вникая глубже въ предметъ, нельзя не признать, что английская теорія, требующая въ каждомъ частномъ случаѣ вы-

<sup>1)</sup> *Taylor* p. 835.

<sup>2)</sup> *Law Magazine*. 1872, № 6, p. 499.

ясненія причинной связи между душевною болѣзью и спорнымъ юридическимъ дѣйствіемъ и признающая последнее ничтожнымъ только при несомнѣнной наличности этой связи, дѣлаетъ совершенно нечувствительнымъ указанное выше затрудненіе. Общей, легальной границы здѣсь дѣйствительно нѣтъ, да и быть не можетъ; но за то подобная граница проводится довольно точно въ отдѣльныхъ случаяхъ, смотря по свойству подлежащихъ бою обвиненію юридическихъ актовъ и по самому характеру болѣзни.

### VI.

Обращаясь, наконецъ, на основаніи представленныхъ нами данныхъ, къ анализу юридическаго значенія умственнаго разстройства, мы должны прежде всего замѣтить, что юридическія послѣдствія помѣнательства могутъ быть двоякаго рода: 1) учрежденіе опеки надъ имуществомъ и личностью больного; и 2) лишеніе его гражданской дѣеспособности. Во всемъ предшествующемъ изложеніи мы старались по возможности разграничить между собою эти двѣ различныя по существу своему мѣры, имѣя въ виду главнымъ образомъ послѣднюю; но эти мѣры такъ часто смѣшиваются и закономъ, и практикою, что мы считаемъ необходимымъ войти въ этомъ отношеніи въ нѣкоторыя подробности.

Въ пользу того, весьма распространеннаго между цивилистами, мнѣнія, что обѣ упомянутыя мѣры какъ бы дополняютъ одна другую и составляютъ лишь двѣ неразрывно-связанныя между собою стороны одного и того же института, могутъ быть приведены два аргумента: во-первыхъ, все современныя законодательства, не исключая и англійскаго, предписываютъ учрежденіе опеки не только надъ имуществомъ, но и надъ личностью душевно больного, и во-вторыхъ, взятіе имущества въ опеку безъ лишенія больного дѣеспособности не имѣло бы практическаго смысла. Всмотрѣваясь однако въ эти аргументы, не трудно замѣтить, что въ сущности они основаны лишь на недоразумѣніи. Дѣло въ томъ, что по поступленіи имущества въ опекуное управленіе доходы съ этого имущества должны между прочимъ идти на содержаніе и удовлетвореніе потребностей больного; понятно поэтому, что опека должна простирается и на личность послѣдняго, безъ чего она не могла бы выполнять лежащія на ней по отношенію къ подопечному обязанности. Что таково именно назначеніе опеки отно-

сительно личности душевно-больныхъ, видно лучше всего изъ постановленій англійскаго права по этому предмету<sup>1)</sup>); во всякомъ случаѣ вопросъ о дѣеспособности тутъ ни причемъ. Что же касается втораго аргумента, то не подлежитъ сомнѣнію, что относительно имущества, взятаго въ опеку, больной лишается права непосредственнаго управленія и распоряженія, чѣмъ и обеспечивается сохраненіе имущества въ цѣлости, такъ что и это обстоятельство собственно не имѣетъ отношенія къ вопросу о дѣеспособности вообще.

Связь учрежденія опеки съ потерей дѣеспособности есть чисто — внѣшняя, случайная, имѣющая свое основаніе единственно только въ томъ, что обѣ эти мѣры вызываются одною и тою же причиною — умомѣшательствомъ; но никогда не слѣдуетъ упускать изъ виду, что въ смыслѣ наложенія опеки причина эта дѣйствуетъ совершенно иначе, чѣмъ на дѣеспособность. Для отбранія имѣнія въ опеку достаточно только констатировать фактъ неспособности извѣтнаго лица къ правильному управленію своимъ имуществомъ вслѣдствіе умственнаго расстройства, причемъ послѣднее имѣетъ здѣсь такое же общее, такъ сказать неопредѣленное значеніе, какъ напр. склонность къ расточительности, также вызывающая наложеніе опеки; поэтому и способъ доказательства и условія принятія означенной мѣры не имѣетъ ничего общаго съ тѣми, какія требуются для рѣшенія вопроса о силѣ того или другаго частнаго акта, совершеннаго душевно-больнымъ. Наложеніе опеки по самой сущности своей основано на *предположеніи*; мѣра эта принимается лишь въ виду предполагаемой, болѣе или менѣе вѣроятной возможности растраты имущества во вредъ роднымъ и близкимъ сумасшедшаго или расточителя. Выражаясь точнѣе, наложеніе опеки въ такихъ случаяхъ имѣетъ характеръ предупредительно-полицейскій; вопросъ же о дѣеспособности лица есть вопросъ чисто юридическаго свойства. Въ этомъ и состоитъ коренное различіе между опекой и лишеніемъ дѣеспособности, различіе игнорируемое обыкновенно и законодательствами и юристами, вслѣдствіе чего и происходитъ то вторженіе полицейскаго элемента въ сферу гражданскаго права, которое характеризуетъ въ этомъ отношеніи кодексы французскій, итальянскій и нѣмецкіе.

<sup>1)</sup> *Broom and Hadley*, v. III, p. 86.

Отграничивъ такимъ образомъ вопросъ о дѣеспособности душевно-больныхъ отъ института опеки, мы считаемъ уже лишнимъ прибавить, что указанное нами различіе необходимо всегда имѣть въ виду при юридической оцѣнкѣ умственного разстройства и что всякое смѣшеніе этихъ разнородныхъ по существу своему вещей составляетъ само по себѣ абсурдъ съ юридической точки зрѣнія. Къ какимъ практическимъ результатамъ ведетъ подобное смѣшеніе, можно видѣть между прочимъ изъ того, что опека налагается обыкновенно только при наличности какого-либо имущества, принадлежащаго осумасшедшему; если съ опекой соединяется и полная интердикція, то выходитъ, что изъ всей массы душевно-больныхъ лишены дѣеспособности только тѣ, которые имѣютъ за собою какое-либо имущество, преимущественно недвижимое. Такой порядок вещей дѣйствительно и существуетъ въ тѣхъ государствахъ, которые держатся французской системы. На чемъ же, спрашивается, основана эта привилегія неимущихъ больныхъ? Неужели то, въ сущности совершенно постороннее обстоятельство, что за лицомъ числится известное имущество, должно оказывать такое рѣшительное вліяніе на силу заключенныхъ этимъ лицомъ сдѣлокъ и актовъ? Отвѣчать на эти вопросы конечно не трудно; но мы оставимъ ихъ только потому, что они, какъ нельзя рѣче освѣщаютъ юридическія достоинства отвергаемой нами теоріи.

Между прочимъ во французской практикѣ неоднократно возбуждался вопросъ: можетъ-ли помѣшательство на одномъ пунктѣ служить достаточнымъ основаніемъ для наложенія интердикціи? По мнѣнію Демоломба, вопросъ этотъ слѣдуетъ рѣшить отрицательно, между тѣмъ какъ медики держатся болѣею частью противоположнаго взгляда<sup>1)</sup>. Вопросъ этотъ, конечно, весьма важенъ въ виду тѣхъ тяжелыхъ юридическихъ послѣдствій, которые влечетъ за собою интердикція по Наполеонову кодексу; съ нашей же точки зрѣнія онъ рѣшается гораздо проще и вѣрнѣе такъ какъ, выдѣляя вопросъ о дѣеспособности отъ института опеки, vemosъ тѣмъ самымъ предполагаемъ возможность наложенія опеки, какъ предупредительно-полицейской мѣры, и въ такихъ случаяхъ, когда о безусловномъ лишеніи дѣеспособности не должно быть и рѣчи. Въстѣ съ тѣмъ остановится понятнымъ, и что въ

<sup>1)</sup> Demolombe, t. VIII, p. 315.

дѣлахъ объ опеку надъ душевно-больными инициатива можетъ и должна принадлежать правительственнымъ органамъ (напр. прокурорской власти), и между тѣмъ какъ въ вопросѣ о юридической дѣеспособности частныхъ лицъ, хотя бы и помѣшанныхъ, власть должна оставаться вполнѣ нейтральной.

Само по себѣ разумѣется, что учрежденіе опеки надъ сумасшедшимъ не можетъ не быть связаннымъ съ нѣкоторыми юридическими ограниченіями для подопечнаго; но эти ограниченія не должны заключать въ себѣ ничего безусловнаго и должны всегда уступать предъ дѣйствительностью. Такъ, съ опекою при извѣстныхъ условіяхъ можетъ быть соединяемо предположеніе неправопоспособности, — предположеніе, вслѣдствіе котораго, въ случаѣ спорнаго силѣ какого-либо дѣйствія сумасшедшаго, бремя доказательства (onus probandi) лежитъ на томъ, кто на такомъ дѣйствіи основываетъ свое право.

Послѣ этихъ замѣчаній мы можемъ уже оставить въ сторонѣ опеку и возвратиться къ тѣмъ юридическимъ началамъ, которыми опредѣляется дѣеспособность сумасшедшихъ во всѣхъ вообще частныхъ случаяхъ.

Всякій споръ о недѣйствительности акта, выданнаго душевно-больнымъ, предполагаетъ необходимо три элемента: 1) фактъ помѣшательства даннаго лица, 2) совершеніе въ этомъ состояніи спорнаго акта и 3) причинную связь между обоими этими фактами. Третій членъ обыкновенно предполагается самою собою при совпаденіи момента разстройства съ моментомъ заключенія сделки, такъ что для уничтоженія послѣдней требуется только доказать, что фактъ совершенія въ то именно время, когда лицо страдало помѣшательствомъ. Но къ такому взгляду слѣдуетъ относиться съ большою осторожностью. Для примѣра приведемъ слѣдующій случай. Дѣвушка, вообще совершенно здоровая и не обнаруживавшая ни въ разговорахъ, ни въ дѣйствіяхъ своихъ никакихъ признаковъ психической болѣзни, тотчасъ же оказывалась помѣшанной, а чуть только ей задавали вопросъ о происхожденіи нея: она начинала длинный разсказъ о томъ, что она изъ фамиліи Маріи Стюартъ и Генриха IV; что это скрывается по секретнымъ соображеніямъ и т. п. <sup>1)</sup> Такого рода помѣшательство (частное)

<sup>1)</sup> Annales d'hygiène publique et de médecine légale, 1872, janvier, p. 151.

исключаетъ, собственно говоря, существованіе свѣтлыхъ промежутковъ: фактъ разстройства находится налицо въ каждый данный моментъ времени, хотя и выступаетъ наружу лишь вслѣдствіе возбужденія со стороны. Предположимъ теперь, что упомянутая дѣвушка заключила какую—нибудь обыкновенную сдѣлку, напр. по предмету найма или купли—продажи, можно-ли считать подобныя дѣйствія безусловно недѣйствительными? Очевидно, — нѣтъ, не смотря на наличность въ двухъ изъ указанныхъ нами трехъ элементовъ. Въ такихъ случаяхъ является необходимость выяснить связь помѣшательства съ спорнымъ юридическимъ дѣйствіемъ. Если такой связи не обнаруживается, тогда дѣйствія сохраняютъ свою силу; связь эта выступила-бы напр. въ томъ случаѣ, когда та-же дѣвушка дѣлала-бы какія-либо распоряженія, соотвѣтственныя ее мнимому происхожденію.

Руководящимъ началомъ при обсужденіи всѣхъ такого рода случаевъ должно служить то соображеніе, что психическое разстройство имѣетъ юридическое значеніе единственно только по своему пертурбаціонному вліянію на волю и согласіе лицъ, вступающихъ между собою въ сдѣлки. Гдѣ такого вліянія не видно, тамъ душевная болѣзнь не существуетъ для юриста. Съ этой точки зрѣнія представляется весьма важнымъ различіе общаго помѣшательства отъ частнаго, первое по характеру своему предполагается имѣющимъ неразрывную связь со всѣми вообще дѣйствіями одержимаго имъ лица, между тѣмъ какъ относительно втораго необходимо установленіе этой связи въ каждомъ частномъ случаѣ<sup>1)</sup>.

Въ частности, по отношенію къ различнымъ юридическимъ дѣйствіямъ, психическія условія вліяютъ на дѣеспособность далеко не въ одинаковой степени и должны имѣть поэтому и неодинаковыя юридическія послѣдствія. Мы видѣли, что почти всѣ европейскія законодательства выдѣляютъ предсмертныя распоряженія

<sup>1)</sup> Замѣтимъ, что и здѣсь, какъ въ предыдущемъ изложеніи, мы не говоримъ о природномъ безуміи, которое вообще не можетъ подавать повода ни къ какимъ сомнѣніямъ или спорамъ и которое одно только удовлетворяетъ условіямъ полной интердикціи.

<sup>2)</sup> Относительно терминовъ, употребляемыхъ современными кодексами для обозначенія душевныхъ болѣзней, легко усмотрѣть существенное различіе между старыми уложеніями и новѣйшими. Такъ кодексы французскій и прусскій различаютъ нѣсколько точно-опредѣленныхъ категорій умалишенныхъ; въ уложеніи австрійскомъ замѣтно отчасти преобладаніе болѣе общихъ, отрицательныхъ признаковъ

изъ круга другихъ актовъ и подчиняютъ завѣщательную способность специальнымъ правиламъ, облегчающимъ оспариваніе завѣщаній въ случаѣ ненормальности умственныхъ силъ завѣщателей. Отъ послѣднихъ требуется не только отрицательное условіе — отсутствіе психической болѣзни, но и положительное — наличность здраваго ума. Это послѣднее условіе, очевидно, гораздо шире и эластичнѣе перваго: извѣстное лицо можетъ въ данное время не обладать здравымъ разсудкомъ, не страдая нисколько и помѣшательствомъ. Граница, отдѣляющая умственное разстройство отъ полнаго психическаго здоровья, оказывается тутъ отодвинутой нѣсколько отъ области болѣзни и захватываетъ уже область нормальнаго душевнаго состоянія; спорщикъ обязанъ здѣсь доказать не существованіе какой-либо опредѣленной душевной болѣзни, а лишь то обстоятельство, что при составленіи завѣщанія лицо находилось не въ полномъ обладаніи своими умственными силами, вследствие болѣзни или другихъ причинъ. Понятно, что положеніе спорщика въ такихъ случаяхъ несравненно благоприятнѣе, чѣмъ при оспариваніи какихъ-либо другихъ актовъ, воотчужденія имущества. Вообще и къ предсмертнымъ распоряженіямъ, а также ко всякаго рода дарственнымъ актамъ, законодательства относятся обыкновенно съ замѣтной осторожностью и даже недовѣрчивостью, — что объясняется конечно самимъ характеромъ этихъ актовъ, какъ мы имѣли случай замѣнить между прочимъ при разсмотрѣніи относящихся къ этому предмету постановленій римскаго права. По справедливому замѣчанію Демоломба, «договоры онерозные (т. е. съ болѣе или менѣе равномернымъ распределеніемъ правъ и обязанностей между обоими контрагентами) составляютъ въ сущности ничто иное, какъ мѣновыя сдѣлки, тогда какъ другіе односторонніе акты лишаютъ выдавшее ихъ лицо имущества безъ

(§ 21). Наконецъ, въ саксонскомъ кодексѣ о помѣшательствѣ говорится ужъ исключительно съ отрицательной стороны въ смыслѣ потери или поврежденія разсудка (§ 81, § 1981 и др.), причемъ всѣ вообще психически-больные обозначаются однимъ общимъ терминомъ «лишенные употребленія ума» («des Vernunftgebrauchs beraubte»). Введеніе такой отрицательной терминологіи вмѣсто прежней положительной объясняется вліяніемъ психіатріи. Извѣстно, что попытки прежнихъ психіатровъ, напр. Пинеля, Эскироля и др. привести всѣ существующія душевныя болѣзни къ извѣстнымъ основнымъ типамъ, привнаны въ настоящее время несоответствующими характеру психическаго разстройства, и что новѣйшіе ученые не придаютъ значенія подобнымъ попыткамъ.

полученія эквивалента; при заключеніи перваго рода сдѣлокъ контрагенты хлопочутъ только о томъ, чтобы избѣжаніи убытка (*certant de damno vitando*), между тѣмъ какъ лица, подаряемыя или легатаріи стараются о полученіи даровой имущественной выгоды (*certant de lucro captando*)<sup>1)</sup>. Далѣе, обыкновенные двухсторонніе акты, въ родѣ купли-продажи, найма, раздѣла и т. п., необходимы во всякомъ обществѣ и должны быть гарантированы отъ всякихъ колебаній и случайностей: отъ этого зависитъ прочность имущественнаго оборота. Другое дѣло—акты дарственныя или завѣщательныя; они не только не вызываются необходимостью, но даже нарушаютъ обычный ходъ юридической жизни, впрочемъ и нуждаются въ каждомъ случаѣ въ особомъ оправданіи и должны вообще подлежать болѣе строгимъ правиламъ сравнительно съ другими юридическими актами. Отъ этихъ началъ отступаетъ только англійское право, которое не дѣлаетъ относительно завѣщаній никакихъ изъятій, и на практикѣ принципъ завѣщательной свободы доходить въ Англии нерѣдко уже до утробки. Такъ, нѣкто сдѣлалъ распоряженіе не только относительно своего имущества, но и относительно различныхъ частей своего тѣла: все имѣніе свое завѣщалъ домохозяину, а части тѣла различнымъ лицамъ. Завѣщаніе, не смотря на заявленный противъ него споръ, было утверждено судомъ, хотя въ самомъ актѣ имѣлись слѣды ненормальности психическаго состоянія завѣщателя. Въ другомъ случаѣ завѣщатель во время составленія завѣщанія, потерялъ рѣчь вслѣдствіе апоплексическаго удара и слѣдовательно не имѣлъ уже возможности выразить свою волю; однако завѣщаніе, написанное при такихъ условіяхъ, признано было дѣйствительнымъ<sup>2)</sup>. Въ Англии постоянно утверждаются предсмертныя распоряженія чрезвычайно эксцентричныя и странныя по своему содержанію, и признаются ничтожными только при явной нелѣпости или невыполнимости ихъ (напр. нѣкто назначилъ наслѣдникомъ самого себя). Такое отношеніе англійскаго права къ завѣщаніямъ представляется вполне естественнымъ при существующей въ Англии безусловной свободѣ и неприкосновенности частной дѣятельности гражданъ; къ тому же, при свойственной вообще англичанамъ эксцентричности, и за-

<sup>1)</sup> Demolombe, p. 469.

<sup>2)</sup> Taylor, pp. 870. sq.

завѣщанія эксцентричныя кажутся имъ весьма обыкновенными и не обращаютъ на себя особеннаго вниманія. Во всякомъ случаѣ, въ этомъ отношеніи англійское право не можетъ служить примѣромъ для другихъ законодательствъ, которыя въ виду приведенныхъ выше соображеній, должны руководствоваться (началами римской юриспруденціи. *in extremis*). Наибольшія сомнѣнія возбуждаются завѣщаніями, составленными *in extremis* т. е. уже въ послѣднія минуты жизни завѣщателя; относительно такихъ завѣщаній слѣдовало бы всегда держаться предположенія, что они составлены не въ здравомъ умѣ. Положеніе человека, чувствуящаго приближеніе своей смерти, уже само по себѣ не можетъ быть нормальнымъ; находясь подъ непреодолимымъ давленіемъ самыхъ тяжелыхъ чувствъ и мыслей, онъ не можетъ сохранить въ надлежащей мѣрѣ способность къ совершенію серьезныхъ юридическихъ дѣйствій. Въ тяжкомъ психическомъ состояніи присоединяется въ этомъ случаѣ и болѣзненное, ослабленіе физическихъ силъ, предшествующее обыкновенно предсмертной агоніи; завѣщаніе, составленное въ такіа минуты, хотя бы по видимому при полномъ сознаніи, не можетъ не вызвать значительныхъ сомнѣній. Случай такого рода не предусмотрѣнъ однако, насколько намъ извѣстно, ни въ одномъ изъ европейскихъ кодексовъ; хотя судебная практика можетъ, конечно, имѣть въ виду указанныя особенности предсмертныхъ распоряженій и сообразно съ этимъ допускать нѣкоторыя облегченія при оспариваніи завѣщаній, составленныхъ *in extremis*.

## VII.

Нѣкоторыя изъ высказанныхъ нами выше положеній нуждаются въ подробномъ комментарий. Такъ, мы объяснили между прочимъ, что въ случаяхъ частнаго упомѣщательства необходимо при оцѣнѣ дѣйствій больного обращать вниманіе на отношеніе послѣднихъ къ предмету упомѣщательства. Противъ этого требованія можно съ медицинской точки зрѣнія выставить два возраженія. Во первыхъ, такъ назыв. упомѣщательство на одномъ пунктѣ есть въ сущности ничто иное, какъ общая душевная болѣзнь, выражающаяся въ извѣстной частной формѣ. Психическія отпавленія не составляютъ отдѣльныхъ разграниченныхъ между собою и независимыхъ одна отъ другой областей; напротивъ, всѣ

они находятся въ неразрывной связи между собою, такъ-что разстройство одной какой-либо группы отправления необходимо отражается на остальныхъ. Во вторыхъ, выясненіе связи спорнаго дѣйствія съ предметомъ помѣшательства является во многихъ случаяхъ совершенно невозможнымъ. „Развѣ можно“ — спрашиваетъ авторъ одной весьма дѣльной статьи о невмѣяемости — „чтобы здоровый умъ, зная одно только желаніе совершить извѣстное дѣйствіе, могъ въ обратномъ направленіи, пробѣжать всѣ тѣ ложные пути мышленія, чрезъ которые проходилъ умалишенный, и добрался по нимъ до ложныхъ представленій, служившихъ ему исходной точкой. Какъ искать и добиваться логической связи между мыслями, которыхъ самая характеристическая черта именно и состоитъ въ безсвязности? Требовать отъ врача, чтобы онъ въ каждомъ подобномъ случаѣ указалъ на всю цѣпь умственныхъ процессовъ, совершившихся въ головѣ умалишенныхъ, — значитъ требовать отъ него, чтобы онъ былъ еще гениальнѣе Шекспира или Поэ, или чтобы онъ мыслить такъ же ненормально, какъ и самъ умалишенный“<sup>1)</sup>.

Не трудно, однако, доказать, что эти и подобныя имъ соображенія не могутъ считаться вѣскими въ юридическомъ смыслѣ и не должны быть принимаемы въ расчетъ при разсмотрѣніи общаго вопроса о вліаніи различныхъ психическихъ ненормальностей на дѣеспособность страдающихъ ими субъектовъ. Бываютъ, конечно, случаи, когда состояніе лица, одержимаго какими-либо безумными идеями, не вызываетъ никакихъ сомнѣній и когда о способности таковаго лица къ совершенію юридическихъ дѣйствій не можетъ быть и рѣчи; но эти случаи обыкновенно подходятъ уже подъ понятіе общаго помѣшательства, къ которому высказанныя нами замѣчанія не относятся. Говоря о частномъ помѣшательствѣ, мы имѣемъ въ виду преимущественно тѣ случаи, когда заключеніе о психической болѣзни лица основано единственно только на существованіи у него ложныхъ идей, причѣмъ внѣ этихъ идей не замѣчается ни въ поведеніи, ни въ образѣ мыслей субъекта никакихъ ненормальныхъ особенностей, которыя давали бы право считать его вообще помѣшаннымъ. Многие психіатры рассуждаютъ объ этой формѣ психическаго разстройства такимъ образомъ, какъ будто между ложными идеями сумасшедшихъ и заблужденіями лю-

<sup>1)</sup> Суд. Вѣстникъ 1869, № 76, см. также № 71 и 86.

дей здоровыхъ не существуетъ принципиальнаго различія. Намъ кажется, что какъ психологи они правы, но какъ медики они несомнѣнно ошибаются. Душевною болѣзною въ медицинскомъ смыслѣ можетъ считаться только патологическое расстройство мозга, обнаруживающееся известными внѣшними признаками и сопровождающееся между прочимъ нарушеніемъ психическихъ от-  
правленій; только на эту область болѣзненныхъ явленій распространяется компетентность медика-психіатра. Для медика психическое расстройство означаетъ собою болѣзнь мозга; гдѣ мозгъ вполне здоровъ и дѣйствуетъ нормально, тамъ душевная болѣзнь для него немыслима, каковы бы ни были особенности умственной жизни субъекта. Совершенно иначе относится къ дѣлу психологъ; ему, напротивъ того, нѣтъ вовсе дѣла до состоянія мозга, и все вниманіе свое онъ обращаетъ на внѣшнія проявленія и результаты психической дѣятельности. Медикъ смотритъ дальше и глубже психолога; не останавливаясь на видимомъ характерѣ психическихъ процессовъ, онъ сквозь эту, нерѣдко крайне обманчивую оболочку, старается проникнуть до самаго источника ихъ — до органа мысли — мозга, чтобы по имѣющимся на лицо симптомамъ разгадать состояніе послѣдняго. Этимъ объясняется то различіе взглядовъ, которое, какъ указано нами выше, неизбежно существуетъ въ этомъ отношеніи между медикомъ и юристомъ. Гдѣ юристъ, стоящій, разумѣется, на психологической почвѣ, ничего не замѣчаетъ, тамъ психіатръ можетъ видѣть, или, по крайней мѣрѣ, предполагать возможность мозговаго расстройства; и наоборотъ, юристъ можетъ относиться подозрительно къ тому, что съ медицинской точки зрѣнія не имѣетъ ничего рѣшительно общаго съ душевною болѣзною. Отсюда, съ одной стороны, тѣ видимыя преувеличенія, въ которыя нерѣдко впадаютъ медики въ своихъ разсужденіяхъ объ умственномъ расстройствѣ; съ другой стороны отсюда же происходитъ склонность юристовъ и вообще психологовъ смѣшивать съ явленіями психическихъ болѣзней личныя особенности и ложныя идеи людей вполне здоровыхъ. Если перваго рода преувеличенія вполне понятны со стороны медиковъ, то преувеличенія втораго рода приличны только юристамъ и психологамъ, а нисколько не медикамъ, которые на подобныя обобщающіе взгляды должны смотрѣть какъ на ученую ересь. Поэтому мы и говоримъ, что психіатры не вправѣ распространять понятіе частнаго помѣ-

пательства на однородныя же явленія у людей съ здоровымъ мозгомъ, тогда какъ съ психологической точки зрѣнія такія обобщенія представляются, напротивъ того, вполне возможными и законными.

Чтобы точнѣе объяснить нашу мысль, мы должны еще остановиться нѣсколько на мнѣніяхъ, высказываемыхъ по этому предмету нѣкоторыми писателями по психіатріи. „Мы должны“, говоритъ Морель, „убѣдить судей, что и поступки людей, повидимому вполне разсудительныхъ, нерѣдко служатъ признакомъ ихъ умственного расстройства; есть умалишенные, обладающіе остротою памяти; другіе могутъ вести разумный разговоръ, какъ здоровые, такъ-что, какъ уже Павелъ Захисъ замѣтилъ, ихъ сумасшествіе обнаруживается болѣе въ поступкахъ, чѣмъ въ словахъ“<sup>1)</sup>. По словамъ Крафтъ-Эбинга, „есть такіе люди, которые страдаютъ только психическою угнетенностью, безъ безумныхъ представлений, и повидимому вполне обладаютъ умственными способностями, но здоровье которыхъ потрясено гораздо глубже, чѣмъ полагаютъ судьи и врачи: они гораздо опаснѣе, какъ для себя, такъ и для общества, чѣмъ явно помѣшанные, которыхъ отличить каждый профанъ“<sup>2)</sup>. Оба эти ученые, указывая на случаи скрытаго психическаго расстройства, незамѣтные для профановъ, правы, безъ сомнѣнія, какъ медики; но они ошибаются, полагая, что ихъ специально-медицинская точка зрѣнія обязательна и для юристовъ. Гринингеръ, конечно, правъ, предлагая совершенно выбросить введенный Пинелемъ терминъ — „*mania sine delirio*“, какъ „вызывающій только пустое любопытство юристовъ и другихъ профановъ“<sup>3)</sup>; но не менѣе правы будутъ и юристы, если они не согласятся въ обозначаемыхъ этимъ терминомъ явленіяхъ видѣть душевную болѣзнь, безусловно исключаящую вмѣненіе. Точно также научно-основательны, безъ сомнѣнія, указанія Гринингера на характеристическія особенности умственного расстройства, не позволяющія смѣшивать его проявленія съ странностями, замѣчаемыми нерѣдко у людей умственно здоровыхъ, — хотя эти указа-

<sup>1)</sup> *Traité de médecine légale des aliénés*, Paris 1866.

<sup>2)</sup> Болѣзненные настр. души, М. 1866; ср. Лиманъ, сомнит. душ. сост. стр. 4 и сл.; Винсловъ, стр. 125 и сл.

<sup>3)</sup> Гринингеръ, стр. 353.

нія, которыхъ не вправѣ игнорировать медики, могутъ быть, во многихъ случаяхъ безъ ущерба игнорируемы юристомъ.

„Всѣ ложныя сужденія психически-больныхъ“, говоритъ Грингеръ, „относятся всегда къ самому больному или по крайней мѣрѣ всегда выработались изъ ложныхъ идей, относящихся къ нему; этимъ онѣ если не совершенно, то *болышею частью* отличаются отъ ошибокъ здоровыхъ людей. Больной можетъ, напр., считать всѣхъ евреевъ проклятыми, но только потому, что, по его мнѣнію, они *ему* повредили, или потому, что *онъ* наложилъ на нихъ это наказаніе; онъ можетъ вѣрить въ существованіе моста, идущаго отъ земли на луну, но только потому, что *онъ* хотѣлъ пройти по этому мосту, или что *онъ*, построивъ его, хотѣтъ доказать свою творящую силу и т. п.“ (стр. 84). Представимъ себѣ теперь двухъ субъектовъ, изъ которыхъ одинъ утверждаетъ, напр., что евреи прокляты Богомъ и что съ тѣхъ поръ въ нихъ живетъ нечистая сила, а другой, — что противъ него именно евреи всего міра строятъ козни (случай, бывшій, кажется, съ композиторомъ Рихардомъ Вагнеромъ). Въ глазахъ психіатра первый изъ этихъ субъектовъ, при отсутствіи другихъ ненормальностей, будетъ человѣкъ здоровый, а второй — помѣщанный; для юриста же и вообще для психолога оба они должны считаться находящимися въ вполнѣ одинаковыхъ условіяхъ, такъ какъ характеръ и вліяніе безумной идеи нисколько не измѣняются отъ разницы въ способѣ ея происхожденія.

„Безумныя представленія больныхъ“, продолжаетъ Грингеръ, „отличаются отъ ошибочныхъ возрѣній здоровыхъ не только этимъ отношеніемъ ихъ къ самому больному, но еще многими другими существенными особенностями. Они всегда находятся въ связи съ разстройствомъ всей совокупности психическихъ процессовъ (съ волненіями, безсвязностью и т. п.), или выходя изъ подобнаго состоянія или производя ихъ какъ послѣдствія; они *часто* совершенно противорѣчатъ всѣмъ прежнимъ возрѣніямъ больного, который не можетъ произвольно освободиться отъ нихъ; напротивъ того, они противустоятъ свидѣтельству чувствъ и разсудка, повѣркѣ и доказательствамъ и слѣдовательно относятся совершенно иначе къ душѣ и волѣ; они происходятъ отъ разстройства мозга, которое *очень часто* проявляется и въ другихъ нервныхъ симптомахъ. Отсюда видно, какъ поверхностно и въ

сущности, ложно сравнивать заблужденія и „безумія“ цѣлыхъ историческихъ эпохъ (напр. вѣры въ вѣдьмъ, колдуновъ и т. п.) съ психическими болѣзнями“. Между тѣмъ подобную поверхностность, какъ мы видѣли, обнаруживаютъ такіе психіатры, какъ Винсловъ, Сольбригъ и др., такъ что повидимому далеко не всеѣмъ ученымъ она представляется поверхностностью и при томъ ложною. „Когда мозгъ здоровъ“, говорится въ другомъ мѣстѣ, — „всегда возможны еще противоположныя представленія, сомнѣніе, шаткость. Но помѣшанный, не смотря на то, что онъ не находится болѣе въ состояніи волненія, которое въ началѣ не позволяло ему убѣдиться въ нелѣпости своихъ безумныхъ идей, не смотря на то, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ даже вѣрно рассуждаетъ, не въ состояніи уже подвергнуть сомнѣнію свои безумныя идеи. Теченіе нелѣпныхъ идей не нарушается съ этихъ поръ уже ничѣмъ, потому что ничего болѣе не противопоставляется имъ, нѣтъ болѣе никакого внутренняго противорѣчія, а это, какъ мнѣ кажется, зависитъ сколько отъ общаго ослабленія прежней степени разсудка, такъ и отъ угасанія цѣлыхъ рядовъ разумныхъ представленій“ (стр. 378).

Извѣстно, однако, что не у однихъ больныхъ субъектовъ существуетъ *idées fixes*, относительно которыхъ невозможны уже никакія сомнѣнія или колебанія. Весьма многіе, повидимому вполне нормальные люди, имѣютъ такія же идеи, не поддающіяся никакимъ, хотя бы самымъ очевиднымъ, доводамъ разсудка; эти идеи чаще всего касаются предметовъ религіознаго и отчасти политическаго характера. Поразительная легкость и вмѣстѣ съ тѣмъ упорство, съ какими распространяются и поддерживаются самыя нелѣпыя суевѣрія, показываетъ съ достаточной наглядностью, что каждому человѣку присуща въ большей или меньшей мѣрѣ склонность увлекаться ложными идеями, которыя при извѣстныхъ условіяхъ совершенно овладѣваютъ имъ, исключая уже всякую возможность противорѣчія или сомнѣнія. Припомнимъ паломническіе подвиги и фанатическія выходки французскихъ клерикаловъ при министерствѣ Брольи, нѣкоторые члены котораго сдѣлали изъ идеи „нравственнаго порядка“ настоящій пунктъ помѣшательства; припомнимъ изувѣрства нашихъ сектантовъ-фанатиковъ, не останавливающихся ни предъ чѣмъ въ видахъ спасенія душъ своихъ. Припомнимъ фактъ, случившійся, если не ошибаемся, два

года тому назадъ въ костромской губерніи: при открытіи желѣзной дороги толпа крестьянъ вышла, съ образами въ рукахъ и молитвами на устахъ, на встрѣчу поѣзду, чтобы остановить его, какъ проявленіе нечистой силы. Мы утверждаемъ, что всѣ подобныя ложныя идеи, какъ ни различны онѣ для психіатра, вполне одинаковы въ психологическомъ смыслѣ.

Такимъ образомъ, по отношенію къ тѣмъ видамъ умственнаго расстройства, которые извѣстны подъ названіемъ частнаго помѣшательства, *folie raisonnante*, *mania sine delirio* etc., слѣдуетъ отличать точку зрѣнія медицинскую отъ психологической; поэтому интересующій насъ вопросъ сводится къ тому: какой изъ этихъ двухъ точекъ зрѣнія долженъ придерживаться юристъ при разрѣшеніи вопроса о вліяніи психической болѣзни на юридическую дѣеспособность лица? Послѣ того, что сказано нами выше объ отношеніи психіатріи къ юриспруденціи, отвѣтъ на этотъ вопросъ разумѣется уже самъ собою. Фактъ душевнаго расстройства важенъ для юриста не самъ по себѣ, а только какъ причина, исключаящая, при извѣстныхъ условіяхъ, дѣеспособность и вмѣняемость, причемъ одинаковое съ этимъ фактомъ значеніе имѣетъ вообще все то, что нарушаетъ разумную сознательность и свободу воли. Всякій человѣкъ, достигшій совершеннолѣтія, считается вполне способнымъ къ совершенію юридическихъ дѣйствій до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ несомнѣнно доказано; а чтобы доказать противное, недостаточно еще констатировать фактъ психической болѣзни лица, если изъ этого факта не вытекаетъ съ достаточной очевидностью неспособность къ сознательной дѣятельности. Съ другой стороны, всякая *idée fixe*, каковы бы ни были ея происхожденіе и характеръ, можетъ вліять на юридическую дѣеспособность субъекта, независимо отъ того, слѣдуетъ ли послѣдняго считать больнымъ или здоровымъ въ медицинскомъ смыслѣ.

Психіатры сами сознаются, что область психическихъ отклоненій есть для нихъ отчасти еще совершенная *terra incognita*; допускающая самыя разнообразныя гипотезы и догадки; поэтому они и не вправѣ ожидать, чтобы юристы принимали на вѣру ихъ предположенія и чтобы послѣдними руководствовалась судебная практика. Если же, какъ указываетъ авторъ цитированной выше статьи „Судебнаго Вѣстника“, выясненіе связи предмета

помѣшательства или безумной идеи съ содержаніемъ спорной слѣлки представляется во многихъ случаяхъ невозможнымъ, то это нисколько еще не обязываетъ насъ принимать эту связь за доказанную въ этихъ затруднительныхъ для спорщика случаяхъ; невозможность доказать существованія связи говорить всегда въ пользу того, что этой связи не существуетъ, такъ какъ *onus probandi* лежитъ на спорщикѣ.

Въ заключеніе, для болѣе нагляднаго подтвержденія нашей теоріи, приведемъ еще одинъ примѣръ. „Умалишеннымъ“, по словамъ Гризингера, „чрезвычайно часто слышатся голоса съ неба, которые то требуютъ принесенія въ жертву чловѣка, то возлагаютъ на бѣднаго безумнаго роль мессіи; содержаніе ихъ измѣняется со степенью образованности, и многое зависитъ здѣсь отъ того, придерживался ли чловѣкъ прежде болѣе апокалипсиса или Ураніи Тидге, Байроновскихъ идеаловъ или новѣйшихъ „медіумовъ“. Въ нашемъ вѣкѣ вообще мало вѣрятъ въ дѣйствительность болѣзненныхъ видѣній, но однакъ еще недавно (въ 1816 г.) въ Парижѣ одинъ галлюцинированный былъ принятъ не только народомъ за вдохновеннаго, но архіепископъ и министръ полиціи сочли его за посланнаго Богомъ, и на этомъ основаніи король (Людовикъ XVIII) совѣщался съ нимъ о государственныхъ дѣлахъ“ (стр. 113). Спрашивается теперь: если подъ вліяніемъ галлюцинацій этого сумасшедшаго совершены какъ имъ самимъ, такъ и повѣрившими ему лицами, извѣстныя юридическія дѣйствія, то имѣютъ ли силу эти дѣйствія? Если держаться спеціально-медицинской точки зрѣнія, то лишеннымъ дѣеспособности оказывается здѣсь только самъ сумасшедшій; дѣйствія же другихъ лицъ, хотя и вызванныя его же безумными идеями, должны бы оставаться въ своей силѣ, такъ что одна и та же причина имѣла бы для разныхъ лицъ различныя послѣдствія, вопреки здравому смыслу и основнымъ юридическимъ началамъ. На нашъ же взглядъ центръ тяжести заключается здѣсь вовсе не въ болѣзни даннаго лица, до которой юристу нѣтъ никакого дѣла, а въ томъ, что извѣстныя дѣйствія совершены вслѣдствіе тѣхъ или другихъ безумныхъ идей, безъ которыхъ они не имѣли бы мѣста; кѣмъ они совершены и при какихъ условіяхъ — это для юриста совершенно безразлично. Въ отдѣльныхъ случаяхъ отнесеніе извѣстныхъ ложныхъ идей къ разряду безумныхъ должно

зависеть вообще от усмотрѣнія судей, которые при этомъ должны по необходимости принимать за норму свой собственный умъ<sup>4)</sup>.

## Д. Слонимскій.

4) Не можемъ не указать здѣсь на два весьма поучительныхъ случая изъ недавней англійской практики. Нѣкто Джонъ Нэйтъ завѣщаль свое имущество, помимо дѣтей, какому-то постороннему лицу — сосѣду Боутону, съ которымъ онъ былъ очень мало знакомъ; къ дѣтямъ своимъ имѣлъ онъ, какъ оказалось, какое-то болезненное отвращеніе и недоверіе по той причинѣ, что ему не удалось вполне подчинить ихъ себѣ въ умственномъ отношеніи. Идея завѣщателя—требовать отъ дѣтей подлѣбшаго нравственнаго подчиненія была признана судомъ болезненною (delusion), уничтожающею силу совершеннаго подъ ея вліяніемъ акта, хотя о душевной болѣзни въ собственномъ медицинскомъ смыслѣ и рѣчи не было по отношенію къ завѣщателю. Замѣчательна по этому дѣлу рѣчь судьи Джемса Ганнена къ присяжнымъ; между прочимъ судья высказалъ мысль, что „какова бы ни была степень здраваго ума, требуемая какъ для уголовной вѣняемости, такъ и для способности къ совершенію юридическихъ дѣлокъ, ко вступленію въ бракъ и къ дачѣ свидѣтельскихъ показаній, но самая большая степень необходима безъ сомнѣнія для завѣщательныхъ распоряженій“ (*Law Times Reports*, June 21, 1873, p. 562 sq. Boughton and Marston v. Knight and others). Слѣдуетъ притомъ замѣтить, что англійскіе судьи вообще строго относятся къ такъ наз. завѣщаніямъ неофициознымъ. Не менѣе любопытно дѣло о завѣщаніи баронессы Вельде, составленномъ въ пользу нѣкоторыхъ представителей католической церкви, въ ущербъ роднымъ покойной; противъ этого завѣщанія предъявленъ былъ споръ на томъ основаніи, что оно написано было подъ „незаконнымъ вліяніемъ“ (indue influence) духовника, всѣ внушенія котораго всегда безпрекословно исполнялись завѣщательницею. Завѣщаніе признано было дѣйствительнымъ, чему не мало содѣйствовало то обстоятельство, что у покойной не было дѣтей и законныхъ наследниковъ, кромѣ лишь родственниковъ восходящей и боковыхъ линій; тѣмъ не менѣе *Law Magazine* находитъ, что въ данномъ случаѣ несомнѣнно имѣло мѣсто „незаконное вліяніе“, исключающее сознательность и свободу воли (См. *Law Magazine*, 1873, № VIII, august, art. „Undue influence“).

# ОБЪ ЭЛЕМЕНТАХЪ НАУКИ ГРАЖДАНСКАГО СУДОПРОИЗВОДСТВА.

(Вступительная лекція, читанная въ С.-Петербургскомъ Университетѣ 11 сентября 1873 г.).

Гражданское судопроизводство есть система судебныхъ дѣйствій для охраненія правъ гражданскихъ по поводу нарушенія или спора. Каждое право гражданское должно найти въ немъ охраненіе въ случаѣ надобности, каждое фактическое отношеніе быта, связанное съ вопросомъ о правѣ, должно быть выяснено и обращено на правильный путь. Съ этою цѣлью исторически развивается сложный рядъ судебныхъ установленій и, какъ въ устройствѣ ихъ, такъ и въ дѣлопроизводствѣ, проводятся разнообразныя начала, обеспечивающія правосудіе, организуются разныя инстанціи, устанавливаются различные обряды и формы судопроизводства, издаются законы, наказы, инструкціи, открываεται цѣлый міръ судебной практики. Только въ области мышленія всѣ эти явленія имѣютъ одну и ту же природу: всѣ они сводятся къ понятіямъ и положеніямъ, имѣющимъ логическую структуру. Эта сложность ихъ въ мірѣ внѣшнемъ и возможность свести ихъ къ единству логической системы вызываютъ на свѣтъ науку гражданскаго процесса, которая помогаетъ практикѣ ориентироваться въ окружающемъ ее разнообразіи и, раскрывая внутреннюю природу гражданскаго правосудія, содѣйствуетъ осуществленію и усовершенствованію этого основнаго условія свободы, порядка и благосостоянія въ общественномъ быту. Съ другой стороны, бытовая многозначительность и сложность предмета, его повсемѣстность и многовѣковое историческое развитіе естественно отражаются и въ наукѣ, въ ея содержаніи и изложеніи. На эту техническую сторону я намѣренъ теперь обратить ваше вниманіе, мм. гг., желая указать въ общихъ чертахъ матеріалы науки и въ особенности направленіе и методъ ихъ обработки.

Гражданское судопроизводство есть явленіе историческое и вмѣстѣ съ тѣмъ фактъ современнаго быта, выраженіе дѣйствующаго права, обязательнаго для практики. Въ ту и другую сторону открываεται здѣсь обширное поле для научнаго изслѣдованія. Приступая къ изложенію такого предмета, необходимо со

всею точностью разрѣшить себѣ вопросъ, какую сторону его мы желаемъ изслѣдовать, въ какое отношеніе ставимъ себя къ этимъ двумъ элементамъ — историческому и практическому. Сами по себѣ они имѣютъ одинаковое право на ученую разработку. Можно воспроизводить развитіе процесса въ порядкѣ времени, нисколько не думая о примѣненіи историческихъ формъ его къ современной практикѣ; и наоборотъ, можно раскрывать дѣйствующую въ практикѣ систему судопроизводства, не обращая вниманія на развитіе ея изъ временъ прошедшихъ. То и другое направленіе одинаково почтенно и достойно нашего сочувствія, потому что это раздѣленіе труда проливаетъ свѣтъ науки на разныя стороны предмета. Но очевидно, что эти спеціальныя, противоположныя направленія не могутъ быть соединены въ одной системѣ, въ одномъ курсѣ. Отсюда естественно возникаетъ вопросъ, не слѣдуетъ ли исключить ту или другую сторону предмета и сосредоточить свое вниманіе на одной сторонѣ его?

Было время въ исторіи нашихъ университетовъ, время важныхъ заслугъ ихъ въ наукѣ русскаго права, когда въ изложеніи этой науки преобладало направленіе историческое, когда главною цѣлью университетскаго образованія считалось раскрытіе историческихъ основаній дѣйствующаго права, какъ такой стороны его, которая всего удобнѣе изучается только въ университетѣ и не можетъ быть изучена путемъ судебной практики. Дѣйствующій законъ всегда будетъ въ рукахъ юриста-практика и справки съ нимъ нетолько всегда возможны, но ихъ нужно даже присовѣтовать ему: чѣмъ болѣе онъ будетъ уважать законъ, тѣмъ чаще и охотнѣе будетъ справляться съ его текстомъ и вдумываться въ смыслъ его. Каждое судебное дѣло, каждый моментъ практики будутъ наводить его на эти вопросы о буквѣ и смыслѣ закона и дополнять пробѣлы теоретическаго образованія. Напротивъ историческій горизонтъ, если мы не успѣли освоиться съ нимъ въ университетѣ, почти совершенно закрывается на практикѣ. Обремененный дѣлами и заботами по службѣ, часто въ глухой мѣстности или въ разъѣздахъ, юристъ-практикъ при всемъ своемъ желаніи не найдетъ ни времени, ни средствъ къ самостоятельному изученію исторіи права, а его служебныя занятія не дадутъ ему ни одного свѣдѣнія въ этомъ отношеніи. Этотъ мотивъ представляется тѣмъ болѣе уважительнымъ, что юристъ-практикъ, призванный къ обсужденію всевозможныхъ гражданскихъ отношеній, къ направленію всего гражданскаго быта на путь права, по необходимости долженъ быть человѣкомъ многосторонне образованнымъ и въ особенности основательно знакомымъ съ общимъ историческимъ направленіемъ той великой равнодѣйствующей силы права, по которой совершается развитіе быта разныхъ вѣковъ и

народовъ. Его практическій умъ долженъ быть богатъ опытами времени прошедшихъ, въ сравненіи съ которыми его собственная жизнь является почти незамѣтною точкою въ величественной смѣнѣ столѣтій.

Таковъ былъ смыслъ стараго направленія университетской науки. Новое время поставило науцѣ другіе запросы, выдвинуло на первый планъ другія потребности и наука успѣла уже отвѣтить на нихъ. Наше время требуетъ болѣе тѣсной, болѣе непосредственной связи теоріи съ практикою, и вотъ почему практическій элементъ науки получилъ теперь рѣшительное преобладаніе, а историческая сторона ея отступила на задній планъ. Этому новому направленію обязаны своимъ образованіемъ многіе изъ лучшихъ дѣятелей нашей современной практики, а теорія обязана ему разработкою системы дѣйствующаго права и судебной юриспруденціи. Нельзя не замѣтить, что при этомъ направленіи наука служитъ насущнымъ потребностямъ дня и соотвѣтствуетъ отвращенію практики отъ всего того, что отжило свой вѣкъ и сдано въ архивъ. Это отвращеніе весьма понятно. Практику нужно дѣйствовать не во времена тиуновъ или дьяковъ приказныхъ, не при XII таблицахъ; онъ имѣетъ передъ собою другой міръ, другія дѣла, другіе законы; всѣ его потребности обращены въ другую сторону. И чѣмъ болѣе наука погрузилась бы въ глубину вѣковъ давнопрошедшихъ, чѣмъ болѣе растерялась бы въ историческомъ разнообразіи процесса, тѣмъ менѣе она удовлетворила бы требованіямъ современной практики. Юристъ практическій не можетъ успокоиться на той мысли, что законъ всегда будетъ у него подъ руками и справки всегда возможны. Судебная практика есть постоянное примѣненіе закона, а чтобы примѣнять его, нужно его знать, нужно изучить его предварительно, вдуматься въ общій его духъ и въ логическое соотношеніе деталей, однимъ словомъ нужно основательное знакомство съ теоріею закона. Въ этой теоріи, какъ въ прочной формѣ, онъ нуждается прежде всего, потому что текущее состояніе идей, это *perpetuum mobile* исторіи, не даетъ ему никакой надежной опоры; и для цѣлаго гражданскаго быта оно гораздо менѣе важно, чѣмъ твердая форма и неизмѣнныя, для даннаго времени, начала. Въ настоящее время у насъ только что совершилась судебная реформа и ни одинъ юристъ не можетъ желать, чтобы мы вернулись къ прежнему порядку вещей, развившемуся исторически. Его надо вытѣснить изъ жизни и всю нашу любовь перенести на новыя начала процесса, обезпечивающія правосудіе.

Таково, мм. гг., направленіе нашего времени. Если бы за тѣмъ намъ нужно было выбирать между стремленіями стараго и новаго времени, то мы не могли бы колебаться въ выборѣ, потому что

разумныя потребности живаго міра во всякомъ случаѣ ближе къ намъ, чѣмъ интересы исторіи. Мнѣ кажется, однако, что новое направленіе нашей науки не исключаетъ и историческаго элемента. Въ самомъ дѣлѣ, наука и практика и само законодательство, даже новѣйшее, суть продукты исторіи. Корни ихъ кроются въ прошедшемъ. Ихъ практическія начала и направленіе, ихъ стремленія, обращенныя къ будущему, объясняются исторією, историческимъ опытомъ народовъ, часто опытомъ горькимъ, разорившимъ массы народа, поражавшимъ кредитъ, торговлю и промышленность цѣлой страны. Этого опыта не слѣдуетъ забывать, его нужно постоянно памятовать и напоминать себѣ. Чтобы прошлое не возвратилось, надо его знать, надо поставить себя къ нему въ отношеніе положительное, критическое; недостаточно его игнорировать. И судебную реформу нельзя вполнѣ оцѣнить, не обращая вниманія на времена, ей предшествовавшія. Съ другой стороны, что такое исторія процесса въ отношеніи къ современной практикѣ? Ничто иное, какъ практика прошлаго времени въ обширномъ смыслѣ слова. Одна работаетъ въ извѣстный моментъ времени, другая на пространствѣ вѣковъ, но существо ихъ дѣятельности одинаково: и та и другая относится къ теоріи процесса, какъ аналитическія понятія, развиваемыхъ путемъ ежедневнаго опыта. Какъ явленія современной практики, такъ и историческія формы и начала процесса всегда можно свести къ простымъ логическимъ моментамъ одной и той же системы. И такая теорія можетъ быть вполнѣ практическою, непосредственно примѣнимою въ современномъ быту, если она поставитъ себѣ цѣлью не только обобщеніе историческихъ явленій, но позаботится отличить дѣйствующее право отъ отжившаго свой вѣзъ и этимъ сравненіемъ и противоположеніемъ обрисовать со всею ясностью и рельефностью всѣ характеристическія начала современнаго процесса. Кромѣ того, она будетъ имѣть и другое, также практическое значеніе, она укажетъ судебной практикѣ такія стороны понятій, которыя не должны примѣняться въ настоящее время, отъ примѣси которыхъ юристъ-практикъ долженъ остерегаться, чтобы не повернуть къ старому порядку вещей. Вѣдь идеи не умираютъ. Ихъ дѣйствіе можетъ быть парализовано другими идеями, но самое существованіе ихъ въ духѣ человѣческомъ не прекращается. Возьмите институтъ рабства, одно изъ позорнѣйшихъ явленій исторіи, онъ заглушенъ теперь понятіями о человѣческомъ достоинствѣ, о личной свободѣ, о равенствѣ людей предъ закономъ и т. д. Но самая мысль о немъ и до сихъ поръ живетъ въ памяти народовъ, она также безсмертна, какъ ея противоположности и какъ мыслящій духъ человѣческаго рода. Обыкновенно бываетъ даже такъ, что и самое дѣйствіе идей не вполнѣ уничтожается, а

только ограничивается болѣе или менѣе. Такъ напр. въ гражданскомъ процессѣ минувшихъ временъ сильно развито было начало слѣдственное, доводившее тяжущихся до застѣнка и пытки; теперь оно уступило мѣсто началу состязательному; но это не значить, что оно совершенно перестало дѣйствовать; нѣтъ, оно только ограничено въ своемъ дѣйствіи сравнительно съ прежнимъ его объемомъ. Чтобы понять это ограниченіе, необходимо сравнить его историческія состоянія, прослѣдить его видоизмѣненіе въ исторіи.

По всѣмъ изложеннымъ основаніямъ мы не можемъ игнорировать историческую сторону процесса въ нашемъ курсѣ. Но какъ опредѣлить ближайшимъ образомъ положеніе этого элемента въ системѣ? Вѣдь исторія есть нѣчто непредѣльное и можетъ служить предметомъ особыхъ изслѣдованій совершенно независимо отъ потребностей новой судебной практики. Въ нашемъ курсѣ историческій элементъ не долженъ имѣть такого самостоятельнаго значенія. Намъ нужно изложить теорію судопроизводства именно для судебной практики. Исторія должна указать намъ, во первыхъ, почву, на которой развилось нынѣ существующее судопроизводство и судоустройство. Ближайшее къ намъ прошлое имѣетъ здѣсь преимущественное право на наше вниманіе, однако нѣкоторые институты процесса имѣютъ болѣе глубокіе корни въ исторіи, и мы обязаны будемъ прослѣдить ихъ. Во вторыхъ, историческіе моменты понятій должны служить намъ для болѣе отчетливаго и глубокаго раскрытія современнаго процесса, съ его началами и направленіемъ. Съ этою цѣлью даже идеи вѣковъ отдаленныхъ, представляющія рѣзкій контрастъ нашему времени, могутъ оказаться полезными, а потому мы будемъ указывать и на нихъ, впрочемъ именно въ этихъ только видахъ. Рисовать же картины прошедшаго съ единственной цѣлью объективнаго воспроизведенія минувшихъ временъ, изображать мелкія подробности и отличія древнихъ вѣковъ, входить въ розысканія археологическія и антикварныя—все это можетъ быть умѣстно въ спеціальному историческому изслѣдованіи, но въ догматику процесса нужно вносить только общіе результаты этихъ работъ, на сколько они содѣйствуютъ разъясненію современной его структуры.

Говоря объ историческомъ элементѣ нашей науки, я имѣю въ виду не только русскую исторію, а желалъ бы обратить въ пользу догматики матеріалы болѣе богатые, начиная съ римскаго процесса. Но здѣсь мы вступаемъ уже въ область другаго вопроса, на которомъ и должны теперь остановиться.

Гражданскій процессъ есть явленіе повсемѣстное. Его основанія коренятся въ природѣ самыхъ правъ гражданскихъ, въ потребностяхъ каждаго общественнаго быта, въ призваніи каждаго

государства. Не одинъ только русскій народъ постарался утвердить въ своей странѣ правосудіе, установить его начала и научную систему. Народы западные издавна работали надъ этою задачею и успѣли также разрѣшить ее по мѣрѣ своихъ силъ, развить законодательство, практику, науку процесса. Спрашивается теперь, какъ должны мы отнестись къ этому новому, сравнительному матеріалу науки?

Можно привести, по видимому, весьма солидныя основанія въ пользу исключенія его изъ теоріи русскаго гражданскаго судопроизводства. Нужно обратить вниманіе прежде всего на практическій характеръ этой науки, которая должна изложить не международныя какія нибудь начала процесса, а начала примѣнимыя къ русской судебной практикѣ, слѣдовательно, извлеченныя изъ юридическихъ нормъ, обязательныхъ въ нашей странѣ. И не подлежитъ сомнѣнію, что создать теорію на основаніи однихъ только русскихъ матеріаловъ вполне возможно. Наши матеріалы довольно богаты и разнообразны; кромѣ различныхъ системъ процесса, дѣйствующихъ въ собственно русскихъ губерніяхъ, мы располагаемъ источниками шведскими, нѣмецкими и французскими въ западныхъ окраинахъ имперіи. Уходить еще далѣе въ пространство, по всей вѣроятности, значило бы терять время на гоньбу за неопредѣленною далью. Въ самомъ дѣлѣ, гражданскій процессъ у разныхъ народовъ представляетъ большое разнообразіе и по практическому свойству предмета, каждый народъ обыкновенно разрабатываетъ только свою систему судопроизводства, не заботясь о чужихъ. Это направленіе находить себѣ отголосокъ и въ народномъ самосознаніи и въ отвращеніи отъ заимствованій по такому важному дѣлу внутренняго устройства, тѣсно связанному со всеми особенностями юридическаго быта и міросозерцанія народа. Въ нашемъ отечествѣ мы только что пережили громадную судебную реформу и должны думать теперь не о новой реформаціи, а о разработкѣ началъ совершившагося преобразованія и судебной практики съ цѣлью облегчить примѣненіе закона.

Я позволяю себѣ думать, что эти соображенія не вполне убѣдительны. Они не доказываютъ того, что сравнительный элементъ долженъ быть совершенно исключенъ изъ теоріи процесса. Изъ нихъ слѣдуетъ только, и мы вполне согласны съ этими выводами, что нельзя смѣшивать этого элемента съ источниками, имѣющими обязательную силу для русской судебной практики, что необходимо разрабатывать главнымъ образомъ эти источники, что юридическихъ основаній теоріи можно искать только въ нихъ, а все прочее можетъ служить только пособіемъ для науки, что нѣтъ надобности слѣдить за мелкими различіями иностранныхъ законодательствъ, неимѣющими для насъ никакой цѣны, что не нужно

ставить ихъ въ образецъ для насъ, рекомендовать заимствованія или возбуждать вопросы о реформѣ. Все это мы признаемъ вполне вѣрнымъ. Но есть положительныя доказательства, что сравнительный элементъ составляетъ существенную принадлежность теоріи процесса.

Эта теорія есть плодъ общечеловѣческой цивилизаціи и взаимнаго знакомства народовъ. Нельзя думать, будто образованіе процесса дѣло каприза законодателей той или другой стороны, зависящее отъ ихъ изобрѣтательности. Напротивъ, при извѣстномъ уровнѣ быта потребность судебного охраненія правъ выступаетъ вездѣ съ одинаковою силою, и средства для ея удовлетворенія являются сходными: каждое просвѣщенное государство сосредоточиваетъ судебную власть въ своихъ рукахъ, организуетъ ее въ особыя установленія, старается обезпечить правильность и авторитетъ судебныхъ рѣшеній, устанавливаетъ способы обжалованія и исполненія ихъ. Самый процессъ вездѣ имѣетъ одну и ту же цѣль: изслѣдовать юридическія отношенія между тяжущимися и примѣнить къ нимъ нормы объективнаго права. Отъ того и логическіе моменты суда вездѣ одинаковы: иски, защита, состязаніе, доказательства, рѣшеніе. Въ самомъ порядкѣ этихъ моментовъ, въ самыхъ гарантіяхъ праваго суда нѣтъ ничего произвольнаго, потому что умъ человѣческой для познанія истины и для соображенія дѣйствительности съ ея законами нуждается въ однихъ и тѣхъ же средствахъ и слѣдуетъ одинаковыми путями. Но какъ инструменты физики и химіи могутъ быть различнаго достоинства и способны къ усовершенствованію общими усиліями испытателей природы, такъ и организація процесса проходитъ разныя ступени въ своемъ развитіи, мало по малу усовершаясь путемъ собственнаго опыта народа и знакомства его съ другими народами. Теорія процесса есть результатъ этого развитія. Вслѣдствіе тождества логической его природы, общія начала его принадлежатъ наукамъ всѣхъ просвѣщенныхъ народовъ. По своему практическому дѣйствию, они могутъ быть или ограничены, или распространены, или даже занять мѣсто отрицательныхъ началъ, недѣйствующихъ въ данной странѣ; но самыя понятія о нихъ тѣмъ не менѣе суть общее достояніе науки. Научный анализъ ихъ, произведенный въ одной странѣ, имѣетъ цѣнность и въ другой. Точно также и разныя попытки законодательства опредѣлить начала судопроизводства и гарантировать правосудіе, составляютъ важный матеріалъ для теоріи процесса, содѣйствующій раскрытію его естественной организаціи и разъясненію нашего роднаго законодательства. По самой природѣ мышленія, понятія выясняются именно посредствомъ сравненія. Напр. понятіе о кассаціи становится яснымъ, если сравнить его съ понятіемъ объ апелляціи, но

тотъ и другой способъ обжалованія судебныхъ постановленій раскрывается еще глубже и отчетливѣе, когда мы сопоставимъ ихъ съ нѣкоторыми явленіями нѣмецкаго и англійскаго процесса; въ этомъ смыслѣ техническихъ реагентовъ, понятія объ этихъ явленіяхъ столько же принадлежать русскому ученому, какъ и другимъ, хотя самыя явленія встрѣчаются не вездѣ. Этимъ свойствомъ мышленія можно объяснить напр. высокое теоретическое достоинство германской науки, которая издавна работала надъ весьма богатымъ сравнительнымъ матеріаломъ, и относительно низшій уровень англійской теоріи, замкнувшейся въ практикѣ своихъ только судовъ; и, если плоды науки должны оцѣниваться по практическимъ ея послѣдствіямъ, никто не можетъ сказать, чтобы юристы-практики въ Германіи менѣе понимали свое дѣло и правосудіе было менѣе обезпечено тамъ, чѣмъ въ Англии. Чѣмъ глубже и рельефнѣе раскроются понятія въ теоріи процесса, тѣмъ полезнѣе она будетъ и для судебной практики. На практикѣ нельзя смотрѣть такъ узко, будто она должна знать статьи закона, для нея обязательныя, и ничего больше. Она обладаетъ творческою силою, она восполняетъ и развиваетъ законодательство страны и не имѣетъ никакого повода изолироваться въ этой дѣятельности отъ всѣхъ образованныхъ народовъ. Интересы гражданскаго правосудія слишкомъ дороги, его задачи и вліяніе на бытъ народа слишкомъ громадны, и судебная практика должна встрѣчать съ полнымъ сочувствіемъ каждый лучъ свѣта въ такомъ дѣлѣ, откуда бы онъ ни шелъ. Наша судебная реформа, плодъ знакомства съ западомъ Европы, не только не мѣшаетъ дѣлу сравнительнаго правовѣдѣнія, но и съ своей стороны указываетъ нашей наукѣ болѣе глубокую почву для разработки, точно также какъ и источники процесса, дѣйствующіе въ западныхъ окраинахъ имперіи, и уже теперь разрабатываемые, въ связи съ европейскою наукою. Не слѣдуетъ также думать, будто при такомъ расширеніи кругозора наука неминуемо должна заблудиться въ великомъ пространствѣ міра. Обращая все свое вниманіе на раскрытіе внутренней природы гражданскаго правосудія и на потребности русской судебной практики, она не можетъ удалиться отъ этой цѣли, а только воспользуется для того опытомъ вѣковъ и народовъ, который, вслѣдствіе логической конструкціи процесса, естественно разлагается на простые моменты системы. Безъ сомнѣнія, здѣсь нужно ограничиться лишь тѣми вѣками и народами, которые несли на своихъ плечахъ дѣло цивилизаціи и представляютъ именно для теоріи процесса матеріалы важныя и обильныя. Изъ древняго міра сюда относится римскій процессъ, а для новаго времени законодательства и наука Германіи, Франціи, Италіи и Англии. Историческое развитіе, источники и литературу каждой изъ этихъ

группъ возможно представить въ самомъ краткомъ очеркѣ, который и будетъ служить основою для дальнѣйшихъ указаній, въ порядкѣ системы. Въ нашемъ курсѣ эти указанія обыкновенно будутъ имѣть характеръ подстрочныхъ примѣчаній или цитатъ, потому что въ самомъ текстѣ курса мы будемъ имѣть дѣло только съ понятіями и сводить ихъ только къ обязательнымъ для практики источникамъ.

Я остановился, мм. гг., прежде всего на историко-сравнительномъ элементѣ нашей науки, потому что въ нашъ практическій вѣкъ нужно было ожидать болѣе всего возраженій именно съ этой стороны. Необходимо было отстоять ее въ интересахъ науки и самой практики. Но затѣмъ не подлежитъ никакому сомнѣнію, что нашъ главный матеріалъ заключается въ дѣйствующемъ законодательствѣ Россіи и въ произведеніяхъ русской судебной практики; мы должны изложить гражданскій процессъ какъ явленіе судебно-практическаго міра. Я позволю себѣ теперь опредѣлить нѣсколько ближе отношеніе науки къ этому матеріалу и начну съ произведеній судебной практики.

Судебная практика есть воплощеніе закона. Идея организаціи правосудія, сознанныя законодательствомъ, становится въ ней осязательнымъ, живымъ и работающимъ учрежденіемъ. Всмотриваясь въ эту жизнь, вы замѣтите въ ней множество подробностей, въ законѣ неопредѣленныхъ, а созданныхъ автономіею судебного міра для осуществленія общей мысли законодателя; таковы правила внутренняго порядка и формъ дѣлопроизводства, устройство канцелярій, архивовъ, кассы и т. д. Задача науки состоитъ, безъ сомнѣнія, прежде всего въ томъ, чтобы освѣтить научнымъ сознаніемъ общую идею законодательства; но, мнѣ кажется, она не должна обходить и этихъ деталей въ устройствѣ и работѣ судебной машины, отъ коихъ также не мало зависитъ успѣшный ходъ правосудія. Правда, она можетъ познакомить насъ только съ теоріею механизма: чтобы стать мастеромъ дѣла, надобно кромѣ того лично видѣть машину въ дѣйстви и самому поработать на ней; но чѣмъ глубже и точнѣе она воспроизведетъ устройство пракческаго міра, тѣмъ болѣе подготовитъ юриста къ разумной и достойной дѣятельности въ этомъ мірѣ. Если я не ошибаюсь, то именно пренебреженіемъ въ теоріи этихъ обыденныхъ формъ и порядковъ дѣлопроизводства объясняется предубѣжденіе судебного сословія противъ теоретиковъ. Замѣчая, что юристъ, въ совершенствѣ владѣющій общими началами теоріи, чувствуетъ себя въ судебной регистратурѣ какъ въ лѣсу, и что только служба знакомитъ его съ самыми элементарными правилами составленія и движенія бумагъ, веденія книгъ и отчетности, дѣловые люди судовъ естественно приходятъ къ мысли, что теорія даетъ имъ

слишкомъ мало практическихъ свѣдѣній, что юристъ-практикъ образуется только службой и опытомъ. Между тѣмъ, мнѣ кажется вполне возможнымъ внести въ теорію и этотъ элементъ практической опытности и устранить такимъ образомъ поводъ къ недоразумѣніямъ. Я считаю это тѣмъ болѣе полезнымъ, что собственно практическая подготовка къ судебной карьерѣ внѣ университетовъ у насъ не организована такъ систематически, какъ на западѣ, и наука должна до нѣкоторой степени восполнять этотъ пробѣлъ, хотя вполне замѣнить практику она, конечно, не можетъ. Мнѣ остается замѣтить еще, что автономическія произведенія или нормы судебной практики, насколько они основаны на правѣ и не противорѣчатъ закону, нужно излагать объективно какъ фактъ, не только существующій, но и имѣющій право существовать.

Рядомъ съ этою группою судебно-практическаго матеріала, съ этими наказами, инструкціями, опредѣленіями общихъ и распорядительныхъ собраній судовъ и т. д., въ судебномъ мірѣ есть матеріалы другого рода, болѣе обширные, болѣе неопредѣленные по своему юридическому значенію, обнимающіе всю область гражданскаго и уголовнаго права и процесса: я разумѣю судебныя рѣшенія. Каждый день вершится въ судахъ множество дѣлъ и по каждому дѣлу судъ непременно касается того или другого вопроса о правѣ и процессѣ и разрѣшаетъ эти вопросы такъ или иначе. Обязательное судебное рѣшеніе имѣетъ силу закона только по тому дѣлу, по которому состоялось. Но этимъ еще не исчерпывается все его значеніе. Какъ явленіе судебной практики вообще, оно представляетъ намъ индуктивный матеріалъ права и процесса. Въ основаніи индукціи, какъ извѣстно, лежитъ предположеніе, что въ природѣ и жизни людей существуютъ параллельные случаи, что случившееся однажды повторится при достаточномъ сходствѣ обстоятельствъ и повторится всякій разъ, какъ будутъ наступать тѣ же самыя обстоятельства (см. логику Милля). Въ области права и судопроизводства это предположеніе получаетъ такой смыслъ, что судебныя мѣста не будутъ безъ всякой причины мѣнять своихъ взглядовъ, и что дѣло, подлежащее рѣшенію завтра, будетъ рѣшено на тѣхъ же основаніяхъ, какъ прежнія подобныя дѣла. Правда, въ дѣлахъ могутъ быть отѣнки, но они еще не исключаютъ примѣненія индукціи, потому что посредствомъ сравненія, выдѣленія общихъ и особенныхъ обстоятельствъ дѣлъ, всегда есть возможность прійти къ индуктивному выводу и, если дѣла окажутся въ чемъ-либо сходными, заключить, что въ этомъ отношеніи и рѣшенія ихъ должны быть сходны, насколько на нихъ не будетъ имѣть вліянія разница въ обстоятельствахъ дѣлъ. Народы, имѣющіе по преимуществу индуктивный, практической складъ ума, особенно дорожатъ этимъ

однообразіемъ судебныхъ рѣшеній и на основаніи его строятъ цѣлую систему права и процесса; такъ, напримѣръ, дѣлается это въ Англіи. И въ самомъ дѣлѣ, отвлеченное единство закона еще недостаточно для равноправности, если судебныя рѣшенія по сходнымъ дѣламъ противорѣчатъ одно другому, если одно взираетъ на лица, другое на постороннія дѣлу обстоятельства, если сегодня судъ держится одного мнѣнія, а завтра другого о томъ же самомъ предметѣ. Напротивъ, сходные элементы судебныхъ рѣшеній составляютъ настоящее практическое право народа въ отличіе отъ законовъ, писанныхъ на бумагѣ. Эти элементы часто состоятъ въ простыхъ цитатахъ закона, однако не всегда такъ. Постоянно работая въ формахъ процесса, судебная практика непрерывно развиваетъ его въ хорошую или дурную сторону. Въ ней постепенно раскрываются отдѣльныя понятія, неопредѣленные прямо закономъ, устанавливаются частныя положенія, накапливаемыя по мѣрѣ судебного опыта и дополняющія собой пробѣлы законодательства. Остановить это движеніе жизни невозможно, какъ бы ни былъ подробенъ судебный уставъ, лежащій въ основаніи процесса. И если общія начала закона правильны и достаточно ясны, можно ожидать, что и развитіе ихъ въ практикѣ будетъ слѣдовать доброму направленію. Весьма важно здѣсь, чтобы на этомъ пути судебная практика руководилась здравою теоріею процесса, чтобы разысканія науки освѣщали ей путь во всѣхъ направленіяхъ. Наука должна стоять въ тѣсномъ союзѣ съ практикою и неуклонно слѣдить за результатами практическаго развитія процесса. Она получить тѣмъ болѣе силы и власти надъ этимъ міромъ, чѣмъ болѣе явленій дѣйствительности сумѣетъ обобщить и подчинить своимъ законамъ.

Опредѣлимъ теперь нѣсколько точнѣе отношенія науки къ этому матеріалу. Понятно, что онъ сохраняетъ и въ теоріи свой индуктивный характеръ. Первоначальныя операціи надъ судебными рѣшеніями производятся индуктивнымъ путемъ, посредствомъ вывода, сравненія и группировки отдѣльныхъ положеній; масса ихъ относится къ теоріи какъ одинъ изъ ея элементовъ, подчиненный законодательству страны. Но, когда эта предварительная работа окончена, наука идетъ уже дедуктивнымъ методомъ, подчиняя разрозненныя явленія дѣйствительности своимъ общимъ понятіямъ и положеніямъ. Именно въ этомъ законченномъ видѣ, въ этой самобытности и самостоятельности, она оказывается полезною для практики. Міръ судебного опыта разнообразенъ до безконечности и, если теорія съ своей стороны не дастъ намъ общихъ началъ, лежащихъ въ основаніи этой пестроты явленій, если она сама будетъ ссылаться на отдѣльныя судебныя рѣшенія, какъ на авторитетъ для себя, то задача науки не будетъ вы-

полнена и нескончаемая вереница явленій будетъ закрывать намъ глаза отъ единой и цѣльной природы процесса. Нѣчто подобное замѣчено въ Англии, гдѣ наука представляетъ намъ такой сводъ, построенный на авторитетѣ судебныхъ рѣшеній. Вотъ отзывъ о ней англійскаго судьи, мистера Кетли, данный имъ судебной комиссіи парламента: этотъ лѣсъ прецедентовъ, говоритъ онъ, составляетъ язву нашего права, система котораго содержитъ въ себѣ массу непримиримыхъ рѣшеній и обращаетъ взглядъ юристовъ на мелочи, на детали, закрывая отъ нихъ общія, научныя начала права <sup>1)</sup>. А вотъ другой отзывъ, профессора лондонскаго университета Шельдонъ Эмоса: англійскій студентъ, говоритъ онъ, приступаетъ къ наукѣ права съ трепещущимъ сердцемъ, какъ къ чему-то великому и возвышенному, какъ къ юриспруденціи, но потомъ видитъ передъ собой вовсе не то, чего ждалъ, и не знаетъ, куда онъ пришелъ и пришелъ ли куда-нибудь; онъ жаждетъ чего-то такого, что шире, глубже, солиднѣе, чѣмъ то, что онъ можетъ найти въ учебникахъ англійскаго права; вмѣсто науки или систематическаго изложенія началъ всеобщихъ и вѣчныхъ, его угощаютъ скучнымъ реестромъ мелочей, безпрестанныхъ переменъ и разнообразія <sup>2)</sup>. Въ томъ и другомъ отзывѣ, мнѣ кажется, есть нѣкоторая доля преувеличенія. Англійскую науку нельзя не уважать именно за то, что она стоитъ въ тѣсной связи съ практикою, что она издавна умѣла овладѣть громадною массою судебно-практическаго матеріала, разработываетъ его съ удивительной энергіею и успѣла создать изъ него систему, правда не столь глубоко продуманную въ своихъ философскихъ основаніяхъ, какъ система германская, не столь твердую по своей положительной основѣ, какъ комментарныя работы Франціи и Италіи, однако довольно стройную, согласную съ бытомъ народа и примѣнимую на практикѣ; она тѣсно связана съ консерватизмомъ народа, съ тою великою способностью фиксировать и облекать въ формы права все теченіе общественной жизни, которая составляетъ отличительную черту юридическаго и въ особенности англійскаго ума, и съ сознаніемъ историческаго тождества и непрерывной преемственности права и правосудія, какъ идеи, господствующей надъ всѣмъ общественнымъ бытомъ и охраняющей его отъ произвола мыслителей и экспериментовъ законодательства. Можно прибавить еще, что эти *textbooks*, эти систематическіе своды рѣшеній служатъ настольными книгами каждаго юриста-практика въ Англии, и обойтись безъ нихъ онъ не можетъ. Напротивъ, въ самой Германіи, кто теперь читаетъ на практикѣ тѣ голыя теоріи, которыя когда-то строились учеными людьми на основаніи естественнаго

<sup>1)</sup> Report of Com. on trib. of Commerce, 1871 г.

<sup>2)</sup> Lecture on the best modes of stud. the science of jurispr. 1870.

права, безъ всякаго соображенія съ потребностями и взглядами практическаго міра? Въ этомъ контрастѣ выражается индуктивное направленіе англійскаго ума, и мы не можемъ не сочувствовать этому методу, считая его необходимою ступенью для построенія теоріи. Но не слѣдуетъ терять изъ вида, что это только первая ступень, только приготовительная работа. Наука должна потомъ объяснить и обосновать эти явленія практики, вывести ихъ, насколько возможно, изъ общихъ началъ теоріи и ссылаться на судебныя рѣшенія только въ видѣ примѣровъ или частныхъ случаевъ примѣненія теоріи, только въ подтвержденіе своего господства надъ міромъ дѣйствительнымъ, въ доказательство подчиненія практики логическимъ законамъ. Только этотъ результатъ убѣждаетъ насъ въ томъ, что наука вполне овладѣла своимъ матеріаломъ, претворила его въ понятія и положенія, вдумалась въ логическую структуру ихъ, установила естественный ихъ порядокъ и вывела ихъ одно изъ другаго. У законченной теоріи не можетъ быть такого внѣшняго авторитета какъ судебное рѣшеніе, тѣмъ болѣе, что масса судебныхъ рѣшеній сама по себѣ составляетъ элементъ подчиненный законодательству страны, какъ главнѣйшему матеріалу, изъ котораго должны быть извлечены общія начала теоріи. Вѣроятно, отсутствіе кодификаціи, отрывочность и пробѣлы законодательства въ Англии содѣйствовали тому, что наука, не находя въ себѣ самой авторитета положительнаго, стала искать для себя основаній въ произведеніяхъ судебной практики, въ убѣденіи, что эти положенія, высказанныя въ публичномъ судѣ, отъ лица судебной власти, по тщательномъ изслѣдованіи частнаго случая, какъ торжественный голосъ самого правосудія, имѣютъ за себя высшій авторитетъ, чѣмъ частныя мнѣнія ученыхъ, выработанныя въ кабинетѣ и разнообразныя какъ волны на безбрежномъ морѣ, что они служатъ и болѣе надежною гарантіею нормальнаго развитія права при постоянной повѣркѣ его съ отношеніями и потребностями быта. Такое убѣжденіе высказываютъ многіе англійскіе писатели и нельзя не согласиться съ ними, когда рѣчь идетъ о частныхъ мнѣніяхъ, неопирающихся на авторитетъ закона. Но съ другой стороны необходимо принять въ соображеніе тѣ историческіе факты, что судебная практика можетъ и портить систему процесса. Я считаю преувеличеннымъ мнѣніе одного изъ новыхъ законодателей, будто практики заинтересованы въ искаженіи судопроизводства <sup>1)</sup>, но исторія разныхъ народовъ и самой Англии неоспоримо доказываетъ, что судебная практика вполне добросовѣстно способна загромождать правосудіе разными формальностями и тонкостями и проводить сюда такіа начала,

<sup>1)</sup> *Bellot Exposé des motifs*, 3 изд. 1870.

которыя въ послѣдствіи, послѣ горькаго опыта, само законодательство находятъ нужнымъ отмѣнить, какъ бесполезныя и вредныя. Вотъ почему желательно, въ интересахъ правосудія, чтобы наука относилась къ практикѣ самостоятельно: если бы она получала весь свой свѣтъ изъ практики, то этотъ заимствованный свѣтъ могъ бы мириться и съ ночью. Впрочемъ, какъ мы уже замѣтили, судебныя рѣшенія имѣютъ высшій авторитетъ только въ сравненіи съ частными мнѣніями, а не въ объективной системѣ, основанной на законодательствѣ страны; гдѣ существуетъ полное и стройное уложеніе, опредѣляющее цѣлую организацію процесса, тамъ наука не только имѣетъ право, но и обязана различать судебныя рѣшенія, согласныя съ закономъ и противорѣчащія ему, она обязана относиться къ нимъ критически, повѣрять ихъ началами теоріи, основанной на твердомъ авторитетѣ закона.

Но спрашивается: можетъ ли теорія идти еще далѣе? Можетъ ли она, основавшись на своихъ общихъ началахъ, отнестись критически и къ самому законодательству страны? Вѣдь и законодательство есть только одинъ изъ элементовъ науки, если она владѣетъ, кромѣ того, матеріалами исторіи и сравнительнаго правовѣдѣнія. Чѣмъ обширнѣе сравниваемый матеріалъ, тѣмъ выше обобщеніе, а въ мірѣ логики понятія частныя необходимо подчиняются общимъ. Воспользовавшись опытомъ вѣковъ и народовъ, трудами науки и попытками законодательствъ разныхъ странъ для раскрытія внутренней природы гражданского правосудія, не имѣемъ ли мы права осуждать наше дѣйствующее законодательство, когда оно оказывается несогласнымъ съ этою природою процесса?

Мнѣ кажется, нужно различать два рода критики. Критика есть сужденіе о частныхъ явленіяхъ на основаніи общихъ началъ сведенныхъ въ систему. Въ области права она примѣняется, на примѣръ, къ отдѣльнымъ источникамъ права или юридическимъ нормамъ, каковы статьи закона. Онѣ могутъ и даже должны быть обсуждаемы въ общей ихъ связи, по общему духу и системѣ закона, и на основаніи этого обсуждения буквальный смыслъ ихъ можетъ иногда быть ограниченъ или распространенъ и даже оставленные законодателемъ пробѣлы могутъ быть наполнены, содержаніе закона можетъ опредѣляться болѣе и болѣе, чѣмъ глубже проникнетъ наука и практика въ природу институтовъ, закономъ установленныхъ. Это обсужденіе и развитіе закона можно назвать юридическою или положительною критикою. Она выходитъ изъ понятія о законѣ, какъ о положительномъ источникѣ права, обязательномъ для юридическаго быта; она держится въ его предѣлахъ и на основаніи общихъ началъ его раскрываетъ его содержаніе. На ряду съ этою дѣятельностью существуетъ и отрицательная критика, которая смотритъ на законъ, какъ на измѣняющееся

явленіе быта и, обсуждая его на основаніи какихъ-либо понятій объ организаціи быта, оказывается не въ состояніи примирить его съ ними и требуетъ потому отмѣны или измѣненія закона. Очевидно затѣмъ, что, допуская только критику перваго рода, наука можетъ пользоваться для раскрытія природы процесса разнообразными матеріалами, но главнымъ ея источникомъ остается одно дѣйствующее законодательство страны; все прочее служитъ только къ разъясненію его. Если изъ историко-сравнительныхъ изслѣдованій вытекаетъ какое-либо понятіе или начало процесса, то юристъ долженъ опредѣлить его отношеніе къ закону и затѣмъ можетъ оказаться, что это начало согласно съ закономъ, что оно ограничено или распространено въ немъ, или же что оно противорѣчитъ закону, замѣнено въ немъ прямо противоположными началами и потому самому не можетъ считаться дѣйствующимъ въ нашей странѣ. Въ первомъ случаѣ историко-сравнительный матеріалъ даетъ намъ чистую монету, имѣющую опредѣленный курсъ въ нашемъ отечествѣ, но, выполнивъ свою роль реагента для раскрытія началъ законодательства, онъ отступаетъ затѣмъ на задній планъ, потому что самостоятельнаго значенія онъ не имѣетъ: вся теорія закона должна основываться на самомъ законѣ, какъ обязательной нормѣ, а не на пособіяхъ науки, каковы историко-сравнительный матеріалъ. Въ послѣднемъ же случаѣ онъ доставляетъ намъ цѣнность другаго рода, именно ведетъ къ разъясненію закона посредствомъ контраста. Напротивъ, допуская критику отрицательную, наука уравниваетъ все свои матеріалы и подчиняетъ себѣ все отдѣльныя законодательства, не сводя теоріи къ устойчивой формѣ ни одного изъ нихъ. Процессъ въ такомъ случаѣ является исторически развивающеюся идеею, которую законы разныхъ вѣковъ и народовъ стараются опредѣлить по мѣрѣ своихъ силъ, но которая постепенно разрушаетъ эти временныя формы, замѣняя ихъ другими, третьими и т. д. Не подлежитъ сомнѣнію, что серьезный трудъ, изслѣдующій историческое направленіе этой идеи, можетъ быть полезенъ для законодательныхъ учреждений страны и вовсе не выходитъ изъ круга задачъ науки. Но процессъ въ этой текучей формѣ идеи оказывается рѣшительно непригоднымъ для судебной практики, которая нуждается именно въ устойчивой, твердой формѣ судопроизводства и должна потому опираться на законъ существующій, а не на тотъ, какой могъ бы быть изданъ съ пользою по соображеніямъ теоріи, но еще не изданъ и неизвѣстенъ никому на свѣтѣ. Правда, въ тѣхъ частяхъ процесса, которыя относятся къ внутреннему дѣлопроизводству и касаются только самихъ юристовъ-практиковъ, такія убѣжденія въ лучшемъ, болѣе удобномъ устройствѣ его, могутъ постепенно осуществляться на дѣлѣ, проводя сюда тѣ или

другія начала и формы еще прежде, чѣмъ они опредѣлены закономъ. Но, вообще говоря, весь строй процесса стоитъ въ тѣснѣйшей связи съ матеріальными гражданскими правами и, въ видахъ охраненія ихъ, требуетъ прочной, устойчивой формы. Возьмите, наприимѣръ, такой институтъ, какъ доказательства въ гражданскомъ процессѣ; они опредѣлены закономъ, и каждый судья долженъ составить себѣ глубокое убѣжденіе въ томъ, что его призваніе состоитъ въ вѣрномъ и точномъ примѣненіи закона существующаго. Полагаясь на прочность закона, люди совершаютъ ежедневно милліоны разныхъ сдѣлокъ и актовъ; охраненіе возникающихъ изъ нихъ правъ лежитъ на обязанности суда и онъ обмануль бы основанныя на юридическомъ порядкѣ надежды гражданъ, если бы сталъ перетолковывать и измѣнять дѣйствующій законъ, вводя сюда начало произвола и усмотрѣнія, въ которомъ нѣтъ ничего прочнаго, которое противорѣчитъ и самому понятію о судебной власти по дѣламъ гражданскимъ: судъ вѣдь не жалуетъ правъ по своему усмотрѣнію, они принадлежатъ не ему, онъ обязанъ только охранять права, утвержденныя на законномъ основаніи.

Едва ли нужно прибавлять затѣмъ, что отрицательная критика закона будетъ совершенно устранена изъ нашего курса. Для объясненія его мы должны употребить матеріалы исторіи, сравнительнаго правовѣдѣнія и судебной практики, разложить самый законъ на его логическіе элементы и вывести его положенія изъ общихъ понятій, обосновать ихъ теоретически, но эта теорія закона должна быть для насъ окончательною формою, измѣненіе которой есть уже дѣло законодателя. Вводя сюда личныя воззрѣнія о потребности законодательныхъ реформъ, мы уничтожили бы въ теоріи главное качество, отъ котораго зависитъ ея практическая сила, именно объективность изложенія. Теорія объективная, основанная на законѣ, раскрывающая его содержаніе, есть чистое научное воспроизведеніе права и, насколько она объективна, имѣетъ обязательную силу для судебной практики, которая, примѣняя законъ, естественно примѣняетъ и теорію закона. Напротивъ, личныя воззрѣнія, хотя бы вооруженныя всеми авторитетами учености и знанія, не имѣютъ для судебной практики никакой цѣны; эта примѣсь можетъ только портить цѣлую систему. Съ другой стороны нельзя не замѣтить, что критика отрицательная часто указываетъ на недостатокъ положительной. Послѣдняя есть дѣятельность техническая, требующая нѣкотораго искусства. Гдѣ наука и практика владѣютъ этимъ искусствомъ, онѣ не особенно жалуются на неполноту, неточность и неопредѣлительность закона, а умѣютъ сами помогать себѣ, постепенно развивая и расширяя систему дѣйствующихъ нормъ на основаніи общаго духа законовъ,

природы вещей и удобствъ практики. Этимъ можно объяснить замѣчательный консерватизмъ юристовъ на западѣ Европы въ отношеніи источниковъ права; на примѣръ, въ Германіи до сихъ поръ считается дѣйствующимъ источникомъ законодательства римской имперіи, въ Англии и теперь еще цитуются на практикѣ источники 13 столѣтія и берутся за образецъ рѣшенія судовъ тогдашняго времени, во Франціи дѣйствуетъ уставъ гражданскаго судопроизводства 1806 года, который въ свою очередь есть только новое изданіе Ордонаанса 1667 года. Докторъ Леонгардъ, прусскій министръ юстиціи, въ своихъ мотивахъ къ проекту устава гражданскаго судопроизводства для Германіи, хочетъ объяснить это явленіе просто рутиню, привычкою практиковъ къ существующимъ формамъ. Но отчего эта рутиня замѣняется въ другихъ странахъ прогрессомъ? Бывали примѣры, что наше русское законодательство заимствовало разныя идеи судоустройства и правила процесса у западныхъ народовъ, но у насъ они, какъ говорится, не привились, а на западѣ продолжаютъ дѣйствовать въ полной силѣ. Мнѣ кажется, что гдѣ упомянутое выше искусство недостаточно развито, тамъ совершенно естественны жалобы на пробѣлы въ законѣ и потребность въ новыхъ изданіяхъ, дополненіяхъ и измѣненіяхъ его въ порядкѣ законодательномъ. Надо надѣяться, что распространеніе юридическаго образованія предохранитъ отъ этой судьбы наши новые судебные уставы. Они признали столько драгоценныхъ и возвышенныхъ началъ, гарантирующихъ правосудіе, что охраненіе и постепенное развитіе ихъ во всякомъ случаѣ есть дѣло благородное, достойное науки.

**Кр. Малышевъ.**



# УГОЛОВНОЕ ПРАВО, ЕГО ПРЕДМЕТЪ, ЕГО ЗАДАЧИ.

Вступительная лекція въ курсъ русскаго уголовного права, чтенная въ с.-петербургскомъ университетѣ 10 сентября 1873 г.

Мм. гг.!—Довѣріе с.-петербургскаго университета, хотя, боюсь, еще незаслуженное мною, возложило на меня лестную обязанность преподавать русское уголовное право съ кафедры, богатой именами, уже получившими почетную извѣстность въ наукѣ. Я употреблю все мои силы, чтобы выполнить это высокое порученіе по возможности удовлетворительно, чтобы стать не вполне недостойнымъ выбора, павшаго на меня. Но, если даже въ наукахъ, славящихся своею точностью и прочно установившихся въ своихъ основныхъ пунктахъ, начинающему въ высшей степени трудно овладѣть представляющимъ ему матеріаломъ для примѣненія его согласно многостороннимъ требованіямъ преподаванія, то я позволяю себѣ надѣяться, что вы тѣмъ болѣе снисходительно отнесетесь къ начинающему преподаванію науки, которая, бывъ вынуждена отказаться отъ прежней, повидимому непоколебимой вѣры въ защищавшія ея начала правды и неправды, на нѣкоторое время усомнилась даже въ правѣ на существованіе; которая, лишь наканунѣ убѣдившись въ негодности прежнихъ приѣмовъ анализа, выбиравшихся ея представителями, торопливо ищетъ въ настоящую минуту новый, болѣе пригодный для обнимаемыхъ ею отношеній и болѣе согласный съ результатами, добытыми въ другихъ областяхъ человѣческаго знанія.

Понятія о преступленіи и наказаніи, т. е. о запрещенномъ нарушеніи и его послѣдствіяхъ, являются съ установленіемъ общежитія, приводящаго въ столкновеніе разнообразныя интересы. Это — общій историческій фактъ, стоящій внѣ спора. Въ виду его, мы можемъ принять за аксіому, что основанія уголовного права суть *соціальныя*. Но ими одними объяснить существованіе кары невозможно. Положимъ, общежитіе вынуждено бороться съ преступленіями; но почему же мѣрою этой борьбы оно выбираетъ наказаніе? Почему, при всемъ разнообразіи соціальныхъ укладовъ разныхъ народовъ, мы вездѣ встрѣчаемъ эту мѣру? Не потому ли, что она одна согласна съ интересами общежитія? Нѣтъ, далеко

не всегда: исторія даетъ намъ весьма рельефныя примѣры противнаго. Кара, въ видѣ личной мести принятая—было общежитіемъ, оказывалась для него до такой степени невыгодной, что самъ законодатель находился вынужденнымъ обходить прежнія постановленія: такова именно была задача убѣжищъ, азилей, извѣстныхъ законодательству Моисея, принятыхъ потомъ средневѣковой Европой въ еще болѣе широкомъ видѣ <sup>1)</sup>). Случай, вызывавшій кару, были нерѣдко такого свойства, что они никакъ не могли грозить опасностью для общественнаго уклада: уже въ то время, когда примѣненіе наказаній окончательно перешло въ руки государства, оно не ограничивалось людьми, но назначалось иногда и противъ животныхъ. Есть множество примѣровъ судебныхъ рѣшеній XIV, XV и XVI столѣтій, которыя осуждали къ повѣшенію или обезглавленію свиней, лошадей, пѣтуховъ и пр.; базельскій магистратъ приговорилъ къ сожженію пѣтуха за то, что онъ снесъ яйцо; въ 1266 г., около Парижа, сожжена свинья за умерщвленіе ребенка; въ 1386 г., въ Фалезѣ, другая свинья за то же преступленіе была присуждена къ лишенію ногъ и головы, а затѣмъ къ повѣшенію. Въ Англии, примѣръ суда съ присяжными надъ пѣтухомъ, умертвившимъ ребенка, былъ не далѣе какъ 12 лѣтъ тому, и кончилась осужденіемъ пѣтуха къ смертной казни; при экзекуціи присутствовало все жюри <sup>2)</sup>). Очевидно, основаніе кары здѣсь не социальное; потребности общежитія и устраненіе опасности, угрожающей обществу отъ животныхъ, могутъ быть достигнуты гораздо проще, безъ всякаго судебного разбирательства. А если такъ, то мы вправѣ ожидать, что рядомъ съ социальными основами уголовного права стоятъ еще основанія другого рода, не менѣе важныя, не менѣе рѣзко опредѣляющія фізіономію входящихъ въ него понятій и законы ихъ развитія. Таковы именно основанія *личныя*, лежащія въ самомъ существѣ человѣческой природы и дающія человѣческой дѣятельности тотъ, а не другой характеръ; эти личныя основанія сводятся къ „*состоянію человеческого духа*“, къ духовному состоянію человѣка. Оно имѣетъ значеніе не только въ исторіи уголовного права: напротивъ, оно кладетъ свой отпечатокъ на всю человѣческую культуру, задѣвая уголовное правосудіе только какъ одну изъ сторонъ ея. Выясненію его много содѣйствовали недавнія этнологическія работы англійской школы, и потому я позволю себѣ обратиться ваше вниманіе на добытые ими результаты <sup>3)</sup>).

<sup>1)</sup> *Loiseleur*, Les crimes et les peines dans l'antiquité et dans les temps modernes Paris, 1865.

<sup>2)</sup> *Geib*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. II, стр. 197, 198.

<sup>3)</sup> *Taylor*, въ своихъ этнологическихъ работахъ: „Первоначальная исторія человечества“ и „Начатки культуры“, прекрасно развиваетъ эту мысль въ примѣненіи къ общей культурѣ.

Общая черта, характеризующая духовное состояніе человѣка въ началѣ его исторической жизни, состоитъ въ смѣшеніи субъективнаго съ объективнымъ, въ отождествленіи субъективныхъ ощущеній и представленій съ объективною дѣйствительностью. Вамъ снится, на примѣръ, вашъ умершій родственникъ; явленіе сна вы объясняете какъ органическій продуктъ вашей мозговой дѣятельности. Но это объясненіе, которое кажется вамъ совершенно простымъ, сложилось только путемъ долгихъ работъ цивилизаціи. Человѣкъ же первичной эпохи не могъ дать его и думалъ совершенно иначе: образы сна онъ принималъ за дѣйствительныя существа, in cogrore посѣщавшія его. Вслѣдствіе того же порядка мышленія, онъ вѣрилъ въ непосредственность связи между субъективными желаніями или силами и объективными явленіями; стоить чародѣю сказать слово, чтобы исцѣлилась болѣзнь, — средство лекарства не требуется; стоить родиться подъ опредѣленною планетою, и богатство повалить само собой. Нѣчто подобное осталось у нашего народа до сихъ поръ: припомните тѣ знаменитыя подковы, которыя вамъ приходилось встрѣчать на порогахъ домовъ низшаго класса или у входа въ лавочки средней руки. Стремленіе отыскивать связь и зависимость между явленіями по внѣшнему ихъ соответствію тутъ весьма сильно. Человѣкъ вѣритъ, что отъ глотанія камешковъ его сердце дѣлается твердымъ; онъ представляетъ себѣ божество такимъ же охотникомъ поѣсть, какъ и онъ самъ, и усердно угощаетъ его жертвами. Къ этому же направленію человѣческаго духа примыкаетъ, какъ его необходимое послѣдствіе, безусловность ума: человѣкъ, находящій на всѣ объективныя явленія готовый отвѣтъ въ своихъ представленіяхъ и ощущеніяхъ, знаетъ только „да“ или „нѣтъ“; сомнѣніе еще не родилось. Открывъ какое-либо общее начало для нѣкоторыхъ, близкихъ къ себѣ явленій, онъ превращаетъ его въ безусловно-необходимое и для другихъ явленій: людямъ больно если ихъ бьютъ, должно быть больно и водѣ; Всерьксъ бичуетъ море. Людей наказываютъ за убійство, — отчего же не назначать его и для животныхъ? Рядомъ съ безусловностью ума, стоить безусловность правилъ дѣятельности. Лицо, въ виду смѣшенія субъективнаго съ объективнымъ глубоко вѣрующее, что во всѣ акты его дѣятельности вмѣшиваются грандіозныя силы внѣшняго міра, влагающія въ него тѣ или другія мысли, присылающія ему во снѣ своихъ агентовъ для наставленія и предостереженія, имѣетъ кодексъ правилъ дѣятельности, бѣдный по количеству, но за то отличающійся своею безусловностью. Перенося — далѣе — свои представленія и ощущенія на внѣшній міръ, онъ представляетъ себѣ предметы его не иначе, какъ въ лицахъ: онъ говоритъ съ ручьемъ, онъ прислушивается къ голосу бури и старается различить въ немъ

осмысленные звуки, словомъ, на все замѣчаемое имъ онъ переноситъ свои качества, свои силы. Тутъ много сходнаго съ представленіями дѣтей, которыя мы можемъ наблюдать каждую минуту, какъ и вообще, по вѣрному замѣчанію Гэйлора, духовное состояніе первичнаго человѣка имѣетъ много общаго съ состояніемъ ребенка, или даже и взрослога, но совершенно необразованнаго человѣка нашего времени.

Таково, мм. гг., состояніе человѣческаго духа, характеризующее первые шаги его исторической жизни. Не подлежитъ, конечно, сомнѣнію, что частныя контуры его вырабатываются подъ вліяніемъ различныхъ условій, въ которыя поставленъ тотъ или другой народъ, такъ что второстепенные оттѣнки этой картины оттѣнены различно у различныхъ народовъ. Житель южной и срединной Азіи, окруженный явленіями природы, ежеминутно доказывающими ему его безсиліе и его ничтожество, доводитъ безусловность ума до ея крайнихъ предѣловъ и въ высшей степени развиваетъ способность воображенія. У жителя прекрасной Эллады, гдѣ такъ чудно сгруппированы разнообразныя стихіи, эта безусловность сглаживается чувствомъ гармоніи, которая все болѣе становится закономъ его дѣятельности. Скиталецъ сѣверныхъ областей, значительную часть года осужденный жить между снѣжными сугробами, не поддающимися его жалкимъ силамъ, развиваетъ эту сторону почти въ такой же степени, какъ житель юга; но воображенію его нѣтъ такой почвы, напротивъ, онъ постоянно наблюдаетъ въ природѣ строгую регулярность — жаркое время смѣняется изъ году въ годъ холоднымъ, — обязанъ, подъ страхомъ отсутствія средствъ существованія, изучить эту регулярность и предвидѣть смѣну однихъ явленій другими; все это неминуемо сообщаетъ его уму математическое настроеніе. Условія пастушеской жизни развиваютъ однѣ стороны духа, условія земледѣльческой — другія. Но такія особенности, вызываемыя разнообразіемъ условій, окружающихъ человѣка, въ концѣ концовъ оказываются не болѣе, чѣмъ частностями, такъ что состояніе духа, указанное мною, обще всѣмъ народамъ въ опредѣленную эпоху ихъ исторической жизни. Наглядное доказательство этому — общіе результаты, вызванныя имъ. Каждый народъ прошелъ ступень религіознаго политеизма и фетишизма, каждый вѣрилъ въ постоянное вмѣшательство представителей силъ вѣшняго міра въ человѣческую дѣятельность. Подобные же общіе результаты оно дало и въ другихъ областяхъ культуры и, между ними, въ области юридической.

Краски, наброшенные на эту область, были таковы. Какъ въ общемъ порядкѣ представленій человѣкъ еще смѣшивалъ субъективное съ объективнымъ, точно также онъ смѣшивалъ ихъ и въ

порядкѣ юридическихъ представлений. У каждаго были свои потребности, свои интересы. Но чужія потребности въ представленіи молодого человѣка принимаютъ совершенно субъективную окраску, т. е. признаются имъ только до тѣхъ поръ и настолько, пока и насколько его собственный интересъ не подскажетъ ему выступить противъ нихъ. Правъ еще нѣтъ, есть только множество отдѣльныхъ интересовъ, сводящихся къ необходимости существованія, иногда дружныхъ, большую же часть враждебныхъ одинъ другому. Результатъ очевиденъ. Принципъ соглашения, открывающій эпоху права и заставляющій каждаго признать правами чужіе интересы, еще не выступилъ на сцену. Поэтому-то, противодѣйствіе нарушенію интересовъ происходитъ не на основаніи анализа путемъ холоднаго разсудка, которому могло бы дать почву начало соглашения, а путемъ рефлексивнымъ: лицо обижено, оно чувствуетъ эту обиду, и, не справляясь съ правомъ нанесшаго ее, не справляясь съ условіями, вызвавшими обиду, отплачиваетъ за нее по тѣмъ правиламъ дѣятельности, которыя оно считаетъ полученными отъ высшихъ силъ, а на самомъ дѣлѣ суть ближайшій результатъ его субъективный. Отплата есть непосредственный, неизбежный рефлексъ обиды.

Но каковъ же будетъ характеръ этого рефлекса и что будетъ считаться обидою? Разрѣшеніе этихъ вопросовъ, опредѣляясь общимъ духовнымъ состояніемъ человѣка, зависитъ также отъ особенныхъ условій, въ которыхъ онъ живетъ и которыя опредѣляютъ характеръ его отношеній къ другимъ вещамъ. Обида и отплата есть прежде всего дѣло чувства и субъективнаго пониманія. Безусловность ума, указанная мною, непременно требуетъ, чтобъ одна слѣдовала за другой. Это, чисто субъективное требованіе, человѣкъ нерѣдко представляетъ себѣ голосомъ представителей высшихъ силъ, и тѣмъ съ большимъ жаромъ торопится осуществить его. Условія же его жизни сообщаютъ весьма грубый, весьма насильственный характеръ тѣмъ мѣрамъ, къ которымъ онъ прибѣгаетъ съ этою цѣлью. Какъ вамъ извѣстно, первыя страницы общественныхъ кружковъ представляютъ ихъ въ постоянной войнѣ между собою. Привычка же къ войнѣ отнюдь не содѣйствуетъ мягкосердечію; напротивъ она выдвигаетъ физическую храбрость и жестокость какъ необходимѣйшія качества, превращая состраданіе въ величайшій порокъ, котораго человѣкъ первоначальнаго времени боится больше всего. Въ новой Зеландіи, при назначеніи мальчику имени, его заставляютъ проглотить нѣсколько маленькихъ камешковъ, величиною въ булавочную головку, чтобъ сдѣлать его сердце твердымъ и неспособнымъ въ состраданію. Индѣйскій охотникъ постоянно носитъ при себѣ талисманы изъ когтей бѣлаго медвѣдя, чтобъ обладать мужествомъ, дикостью и жестокостью послѣдняго. Римскіе солдаты, временъ

Плиніа очень часто прибѣгали къ своимъ чародѣямъ, прося у нихъ средствъ для укрѣпленія мужества и для ослабленія трусости и состраданія. Молодежь изъ племени Даяковъ нерѣдко воздерживается ѣсть мясо серны, чтобъ не унаслѣдовать ея боязливости и мягкосердечія. Народы южной Америки передъ войною ни за что не рѣшаются ѣсть мясо пугливыхъ животныхъ, отдавая предпочтеніе тигратинѣ<sup>1)</sup>. Понятно, что при этихъ условіяхъ характеръ отплаты за обиду не могъ отличаться мягкостью; обида вызвала войну, исходъ которой имѣлъ единственными границами силы противниковъ, болѣе смерти боявшихся состраданія. И дѣйствительно, на сколько можно судить по историческимъ свидѣтельствамъ, далека отъ состраданія была отплата за обиды, нанесенныя человѣку молодой культуры членами чужихъ общественныхъ кружковъ: это было просторное поле для самыхъ жестокихъ инстинктовъ; противникъ, захваченный живымъ, все таки разставался съ жизнью на священномъ кострѣ и падалъ жертвою мести, угодной божеству. Если же онъ не могъ отплатить своими физическими силами за обиду, если напр. обидчикъ скрылся, или обиженный былъ очень слабъ и безпомощенъ, то, въ виду безусловности ума, требовавшей отплаты, онъ обращался за помощью къ своимъ богамъ или къ своимъ чародѣямъ; послѣдніе старались помогать ему символическими средствами, о которыхъ легко составить себѣ представленіе по приведеннымъ только что примѣрамъ: они лѣпили фигурку обидчика и вѣшали или жгли ее, или же рисовали его изображеніе и проводили таинственную линію къ сердцу, означавшую, что обидчикъ долженъ умереть.

Совершенно иную обрисовку представляетъ картина столкновений между членами одного и того же общественнаго кружка. Окруженные со всѣхъ сторонъ опасными врагами, члены раннихъ кружковъ вынуждены были жить между собою въ самомъ прочномъ, добромъ согласіи. Обычай братства, вызвавшій въ Россіи обмѣнъ крестами, былъ извѣстенъ и другимъ народамъ: несомнѣнныя подтвержденія его мы встрѣчаемъ въ исторіи англосаксовъ и германцевъ. Вамъ извѣстно, что первоначальныя отношенія гражданъ къ государству, напр. въ классической древности, носили внутренний нравственный характеръ вмѣсто формально-юридическаго, характеризующаго современный намъ порядокъ. Эти социальныя условія положили твердую почву для начала соглашения, для признанія правами чужихъ интересовъ. Обида, нанесенная однимъ изъ членовъ кружка другому, также должна была вызвать рефлексъ, но послѣдній имѣлъ другой характеръ, чѣмъ при обидѣ чужими. Свой кружокъ, если хотите свое государ-

<sup>1)</sup> Всѣ эти примѣры взяты изъ Тэйлора, the early history of man.

ство, пыталось регулировать его и положить на него различныя ограниченія, задачею которыхъ было — сохранить цѣлость своихъ членовъ. Интересъ потерпѣвшаго сталкивался съ интересомъ цѣлаго общества и былъ вынужденъ сдѣлать ему уступку: онъ долженъ былъ позволить обидчику выкупиться отъ его мести. Только въ Римѣ, населеніе котораго сложилось изъ бродячихъ элементовъ и потому нуждалось въ строгой дисциплинѣ, первоначально (*Lex Valeria*) установлены были строгія наказанія за преступленія одного гражданина противъ другаго, но и тамъ впоследствии дозволенъ былъ выкупъ, если не за всё то за многія дѣйствія, гдѣ онъ прежде не дозволялся. У другихъ же народовъ, ходъ образованія которыхъ былъ иной, возможность выкупа — сперва по соглашенію, а затѣмъ въ видѣ права — представляетъ общее явленіе. Но, замѣтите, эта уступка требовалась только подъ условіемъ равенства общественнаго состоянія обидчика съ обиженнымъ. Только между равными, принадлежавшими въ классамъ общества, стоящимъ во главѣ управленія, государство гарантировало и заботилось о разрѣшеніи спора путемъ соглашенія. Нерѣдко весь народъ принималъ въ немъ участіе, — и опять таки народъ полноправный. *Lex Valeria, leges sacrae*, законы XII таблицъ, и позже законъ Порція Катона, построенные на идеѣ соглашенія и имѣвшіе задачею оградить обвиняемаго отъ притѣсненій со стороны обиженнаго, были писаны только для римскихъ гражданъ; за ними стояла масса рабовъ, лишенная правъ, и другіе классы, пользовавшіеся общественными правами лишь въ весьма ограниченной степени. Тамъ, гдѣ римскій гражданинъ подвергался наказанію по математическому принципу „равнымъ за равное“ и легко могъ выкупиться, рабъ отсылался въ страшный своими ужасами сестерцій, гдѣ расправа съ нимъ была недолга. Отецеская власть и власть мужа надъ женой также тормозили примѣненіе начала соглашенія. Римскій гражданинъ по законамъ Порція Катона (654 а. у. с.) не могъ быть ни лишенъ свободы, ни казненъ смертю; только дѣлаясь рабомъ наказанія, *servus roepae*, онъ терялъ эту охрану и превращался въ положеніе, занимаемое рабомъ. По греческимъ воззрѣніямъ, споръ за обиду — исключая очень рѣдкіе случаи — есть споръ частный, если онъ происходитъ между полноправными, и обидчикъ можетъ выкупиться; а между тѣмъ рабы подвергались тутъ самымъ страшнымъ наказаніямъ по первой прихоти господина или государственнаго чиновника. Въ Германіи, люди свободнаго состоянія были изъяты отъ пытки, люди несвободнаго состоянія подвергались ей при каждомъ удобномъ случаѣ. То же явленіе, хотя въ меньшихъ размѣрахъ, повторилось и у насъ. Вездѣ интересы безправныхъ или не полноправныхъ обсуждались полноправными, имѣв-

шими въ своихъ рукахъ власть, съ субъективной точки: они признавались, пока это допускалось ихъ интересами и было согласно съ ними. Обида, нанесенная неправомерно, была нарушениемъ власти; отплата за нея должна была состоять въ возстановленіи власти; кара стала мѣрой власти хозяина надъ вещью. Такова была, вѣроятно, картина расправы за обиды въ молодомъ обществѣ, въ исторически юномъ государствѣ. Съ одной стороны, обиды между равными разрѣшались по принципу соглашенія; государство первоначально заняло тутъ простую роль патріархальнаго посредника. Это — колыбель гражданскаго правосудія. Но и между этими обидами оставались случаи, которые не могли окончиться путемъ соглашенія, или потому, что обида въ представленіи обиженнаго и другихъ членовъ казалась слишкомъ тяжкимъ нарушеніемъ, которому отплата не могла представить внѣшняго соотвѣтствія, или потому, что обидчикъ не соглашался на отплату или не могъ удовлетворить условіямъ соглашенія. Въ этихъ случаяхъ, человѣческой умъ прибѣгалъ къ другому масштабу оцѣнки, устанавливая начало таліона: тотъ же порядокъ представленій, который заставлялъ его вѣрить, что отъ глотанія камешковъ сердце черствѣетъ, а отъ мяса серны дѣлается сострадательнымъ, заставлялъ его устанавливать внѣшнее соотвѣтствіе между карою и виною, по математическому началу „равное покрывать равнымъ“, имѣвшему почву въ указанныхъ мною свойствахъ первичнаго духа. И вотъ мы видимъ это явленіе таліона въ весьма обширныхъ размѣрахъ. Конечно, его формы разнообразны. Человѣкъ юга, одаренный богатымъ воображеніемъ, окруженный грандіозною природою, которая ежеминутно поддерживаетъ безусловность его ума и правилъ дѣятельности, проводитъ это начало „равнымъ за равное“ въ смыслѣ вышаго закона внѣшняго соотвѣтствія; извѣстно знаменитое положеніе законодательства евреевъ: око за око, зубъ за зубъ, жизнь за жизнь, рука за руку, нога за ногу, обжогъ за обжогъ. То же правило встрѣчаемъ у египтянъ, въ исторіи грековъ и Рима. Еще болѣе полное внѣшнее соотвѣтствіе устанавливаютъ законы Ману: человѣкъ, нанесшій другому раны, въ отплату долженъ получить точно такія же, а виновная рука подвергается отсѣченію. Если же нарушеніе, по характеру своему, или по особой обстановкѣ дѣла, не предлагаетъ возможности найти средства отплаты, которые стояли бы съ ней въ полномъ внѣшнемъ соотвѣтствіи, то человѣкъ прибѣгаетъ къ соотвѣтствію формальному; если чародѣй вѣшаетъ фигуру его врага, или прокалываетъ сердце на его изображеніи, онъ вѣритъ, что нѣчто подобное постигаетъ его врага и въ дѣйствительности. Вслѣдствіе того же порядка представленій, онъ прибѣгаетъ къ символизму въ области уголовного правосудія,

онъ старается дать наказанію характеръ, аналогичный преступленію, и тѣмъ сдѣлать его понятнымъ для всѣхъ. У клеветниковъ отрѣзывали языкъ, жесвидѣтелямъ отрубали пальцы правой руки, виновныхъ въ прелюбодѣяннн лишали иногда половыхъ органовъ. Символизмъ этотъ въ болѣе или менѣе сильномъ развитіи встрѣчается у каждаго народа и свидѣтельствуетъ о стремленіи найти внутреннее соотвѣтствіе между карою и виною; но нигдѣ онъ не былъ развитъ такъ сильно, нигдѣ не проникалъ онъ такъ глубоко въ сферу уголовно юридическихъ отношеній, какъ у народовъ германскихъ. — Такимъ образомъ наказаніе какъ талонъ есть такое же рефлексивное средство отплаты за обиду, какъ и наказаніе путемъ мести: оно опредѣляется чувствомъ потерпѣвшаго, оно требуется въ виду ощущенія имъ обиды, составляющей результатъ нарушенія. Только мѣры примѣненія ея нѣсколько иныя, такъ какъ произволь потерпѣвшаго, сталкиваясь съ интересомъ общества, вынужденъ сдѣлать ему уступку. Отплата нѣсколько объективируется въ своемъ характерѣ, стараясь быть внѣшнимъ или внутреннимъ отраженіемъ обиды; идея уравненія выступаетъ на сцену. — Но совершенно иного рода были двѣ другія группы обидъ: съ одной стороны, обиды, нанесенныя лицами, непринадлежащими къ общественному кружку обиженнаго; съ другой — обиды, нанесенныя низшими по общественному положенію. Какъ первая группа обидъ была колыбелью гражданскаго правосудія, такъ эти двѣ послѣднія дали важнѣйшія начала для уголовной расправы. Военное происхожденіе ея подтверждается разными обычаями, удержавшимися даже по измѣненіи взгляда на кару; напр. въ древнемъ Римѣ исполненіе казни принадлежало жрецу и воину, — жрецу, какъ представителю тѣхъ высшихъ силъ, по указанію которыхъ совершалась кара и которые помогли одолѣть обидчика; воину — какъ органу побѣды, одержанной надъ обидчикомъ. Одно и то же слово — *hostes* — долго означало тамъ врага, чужестранца и преступника. Подобная же терминологія существовала на языкѣ германцевъ. Русскія слова „ворогъ“ и „воръ“ (родовое названіе преступника) также очень близки между собою, и несомнѣнно, что онѣ имѣютъ одинъ общій корень. Второй моментъ въ исторіи Греціи и Рима отмѣненъ весьма слабо, такъ какъ историки этихъ странъ вообще очень скупы на свѣдѣнія относительно лицъ неполноправныхъ: только граждане были достойны пера гражданина. За то, онъ весьма рѣзко отмѣченъ въ картинѣ феодальной общественности, когда уголовное правосудіе стало однимъ изъ помѣщичьихъ правъ, когда по числу висѣлицъ, составлявшихъ непремѣнную принадлежность каждаго феодала, опредѣляли ихъ силу, значеніе и честь. При существованіи у насъ крѣпостнаго права, еще на свѣжей памяти у всѣхъ власть

помѣщика, могшаго подвергать крѣпостныхъ тяжкимъ наказаніямъ. — Кромѣ того, организуясь постепенно, государство уяснило себѣ и свои особые интересы, требовавшіе охраны; какъ нарушеніе частныхъ интересовъ считалось обидою и вызывало частную месть, такъ и нарушеніе интересовъ государственныхъ разсматривалось съ точки зрѣнія публичной обиды, требовавшей мести; и если вы припомните, какъ важно было для неокрѣпшаго еще государства стянуть на служеніе себѣ всѣхъ немногочисленныхъ еще гражданъ, то для васъ ясною станетъ причина, почему публичная месть была также жестка, какъ и месть частная. Въ Римѣ, гдѣ личность гражданина имѣла громадную цѣнность, она была ничто передъ военачальникомъ: послѣдній по своему усмотрѣнію выбиралъ любую мѣру наказанія, которую онъ считалъ нужною. Этотъ порядокъ вещей мало по малу распространился и на обиды, которыя считались прежде частными, развившись съ укрѣпленіемъ государственной власти въ систему *владѣльческаго* отношенія государства къ личности. Она существовала вездѣ, но каждый народъ давалъ ей свою особую обрисовку сообразно съ особыми условіями жизни. Наиболѣе рельефное выраженіе она нашла въ монгольскомъ взглядѣ, по которому человекъ, дравшій другаго за волоса, наказывался не потому, что онъ оскорбилъ частное лице, а потому, что волоса принадлежали хану. У другихъ народовъ эта система выразилась слабѣе, но вездѣ она имѣетъ одну характеристическую черту — субъективное отношеніе государственной власти къ другимъ интересамъ общественности и признаніе ихъ лишь на столько, на сколько они согласны съ ихъ интересами. Классическая древность увидѣла крайности государственнаго субъективизма въ законахъ *Julia majestatis* и *lex Quisquis*; средневѣковая Европа приняла ихъ принципы, но полное практическое осуществленіе они получили только въ XVI ст.: до тѣхъ поръ, крайности госуд. субъективизма умѣрялись силою феодальныхъ отношеній. Достигши своего апогея, государственная власть, въ смыслѣ власти правителя, начала встрѣчать отпоръ въ различныхъ общественныхъ единицахъ. Соціальная борьба, начавшаяся въ западной Европѣ уже съ конца XVI ст., вынудила ее на нѣкоторыя уступки въ смыслѣ отказа отъ субъективной исключительности. Система владѣльческаго отношенія мало по малу смѣняется системою *полицейской опеки*, которая явилась на практикѣ гораздо раньше своей защиты въ теоріи. По существу своему, она носитъ переходный характеръ. Въ основу государственной дѣятельности поставлено общее благо, но органами оцѣнки его остались прежніе элементы владѣльческаго государства, съ прежнею властью. Въ результатъ должна была произойти формально-субъективная оцѣнка этого блага. Я привелъ монгольскій

взглядъ на вещи, по которому дранье другаго за волосы наказывается вслѣдствіе принадлежности ихъ хану; недалеки отъ этого порядка представленій указы Петра В., назначавшіе смертную казнь за порубку заповѣдныхъ деревьевъ только потому, что онѣ, во имя общаго блага, были обложены заповѣдью. Но, хотя уголовное правосудіе осталось почти совершенно нетронутымъ вслѣдствіе смѣны владѣльческаго абсолютизма полицейскимъ, хотя объемъ преступленій сравнительно съ прежнимъ еще болѣе расширился, а наказаніе удержало свою прежнюю жестокость, однако смѣна владѣльческой системы полицейскою была богата колоссальными историческими послѣдствіями. Для личности, оно послужило лозунгомъ потребовать объективнаго къ себѣ отношенія со стороны государства, потому что послѣднее уже нашло нужнымъ опереть предпринимаемыя имъ мѣры на соображенія общаго блага. Этотъ процессъ объективированія интересовъ личности въ классическомъ Римѣ выразился принятіемъ христіанства, въ средніе вѣка онъ былъ поставленъ на очередь эпохою возрожденія, но первыми сознательными адвокатами его были представители школы такъ называемаго естественнаго права. Въ ней не трудно замѣтить два направленія, рѣзко отличающіяся между собою. Одно, представителемъ котораго можетъ служить Гоббсезъ, нуждалось въ фикціи догосударственнаго состоянія индивида только для того, чтобы получить для государства теоретическія основы и отдать ему въ кабалу личность по ея же собственному согласію; тутъ въ существѣ не было ничего новаго, констатировался только фактъ и подкрѣплялся различными аргументами, не высказанными прежде. Другое направленіе, имѣющее во главѣ Руссо, объявило государству войну во имя личности, во имя ея естественныхъ правъ, данныхъ ей природою безъ вѣдома и независимо отъ государства. Одна крайность вызвала другую, противоположную; субъективная окраска государствомъ интересовъ личности породила субъективную окраску личностью интересовъ государства. Военно-теологическій періодъ уступаетъ свое мѣсто революціоннымъ стремленіямъ метафизическаго періода.

Извѣстно, мм. гг., какими послѣдствіями отразилось это новое направленіе на обрисовкѣ вопросовъ уголовного правосудія. Имена Беккари, Монтескье, Филанджіери, Бриссо-де-Варвилля, Пасторе, Росси и Ливингстона, украшающія собою эпоху борьбы за признаніе государствомъ интересовъ личности, достаточно указываютъ его хорошую сторону. Теперь невозможно болѣе поглощеніе личности государствомъ не только во владѣльческомъ, но и въ полицейскомъ смыслѣ этого слова. Преступника перестали ненавидѣть, онъ скорѣе сдѣлался предметомъ общественнаго попеченія, или, по крайней мѣрѣ, общественной заботы. Но, съ

одной стороны, торжество этого направления еще нельзя считать вполне обеспеченным: пока—только въ область такъ называемыхъ общихъ преступленій допускаются его взгляды, между тѣмъ какъ въ законахъ о преступленіяхъ, гдѣ соприкосновеніе съ интересами представителей государственной силы гораздо ближе, гдѣ затрогиваемое отношеніе для нихъ гораздо дороже, до сихъ поръ можно замѣтить весьма глубокія борозды прежняго государственнаго субъективизма: напомнимъ преступленія политическія и религіозныя. Слѣд., задача науки уголовного права—продолжать работу, указанную представителями школы естественнаго права. Однако, продолжать ее въ прежнемъ духѣ невозможно, такъ какъ разсматриваемое направление имѣетъ другую сторону, которая далеко не такъ заманчива, далеко не такъ богата радужными красками, какъ только что изложенная. Его исходная точка, во первыхъ, была совершенно одностороння; въ свои построения оно сводило къ интересамъ личности, что должно было поставить его во враждебное отношеніе къ интересамъ государственности. Отсюда—густая тѣнь софистики, окаймлявшая его свѣтлыя стороны. Самое право государства примѣнять карательныя мѣры подверглось сомнѣнію; за Беккариа и Бриссо-де-Варвиллемъ стоятъ Бардтъ и Эмиль-де-Жирарденъ. Во вторыхъ, односторонность исходной точки имѣла своимъ послѣдствіемъ, что разсматриваемое направление лишило себя возможности воспользоваться богатымъ фактическимъ матеріаломъ, который предлагается уголовно-юридическими отношеніями, и за игнорированіемъ его оказалось вынужденнымъ опираться свои положенія на построенія голаго рационализма. Въ результатъ получилось множество системъ уголовного права, до такой степени разнообразныхъ, что примиреніе между ними стало невозможно.

Вотъ эти-то недостатки исходной точки и метода разработки уголовно-юридическихъ отношеній призвана исправить современная наука уголовного права. Направленіе, въ которомъ должна идти эта работа, опредѣляется пройденнымъ уже путемъ: субъективное отношеніе къ интересамъ, входящимъ въ область уголовно-юридическихъ опредѣленій, должно окончательно уступить свое мѣсто отношенію объективному. Оно же, въ свою очередь, предполагаетъ объективныя мѣры изученія преступленія и наказанія въ противоположность тѣмъ абстрактно-субъективнымъ методамъ, которые господствовали въ прежнее время. Многое изъ этой задачи уже успѣло получить осуществленіе на практикѣ, но теорія осталась позади ея, какъ и вообще, по вѣрному замѣчанію Лекки<sup>1)</sup>, во всѣхъ областяхъ человѣческой жизни новыя взгляды укорен-

<sup>1)</sup> Lecky. History of the rise and influence of the spirit of Rationalism in Europe.

няются раньше, чѣмъ успѣть появиться научное формулированіе ихъ и рациональные аргументы въ ихъ пользу. Ясно, наука прежде всего должна догнать жизнь, подмѣтить новые взгляды, новыя начала, уже успѣвшія пустить корни въ міръ реальности и отказаться отъ старыхъ, имѣющихъ за собою только доводъ традиціи. Къ числу этихъ взглядовъ, гг., тормозящихъ развитіе уголовного права какъ науки, отчасти отброшеннаго уже жизнью, но до сихъ поръ держащагося въ теоріи и потому мѣшающаго полному осуществленію новыхъ началъ въ практикѣ, я отношу взглядъ, по которому предметомъ уголовного права считается преступленіе, а не преступность. Эпоха народнаго суда не знала его; народные трибуналы сочли бы для себя позорнымъ, еслибъ ихъ заставили постановлять приговоръ, не рѣдко имѣющій вліяніе на всю участь гражданина, исключительно по одному его дѣйствию, по какому либо единичному его акту. Фундаментъ ихъ оцѣнки былъ шире и обнималъ личность подсудимаго во всей полнотѣ ея социальныхъ качествъ<sup>1)</sup>. Его выдвинула бюрократическая эпоха отправленія уголовной юстиціи, когда дѣло правосудія взяли на себя исключительно цеховые юристы, назначенные государствомъ. Какъ въ процессѣ, такъ и въ области матеріальнаго права, ихъ соблазнили стройный, съ внѣшней стороны, формализмъ юридическихъ началъ, живущихъ будто бы собственною жизнью, не признающихъ для себя условій пространства и времени. Вотъ это-то формализмъ, ограничившій судебную дѣятельность собраніемъ легальныхъ признаковъ совершеннаго дѣйствія и подысканіемъ подходящаго къ нему указа или статьи закона, наложилъ свои специфическія краски не только на процессуальную, но и на матеріальную область уголовного права. Идея преступности умерла, ее смѣнила формальная идея преступленія.

У насъ, въ области процессуальной, канцелярская эпоха увидѣла свой конецъ при появленіи судебныхъ уставовъ 20 ноября. Область матеріальная не затронута ими прямо, но и на нее оказали вліяніе тѣ измѣненія, которыя произведены въ области процессуальныхъ началъ. Судъ народный не мирится съ безусловнымъ формализмомъ и вызвалъ къ жизни институтъ такъ называемыхъ смягчающихъ вину обстоятельствъ, не перечисленныхъ закономъ, которыя даютъ возможность вносить въ основу приговора не только единичное дѣйствіе лица, но и разнообразныя условія, вызвавшія его виновность. Это, однако, оказалось недостаточнымъ; мы почти каждый день слышимъ о процессахъ,

<sup>1)</sup> Geib, Geschichte des römischen Criminalprocesses bis zum Tode Justinia's, стр. 126, 127. J. hering, Geist des römischen Rechts, II, стр. 40 и слѣд.

оканчивающихся оправданіемъ, которыя не можетъ объяснить себѣ ни юристъ-практикъ, ни юристъ-теоретикъ. Многіе склонны смотрѣть на это явленіе какъ на результатъ нравственной распушенности русскаго народа, — но оно встрѣчалось и въ исторіи другихъ странъ; иные видятъ въ немъ аргументъ противъ суда присяжныхъ вообще, — но статистика вездѣ констатировала фактъ, что суды присяжныхъ гораздо ревнивѣе охраняютъ интересы правоваго порядка, чѣмъ суды коронныя, въ основѣ дѣятельности которыхъ лежала формальная система доказательствъ. Данныя, открытыя тою же статистикою, позволяютъ опредѣлить дѣйствительную причину этого явленія. Во Франціи, за періодъ съ 1826 — 1830 г., присяжными оправдано около 40% общаго числа подсудимыхъ; въ 1832, законъ далъ имъ право смягчать участь подсудимаго признаніемъ *circonstances atténuantes*; въ 1833 и 1834 гг. процентъ оправданій былъ уже 32%, въ 1838 онъ дошелъ до 28%, и эта цифра есть средняя для 20-лѣтняго періода съ 1841—1860, при чемъ наблюдается постепенное паденіе ея. Значитъ, прежній излишекъ оправданій былъ вызванъ формализмомъ самого закона, желавшаго, чтобы приговоръ постановлялся исключительно на основаніи преступленія. Самъ законодатель, держась отжившихъ свой вѣкъ традицій, вызвалъ разницу между постановленіемъ закона и судебнымъ примѣненіемъ его.

Эта разница въ еще болѣе рѣзкой степени существуетъ теперь между судебнымъ приговоромъ и исполненіемъ его. Всякій вправе ожидать, что судебный приговоръ будетъ исполненъ согласно тѣмъ началамъ, на основаніи которыхъ онъ постановленъ, что кара будетъ точнымъ зеркаломъ результатовъ судебной оцѣнки. Такъ дѣйствительно и было въ эпоху, когда судящая и исполнительная дѣятельность опирались на одни и тѣ же начала — начала формальнаго понятія преступленія. Тогда каждый судебный приговоръ находилъ вѣрное отраженіе въ мѣрахъ исполненія его. Но это стало невозможнымъ, какъ только появилось коренное различіе въ началахъ судящей и исполнительной дѣятельности, какъ только судъ, связанный уголовными законами, долженъ былъ удержать начала формализма, а органы исполнительной дѣятельности замѣнили ихъ болѣе широкими мѣрами годности примѣняемыхъ ими мѣръ. Этотъ разладъ отерывається въ исторіи уголовного правосудія съ эпохи тюремной реформы и нашелъ самое рельефное выраженіе въ предоставленіи органамъ тюрьмы права измѣнять судебный приговоръ (условное досрочное освобожденіе), т. е. торжественно признавать, что основы судебной оцѣнки были слишкомъ узки, слишкомъ формальны.

Такимъ образомъ, на входныхъ дверяхъ науки уголовного права мы читаемъ, что предметъ его есть не преступленіе, а

*преступность*, т. е. состояніе лица <sup>1)</sup>, вызывающее (условливающее) нарушеніе юридических отношеній, охраняемых карою, и подтверждаемое совершеніемъ въ мірѣ юридического порядка разнообразныхъ измѣненій, составляющихъ выраженія его; *преступленіе* же входитъ въ уголовное право лишь потому, что оно составляетъ выраженіе преступности. Отъ этого, конечно, не ослабляется интересъ изученія преступленія, нисколько не урѣзывается то важное мѣсто, которое принадлежитъ ему въ системѣ уголовного права; напротивъ, ученіе о немъ всегда будетъ составлять позвоночный столбъ этой науки. Анализъ преступленія и опредѣленія тѣхъ признаковъ, при которыхъ данныя измѣненія въ юридическомъ порядкѣ признаются преступленіями, составляетъ главнѣйшую задачу криминалиста. Словомъ, въ всякаго сомнѣнія, что предметъ уголовного права есть преступность *въ ея выраженіяхъ*. Матеріаломъ для ознакомленія съ ними служатъ уголовное законодательство, судебная практика и юридическая литература.

Однако, какъ ни почтенна эта задача, научная разработка уголовного права не можетъ быть заключена въ ея тѣсные предѣлы. Даже для судьи въ области уголовного правосудія недостаточенъ анализъ преступности въ ея законныхъ выраженіяхъ. Система смягчающихъ вину обстоятельствъ расширила его функции и возложила на него обязанность опредѣлять степень преступности по признакамъ, которые не вошли въ законъ. Рядомъ съ легальною, ему нужна еще и другая мѣрка, только допускаемая закономъ, но не опредѣляемая имъ. Еще сильнѣе чувствуется необходимость отбросить эти тѣсные предѣлы для законодателя, которому также, по мѣрѣ силъ, должна служить наука. Наше время, увидѣвшее судебную реформу, стоитъ на самомъ порогѣ реформы матеріальнаго уголовного права. Вотъ причины, почему въ область уголовного права входятъ не только выраженія преступности, но и *условія* ея, т. е. анализъ разнообразныхъ явленій, имѣющихъ въ своемъ результатѣ юридическое состояніе преступности. Анализъ ихъ имѣетъ задачею опредѣлить степень инди-

1) Какъ *личное* состояніе, уголовно-юридическое понятіе преступности отличается отъ понятія, составляющаго одинъ изъ предметовъ нравственной статистики: тамъ «преступность» есть нравственное явленіе, свидѣтельствующее объ опредѣленномъ моральномъ состояніи общества и потому составляющее одинъ изъ матеріаловъ для общественной характеристики. Криминалистъ же изучаетъ «преступность» для выясненія характера юридическихъ отношеній *лица* къ государству и стремится добыть изъ своего изученія матеріалъ для научной критики этихъ отношеній (уголовная политика, карательная политика). Свое понятіе «преступности» нравственная статистика строитъ исключительно на цифрахъ; признавая громадную важность за этимъ матеріаломъ, криминалистъ не ограничивается имъ и вводитъ въ свой анализъ матеріалъ законодательный, судебную практику и т. п.

видуальнаго участія лица въ преступности для приложенія къ ней наиболѣе соответствующихъ мѣръ и основанъ главнымъ образомъ на матеріалахъ статистическихъ.

Наконецъ, въ область уголовного права входитъ и изученіе преступности *въ ея послѣдствіяхъ*, т. е. анализъ тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя наступаютъ для лица вслѣдствіе преступности. Эти отношенія извѣстны подъ общимъ именемъ наказанія. Оно подлежитъ изученію уголовного права, съ одной стороны какъ мѣра юридическая, съ другой — какъ мѣра государственной политики. Въ первомъ случаѣ, задача криминалиста состоитъ въ изслѣдованіи органовъ примѣненія этой мѣры, условій ея примѣненія и тѣхъ положительныхъ формъ, въ которыхъ она принята нашимъ правомъ. Во второмъ случаѣ ставится вопросъ о правѣ примѣненія ея, объ отношеніи ея къ преступности и о мѣстѣ, подлежащемъ ей въ ряду другихъ мѣръ борьбы съ преступностью.

Таковы, мм. гг., предметъ и задачи уголовного права; имит же опредѣляется какъ методъ разработки, такъ и все дальнѣйшее содержаніе этой науки.

**Доцентъ Ив. Фойницкій.**

внѣ установленнаго срока, жалобы на оставленное въ силѣ рѣшеніе. Мы придерживаемся этого мнѣнія тѣмъ болѣе, что изъ постановленій наказа 1738 года вытекаетъ, что общій порядокъ принесенія неучаствовавшимъ въ дѣлѣ лицомъ жалобы непримѣнимъ къ постановленіямъ департамента прошеній.

Тарбе прибавляетъ (стр. 105), что онъ полагаетъ, что при отсутствіи прецедентовъ, порядокъ обжалованія неучаствовавшимъ въ дѣлѣ лицомъ постановленій гражданскаго департамента открытъ лишь тогда, когда, по ошибкѣ, введено въ кассационномъ рѣшеніи въ число сторонъ такое лицо, которое не было стороной и не было призвано къ участию въ кассационномъ производствѣ. Въ этомъ случаѣ, говоритъ онъ, было бы неудобно не допускать тѣхъ способовъ обжалованія, которые вытекаютъ изъ неучастія третьяго лица въ дѣлѣ. Мы прибавимъ, что стороны, вызванныя не въ указанные сроки въ судъ, въ силу постановленія о допущеніи жалобы, и по отношенію къ которымъ наступила недѣйствительность таковой, имѣютъ также право просить объ отмѣнѣ окончательнаго постановленія въ той части, которая касается ихъ, если онѣ значатся въ ономъ въ числѣ сторонъ, проигравшихъ дѣло въ кассационной инстанціи, тогда какъ ихъ должна была запретить наступившая недѣйствительность жалобы. Можно, правда, сказать, что если онѣ не явились въ судъ просить о признаніи послѣдней лишенной силы, то онѣ могутъ дѣйствовать въ порядкѣ реституціи; но онѣ могутъ также быть лишенными, въ извѣстныхъ случаяхъ, этого права, смотря по толкованію, которое должно получить правило, изложенное въ ст. 14, главы 11, второй части наказа 1738 года, которое мы старались изъяснить выше. Статья эта отказываетъ въ обжалованіи, въ порядкѣ реституціи, неявившейся сторонѣ тогда, когда въ дѣлѣ участвуетъ нѣсколько сторонъ, по отношенію къ которымъ состоялось состязательное рѣшеніе. Поэтому еслибы эти стороны не могли воспользоваться этой статьей, то кажется, что имъ слѣдовало бы предоставить, какъ послѣднее средство, обжалованіе въ качествѣ неучаствовавшихъ въ дѣлѣ лицъ.

Мы указали на рѣдкость принесенія неучаствовавшими въ дѣлѣ лицами просьбъ объ отмѣнѣ рѣшеній для того, чтобы показать, какъ добросовѣстно члены-докладчики повѣряютъ представленные документы, и какое стараніе они вносятъ въ редакціи своихъ постановленій.

### **О вступленіи третьихъ лицъ въ дѣло въ порядкѣ гражданскомъ.**

По словамъ первой статьи, главы VIII, второй части регламента августа 1738 года, тѣ, которые пожелають вступить въ дѣло въ качествѣ третьихъ лицъ, могутъ обжаловать рѣшеніе не

иначе, какъ прошеніемъ, въ которомъ излагается сущность рѣшенія и ходатайство просителей. Послѣ же подачи прошенія никакое новое ходатайство не допускается и т. д.

Просьбы третьихъ лицъ о вступленіи въ дѣло приносятся обыкновенно гражданскому департаменту. Можно ли приносить ихъ и департаменту прошеній?

Тарбе говоритъ (стр. 223), что вступленіе третьяго лица въ дѣло, въ качествѣ отвѣтчика не должно, въ департаментѣ прошеній, никогда имѣть мѣсто, ибо допущеніе этого сдѣлало бы состязательнымъ споръ, который не долженъ быть таковымъ. Но можно допускать, въ качествѣ третьяго лица, и притомъ на сторонѣ истца, цессіонарія правъ истца или одареннаго имъ.

Въ другомъ мѣстѣ (стр. 136) Тарбе, кажется, обобщаетъ эту идею, допуская вступленіе въ дѣло всякій разъ, когда оно заявлено въ смыслѣ просьбы кассатора.

Изъ этого мнѣніе Тарбе слѣдовало бы заключить, что когда просьба о вступленіи третьяго лица въ дѣло принесена департаменту прошеній, то послѣдній долженъ предварительно рассмотреть, тождествененъ ли интересъ этого лица съ интересомъ кассатора, или же различенъ, для того, чтобы разрѣшить, допустить ли вступленіе или нѣтъ.

Каково бы ни было достоинство этой доктрины, недостатокъ ея заключается прежде всего въ томъ, что она несогласна съ быстрымъ производствомъ департамента прошеній, которое, какъ извѣстно, несовмѣстно съ частными производствами. Съ другой стороны допускать вступленіе въ дѣло лишь въ смыслѣ просьбы кассатора — значитъ ограничить третье лицо болѣе, чѣмъ законъ этого требуетъ. Если за третьими лицами разъ признано право вступать въ дѣло, то право это должно быть общимъ. Въ дѣло вступаютъ на сторонѣ истца или отвѣтчика, смотря по интересу, другаго ограниченія не полагаютъ ни наказъ 1738 года, ни наши дѣйствующіе законы.

Съ другой стороны, какъ справедливо замѣчаетъ Тарбе, вступленіе въ дѣло, производящееся въ департаментѣ прошеній, не можетъ сдѣлаться средствомъ для оспариванія третьимъ лицомъ поводовъ кассации, такъ какъ, по словамъ 32 статьи, первой части, главы IV, наказа 1738 года, даже самъ отвѣтчикъ по кассационной жалобѣ не можетъ быть допускаемъ къ представленію противъ послѣдней объяснительной записки, до тѣхъ поръ, пока не послѣдовало постановленіе о допущеніи жалобы. Интервенція не можетъ вообще измѣнять характера жалобы; если кассаторъ упустилъ въ своемъ прошеніи обжаловать нѣкоторыя части рѣшенія, то это упущеніе можетъ быть исправляемо лишь посредствомъ новой жалобы, подаваемой въ установленные сроки, если же онъ обозначилъ всѣ части, то онъ въ тоже время долженъ былъ ихъ

мотивировать. Въ противномъ случаѣ недѣйствительность жалобы, вытекающая изъ отсутствія мотивовъ не можетъ быть исправлена и интервенціей.

Изъ этого видно, между прочимъ, что основная мысль закона 1738 года—не допустить въ департаментъ прошеній размножитья противникамъ отвѣтчика, которому воспрещается представлять здѣсь какія бы то ни было объясненія. Скорѣе законъ допустилъ бы противъ него другихъ противниковъ, помимо тѣхъ, которые принесли жалобу, чѣмъ сталъ бы открывать путь къ интервенціямъ.

Наконецъ, въ подтвержденіе того, что наказъ отвергаетъ вступленіе въ дѣло предъ департаментомъ прошеній, можно сослаться на слова вышеприведенной первой статьи, такъ какъ послѣдняя допускаетъ интервенцію лишь въ одной инстанціи. Изъ главы же второй, второй части наказа, озаглавленной: *De la forme et des delais des assignations, et autres actes ou exploits introductifs d'instance* вытекаетъ, что кассационное производство (инстанція) относится къ эпохѣ, слѣдующей за постановленіемъ о допущеніи жалобы, т. е. къ моменту, когда департаментъ прошеній разсмотрѣлъ дѣло для передачи оного въ гражданскій департаментъ. По словамъ же наказа право вступать въ дѣло возникаетъ въ гражданскомъ департаментѣ лишь послѣ того, какъ споръ сдѣлался состязательнымъ. Тѣмъ не менѣе бывали случаи допущенія интервенціи департаментомъ прошеній. Примѣромъ этого можетъ служить дѣло Жуи-Дерошъ. Но эта интервенція была отвергнута гражданскимъ департаментомъ, 10 января 1855, по слѣдующему мотиву:

«Принимая во вниманіе, что кредиторы могутъ осуществлять права и пени своего должника въ томъ лишь случаѣ, когда послѣдній воздерживается или negliжируетъ самъ это сдѣлать. Откуда слѣдуетъ, что кассационная жалоба кредитора какого нибудь должника, который самъ, въ установленномъ порядкѣ, принесъ жалобу, не подлежитъ принятію;

«Принимая во вниманіе, что прошеніе кредитора, заявленное въ видѣ просьбы о вступленіи третьяго лица въ дѣло, могло бы быть допущено предъ кассационнымъ судомъ лишь въ томъ случаѣ, еслибъ оно оправдывалось какими-либо исключительными обстоятельствами и соображеніями интереса, какихъ не имѣется въ данномъ дѣлѣ для интервенента, такъ какъ интересы его находятъ себѣ представителя въ должникѣ;

«Кассационный судъ объявляетъ прошеніе не подлежащимъ принятію».

**О вступленіи въ дѣло въ гражданскомъ департаментѣ.**

Слѣдуетъ прежде всего замѣтить, что интервенція не есть кассационная жалоба и не можетъ имѣть ея дѣйствія. Она, слѣдовательно, не можетъ оспаривать ни одного пункта рѣшенія или

постановленія, который не обжалованъ участвующими въ дѣлѣ сторонами. Пункты эти, въ силу одного этого, остаются внѣ спора.

Такимъ образомъ роль третьяго лица, вступающаго въ дѣло, должна ограничиваться, по дѣлу, доставленіемъ доводовъ, которые оно считаетъ полезными, или для поддержанія жалобы, или для отверженія ея, смотря потому, дѣйствуетъ ли интервенентъ на сторонѣ кассатора или противника его, и ходатайствомъ быть поставленнымъ предъ судомъ, въ который дѣло будетъ передано на разсмотрѣніе, въ то положеніе, въ которомъ оно находилось бы, вступая въ дѣло третьимъ лицомъ прямо предъ этимъ судомъ.

Если кассационный судъ отвергаетъ жалобу, то участь интервенціи рѣшена; въ случаѣ же кассации рѣшенія, допущеніе интервенціи доставляетъ третьему лицу ту выгоду, что послѣднее дѣлается стороной въ новомъ производствѣ, которое бываетъ слѣдствіемъ кассации и притомъ стороной въ томъ смыслѣ, что участіе его не можетъ уже подлежать спору въ судѣ первой или второй инстанціи, куда дѣло передано на разсмотрѣніе.

Вступленіе въ дѣло въ гражданскомъ департаментѣ совершается прошеніемъ, подписываемымъ адвокатомъ и предъявляемымъ участвующимъ въ дѣлѣ сторонамъ. Въ прошеніи этомъ должны быть указываемы всѣ тѣ доводы, которыми желаетъ воспользоваться третье лицо, такъ какъ, по словамъ приведенной выше 1 статьи, главы VIII, послѣ подачи прошенія оно не можетъ болѣе представлять новыхъ требованій.

Какія лица могутъ, въ качествѣ третьихъ лицъ, вступать въ дѣло, производящееся въ кассационномъ порядкѣ? Наказъ 1738 года не полагаетъ въ этомъ отношеніи никакой границы, ибо приведенная выше статья постановляетъ: «тѣ, которые пожелають вступить въ дѣло...»

Однакоже есть границы, которыхъ не допускаетъ переступать свойство самаго дѣла. Такъ, когда дѣло производится въ первой инстанціи, то достаточно лишь имѣть интересъ ко вступленію въ дѣло; никакому другому условію уставъ гражданского судопроизводства не подчиняетъ интервенцію. Совсѣмъ другое бываетъ, когда дѣло пересено въ палату. Такъ какъ въ этомъ случаѣ третье лицо минуетъ первую судебную инстанцію, то интервенція его допускается, по словамъ ст. 466 устава гражданского судопроизводства, лишь тогда, когда бы оно имѣло право обжаловать рѣшеніе первой инстанціи въ качествѣ неучаствовавшаго въ дѣлѣ лица (*par tierce opposition*). Но право это, какъ извѣстно, существуетъ по ст. 474 того же устава, въ той мѣрѣ, въ какой рѣшеніе это вредитъ его правамъ, и въ какой ни это лицо ни тѣ, которыя оно представляетъ собой не были призваны къ участию въ дѣлѣ.

Слѣдуетъ ли въ этихъ предѣлахъ допускать вступленіе третьяго лица въ дѣло предъ кассационномъ судомъ? Въ этомъ, кажется, смыслъ разрѣшенъ этотъ вопросъ въ постановленіи по дѣлу Де-Броа, отъ 14 ноября 1832 года (S., 33, I, 297). Предметъ этого дѣла состоялъ въ томъ, что обжалованное рѣшеніе приводилось въ исполненіе чрезъ экспроприацію имущества должника, Де-Броа же пріобрѣвшій таковое, просилъ о допущеніи его къ участию въ дѣлѣ для поддержанія обжалованнаго опредѣленія. Интересъ его былъ, слѣдовательно, очевиденъ. Между тѣмъ ему было отказано въ его ходатайствѣ по слѣдующимъ соображеніямъ: «Принимая во вниманіе, что графъ Де-Броа не былъ стороной въ обжалованномъ рѣшеніи, ни въ постановленіи, утверждающемъ таковое; что онъ не могъ даже быть призванъ къ участию въ этомъ дѣлѣ, такъ какъ онъ не имѣлъ тогда никакого интереса въ процессѣ; что, такимъ образомъ, въ кассационномъ судѣ дѣло идетъ о разсмотрѣніи такого постановленія, которое состоялось тогда, когда проситель былъ совершенно чуждъ процесса; что, отъ — слѣдъ же извѣстнаго в (дѣлѣ) дѣлѣ онъ не имѣлъ —

«Принимая во вниманіе, что, по смыслу ст. 466 уст. гражд. судопр., тотъ лишь вправе вступать въ дѣло въ качествѣ третьяго лица, кто имѣлъ бы право просить объ отмѣнѣ рѣшенія въ качествѣ неучаствовавшего въ дѣлѣ лица, что не допускается относительно рѣшеній кассационнаго суда; —

«Принимая во вниманіе, что проситель Де-Броа представляется кассаторами, и что вступленіе его въ дѣло могло бы имѣть не иное дѣйствіе, какъ замедлить разрѣшеніе жалобы и вызвать ненужные расходы; —

«Принимая во вниманіе, что если кассационная жалоба будетъ отвергнута постановленіемъ объ интервенціи, интересъ просителя Де-Броа будетъ охраненъ отъ всякаго посягательства; напротивъ, въ случаѣ отмѣны постановленія, дѣло будетъ отослано въ другой судъ, гдѣ проситель будетъ имѣть возможность вступить въ дѣло въ качествѣ третьяго лица, если онъ имѣетъ на это право...»

Принципъ, выставляемый въ этомъ постановленіи, кажется, нѣсколько строгъ. Мы полагаемъ, что онъ выведенъ изъ того, что, какъ указалъ и кассационный судъ, интересъ, на которомъ основывалась интервенція графа Де-Броа, возникъ изъ событія, наступившаго послѣ обжалованнаго опредѣленія, — а не изъ того, что, какъ можно было бы заключить изъ перваго мотива, его нельзя было призывать къ дѣлу ни въ первой, ни во второй инстанціи. Ибо интервенція подчинена, по словамъ 466 ст. устава гражданского судопроизводства, условіямъ оппозиціи со стороны третьихъ лицъ, допускаемая, согласно ст. 374, для тѣхъ, которые не были призваны къ дѣлу, — случай, имѣвшій именно мѣсто по отношенію къ Де-Броа. Такимъ образомъ намъ кажется, что

уставъ гражданскаго судопроизводства не долженъ служить безусловнымъ правиломъ для интервенцій, о которыхъ ходатайствуютъ предъ кассационнымъ судомъ, что онъ можетъ имѣть примѣненіе тогда лишь, когда наказъ 1738 года не содержитъ въ себѣ спеціального предписанія. Между тѣмъ такое вытекаетъ по нашему мнѣнію, изъ ст. 1, главы VIII, второй части этого наказа, которая своими общими выраженіями, даетъ кассационному суду полную возможность допускать или отвергать интервенцію. Съ другой стороны, ст. 7, второй части, главы второй этого регламента, трактующая о недействительности вызововъ, сдѣланныхъ въ силу постановленія о допущеніи, даетъ кассационному суду право, аналогичное съ правомъ допускать интервенціи, — именно призывать къ дѣлу другія стороны; ибо статья эта заканчивается слѣдующими словами: «Исключая случая, когда будутъ другія стороны, присутствіе которыхъ является необходимымъ въ послѣдствіи; въ этомъ случаѣ онѣ могутъ быть привлекаемы къ дѣлу на основаніи особаго разрѣшенія суда».

Привлеченіе къ дѣлу и вступленіе въ дѣло — это двѣ вещи соотносительныя: кто можетъ быть привлеченъ къ дѣлу, тотъ можетъ и вступать въ оное въ качествѣ третьяго лица. Но здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, масштабомъ для исковъ третьихъ лицъ служитъ интересъ, какъ это признано и въ приведенномъ выше постановленіи. И кассационному суду принадлежитъ оцѣнка того, имѣется ли въ каждомъ данномъ случаѣ интересъ или нѣтъ; при чемъ онъ не можетъ быть стѣсненъ выраженіями ст. 466 устава гражданскаго судопроизводства.

Во всякомъ случаѣ интервенція, какъ мы замѣтили уже, можетъ быть допускаема лишь въ весьма ограниченномъ размѣрѣ, ибо она касается часто существа дѣла, въ разсмотрѣніе котораго кассационный судъ входить не можетъ. Что же касается вопросовъ права, то они почти всегда такъ настоятельно поддерживаются участвующими въ дѣлѣ сторонами, что присутствіе интервенента становится бесполезнымъ и даже вреднымъ; такъ какъ, при участіи многихъ интервенентовъ, оно можетъ вызвать весьма значительные расходы на представленіе постановленія и другіе. Во всякомъ случаѣ оцѣнка обстоятельствъ принадлежитъ суду. Согласно установленнымъ выше принципамъ, интервенція, въ кассационномъ судѣ, допустима, какъ намъ кажется, въ слѣдующихъ случаяхъ, а именно: 1) Когда уничтоженіе постановленія влечетъ за собой полную или частную недействительность опредѣленій, бывшихъ послѣдствіемъ онаго. Въ подобномъ случаѣ кассационному суду принадлежитъ оцѣнка послѣдствій и всѣхъ затрудненій, которыя могутъ изъ нихъ возникнуть; онъ же разрѣшаетъ вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ

стороны, не фигурировавшія въ кассационной жалобѣ, или не представлявшія противъ оной объясненія, должны подчиниться дѣйствию его постановленія, въ случаѣ кассации. Выше мы видѣли, что, относительно этого случая, постановленіе 7-й статьи даетъ кассационному суду право привлекать къ дѣлу стороны, наличность которыхъ необходима для разрѣшенія онаго. Не слѣдуетъ ли изъ этого заключить, что когда эти стороны сами вступаютъ въ дѣло, то ихъ нельзя не допускать въ той мѣрѣ, въ какой, какъ для нихъ, такъ и для правосудія, важно, чтобы одно и то же постановленіе разрѣшило все затрудненія и устранило, кромѣ расходовъ, излишніе иски, которые вызвали бы противоположный ходъ процесса.

2) Интервенція допустима также тогда, когда кассационная жалоба заявлена противъ поручника, безъ предъявленія оной въ то же время противъ поручителя, который признанъ обжалованнымъ опредѣленіемъ неотвѣтственнымъ по дѣлу. Дѣйствительно, въ этомъ случаѣ поручитель не имѣетъ интереса въ подачѣ жалобы отъ своего лица, такъ какъ ходатайство его было уважено. Но онъ можетъ опасаться, чтобы кассация обжалованнаго опредѣленія, поставляя дѣло въ то положеніе, въ которомъ оно находилось прежде, не повлекла за собой отмѣну той части постановленія, которая касается его. Поэтому, если эту часть можно поддерживать и при осужденіи поручника, то поручитель имѣетъ интересъ защищать ее чрезъ вступленіе въ дѣло, точно также какъ поручникъ могъ бы, въ противоположномъ случаѣ, привлечь его къ дѣлу, даже безъ особаго постановленія о допущеніи жалобы (см. *Arr. Broë et Thisset*, отъ 14 декабря 1819 года; *S.*, 20, I, 131, которымъ допущено привлеченіе поручителя къ дѣлу, производившемуся въ гражданскомъ департаментѣ; *Arr. Cazal*, отъ 10 декабря 1856; *D.*, 56, I, 60).

3) Третье лицо можетъ также вступать въ дѣло, когда оно является цессионаріемъ права, составляющаго предметъ спора, какъ это и случилось въ дѣлѣ Дюбуа, рѣшенномъ постановленіемъ отъ 13 декабря 1853 года (*D.*, 54, I, 23). Въ видѣ возраженія противъ кассационной жалобы противникъ приводилъ то, что кассаторъ долженъ былъ заявить жалобу не противъ своего кредитора, по отношенію къ которому ему отказано было въ искахъ, а противъ лица, приобрѣвшаго право по обязательству. Но это возраженіе кассационный судъ отвергнулъ потому, что жалоба должна быть направляема противъ тѣхъ лицъ, въ пользу которыхъ состоялось обжалованное опредѣленіе, причѣмъ послѣднимъ предоставляется привлекать къ дѣлу третьихъ лицъ, которымъ они переуступили свои права, а цессионаріамъ — вступать въ дѣло, производящееся въ кассационномъ судѣ. Здѣсь, какъ видно, привлеченіе къ дѣлу и вступленіе въ дѣло поставлены на одной линіи.

Может ли участие лица въ дѣлѣ, въ какомъ бы то ни было качествѣ, служить препятствіемъ къ интервенціи? Ясно, что если рѣшеніе или частное опредѣленіе отвергли интервенцію, то послѣдняя не можетъ быть болѣе возобновляема, рѣшеніе же можно обжаловать въ кассационномъ порядкѣ. Но если лицо это дѣйствовало въ качествѣ главной стороны или третьяго лица до самаго постановленія обжалованнаго рѣшенія, и если оно не было привлечено къ дѣлу со времени подачи жалобы, то ничто не мѣшаетъ ему вступать въ дѣло предъ кассационнымъ судомъ. И дѣйствительно, когда нѣсколько пунктовъ были разрѣшены обжалованнымъ опредѣленіемъ между главными или третьими лицами, то пунктовъ этихъ нельзя оспаривать въ порядкѣ интервенціи, и если всѣ или нѣкоторыя части постановленія подверглись кассации, то кассацией этой не могутъ воспользоваться интервененты, такъ какъ никто не можетъ извлекать выгоды изъ жалобы, которой онъ не приносилъ. Но допущеніе интервенціи даетъ имъ возможность слѣдовать за процессомъ во всемъ его движеніи; и кассация рѣшенія, основывающаяся на нарушеніи формъ судопроизводства, становится общей для всѣхъ интервенентовъ.

Въ виду такого, или подобнаго случая, адвокаты стараются выводить въ своихъ кассационныхъ просьбахъ, не въ качествѣ истцовъ или отвѣтчиковъ, такихъ лицъ, интервенція которыхъ можетъ быть полезной въ теченіе производства.

Наконецъ, кассационный судъ, далеко не отвергая интервенціи сторонъ, фигурировавшихъ въ процессѣ, призналъ, кажется, это обстоятельство условіемъ допустимости интервенціи, это видно изъ слѣдующаго мотива рѣшенія, состоявшагося 29 января 1851 года (D., 51, I, 123) по дѣлу Маккарти:

«Принимая во вниманіе, что лоарская и ардецкая компанія желѣзнаго производства, не допущенная, въ качествѣ третьяго лица, судомъ, рѣшеніе котораго было обжаловано, и не доказавшая своего права дѣйствовать противъ правленія, не имѣетъ тѣхъ качествъ, которыя требуются для вступленія въ дѣло...»

Что касается порядка, въ которомъ интервенція допускается, то ст. 4, главы VIII, II части наказа 1738 года постановляетъ: «въ случаѣ уважительности интервенціи, судъ допускаетъ ее особымъ постановленіемъ, которое разрѣшаетъ разсмотрѣніе просьбы третьяго лица совмѣстно съ главнымъ дѣломъ».

Обыкновенно кассационный судъ не даетъ, какъ требуетъ эта статья, предварительнаго постановленія о допущеніи вступающаго въ дѣло третьяго лица, но онъ разрѣшаетъ интервенцію тѣмъ же постановленіемъ, которое рассматриваетъ кассационную жалобу. Такъ какъ кассационный судъ не входитъ въ разсмотрѣніе существа дѣла, а сосредоточиваетъ все свое вниманіе на вопросахъ права, то онъ старается обыкновенно упростить формы. До-

кладчикъ дѣла, который есть въ то же время докладчикомъ просьбы третьяго лица объ отмѣнѣ рѣшенія, анализируя поводъ кассации и объясненія противника, оцѣниваетъ съ перваго взгляда всю сущность возбужденнаго вопроса; засимъ предварительное изслѣдованіе и постановленіе были бы не болѣе, какъ излишество. И кассационный судъ въ этомъ случаѣ, какъ во многихъ другихъ, старается избѣгать потери времени и расходовъ, если онъ можетъ это сдѣлать безъ вреда для интересовъ сторонъ, сокращаетъ слишкомъ сложный ходъ дѣла предварительной письменной подготовки, указываемой наказомъ 1738 года.

## ГЛАВА XIV.

### О дѣйстви кассационной жалобы и о дѣйстви кассациі въ порядкѣ гражданскомъ.

#### О дѣйстви кассационной жалобы.

Образованіе въ кассационномъ порядкѣ, будучи средствомъ экстраординарнымъ, введеннымъ скорѣе въ интересъ публичный, — для охраненія строгаго примѣненія закона, — чѣмъ въ частномъ интересѣ тяжущихся сторонъ, — оставляетъ существовать презумпцію объ истинности воспослѣдовавшихъ въ послѣдней судебной инстанціи постановленій и рѣшеній. Признанныя неправыми стороны обязаны временно подчиняться имъ.

Статья 16 декрета 1 декабря 1790 года, сходная, въ этомъ отношеніи, съ статьей 20, первой части, главы IV, наказа 1738 года, постановляетъ: «Въ дѣлахъ гражданскихъ, подача кассационной жалобы не останавливаетъ исполненія рѣшенія; и отсрочка не можетъ быть даваема ни въ какомъ случаѣ и ни подъ какимъ предлогомъ».

Правило это примѣняется даже въ томъ случаѣ, когда постановленіемъ департамента прошеній жалоба признана подлежащей принятію. Какъ бы благоприятно ни было это допущеніе для кассатора, оно не разрушаетъ силы присущей обжалованному рѣшенію *rei indicatae* до тѣхъ поръ, пока верховный кассационный судъ не разрушилъ ея. Судебная практика не допускала исключенія изъ этого правила даже для рѣшеній по дѣламъ объ экспроприации, выборахъ, по спорамъ о дѣйствительности браковъ, — хотя бы исполненіе таковыхъ влекло бы за собой непоправимыя послѣдствія.

Тѣмъ не менѣе, что касается государственной казны, то декретъ національнаго собранія 16 июля 1797 года гласитъ: «На-

ціональное казначейство или кассы *различныхъ* административныхъ вѣдомствъ не могутъ производить какихъ-либо платежей, подлежащихъ выдачѣ въ силу рѣшеній, обжалованныхъ *согласно предписанію закона*, въ кассационномъ порядкѣ, развѣ бы лица, въ пользу которыхъ состоялись эти рѣшенія, представили достаточное и благонадежное поручительство въ цѣнности присужденныхъ имъ суммъ».

Статья эта создаетъ для государственнаго казначейства специальную привилегію, но она имѣетъ примѣненіе къ тому лишь случаю, когда рѣшеніе направлено противъ самаго государственнаго казначейства. И дѣйствительно, въ постановленіи императорскаго парижскаго суда, отъ 22 ноября 1831 года, по дѣлу Лебланъ (S., 32, II, 352), разъяснено, что сторона, приводящая въ исполненіе противъ государственнаго казначейства окончательное рѣшеніе, на которое подана жалоба, обязана представить поручительство, когда она требуетъ выдачи общественныхъ денегъ; что иначе бываетъ, когда она домогается получить суммы, принадлежащія должнику-иностранцу и находящіяся, въ видѣ вклада, въ государственномъ казначействѣ; что, въ этомъ случаѣ, послѣднее не можетъ требовать предварительнаго поручительства.

Для созданія исключенія изъ правила, выраженнаго въ наказѣ 1738 года и законѣ 1 декабря 1790, объ исполненіи окончательныхъ рѣшеній, недостаточно однѣхъ вѣскихъ соображеній, а необходимъ формальный законъ.

Такое исключеніе установлено въ порядкѣ уголовномъ и объясняется непоправимыми послѣдствіями исполненія приговоровъ. Поэтому законъ призналъ за кассационными жалобами отсрочивающее дѣйствіе. Точно также онъ поступилъ съ приговорами по дѣламъ исправительной и простой полиціи. Исключеніе это существуетъ, далѣе, для дѣлъ по пререканіямъ о подсудности, гдѣ дѣло идетъ не о разрѣшеніи существа, а объ опредѣленіи подсудности, когда одинъ споръ производится въ нѣсколькихъ судахъ (Art. 15, tit. II. de l'ord. de 1737, и art. 531, уст. уголовн. судопр.).

Впрочемъ, есть примѣры и замедленія исполненія окончательныхъ рѣшеній по дѣламъ гражданскимъ, подъ предлогомъ, что они могли быть обжалованы, такъ что взыскателю приходилось получать удостовѣреніе канцеляріи о томъ, что жалоба не принесена. Подобный случай представился въ 1845. Графъ Португальскій, тогдашній старшій предсѣдатель кассационнаго суда, увѣдомилъ, 17 декабря 1845 г., хранителя печатей о своемъ мнѣніи по этому пункту, въ слѣдующихъ выраженіяхъ:

«Господинъ министръ»,

«Имѣю честь препроводить къ Вамъ копію письма, которое я написалъ г. Министру финансовъ и которое касается нѣсколь-

кихъ просьбъ о выдачѣ удостовѣреній въ томъ, что *кассационныя жалобы не поданы*. Просьбы эти заявлены канцеляріи кассационнаго суда потому, что агенты государственнаго казначейства отказываются исполнять, безъ соблюденія этой формальности, постановленія или рѣшенія, постановленныя въ послѣдней инстанціи суда.

«Коль скоро начальникъ канцеляріи донесъ мнѣ объ этомъ, я, не медля, довелъ объ этомъ до свѣдѣнія г. министра финансовъ. Вы г. хранитель печатей, оцѣните, какъ и я, тѣ мотивы общественнаго порядка, которые говорятъ противъ усвоенія идеи о томъ, что рѣшенія нуждаются будто, для силы исполненія, нѣкимъ образомъ въ *pareatis*, исходящій изъ канцеляріи кассационнаго суда. И дѣйствительно, слѣдовать такому порядку, — значитъ нарушать законы, которые не признаютъ за кассационными жалобами отсрочивающаго дѣйствія, возводить кассационный судъ въ третью степень юрисдикціи, и поколебать принципъ присущей окончательнымъ рѣшеніямъ силы *rei indicatae*. Не слѣдуетъ поэтому допускать въ этомъ отношеніи прецедентамъ, на которые частныя лица могли бы сослаться тѣмъ болѣе, что таковыя исходятъ отъ просвѣщенныхъ агентовъ администраціи, и избѣгать такихъ дѣйствій, которыя не имѣя повидимому большой важности, подрывали бы тѣ принципы, на которыхъ основывается наше судебное устройство. Примите и т. д.

Впрочемъ, выдача удостовѣреній о томъ, что рѣшеніе не обжаловано, не допускается никакимъ закономъ и не упоминается ни въ какомъ тарифѣ, и, въ пользу необходимости такой выдачи, нельзя сослаться на ст. 548 устава гражданскаго судопроизводства, которая предусматриваетъ лишь свидѣтельства о не подачѣ отзывовъ или апелляционныхъ жалобъ. По аналогіи же нельзя примѣнять этотъ законъ къ жалобамъ на окончательныя рѣшенія, такъ какъ отзывы и апелляціонныя жалобы останавливаютъ исполненіе тѣхъ рѣшеній, на которыя онѣ принесены.

Поэтому канцелярія кассационнаго суда не выдаетъ свидѣтельствъ о неподачѣ жалобъ, но реестры его открыты для публики, которые показываются какъ сторонамъ, желающимъ удостовѣриться въ томъ, подана ли жалоба, или нѣтъ, такъ и ихъ адвокатамъ, даже судебнымъ приставамъ, если стороны желаютъ констатировать чрезъ послѣднихъ, что въ предъявленныхъ имъ спискахъ не упоминается ни о какой жалобѣ. Такой способъ удостовѣренія употребляется обыкновенно, и въ особенности, въ томъ случаѣ, когда оно подлежитъ отсылкѣ за границу, гдѣ рѣшенія, постановленныя французскими судами, должны быть приведены въ исполненіе. Такимъ образомъ, требованія сторонъ всегда удовлетворяются, безъ вреда для силы принциповъ *rei indicatae*.

## О дѣйстви кассационной жалобы.

Съ отмѣной рѣшенія, стороны поставляются въ то положеніе, въ которомъ онѣ находились прежде, при чемъ судъ, куда дѣло передано на новое разсмотрѣніе, разрѣшаетъ ихъ взаимныя требованія въ томъ видѣ, въ какомъ онѣ были формулированы до воспослѣдованія отмѣняющаго постановленія, съ тѣми измѣненіями, которыя ихъ апелляціонныя жалобы могли внести въ первоначальныя ихъ требованія. Поэтому, когда отмѣненнымъ постановленіемъ разрѣшено лишь субсидіарное ходатайство, то предъ судомъ, вновь разсматривающимъ дѣло, воскресаетъ главное ходатайство, и судъ этотъ можетъ разрѣшать какъ главный, такъ и субсидіарный предметъ требованія.

Тоже бываетъ въ томъ случаѣ, когда отмѣненное постановленіе разсматривало лишь возраженіе, напр. о давности; судъ, куда дѣло передано на новое разсмотрѣніе, можетъ входить въ разборъ и существа дѣла. «Принимая во вниманіе, говорится въ постановленіи по дѣлу Бино-Гюранъ, отъ 14 мая 1850 года (D. 51, I, 262), что стороны, поставленныя въ то же положеніе, въ которомъ онѣ находились до воспослѣдованія кассационнаго рѣшенія, могутъ просить судъ, вновь разсматривающій дѣло, о всѣхъ тѣхъ требованіяхъ, о которыхъ онѣ могли бы ходатайствовать первоначально; что въ настоящемъ дѣлѣ Посскій судъ, разрѣшивъ постановленіемъ своимъ, отъ 1-го іюля 1847 года, выставленное отвѣтчиками возраженіе о давности, — единственный спорный пунктъ, который разсматривался и кассационнымъ судомъ, — могъ и долженъ былъ высказаться, какъ онъ и сдѣлалъ, вторичнымъ постановленіемъ о достоинствѣ требованія по существу, — отвергаетъ...»

Въ приведенномъ выше дѣлѣ отвѣтчики по кассации привели даже, предъ судомъ, разсматривавшимъ дѣло вновь, новое возраженіе, которое не было выставлено ими противъ требованія о возвращеніи вещи.

Во всякомъ случаѣ возраженіе, основывающееся на недействительности повѣстокъ о вызовѣ или на неподсудности дѣла, но не приведенное при первоначальномъ производствѣ дѣла, не можетъ быть выставляемо предъ судомъ, куда дѣло отослано для разсмотрѣнія. (См. Arr. Trouschon, Ch. civ., отъ 24 января 1849; D.) 49, I, 144).

Иначе бываетъ съ тѣми возраженіями о недействительности или о непринятіи иска, которыя, хотя и были отклонены, но своевременно представлены и не были покрыты. Возраженія эти могутъ быть вновь обсуживаемы предъ судомъ, вторично разсматривающимъ дѣло, хотя бы та часть рѣшенія, коимъ они признаны неуважительными, и не составляла предмета жалобы, если

только изъ общаго смысла кассационнаго рѣшенія и вытекающихъ изъ онаго послѣдствій можно заключить, что всѣ части обжалованнаго рѣшенія должны считаться отмѣненными, какъ въ отношеніи существа, такъ и относительно формъ судопроизводства. Въ этомъ именно смыслѣ признало постановленіе по дѣлу Ламоттъ, отъ 7 апрѣля 1852 года (D., 52, I, 101), что отвѣтчикъ, возраженіе котораго о недѣйствительности апелляціоннаго акта было отвергнуто, до выигрыша дѣла въ существѣ, могъ, послѣ кассациі рѣшенія по существу, и безъ подачи кассационной жалобы, вновь представить суду, вторично разсматривавшему дѣло, возраженіе о недѣйствительности апелляціоннаго акта, приведенное имъ уже и отвергнутое. И это потому именно, какъ сказано въ этомъ постановленіи, «что, послѣ кассациі рѣшенія руанскаго апелляціоннаго суда, стороны были поставлены въ то же положеніе, въ какомъ онѣ находились до восполнѣнія этого рѣшенія, т. е. онѣ сохранили за собой не только требованія, заявленныя ими по существу, но и право на всѣ тѣ возраженія судопроизводственныя, предъявленныя ими до всякаго объясненія по существу.»

Таково дѣйствіе полной кассациі по поводамъ права, относящимся къ одной и той же части рѣшенія. Вслѣдствіе этого воскресаютъ, какъ мы замѣтили уже въ другомъ мѣстѣ, возраженія поручителя, даже когда онъ не принесъ кассационной жалобы, въ томъ случаѣ, когда поручникъ или главный должникъ проигрываетъ дѣло въ кассационной инстанціи, ибо тогда возникаетъ вновь вопросъ объ участи поручителя.

Но бываетъ иначе, когда обжаловываются лишь нѣкоторые части рѣшенія, состоящаго изъ нѣсколькихъ пунктовъ. Необжалованныя части считаются въ силѣ судебнаго рѣшенія. (См. Arr. Duvault-Laty, отъ 13 іюня 1850; D., 50, I, 193).

Полной кассацией рѣшенія отмѣняются не только обжалованныя части онаго и тѣ опредѣленія, которыя находятся съ нимъ въ связи, но, по общему правилу, она уничтожаетъ всѣ рѣшенія, составляющія послѣдствіе онаго. Такимъ образомъ кассациа рѣшенія влечетъ за собой отмѣну окончательнаго опредѣленія, основывающагося на фактахъ изслѣдованія, допущеннаго кассированнымъ опредѣленіемъ (Arr. Béthune, отъ 25 іюня 1835 года; S., 38, I, 732); она влечетъ за собой недѣйствительность рѣшенія по существу, когда кассировано опредѣленіе по вопросу о подсудности (Arr. Delhalle, отъ 20 февраля 1843); отмѣну рѣшенія, утверждающаго ликвидацію, когда кассационнымъ судомъ отмѣнено рѣшеніе, допустившее такую. (Arr. Dumoret, отъ 16 іюня 1845; S., 45, I, 737).

Еще болѣе, опредѣленія этого рода, которыя, въ обыкновен-

ныхъ случаяхъ, могли бы, съ истеченіемъ срока, приобрести силу судебного рѣшенія, тоже подвергаются послѣдствію кассаци.

Постановленіе по дѣлу Дервіе, отъ 4-го іюня 1810 (S. C. N., 3, I, 193), примѣняетъ этотъ принципъ къ такимъ пунктамъ рѣшеній, которые выпускаютъ изъ дѣла поручителей, — тогда рѣшенія эти кассированы въ своихъ главныхъ пунктахъ при отсутствіи поручителя.

Но слѣдуетъ ли изъ этого, что опредѣленія, бывшія послѣдствіемъ кассированнаго рѣшенія, недѣйствительны въ силу самого закона, безъ необходимости признанія этой недѣйствительности кассационнымъ судомъ?

Можно было бы это думать, когда недѣйствительность очевидна, какъ въ нѣкоторыхъ изъ приведенныхъ случаевъ, и это, кажется, вытекаетъ даже изъ постановленія по дѣлу Дюморе, отъ 16 іюня 1845 года, въ которомъ признано, что судъ, куда дѣло передано на разсмотрѣніе, не можетъ отказаться отъ признанія недѣйствительными рѣшеній, составляющихъ послѣдствіе постановленія, отмѣненнаго кассационнымъ судомъ, — подъ предлогомъ, что рѣшенія эти не были обжалованы. Это вытекаетъ, кажется, и изъ другаго постановленія, отъ 12 іюля 1848 года, коимъ отвергнута жалоба на постановленіе суда, вновь разсматривающаго дѣло, которое разрѣшало вопросъ о послѣдствіяхъ кассаци, касавшихся исключительно формы. Тѣмъ не менѣе постановленіе по дѣлу Спейсеръ, отъ 28 августа 1837 г. (S., 37, I, 930), и даже приведенное выше постановленіе по дѣлу Дельгаль, признали, что недѣйствительность рѣшеній, состоявшихся на основаніи другаго рѣшенія, не имѣетъ мѣста въ силу самого закона, а должна быть испрошена отъ кассационнаго суда посредствомъ кассационной жалобы, направленной противъ рѣшеній, коихъ постигла эта недѣйствительность.

Для примиренія этихъ двухъ теорій, можно было бы сказать, что судъ, куда дѣло передано для новаго разсмотрѣнія, получаетъ тѣмъ самымъ право рѣшить дѣло и, слѣдовательно, устранить всѣ противодѣйствующія этой цѣли препятствія, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда препятствія эти не устранены самымъ кассационнымъ судомъ; при чемъ стороны могутъ обжаловать рѣшеніе суда, вновь разсматривающаго дѣло, если онъ перешелъ или остался позади границъ, поставленныхъ ему кассационнымъ судомъ.

Приэтомъ можетъ, конечно, возникнуть масса затрудненій, какъ относительно формы, такъ и относительно существа дѣла. Но здѣсь необходимо различить между формой и существомъ. На сколько рѣшеніе суда вновь разсматривающаго дѣло, уничтожаетъ лишь акты или опредѣленія, касающіяся формы, то изъ этого не можетъ вытекать никакой жалобы, такъ какъ новый судъ, для исправленія рѣшенія по имуществу имѣетъ полное право указы-

вать тѣ способы предварительной письменной подготовки, которые онъ считаетъ нужными. Но если постановленіе его поражаетъ права, приобретенныя, въ силу судебного рѣшенія, лицами не участвовавшими въ кассационномъ производствѣ, или даже сторонами, фигурировавшими въ немъ, и за которыми кассационное рѣшеніе сохранило извѣстныя права, или потому, что таковыя были поддержаны въ кассационной инстанціи, или же потому, что о нихъ не было вовсе возбуждено вопроса (въ жалобѣ, — то понятно, что, для разрѣшенія новаго спора, необходимо обратиться къ кассационному суду, ибо послѣдній лишь можетъ истолковывать свои рѣшенія, и указать положенныя имъ границы кассации (см. Arr. Duvault-Laty, отъ 13 іюля 1850 года).

Остается теперь рассмотреть порядокъ, въ которомъ обращаются въ кассационный судъ для разрѣшенія этихъ затрудненій. Употребляется-ли для этого кассационная жалоба, или просьба объ истолкованіи имъ своего рѣшенія? Если въ судѣ, разсматривавшемъ вновь дѣло, состоялось рѣшеніе, то ясно, что на такое должно приносить кассационную жалобу. И рѣшеніе это, на сколько оно не отмѣнено, сохраняетъ силу судебного рѣшенія, относительно всѣхъ своихъ пунктовъ.

Но если судъ, въ который дѣло отослано для новаго разсмотрѣнія, не разсматривалъ послѣдствій кассации, или если затрудненія возникли до разрѣшенія имъ дѣла не по существу, то тогда бываетъ иначе. Въ послѣднемъ случаѣ не необходима кассационная жалоба: можно обращаться простымъ прошеніемъ въ тотъ изъ департаментовъ кассационнаго суда, который постановилъ рѣшеніе. Ибо предполагая, какъ разъяснено въ приведенныхъ постановленіяхъ, что акты или опредѣленія, состоявшіеся послѣ кассированнаго рѣшенія, недѣйствительны въ силу самаго закона, и что таковыя подлежатъ еще оцѣнкѣ кассационнаго суда, — они тѣмъ не менѣе въ сущности все-таки недѣйствительны. Поэтому не необходимо, чтобы эта недѣйствительность составляла предметъ новой кассационной жалобы, достаточно, если стороны, дѣло которыхъ находится еще въ кассационномъ судѣ, обратятъ вниманіе послѣдняго на это, для того, чтобы онъ, въ случаѣ отмѣны рѣшенія, кассировалъ въ тоже время тѣ акты, опредѣленія и мѣры исполненія, которые были послѣдствіемъ онаго. Если при этомъ лица, не участвующія въ кассационномъ производствѣ, могутъ быть поражены въ своихъ правахъ, вслѣдствіе такой отмѣны, то они могутъ вступить въ дѣло или быть привлечены къ оному въ качествѣ третьихъ лицъ, для поддержанія своихъ правъ. Порядокъ этотъ кажется намъ самымъ вѣрнымъ для устраненія повторенія исковъ и для осуществленія принципа судопроизводства, который требуетъ быстроты производства и экономіи въ издержкахъ.

Привыкъ къ дѣлу всѣхъ заинтересованныхъ сторонъ, когда рѣшенія, могуція подлежать уничтоженію, какъ послѣдствіе другаго, отмѣненнаго рѣшенія, состоялись со времени подачи жалобы, важенъ тѣмъ болѣе, что затрудненіе можетъ возникнуть изъ того случая, когда рѣшеніе кассировано лишь въ части и когда одинъ кассационный судъ могъ бы отличить стороны, относительно которыхъ рѣшеніе отмѣнено, отъ тѣхъ, по отношенію къ которымъ оно оставлено въ силѣ.

Когда рѣшеніе, состоящее изъ нѣсколькихъ частей, отмѣнено лишь въ нѣкоторыхъ частяхъ, то оно, какъ мы сказали уже, сохраняетъ въ остальныхъ частяхъ силу судебного рѣшенія. Вотъ почему кассационный судъ не можетъ болѣе ревизовать этихъ частей, а долженъ ограничиться разсмотрѣніемъ тѣхъ лишь, которыя были отмѣнены (Arr. Clément, отъ 8 марта 1826 года; S., 26, I, 327).

Тоже самое бываетъ съ тѣми пунктами рѣшенія, на которые не принесена кассационная жалоба. Кассационный судъ не можетъ ихъ болѣе разсматривать, развѣ бы, какъ мы сказали уже выше, необходимость ихъ вытекала изъ взаимной ихъ связи съ отмѣненными частями рѣшенія.

Кассационный судъ, отмѣняя рѣшенія, постановляетъ о возвращеніи уплаченныхъ суммъ или вещей, переданныхъ во исполненіе кассированнаго рѣшенія. Если онъ упустилъ это сдѣлать, то возвращенія можно требовать въ силу самаго закона. Во всякомъ разѣ, въ случаѣ затрудненія, можно просить кассационный судъ, въ порядкѣ истолкованія, сдѣлать распоряженіе о возвращеніи сказанныхъ предметовъ. Но въ такомъ случаѣ сторона неправильно отказавшаяся отъ возвращенія полученнаго ею, присуждается къ возмѣщенію понесенныхъ издержекъ (Arr. Mens., отъ 15 янв. 1822; S., 22, I, 151).

Когда кассационный судъ не сдѣлалъ въ своемъ постановленіи никакого распоряженія на счетъ возвращенія исполненія, то судъ, куда дѣло передано на новое разсмотрѣніе, можетъ самъ это сдѣлать и разрѣшать, одновременно съ рѣшеніемъ по существу, всѣ затрудненія, которыя возникаютъ изъ этого пункта. Это явствуетъ изъ другаго постановленія по дѣлу Спейсера, отъ 28 августа 1837 года (S., 37, I, 961).

Кассация рѣшенія влечетъ за собой не только недействительность опредѣленій, составляющихъ послѣдствіе онаго, но ею уничтожается и всякая продажа предмета спора, ипотеки и другія права, которыя были бы установлены по этому предмету въ промежутокъ времени между воспослѣдованіемъ рѣшенія и отмѣной онаго. (Arr. Derpinay Saint-Luc, отъ 26 іюля 1827 года; S., 27, I, 100).

Кассация эта приноситъ пользу лишь тѣмъ, въ пользу кото-

рыхъ она состоялась, развѣ бы сторона, принесшая жалобу, осуществляла недѣлимое, солидарное право, или дѣйствовала отъ имени собирательной единицы.

Отсутствие исполненія не вредить постановленіямъ кассационнаго суда. Погашеніе права (*la réemption*), установленное ст. 155 устава гражданскаго судопроизводства, относительно заочнаго рѣшенія, для сторонъ, не назначавшихъ стряпчаго, — не примѣняется къ заочнымъ постановленіямъ кассационнаго суда. Поэтому сторона, въ пользу которой состоялась кассация, можетъ и по истеченіи шести мѣсяцевъ со времени воспослѣдованія кассации, обращаться съ своими требованіями въ судъ, куда дѣло передано на разсмотрѣніе, причеиъ ей нельзя возражать недѣйствительностью ея права. (Орлеанскій судъ, *Arg. Varbergu*, отъ 5 декабря, 1833; S., 34, II, 398).

Но погашеніе производства, по случаю отсутствія ходатайства въ теченіе трехъ лѣтъ, примѣнимо и къ кассационнымъ рѣшеніямъ. Вопросъ состоитъ лишь въ томъ, съ какаго момента начинается теченіе срока погашенія, съ того-ли, когда состоялось кассационное постановленіе, или же съ момента вызова противной стороны въ судъ, разсматривающій дѣло вновь? Въ постановленіи по дѣлу Лафуа, отъ 12 іюня 1827 года (S., 27, I, 338), объяснено, что кассационное рѣшеніе, оставляя существовать производство суда первой или второй инстанціи, постановленіе которыхъ отмѣнено, указываетъ лишь новыхъ судей. Отсюда слѣдуетъ заключить, что это рѣшеніе, опредѣляющее въ тоже время отсылку дѣла къ новымъ судьямъ, есть послѣдній актъ производства, и что оно служитъ точкой исхода для погашенія. Слѣдовательно теченіе переміиціи начинается съ этого времени. Такимъ образомъ, если со дня воспослѣдованія кассационнаго постановленія прошло три года, въ теченіе которыхъ не было ходатайства по дѣлу, то судъ, разсматривающій дѣло вновь, можетъ признать погашеніе права наступившимъ.

По словамъ 87 статьи закона 27 вентоза VIII года, кассационный судъ долженъ отсылать дѣла, по которымъ послѣдовала кассация, въ тотъ судъ первой или второй инстанціи, который ближе всѣхъ другихъ къ суду, рѣшеніе котораго подверглось кассации. Но можетъ случиться, что послѣ кассации не остается болѣе ничего разрѣшать: въ этомъ случаѣ кассационный судъ ограничивается лишь отмѣной постановленія, не опредѣляя о передачѣ дѣла въ другой судъ. (См. *Arg.* отъ 26 ноября 1845 года по дѣлу Вельтцъ; отъ 30 іюля 1850 года по дѣлу Лоранъ; отъ 27 августа 1851 и 1 марта 1853, по дѣлу Бурнизиенъ, которые кассировали рѣшеніе безъ передачи самаго дѣла).

Если при исполненіи рѣшенія суда первой или второй инстанціи, куда дѣло было передано на новое разсмотрѣніе, возни-

каютъ новыя затрудненія, которыя приносятся на рѣшеніе суда, постановившаго опредѣленіе по первоначальной просьбѣ, то апелляція на рѣшеніе, послѣдовавшее по этимъ спорамъ, можетъ быть приносима лишь императорскому суду второй инстанціи, въ округѣ котораго находится трибуналъ, разсматривавшій эти споры. Это имѣетъ мѣсто даже тогда, когда судъ этотъ есть тотъ судъ, рѣшеніе котораго было первоначально кассировано. Въ противномъ случаѣ, если апелляція приносится суду, куда дѣло было передано на разсмотрѣніе, то постановленіе его можетъ быть обжаловано кассационному суду по неподсудности и замѣнено имъ ex officio новымъ постановленіемъ (Arg. Constant, отъ 14 августа 1849 года, и Дюмираль, отъ 14 апрѣля 1851 года; D., 51, I, 262 и 263). Основаніе этого заключается въ томъ, что судъ, куда дѣло передано было на новое разсмотрѣніе, истерпнувъ всю спеціальную юрисдикцію, предоставленную ему кассационнымъ судомъ, не можетъ болѣе вѣдать другой части спора, развѣ бы дѣло шло объ истолкованіи его собственнаго рѣшенія; на каковой случай компетентность его распространяется. Что же касается другаго частнаго производства, вызывающаго, по характеру своему, рѣшеніе, то должно слѣдовать степенямъ обыкновенной юрисдикціи.

## ГЛАВА XV.

### Возобновленіе прерваннаго производства и назначеніе новаго адвоката.

Статья 21, главы VII, второй части наказа 1738 года гласитъ: «Производство считается возобновившимся съ той стороны, которая будетъ просить о возобновленіи онаго, въ силу перваго акта, представленнаго ею по означенному дѣлу, безъ необходимости болѣе точнаго возобновленія...»

Ст. 22. «Сторона, которая, пожелаетъ возобновить дѣло, не дожидаясь приглашенія въ этому со стороны противника, обязана заявить объ этомъ другимъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ простымъ актомъ, который равносильенъ возобновленію».

Ст. 23. «Въ случаѣ смерти истца до явки отвѣтчика, наследники или преемники правъ истца могутъ получить заочное рѣшеніе противъ сказаннаго отвѣтчика, представляя предварительно въ канцелярію суда актъ просьбы о возобновленіи дѣла, заявленной ихъ предшественникомъ; причеиъ нѣтъ надобности, въ этомъ случаѣ, въ какихъ-либо постановленіяхъ, производствѣ или формальности».

Ст. 24. «Въ случаѣ смерти всѣхъ участвующихъ въ дѣлѣ сторонъ, тѣ, которые пожелаютъ возобновить таковое, считаются возобновившими оное, получивъ постановленіе, обязывающее на-

слѣдниковъ другихъ сторонъ возобновить дѣло, засимъ не требуется другаго какого-либо акта или производства».

Правила эти по необходимости видоизмѣнены по отношенію къ специальному кругу дѣятельности кассационнаго суда, и въ виду допущеннаго въ немъ упрощеннаго производства.

Въ департаментѣ прошеній вопросы о возобновленіи прерваннаго производства могутъ быть возбуждаемы лишь по дѣламъ по пререканіямъ о подсудности.

По дѣламъ общимъ, возобновленіе прерваннаго производства въ кассационной инстанціи можетъ имѣть мѣсто лишь по воспо-слѣдованіи рѣшенія департамента прошеній, такъ какъ производство въ этомъ судѣ начинается не ранѣе, какъ состоялось постановленіе о допущеніи, коимъ разрѣшенъ вызовъ отвѣтчика въ гражданскій департаментъ.

Съ другой стороны, обычаемъ не принято дѣлать канцеляріи заявленія о возобновленіи дѣла и получать постановленія о возобновленіи такового, какъ это предписываетъ приведенная 23 статья.

Всѣ эти дѣйствія совершаются болѣе просто въ кассационномъ судѣ.

Если, какъ говоритъ статья 23, кассаторъ умеръ до явки отвѣтчика вслѣдствіе сообщенія ему постановленія о допущеніи, то достаточно, чтобы наслѣдники заявили въ актѣ, предъявляемомъ отвѣтчику лично или по мѣсту его жительства, что они возобновляютъ прерванное производство, начатое въ силу сдѣланнаго ихъ предшественникомъ предъявленія постановленія о допущеніи жалобы.

Если отвѣтчикъ назначилъ уже адвоката со времени смерти истца, то возобновленіе дѣла совершается сообщеніемъ прошенія отъ адвоката адвокату.

Въ случаѣ смерти отвѣтчика по кассациіи, до назначенія имъ адвоката, кассаторъ, освѣдомившись объ этой смерти, долженъ предъявить, въ установленные сроки, наслѣдникамъ перваго постановленія о допущеніи жалобы; если же отвѣтчикъ умеръ до полученія этого сообщенія, то кассаторъ долженъ вторично сдѣлать таковое наслѣдникамъ онаго, приглашая ихъ явиться въ кассационный судъ, для объявленія имъ о возобновленіи дѣла, начатаго противъ ихъ предшественника.

Когда кассаторъ представилъ въ канцелярію постановленіе о допущеніи, а отвѣтчикъ по кассациіи отвѣтилъ на это представленіемъ предъявленнаго объясненія, то дѣло считается, въ виду сего, полнымъ, и съ этого момента ни смерть сторонъ, ни пере-мѣна въ ихъ правоспособности, ни смерть или отказъ ихъ адвокатовъ, не могутъ замедлять рѣшенія дѣла.

Вотъ до какой степени упрощено въ кассационномъ судѣ весь-

ма сложное производство, предписываемое наказомъ 1738 года въ дѣлахъ о возобновленіи производства.

Тѣмъ не менѣе, даже въ случаѣ полноты производства, адвокату, представляющему умершую сторону, слѣдуетъ заявить особымъ прошеніемъ въ порядкѣ возобновленія дѣла, имена наслѣдниковъ отвѣтчика или истца, смотря по тому, о комъ идетъ дѣло. Принимая эту предосторожность, онъ даетъ докладчику возможность вносить ихъ имена въ постановленіе о привлеченіи ихъ къ дѣлу. Такимъ образомъ, этимъ онъ вноситъ въ производство большую правильность. Но если адвокатъ упустилъ это сдѣлать, то, при полнотѣ дѣла, изъ этого не возникаетъ никакой недействительности.

Слѣдствіемъ сказаннаго выше бываетъ то, что отсутствіе просьбы о возобновленіи дѣла, при полнотѣ онаго, не препятствуетъ наслѣдникамъ отвѣтчика, умершаго до воспослѣдованія постановленія о признаніи жалобы неважительною, воспользоваться этимъ постановленіемъ, если таковое состоялось въ пользу ихъ предшественника. То же бываетъ, когда дѣло идетъ о кассационномъ рѣшеніи: кассаторъ, получившій таковое до смерти отвѣтчика, можетъ имъ воспользоваться противъ представителей умершаго отвѣтчика; но это тогда только, когда онъ вызываетъ ихъ къ возобновленію дѣла въ судѣ, куда таковое было передано на новое разсмотрѣніе.

Самый важный пунктъ въ вопросѣ о возобновленіи прерваннаго производства—это надлежащее предьявленіе постановленія о допущеніи жалобы, когда сторона, въ пользу или противъ которой таковое состоялось, умерла; ибо въ этомъ случаѣ упущеніе влечетъ за собой недействительность постановленія и въ то же время жалобы.

Постановленіе по дѣлу Ригальонъ, отъ 5 мая 1852 года, признало въ подобномъ случаѣ ничтожнымъ вызовъ, сдѣланный на имя кассатора, вмѣсто сына его или наслѣдниковъ.

«Принимая во вниманіе, говорится въ этомъ постановленіи, что вызовъ стороны въ гражданскій департаментъ, въ силу постановленія о допущеніи жалобы, есть актъ, коимъ начинается новое производство; что вызовъ этотъ, для правильности своей, не можетъ быть дѣлаемъ ни на имя умершаго истца, ни на имя умершаго отвѣтчика; что ст. 342 устава гражд. судопроизводства постановляющая, что рѣшеніе дѣла, находящагося въ состояніи полноты, не отерочивается по случаю смерти сторонъ, — примѣняется лишь къ дѣламъ начатымъ.

«Принимая во вниманіе, что въ настоящемъ дѣлѣ Жанъ-Франсоа-Сюзаннъ-Ригальонъ умеръ со времени подачи кассационной жалобы, и что Гастонъ Ригальонъ, его сынъ, заявилъ вдовѣ Маниско, повѣсткой отъ 22 октября 1850 года, о принятіи наслѣд-

ства; что, тѣмъ не менѣе, вызовъ въ гражданскій департаментъ, въ силу постановленія о допущеніи отъ 18 декабря 1849 года, сдѣланъ былъ, 26-го февраля 1850 года, на имя умершаго Ригальона;

Принимая во вниманіе, что недѣйствительность вызова, при истеченіи срока на подачу жалобы, влечетъ за собой недѣйствительность жалобы;

Кассационный судъ признаетъ жалобу Ригальона, который представляется просителемъ, лишенной силы, и приеуждаетъ послѣдняго къ платежу штрафа въ размѣрѣ 300 франковъ».

Что касается назначенія новаго адвоката, то въ настоящее время не необходимо получать, какъ это предписываетъ приведенная 25 статья, постановленія противъ противной стороны о понужденіи ея къ назначенію другаго адвоката, если ея прежній адвокатъ умеръ. Дѣло совершается въ болѣе простомъ видѣ: въ случаѣ смерти адвоката кассатора, до начатія имъ дѣла чрезъ передачу въ канцелярію суда постановленія о допущеніи, отвѣтчикъ можетъ предъявлять кассатору лично или по мѣсту его жительства все акты, имѣющіе цѣлю получить противъ него заочное рѣшеніе. Если же умеръ адвокатъ отвѣтчика, каковая смерть можетъ послѣдовать лишь послѣ начатія имъ дѣла, такъ какъ адвокаты дѣлаютъ извѣстнымъ свое назначеніе предъявленіемъ объясненія противъ жалобы, — то смерть эта не препятствуетъ рѣшенію дѣла.

Извѣстно, что въ случаѣ неназначенія отвѣтчикомъ адвоката и непредставленія имъ объясненія, можно просить о постановленіи заочнаго рѣшенія.

## ГЛАВА XVI.

**Объ устраненіи судей и о спорахъ противъ выступленія повѣренннмъ изъ предѣловъ полномочія (Des récusations et des désaveux).**

### Объ устраненіи судей.

Члены кассационнаго суда могутъ быть устраняемы, какъ и члены другихъ судебныхъ мѣсть. Это вытекаетъ изъ статей 1, 2, 3, 4, 5 главы XI, второй части наказа 1738 года. Мы приведемъ здѣсь постановленія объ этомъ предметѣ.

Ходатайство объ устраненіи судей составляется по формѣ прошенія, подаваемого въ кассационный судъ отвѣтчикомъ или его уполномоченнымъ. Прошеніе это передается въ канцелярію суда въ обыкновенномъ порядкѣ (ст. 1), послѣ чего предсѣдатель поручаетъ одному изъ совѣтниковъ составить по оному докладъ (ст. 2). Прошеніе это не предъявляется противной сторонѣ, а со-

общается единственно тому судѣ, противъ котораго направлень отводъ. Засимъ, послѣ представленія имъ объясненія совѣщательной камерѣ и по выслушаніи доклада и заключенія прокурорскаго надзора, кассационный судъ приступаетъ къ разрѣшенію вопроса объ устраненіи безъ дальнѣйшаго производства, подѣ страхомъ недействительности такового (ст. 3). Статья первая прибавляетъ, что ходатайство объ устраненіи можетъ быть составляемо не иначе, какъ въ указанной формѣ, подѣ страхомъ штрафа въ 500 франковъ и исправленія самой просьбы.

Опасеніе подвергнуться этому взысканію должно побудить просящаго объ устраненіи обращаться къ адвокату для того, чтобы установленныя формы были соблюдены и чтобы въ редакціи прошенія не употреблялись выраженія, неприличныя для устраняемаго члена.

По словамъ статьи 4 той же главы, проситель, въ случаѣ отказа ему въ устраненіи судьи, подвергается штрафу въ размѣрѣ 200 франковъ, изъ коихъ половина идетъ въ пользу казны, а половина въ пользу другихъ сторонъ. Штрафъ этотъ подлежитъ взысканію въ силу самаго закона, хотя бы объ немъ не было постановлено въ рѣшеніи; онъ не можетъ быть ни возвращенъ, ни уменьшенъ, напротивъ его можно увеличить.

Статья 5 прибавляетъ: «Постановленія главы XXIV указа 1667 года должны строго быть соблюдаемы въ Совѣтѣ, относительно заявленныхъ ему ходатайствъ объ устраненіи судей».

Такъ какъ уставъ гражданскаго судопроизводства примѣнимъ къ кассационному суду лишь въ случаяхъ, не предусмотрѣнныхъ въ наказѣ 1738 года, то разсматриваемый предметъ регулируется приведенной XXIV главой наказа 1667 года. Это надо имѣть въ виду, тѣмъ болѣе, что уставъ гражданскаго судопроизводства, воспроизводившій часть этого ордонанса, внесъ въ нее нѣкоторыя измѣненія. Такъ на примѣръ, по статьѣ 378 устава гражданскаго судопроизводства, для устраненія судьи нужно лишь, чтобы онъ былъ родственникомъ или свойственникомъ сторонъ въ степени кузена отъ двоюроднаго брата, что составляетъ по Code Napoléon шестую степень; тогда какъ статья 1 главы XXIV приведеннаго выше указа распространяетъ причины устраненія судей въ гражданскихъ дѣлахъ до восьмой степени включительно.

По дѣламъ уголовнымъ, причины эти распространены статьей 2 до десятой степени включительно, и статьи 3 и 4 примѣняютъ ихъ и къ родству или свойству женъ судей съ тяжущимися.

Во всякомъ случаѣ мы, что касается причинъ устраненія, считаемъ нужнымъ замѣтить, что Тарбе (стр. 228) утверждаетъ, что такъ какъ таковыя входятъ въ составъ матеріальнаго права, а не стараго порядка судопроизводства, который одинъ и сохраненъ лишь въ статьѣ 28 декрета 1 декабря 1790 года, то онѣ

подлежать, опѣнкѣ не на основаніи стараго права, а новаго, устава гражданскаго судопроизводства. По этому мнѣнію, статья 1 главы XXIV указа 1767 года сохранила силу лишь относительно порядка производства по устраненіямъ судей.

Статья 17 приведенной главы указа гласить, что «каждый судья, которому будутъ извѣстны основательныя причины къ его устраненію, обязанъ, не дожидаясь представленія таковыхъ со стороны тяжущихся, заявить объ этомъ, о чемъ сообщается тяжущимся».

Но ст. 18 прибавляетъ: «что судья можетъ отказаться отъ доклада и сужденія по дѣлу лишь по заявленіи имъ камерѣ о причинахъ, по которымъ онъ не можетъ оставаться въ этомъ дѣлѣ судьей и по вослѣдованіи на это дозволенія кассационнаго суда». (См., для большаго знакомства съ постановленіями объ устраненіи судей, цитированную главу указа 1667 года и *Commentaire de Jousse*, гл. II, стр. 106).

### **О спорахъ противъ дѣйствій повѣренныхъ, выходящихъ изъ предѣловъ полномочія (Du désaveu).**

Споръ противъ дѣйствій, выходящихъ изъ предѣловъ полномочія, какъ и споръ о подлинности акта, о которомъ будемъ говорить ниже, можетъ быть заявленъ и для задержанія хода процесса. Вотъ почему онъ, подобно послѣднему, подчиненъ извѣстнымъ мѣрамъ, имѣющимъ дѣлю устранить попытки къ заторможенію дѣла.

Статья 1, главы IX, второй части наказа 1738 года, постановляетъ: «Сторона, которая пожелаетъ предъявить совѣту споръ противъ дѣйствій, выходящихъ изъ предѣловъ полномочія, обязана предварительно внести, для обезпеченія вознагражденія убытковъ противной стороны, начальнику канцелярїи совѣта 150 ливровъ, который обязанъ передать таковыя, безъ взиманія какихъ либо издержекъ, тому, кому они слѣдовать будутъ, по вослѣдованіи рѣшенія».

Статья 2 требуетъ, чтобы просьба по спору этого рода подписывалась адвокатомъ и самимъ тяжущимся, или лицомъ, имѣющимъ на это специальное полномочіе, засвидѣтельствованное нотариусомъ, и чтобы къ этой просьбѣ были приложены копія довѣренности и квитанція о внесеніи 150 ливровъ, которые требуются статьей 1.

Статья 3 предписываетъ разрѣшать просьбу въ первомъ совѣтѣ; статья 4, что, въ случаѣ недопущенія спора о дѣйствіяхъ, выходящихъ изъ предѣловъ полномочія, судъ переходитъ прямо къ постановленію рѣшенія по дѣлу, и что внесенная сумма въ 150 ливровъ подлежитъ передачѣ начальникомъ канцелярїи дру-

гимъ тяжущимся, хотя бы объ этомъ и не было постановлено въ рѣшеніи.

Въ постановленіи гражданскаго департамента по дѣлу Мендрагонъ, отъ 23 мая 1855 года (D. 55, I, 198), разъяснено, что когда судъ отвергаетъ жалобу просителя, не входя въ разсмотрѣніе достоинства спора противъ дѣйствій, выходящихъ изъ предѣловъ полномочія, то внесенные 150 франковъ подлежатъ возвращенію ему, и что взносъ этотъ представляется противной стороной лишь въ томъ случаѣ, когда споръ противъ этихъ дѣйствій былъ формально отвергнутъ судомъ.

Когда споръ идетъ о дѣйствіи, совершенномъ не въ кассационномъ, а въ другомъ судѣ, то предварительная письменная подготовка по этому спору можетъ, какъ говоритъ ст. 7 приведенной выше главы, быть отсылаема на разсмотрѣніе общихъ судовъ, которые обязаны рѣшить этотъ споръ въ предписанный имъ срокъ для того, чтобы кассационный судъ могъ засимъ самъ имѣть сужденіе о немъ по тѣмъ даннымъ, которыя добыты въ нисшихъ судебныхъ инстанціяхъ.

Если сторона допущена къ предъявленію спора о дѣйствіяхъ, выходящихъ изъ предѣловъ довѣренности, то она, по словамъ 8 ст., обязана это сдѣлать въ теченіе трехъ дней отъ воспослѣдованія допускающаго таковой постановленія; въ противномъ случаѣ право на предъявленіе спора теряется и внесенные 150 франковъ достаются противнику.

Постановленіе, коимъ допускается споръ о дѣйствіяхъ, выходящихъ изъ предѣловъ полномочія, предъявляется лицу, противъ дѣйствій котораго споръ заявленъ, лично или по мѣсту его жительства, въ теченіе пятнадцати дней отъ воспослѣдованія постановленія, если оно имѣетъ жительство въ мѣстѣ, гдѣ пребываетъ Совѣтъ (Парижѣ), и въ сроки, установленные для вызововъ, — если оно жительствоетъ въ другомъ мѣстѣ. Сообщение это равносильно приглашенію представить объясненіе.

Къ повѣсткѣ о вызовѣ прилагается и копія акта, противъ котораго предъявленъ споръ; въ противномъ случаѣ судъ переходитъ прямо къ рѣшенію дѣла, и внесенная сумма достается противной стороной.

По словамъ статьи 11-й, такое же сообщеніе должно быть сдѣлано въ той же формѣ и въ тотъ же пятнадцатидневный срокъ другимъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ, по мѣсту жительства ихъ адвокатовъ, подъ страхомъ тѣхъ же взысканій.

Ст. 12. «Лицо, противъ дѣйствій котораго заявленъ споръ, обязано представить предъявляющему таковой свои объясненія, въ теченіе восьми дней, считая отъ сообщенія ему сказаннаго постановленія, если оно живетъ въ мѣстѣ, гдѣ происходитъ про-

изводство совѣта, или со дня истеченія сроковъ, указанныхъ въ главѣ о вызовахъ, если оно жительствуетъ въ другомъ мѣстѣ.»

Остальныя статьи приведенной главы не представляютъ въ настоящее время интереса, за исключеніемъ развѣ статьи 16, которая гласитъ: «Проситель по спору противъ дѣйствій, выходящихъ изъ предѣловъ полномочія, въ случаѣ проигрыша имъ этого спора, присуждается къ вознагражденію убытковъ въ размѣрѣ 300 франковъ, включая и тѣ 150 франковъ, которые были имъ внесены, а именно: 150 франковъ въ пользу того лица, противъ дѣйствій котораго заявленъ споръ и 150 франковъ въ пользу другихъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ; взысканіе это можетъ быть увеличено.»

## ГЛАВА XVII.

### Производство въ кассационномъ судѣ по спору о подлогѣ акта.

«Производство по спору о подлогѣ акта, гласитъ статья 1-я ординанса іюля 1837 года, допускается когда одна изъ тяжущихся сторонъ предъявила, сообщила или представила, въ теченіе производства, какой либо актъ, который признается другою стороною подложнымъ.

Изъ этого видно, что для допущенія спора о подлогѣ акта необходимо, чтобы актъ этотъ былъ предъявленъ, сообщенъ или представленъ. Основываясь на словахъ этой статьи, кассационный судъ отвергнулъ, по дѣлу Бунію, просьбу о производствѣ по спору о подлогѣ, заявленному противъ акта, который хотя и былъ показанъ числомъ въ обжалованномъ рѣшеніи, но представленіе котораго къ дѣлу ничѣмъ не было подтверждено.

«Сказанное производство, прибавляетъ ст. 2, можетъ быть начато, въ случаѣ надобности, хотя бы акты, противъ которыхъ заявляется споръ, и подвергались повѣркѣ въ дѣлѣ съ просѣющимъ о производствѣ по подлогу, но только по другимъ основаніямъ, а не въ слѣдствіе возбужденія спора о подлогѣ; когда, слѣдовательно, состоялось рѣшеніе по существу этихъ актовъ, какъ подлинныхъ.»

Порядокъ возбужденія спора о подлогѣ въ кассационномъ судѣ и въ нисшихъ судебныхъ инстанціяхъ различенъ. Что касается послѣднихъ, то, по словамъ 218 ст. устава гражданскаго судопроизводства, для заявленія спора о подлогѣ акта и для производства по оному, достаточно, чтобы лицо, представившее таковой, не пожелало его взять назадъ изъ числа доказательствъ; при чемъ желающій возбудить споръ о подлогѣ, заявляетъ о семъ канцелярн особымъ актомъ. Въ кассационномъ же судѣ не достаточно одного желанія возбудить споръ о подлогѣ, требуется

еще предварительное постановление, которое разрешает просителю заявить канцелярии о своемъ намѣреніи возбудить такой споръ. (Regl. de Juin 1738, tit. X, 2 ч., ст. 4).

Статья 1-я, главы X, второй части наказа 1738 года, опредѣляетъ слѣдующимъ образомъ порядокъ возбужденія дѣла по спору о подлогѣ. Она гласитъ: «Тяжущійся, пожелавшій получить разрѣшеніе на предьявленіе спора о подлогѣ противъ акта, представленнаго по дѣлу, обязанъ подать по этому предмету прошеніе и внести предварительно залогъ въ размѣрѣ 100 франковъ, соображаясь въ остальномъ съ правилами статей 3, 6, 7 ордонанса іюля 1737 года.»

Правила эти слѣдующія: 1) просьба должна быть подписана просителемъ или лицомъ, спеціально на то уполномоченнымъ; 2) въ этомъ прошеніи онъ долженъ ходатайствовать о допущеніи его заявить споръ противъ указанныхъ актовъ, если отвѣтчикъ пожелаетъ воспользоваться ими (ст. 3); 3) къ прошенію должна быть приложена квитанція о взносѣ залога, въ размѣрѣ 100 франковъ (ст. 7).

Просьба эта не сообщается противнику до тѣхъ поръ, пока не допускается судомъ.

Статья 2-я, главы X, второй части наказа 1738 года говоритъ, что разрѣшеніе возбудить споръ о подлогѣ дается не иначе, какъ постановленіемъ, состоявшимся въ Совѣтѣ, тогда какъ по ордонансу 1737 года, который измѣненъ наказомъ (ст. 7 и 9) дозволеніе это дается простымъ приказомъ судьи.

Лицо, получившее дозволеніе предьявить споръ о подлогѣ, обязано исполнить слѣдующія формальности:

1) Пригласить, въ трехдневный отъ постановленія срокъ, отвѣтника, по мѣсту его жительства, къ заявленію о томъ, желаетъ ли онъ воспользоваться представленнымъ имъ документомъ, или нѣтъ; приложить къ повѣсткѣ копіи—квитанціи о взносѣ залога, спеціального полномочія, если таковое имѣется, прошенія и постановленія, допускающаго возбужденіе спора о подлогѣ (Ordon. de juillet 1737, ст. 9). Все это проситель обязанъ сдѣлать подъ страхомъ недѣйствительности <sup>1)</sup>.

2) Отвѣтчикъ обязанъ отвѣчать на приглашеніе, въ трехдневный срокъ отъ полученія такового, если онъ жительствуетъ въ мѣстѣ пребыванія кассационнаго суда; въ восьмидневный, — если онъ живетъ на разстояніи десяти миль. Въ случаѣ же пребыванія

<sup>1)</sup> Въ постановленіи гражданскаго департамента по дѣлу Пини, отъ 5 апрѣля 1813 года (S., 13, I, 314), разъяснено, что теченіе трехдневнаго срока начинается отъ выдачи изъ канцеляріи копіи постановленія. Въ томъ же постановленіи признано, что трехдневный срокъ для представленія отвѣтчикомъ своего объясненія, есть срокъ фатальный.

имъ далѣе этого разстоянія, — въ срокъ, назначенный судомъ, при чемъ на каждые десять миль полагается не болѣе четирихъ дней (тотъ же орд. ст. 10).

3) Отвѣтчикъ обязанъ, въ указанный срокъ, объявить положительно, желаетъ ли онъ, или нѣтъ, воспользоваться представленнымъ имъ документомъ. Объявленіе это должно быть подписано имъ или лицомъ, специально на то уполномоченнымъ. Все это должно быть предъявлено адвокату просителя (тамъ же, ст. 11).

Въ случаѣ, говоритъ статья 3, второй части, главы X, наказа 1738 года, не изъясненія отвѣтчикомъ желанія воспользоваться документомъ, или въ случаѣ отсутствія съ его стороны заявленія, согласно ст. 11, спорящій противъ акта можетъ просить объ исключеніи онаго изъ дѣла по отношенію къ отвѣтчику.

Когда отвѣтчикъ, согласно ст. 4, изъясняетъ желаніе пользоваться документомъ, то судъ постановляетъ о повѣрѣ онаго въ порядкѣ, предписанномъ ординасомъ 1737 года.

Если, гласитъ статья 14, отвѣтчикъ пожелаетъ воспользоваться документомъ, заподозреннымъ въ подлинности, то онъ обязанъ передать таковой въ канцелярію, въ 24 часа отъ сообщенія его объявленія противной сторонѣ, и въ слѣдующіе за симъ сутки онъ обязанъ передать копію этого акта просителю, по мѣсту жительства его уполномоченнаго.

Не далѣе 24 часовъ отъ предъявленія просителю акта, переданнаго въ канцелярію, или въ 24 часа послѣ передачи такового въ канцелярію, онъ обязанъ заявить споръ о подлогѣ лично или чрезъ лицо, специально на то уполномоченное.

Въ случаѣ неисполненія этихъ формальностей, истецъ, съ одной стороны, можетъ просить о назначеніи засѣданія для исключенія этого документа, а отвѣтчикъ — для отказа въ спорѣ о подлогѣ (ст. 14 и 15 ординаса).

Если имѣется подлинникъ документа, то судъ можетъ распорядиться передачей онаго въ канцелярію (ст. 16).

Таковы формальности, предшествующія сужденію по спору о подлогѣ (Arr. Reynaud C. Toule, отъ 8 мая 1848 года, Ch. civ. — Arr. Suran, отъ 12 и 14 марта 1857, Ch. crim.)

Не слѣдуетъ ли изъ ст. 4, гласящей, что если отвѣтчикъ пожелаетъ воспользоваться документомъ, то кассационный судъ постановляетъ о заявленіи сторонами своихъ просьбъ о спорѣ нисшей судебной инстанціи, — то кассационный судъ, какъ и совѣтъ сторонъ, не долженъ вѣдать предварительную письменную подготовку по спору о подлогѣ акта, а долженъ отсылать эту подготовку къ другому суду?

Тарбе (стр. 141) полагаетъ, что кассационный судъ долженъ, во всѣхъ случаяхъ это сдѣлать, когда дѣло идетъ о спорѣ въ

подлогъ акта. Такого же мнѣнія и Леграверанъ. «Куда бы, говорить онъ, документъ, заподозрѣнный въ подлинности, ни былъ представленъ, въ кассационный-ли судъ, въ счетное отдѣленіе, въ совѣтъ сухопутной и морской войны, морскіе суды, коммерческіе, полицейскіе, мировые,—ни одинъ изъ этихъ судовъ не компетентенъ заниматься предварительной письменной подготовкой частнаго производства».

Согласно этимъ мнѣніямъ, гражданскій департаментъ, по постановленію своему по дѣлу Алькоберъ, отъ 5 апрѣля 1831 года, передалъ въ валенскій гражданскій судъ письменную подготовку дѣла по спору о подлогѣ, послѣ допущенія имъ спора о подлогѣ акта, удостовѣрившаго сообщеніе противнику постановленія о допущеніи жалобы, каковой споръ имѣлъ цѣлью признать послѣднюю недѣйствительной.

Постановленіе отъ 6 января 1809 года, (S. 9, I, 266), признаетъ за исправительными судами право разсматривать по спорамъ о подлогахъ лишь свойство фактовъ и ихъ допущеніе.

Вѣрно то, что отсылать предварительную подготовку къ регистраторамъ, какъ это предписываетъ ст. 4, значитъ всегда отсылать къ тому совѣту, при которомъ учрежденіе это состоитъ; и, говоря вообще, правило это даетъ кассационному суду безусловную власть въ этомъ отношеніи, такъ какъ послѣдній замѣнилъ собою, по словамъ ст. 4 закона 7 и 8 апрѣля 1791 года, юрисдикцію стараго совѣта, относительно всего того, что имѣетъ судебный характеръ.

Но изъ природы института кассационнаго суда вытекаетъ одно замѣчаніе. Въ отличіе отъ стараго совѣта, судъ этотъ не можетъ входить въ разсмотрѣніе актовъ, которые служили основаніемъ рѣшеннаго факта, — актовъ, относительно которыхъ уставъ гражданскаго судопроизводства сохранилъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, средство обжалованія въ порядкѣ *requête civile*. Поэтому допущеніе имъ спора о подлогѣ акта можетъ имѣть мѣсто не иначе какъ, когда этотъ споръ основанъ на нарушеніи формъ рѣшенія или обжалованнаго опредѣленія, или формъ судопроизводства при производствѣ по спору о подлогѣ. Такъ именно и разъяснено въ постановленіи отъ 31 декабря 1812 года (S., t. 16, I, 32), послѣдовавшемъ на основаніи даннаго генеральнымъ прокуроромъ, Мерленомъ, заключенія, въ которомъ этотъ ученый юристъ высказалъ, что споръ о подлогѣ, являющійся въ процессѣ въ видѣ частнаго производства, не можетъ болѣе имѣть мѣста, когда главный процессъ разрѣшенъ по существу. И это онъ основывалъ на законѣ 129, § 1, ff. de reg. jur. «Принимая во вниманіе, говорится въ этомъ постановленіи, что заявленная предъ кассационнымъ судомъ со стороны Б. просьба о допущеніи производства по спору о подлогѣ акта не содержитъ въ себѣ указанія на на-

рушеніе матеріальныхъ формъ ни одного изъ обжалованныхъ опредѣленій, ни существенныхъ формъ, обуславливающихъ ихъ правильность; что она направлена противъ протокола, который есть не болѣе какъ актъ судопроизводственный и письменной подготовки, разрѣшенный окончательно и безусловно послѣднимъ изъ этихъ постановленій; что посему просьба эта не подлежитъ принятію въ этомъ отношеніи»...

Такимъ образомъ кассационный судъ входитъ въ сужденіе лишь о тѣхъ спорахъ о подлогѣ актовъ, въ которыхъ указывается на нарушеніе существенныхъ или матеріальныхъ формъ обжалованнаго опредѣленія,—обстоятельства, отмѣченныя въ приведенномъ постановленіи.

Согласно съ этимъ, гражданскій департаментъ призналъ, въ постановленіи своемъ отъ 18 февраля 1850 года, по дѣлу Фрейдіе-Лафонъ, что не могло имѣть мѣста допущеніе спора о подлогѣ противъ рѣшенія, въ которомъ сказано, что оно состоялось въ публичномъ засѣданіи, тогда какъ противникъ утверждаетъ, что оно послѣдовало въ совѣщательной камерѣ негласно, въ присутствіи стряпчихъ сторонъ. И это рѣшеніе свое кассационный судъ основывалъ на томъ соображеніи, что въ оный не было подаваемо никакого документа, который стремился бы къ разрушенію объявленной копіи постановленія, въ которомъ сказано, что оно состоялось въ публичномъ засѣданіи.

Согласно съ этимъ, кассационный судъ отвергнулъ далѣе другимъ своимъ постановленіемъ по дѣлу Барбье, отъ 17 мая 1852 года (D., 52, I, 177) просьбу о допущеніи спора о подлогѣ, которая стремилась доказать, вопреки содержанія подлиннаго рѣшенія, что послѣднее послѣдовало въ составѣ семи вмѣсто шести членовъ. И это судъ основывалъ на томъ соображеніи, «что подлинникъ обжалованнаго рѣшенія, согласный во всемъ съ протоколомъ засѣданія, составляетъ законное доказательство того, что рѣшеніе состоялось въ такомъ составѣ членовъ, какой въ немъ указанъ; что допускать заявленіе спора, имѣющій цѣлью доказать участіе въ постановленіи рѣшенія седьмого члена,—значило бы допускать возможность опровергать, въ экстраординарномъ порядкѣ, тѣ совершенныя доказательства, которыя, вытекающія изъ актовъ, удостовѣряютъ, по словамъ закона, правильность рѣшенія; что такимъ образомъ явилась бы возможность констатировать исполненіе предписанныхъ статьями 148 и 141 формальностей не тѣми доказательствами, которыя указаны въ этихъ статьяхъ и которыя должны необходимо вытекать изъ самихъ рѣшеній и постановленій».

Но, какъ мы замѣтили уже выше, никакой законъ не ограничиваетъ власти кассационнаго суда, какъ относительно допущенія спора о подлогѣ, такъ и относительно разсмотрѣнія онаго.

По дѣламъ этого рода онъ можетъ входить въ общину всѣхъ обстоятельствъ. Во всякомъ случаѣ изъ приведенныхъ постановленийъ вытекаетъ, что, для допущенія спора о подлогѣ, судъ долженъ находить въ дѣлѣ достаточно сильныя предположенія о существованіи подлога.

Согласно съ этими началами, кассационный судъ разъяснилъ, въ постановленіи своемъ отъ 26 апрѣля 1843 года по жалобѣ Мурно, по дѣлу объ экспроприаціи для общественной пользы, что нельзя было допустить заявленія спора о подлогѣ противъ протокола директора жюри, на томъ основаніи, что этотъ экстраординарный порядокъ заявленія спора можетъ имѣть мѣсто не иначе, какъ когда существуютъ достаточно сильныя и многочисленныя улики, которыя можно считать устраняющими законную презумпцію о правильности составленнаго протокола.

Заявившій неуважительный споръ о подлогѣ присуждается къ штрафу въ размѣрѣ 300 франковъ, считая въ томъ числѣ и тѣ 100 франковъ, которые внесены предварительно. Это явствуетъ изъ статьи 50, главы II, ордонанса іюля 1737 года, которая гласитъ: «Присужденіе къ штрафу имѣетъ мѣсто всякій разъ, когда проситель, заявивъ канцеляріи споръ о подлогѣ, отказался отъ него или не доказалъ подлога, по непредставленію ли достаточныхъ доказательствъ, или по неисполненію имъ предписанныхъ закономъ формальностей. Присужденіе къ штрафу имѣетъ мѣсто, хотя бы объ этомъ не было положительно сказано въ рѣшеніи и хотя бы проситель заявилъ, что онъ подлогъ хочетъ преслѣдовать не въ порядкѣ частнаго производства, а въ видѣ самостоятельнаго дѣла».

Но строгость этой статьи умѣряется постановленіемъ слѣдующей 51 статьи, которая гласитъ: «Присужденіе къ штрафу не можетъ имѣть мѣста, когда актъ или акты, заподозрѣнные въ подлинности, будутъ признаны подложными въ цѣлости или части, или когда они были исключены изъ дѣла; равнымъ образомъ тогда, когда просьба о допущеніи спора о подлогѣ не была допущена или сопровождалась заявленіемъ спора канцеляріи суда, но была отвергнута судьями или оставлена ими безъ уваженія. Во всѣхъ этихъ случаяхъ внесенная просителемъ сумма, для обезпеченія сказаннаго штрафа, возвращается ему, хотя бы о такомъ возвращеніи не было сдѣлано распоряженія въ рѣшеніи».

Согласно съ этими постановленіями, гражданскій департаментъ распорядился въ рѣшеніяхъ своихъ по дѣлу Мурно, отъ 26 апрѣля 1843 года, Полтье, отъ 31 декабря 1850 года, по дѣлу Донзеле, отъ 31 декабря 1850 года, о возвращеніи залоговъ, внесенныхъ по спорамъ о подлогѣ.

## ГЛАВА XVIII.

### Соединенные департаменты кассационнаго суда.

Передача дѣла на разсмотрѣніе соединенныхъ департаментовъ есть учрежденіе новое. То, что мы въ настоящее время называемъ департаментомъ прошеній, гражданскимъ департаментомъ и департаментомъ уголовнымъ, составляло въ прежнее время два бюро или отдѣленія совѣта, которые, подобно комитетамъ современнаго государственнаго совѣта, представляли свои работы общему собранію совѣта, постановлявшаго рѣшенія послѣ разсмотрѣнія таковыхъ. При такомъ положеніи вещей нельзя было апеллировать общему собранію на рѣшенія совѣта, такъ какъ рѣшенія эти были произведеніемъ всего совѣта.

Съ другой стороны, идея сдѣлать примѣненіе закона единообразнымъ во всѣхъ судебныхъ мѣстахъ не могла возникнуть въ такое время, когда каждый парламентъ, обнимая собою известное число провинцій, которыя управлялись или писаннымъ закономъ, или различными обычаями, сообразовался въ своей судебной практикѣ въ одно и то же время съ этимъ правомъ и обычаями и съ эдиктами и ордонансами. Идея эта могла зародиться лишь съ появленіемъ одного кодекса законовъ, примѣнимыхъ ко всей Франціи. Вотъ почему законодатель считалъ необходимымъ призвать всѣ отдѣленія кассационнаго суда къ устраненію различія относительно смысла закона, когда таковое возникаетъ не только между судами первой и второй инстанціи, но и между этими судами и однимъ изъ отдѣленій кассационнаго суда.

Такимъ образомъ соединенные департаменты составляютъ вторую степень юрисдикціи по отношенію къ отдѣльнымъ департаментамъ кассационнаго суда. Мнѣніе соединенныхъ департаментовъ есть послѣднее выраженіе предполагаемой мысли законодателя. Въ этомъ именно смыслѣ слѣдуетъ понимать это мнѣніе, какъ по закону 1 декабря 1790 года, статья 1 котораго гласитъ: «что учреждается кассационный судъ при законодательномъ корпусѣ», такъ и для того, чтобы показать, что этотъ судъ есть самый высшій органъ закона. Это же вытекаетъ изъ закона 1 апрѣля 1857 года, который обязываетъ суды первой и второй инстанцій, въ которые дѣло передано на новое разсмотрѣніе, послѣ кассации со стороны соединенныхъ департаментовъ, сообразоваться съ ихъ рѣшеніемъ по вопросу разрѣшеннаго права.

Во всякомъ случаѣ, до признанія за кассационнымъ судомъ послѣдняго слова въ дѣлѣ правосудія, дошли послѣ многихъ колебаній.

При дѣйствіи закона, 1-го декабря 1790 года, статья 21, вопросъ права, разрѣшенный, послѣ двукратной кассации по одному

и тому же дѣлу, въ противоположномъ смыслѣ, былъ, до его примѣненія въ третій разъ, передаваемъ кассационнымъ судомъ на обсужденіе законодательнаго корпуса, и засимъ только судъ этотъ сообразовался съ легальнымъ толкованіемъ.

При господствѣ закона 27 вентоза VIII года, статья 78, когда, послѣ кассаци, второе рѣшеніе по существу подверглось обжалованію по тѣмъ же поводамъ какъ и первое,—рѣшеніе вопроса было передаваемо всѣмъ соединеннымъ отдѣленіямъ кассационнаго суда.

Наконецъ, при дѣйствіи закона 16 сентября 1807 года, кассационный судъ могъ, послѣ втораго рѣшенія, или рѣшать дѣло самовластно, или испрашивать легальное толкованіе. Но въ такомъ случаѣ онъ рѣшалъ дѣло въ соединенныхъ отдѣленіяхъ, подъ предсѣдательствомъ великаго судьи, по словамъ 4-й статьи этого закона.

При дѣйствіи этого закона легальное толкованіе было обязательно, когда третье рѣшеніе постановлено было въ смыслѣ первыхъ двухъ (ст. 5).

Изъ этого положенія вещей явствуетъ неудобство вмѣшательства законодательной власти въ рѣшеніе споровъ.

Законъ 30 іюля 1828 года устранилъ этотъ недостатокъ, предоставилъ судамъ первой и второй инстанціи, куда дѣло передано на новое разсмотрѣніе, власть постановлять окончательныя рѣшенія по вопросамъ права за или противъ мнѣнія кассационнаго суда. Но неудобство этого закона заключалось въ томъ, что онъ ставилъ авторитетъ кассационнаго суда ниже авторитета апелляционныхъ судовъ и даже судовъ первой инстанціи. Это обстоятельство и вызвало законъ 1-го апрѣля 1837 года, который предоставляетъ кассационному суду, въ случаѣ вторичной жалобы по одному и тому же дѣлу, окончательное опредѣленіе по вопросу права.

Статья 1-я этого закона редактирована въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «Когда послѣ кассаци перваго рѣшенія или постановленія, состоявшагося въ послѣдней инстанціи, будетъ обжаловано по тѣмъ же поводамъ послѣднее рѣшеніе, послѣдовавшее по одному и тому же дѣлу, между тѣми же лицами, дѣйствующими въ томъ же качествѣ, какъ и прежде, то кассационный судъ разрѣшаетъ эту жалобу въ соединенныхъ департаментахъ.

Ст. 2. «Въ случаѣ кассаци втораго рѣшенія по тѣмъ же мотивамъ, по которымъ было отмѣнено первое рѣшеніе, судъ первой или второй инстанціи, куда дѣло передано было на новое разсмотрѣніе, обязанъ руководствоваться опредѣленіемъ кассационнаго суда, относительно разрѣшеннаго послѣднимъ вопроса права».

Ст. 3. «Палата разрѣшаетъ дѣла въ обыкновенномъ засѣданіи,

развѣ бы свойство дѣла требовало сужденія о немъ въ торжественномъ засѣданіи».

Такимъ образомъ для того, чтобы дѣло переходило на разсмотрѣніе соединенныхъ департаментовъ, необходимо, по словамъ этого закона, чтобъ вопросъ шелъ о томъ же дѣлѣ, между тѣми же лицами, дѣйствующими въ томъ же качествѣ, какъ и прежде, и чтобы рѣшеніе было остановлено по тѣмъ же поводамъ.

Если второе рѣшеніе не послѣдовало между тѣми же лицами, ни обжаловано по тѣмъ же поводамъ кассациі, если споръ измѣнилъ свой характеръ, если факты были иначе квалифицированы (см. *arg. Reuillon*, отъ 20 января 1846 года D., 46, I, 66), и если, наконецъ, не было тождественности въ вопросѣ права по первому и второму рѣшенію, то нельзя обращаться съ жалобой въ соединенные департаменты. Жалоба, заявляемая въ подобномъ случаѣ, разрѣшается въ обыкновенномъ засѣданіи департаментомъ гражданскимъ или уголовнымъ, смотря по характеру дѣла, и въ такомъ порядкѣ, какъ будто дѣло это является въ первый разъ предъ кассационнымъ судомъ (см. *Arg. l'Etat C. la Comm. de Monfort*, отъ 31 августа 1842 года; D., 42, I, 414. *Deschamps*, отъ 16 апрѣля 1850 года; D., 50, I, 244. *Comp. de Phénix*, отъ 23 декабря 1851 года; D., 54, I, 401. *Manent*, отъ 10 августа 1853 г.; D., 53, I, 341. *Jacqueline*, отъ 12 февраля 1856 г.; D., 56, I, 206).

Примѣняя эту доктрину къ тому случаю, когда кассационный судъ отвергнулъ сервитутъ по отсутствію титула для такового, а судъ, разсматривающій дѣло вновь, призналъ этотъ сервитутъ на основаніи давности, — слѣдуетъ сказать, что переходъ этого дѣла на разсмотрѣніе соединенныхъ департаментовъ не можетъ имѣть мѣста.

Постановленіе, которымъ одинъ изъ департаментовъ кассационнаго суда признаетъ дѣло себѣ неподсуднымъ и отсылаетъ такое въ соединенные департаменты, есть постановленіе чисто подготовительное; оно не обязываетъ послѣднихъ, которые могутъ, по разсмотрѣніи дѣла, отсылать его обратно, въ части или цѣлости, въ департаментъ, признавшій себя некомпетентнымъ (см. *Arg. Prus C. la Comm. de Versigny*, отъ 25 апрѣля 1843 года и *Arg. les Douanes C. Mendibourre*, отъ 13 марта 1844 г.).

По этому послѣднему дѣлу уголовный департаментъ отослалъ стороны, по постановленію своему отъ 28 апрѣля 1843 года, къ соединеннымъ департаментамъ, не объяснивъ, что эта передача относится лишь къ нѣкоторымъ специальнымъ вопросамъ. Но такъ какъ въ дѣлѣ встрѣчались нѣкоторые пункты, въ разсмотрѣніе которыхъ уголовный департаментъ могъ входить, то кассационный судъ не разрѣшалъ таковыхъ, высказавъ при этомъ слѣдующее:

«Принимая во вниманіе, что вопросъ, который подлежитъ теперь обсужденію кассационнаго суда, есть единственный, въ разсмотрѣніе котораго могутъ законно входить соединенные департаменты, по словамъ закона 1-го апрѣля 1837 года, и что по другимъ вопросамъ, возбужденнымъ въ жалобѣ таможенной администраціи, уголовный департаментъ не почерпалъ своей юрисдикціи; что посему стороны должны процессировать предъ послѣднимъ...» Кассационный судъ отослалъ дѣло на разрѣшеніе этого департамента.

Но часто случалось, что департаменты ограничивали передачу дѣлъ, предоставляя себѣ тѣ пункты, которые они считали подлежащими ихъ разрѣшенію. Такъ поступилъ гражданскій департаментъ по дѣлу Беноль К. Сало-Монташе, по постановленію отъ 25 мая 1853 года.

Тѣмъ не менѣе, когда новые кассационные поводы, которые не были еще въ разсмотрѣніи соединенныхъ департаментовъ, смѣшиваются съ тѣми, которые составляли уже предметъ спора, и притомъ такъ, что могутъ вести къ одному и тому же рѣшенію, то соединенные департаменты могутъ входить въ ихъ оцѣнку, точно также, какъ это могъ бы сдѣлать департаментъ, признавшій себя некомпетентнымъ. (См. Arr. отъ 27 Мая 1842 года, aff. Gavard).

При оцѣнкѣ компетентности соединенныхъ департаментовъ, слѣдуетъ также принимать въ соображеніе различіе между существомъ и формой: существо дѣла не можетъ быть передаваемо на разсмотрѣніе соединенныхъ департаментовъ, если оно подлежитъ обсужденію одного изъ департаментовъ кассационнаго суда. Такимъ образомъ, когда вторичное постановленіе апелляціоннаго суда согласно съ первымъ, но уклоняется отъ него въ одномъ пунктѣ, рѣшеніе котораго представляется съ новой точки зрѣнія, то обсужденіе этого пункта принадлежитъ не соединеннымъ камерамъ, а тому департаменту, куда первоначально подана жалоба. Ибо не только пунктъ этотъ можетъ дать поводъ къ новому обжалованію, но по словамъ закона 1-го апрѣля 1837 года, судъ, разсматривающій дѣло вновь, обязанъ подчиниться сужденію кассационнаго суда лишь послѣ двукратнаго разсмотрѣнія послѣднимъ одной и той же части рѣшенія.

Иначе бываетъ съ тѣми поводами кассациіи, которые касаются нарушенія формъ производства въ кассационномъ судѣ. Такъ какъ вѣдѣніе поводовъ этого рода принадлежитъ послѣднему, то онъ можетъ разрѣшать таковыя въ соединенныхъ департаментахъ, хотя бы поводы эти и заявлены были предъ этими департаментами въ первый разъ. Такъ по дѣлу таможенной администраціи, рѣшенному 12 марта 1846 года, кассационный судъ, по соединеннымъ департаментамъ, призналъ недѣйствительнымъ предъявленіе поста-

новления о допущеніи жалобы, и, слѣдовательно, недѣйствительной и жалобу, вслѣдствіе заявленнаго отвѣтчикомъ въ первый разъ предъ соединенными департаментами возраженія о недѣйствительности, хотя послѣдній неявился въ гражданскій департаментъ и не представлялъ тамъ своего возраженія.

Соединенные департаменты, разрѣшая главную часть постановленія, могутъ также входить въ разсмотрѣніе тѣхъ пунктовъ, которые составляютъ принадлежность или послѣдствіе оной. (См. Arr., отъ 14 декабря 1846 года, генеральный прокуроръ Мишелини).

Къ нимъ слѣдуетъ обращаться въ случаѣ вторичной жалобы, заявленной во исполненіе закона 1 апрѣля 1837 года; равнымъ образомъ и тогда, когда генеральный прокуроръ жалуется въ кассационномъ порядкѣ, въ интересъ закона, на рѣшеніе, которое не обжаловано сторонами (см. Arr. Michelini и Arr. Joys C. Martin, отъ 23 мая 1853 года; D., 54, I, 47).

Суды первой и второй инстанціи, куда дѣло передается на новое разсмотрѣніе, будучи обязаны подчиниться сужденію кассационнаго суда, не могутъ входить въ его оцѣнку. И когда дѣло не представляетъ другаго вопроса, кромѣ того, по которому высказались уже соединенные департаменты, то рѣшеніе этихъ судовъ, въ случаѣ уклоненія отъ доктрины кассационнаго суда, подлежитъ уничтоженію по причинѣ нарушенія предѣловъ власти. (Arr. Dezetang, отъ 7 іюля 1847 г.; S., 47, I, 630, Ch. crim).

Мы видѣли, что право хранителя печатей предсѣдательствовать въ соединенныхъ департаментахъ по дѣламъ общимъ должно считаться отмѣненнымъ по законамъ 30 іюля 1828 г. и 1-го апрѣля 1837 года. Но не такъ бываетъ съ дисциплинарными дѣлами. По этимъ дѣламъ онъ сохранилъ право юрисдикціи, которое вытекаетъ изъ 82 статьи сенатусъ-консультъ 16 термидора года X (4 августа 1802), которая гласитъ: «Кассационный судъ, предсѣдательствуемый имъ (великимъ судьей), имѣетъ право надзора и дисциплины за судами апелляционными и уголовными; онъ, въ важныхъ случаяхъ, можетъ отрѣшать судей отъ должности, требовать ихъ предъ великимъ судьей для дачи отчета въ своихъ дѣйствіяхъ».

Тарбе говоритъ (стр. 90), что вопросъ о томъ, сохранилъ ли хранитель печатей право предсѣдательствовать въ соединенныхъ департаментахъ по дѣламъ дисциплинарнымъ, разсматривался кассационнымъ судомъ, который, въ засѣданіи 30 апрѣля 1832 года, пришелъ къ изложенному выше заключенію.

## ГЛАВА XIX.

### Раздѣленіе голосовъ.

(des partages).

По статьѣ 63 закона 27 вентоза VIII года, число судей, необходимыхъ для постановленія рѣшенія въ кассационномъ судѣ, должно быть не менѣе одиннадцати. Между тѣмъ каждый департаментъ состоитъ изъ 16 членовъ, считая и президента, за исключеніемъ, однакоже, первоприсутствующаго.

Изъ этого вытекаетъ, что число судей, участвующихъ въ засѣданіи, можетъ быть и четное и что иногда возможно раздѣленіе голосовъ.

Въ подобномъ случаѣ, законъ 11 брюмера IV года, статья 23, требовалъ переноса дѣла въ соединенные департаменты. Но законъ этотъ былъ измѣненъ статьей 65 закона 27 вентоза VIII года и ст. 5 ордонанса 15 января 1826 года, которая постановляетъ, «что, въ случаѣ раздѣленія голосовъ, для разрѣшенія спора, приглашаются пять совѣтниковъ, сначала изъ членовъ департамента, не участвовавшихъ въ обсужденіи дѣла, и субсидіарно изъ членовъ другихъ департаментовъ, по порядку старшинства».

Порядокъ старшинства былъ опредѣленъ кассационнымъ судомъ 22 ноября 1841 и 6 ноября 1849 года, который разъяснилъ, что, для исполненія этого постановленія, слѣдуетъ, послѣ членовъ департамента, не участвовавшихъ въ обсужденіи дѣла, пригласить старѣйшихъ членовъ другихъ департаментовъ *по порядку назначенія на должность*, порядокъ, по которому составляется членскій списокъ кассационнаго суда.

Присутствіе всѣхъ членовъ, участвовавшихъ въ засѣданіи, въ которомъ послѣдовало раздѣленіе голосовъ, необходимо, на сколько это возможно, для его разрѣшенія. Дѣйствительно, мнѣнія ихъ въ нѣкоторой степени составляютъ достояніе тяжущихся. По этому отсутствіе ихъ изъ засѣданія, въ которомъ обсуждается раздѣленіе, можетъ быть мотивировано лишь тяжелой болѣзнью, смертью и принудительнымъ удаленіемъ; временнаго отсутствія не достаточно.

Такимъ образомъ по дѣлу Рошъ, разсматривавшемся, по случаю раздѣленія голосовъ, 26 февраля 1840 года, состояніе болѣзни одного изъ членовъ, участвовавшихъ въ раздѣленіи, было признано кассационнымъ судомъ достаточной причиною для рѣшенія дѣла и безъ него. Тоже было и по дѣлу Барбо, разсматривавшемся 21 іюня 1841 года. Но по жалобѣ прокурорскаго надзора противъ Годфроя, разрѣшенной уголовнымъ департаментомъ 1 апрѣля 1842 года, дѣло было отложено потому, что мотивомъ неявки совѣтника въ засѣданіе были личныя его обстоя-

тельства. То же было при раздѣленіи голосовъ по дѣламъ Менъенъ и синдика Бель-Иль, которыя назначались къ новому разсмотрѣнію на 13 и 14 января 1852 года, но потомъ были отложены на 27 января и 2 февраля по причинѣ временнаго отсутствія одного изъ совѣтниковъ, участвовавшихъ въ постановленіи о раздѣленіи голосовъ.

Когда, по причинѣ болѣзни, отсутствія или смерти, который либо изъ судей, участвовавшихъ въ постановленіи о раздѣленіи голосовъ, не можетъ явиться въ засѣданіе, то слѣдуетъ призывать не 5 только судей, такъ какъ при четномъ числѣ ихъ могло бы опять произойти раздѣленіе голосовъ, а шесть, по порядку старшинства. Это имѣло мѣсто въ приведенныхъ выше дѣлахъ Рошъ и Годфроа, рѣшенныхъ 26 февраля 1840 и 1 апрѣля 1842 г.

Но если вмѣсто одного члена, участвовавшего въ раздѣленіи голосовъ, отсутствуютъ два, то слѣдуетъ ли, для замѣщенія ихъ, призывать двухъ членовъ сверхъ пяти, которые должны быть со зываемы?

Въ дѣлѣ Тайлла, рѣшенномъ постановленіемъ гражданскаго департамента отъ 6 іюля 1847 года, кассационный судъ полагалъ, что изъ 14 членовъ, участвовавшихъ въ раздѣленіи, десяти достаточно, вмѣстѣ съ приглашенными пятью членами, для разрѣшенія онаго. Но было бы иначе, еслибы изъ четырнадцати членовъ явились одиннадцать; въ этомъ случаѣ, для избѣжанія новаго раздѣленія, слѣдовало бы пригласить шесть членовъ.

Что же было бы, еслибы, по случаю смерти или другой уважительной причины, изъ членовъ, участвовавшихъ въ раздѣленіи, явилось менѣе одиннадцати, — цифры обязательной для состава каждаго департамента? Слѣдовало бы составить присутствіе изъ одиннадцати членовъ сверхъ пяти отсутствующихъ? Наврядъ ли. Не слѣдуетъ упускать изъ виду того, что, въ дѣйствительности, вопросы о раздѣленіи голосовъ обсуживаются въ обыкновенномъ засѣданіи, которое можетъ быть составляемо не болѣе какъ изъ одиннадцати членовъ. Слѣдовательно, въ приведенномъ случаѣ достаточно было бы составить присутствіе изъ одиннадцати членовъ, считая въ томъ числѣ и пять отсутствующихъ.

Мы видѣли, что для разрѣшенія вопроса о раздѣленіи голосовъ, призываются послѣ членовъ департамента, неучаствовавшихъ въ раздѣленіи, совѣтники другихъ департаментовъ по порядку старшинства.

Выраженіемъ «совѣтникъ» ордонась 15 января 1815 года, кажется, исключаетъ предсѣдателя департамента. Дѣйствительно, въ этомъ смыслѣ понимали всегда эту статью.

Но когда раздѣленіе голосовъ послѣдовало по департаменту, въ которомъ обыкновенно не предсѣдательствуетъ старшій предсѣдатель, то послѣдній можетъ входить въ составъ тѣхъ пяти

членовъ, которые приглашаются для разрѣшенія вопроса о раздѣленіи. Причина этого различія заключается въ томъ, что старшій предсѣдатель, будучи президентомъ всего кассационнаго суда, можетъ предсѣдательствовать въ каждомъ изъ департаментовъ, когда онъ считаетъ это нужнымъ. Такъ по дѣлу Пинклу, рѣшенному 6 мая 1856 года, первоприсутствующій, засѣдающій обыкновенно въ гражданскомъ департаментѣ, предсѣдательствовалъ въ уголовномъ департаментѣ, когда вопросъ шелъ о разрѣшеніи вопроса о раздѣленіи голосовъ, послѣдовавшемъ въ этомъ департаментѣ.

Принято также, что генеральный прокуроръ даетъ свое заключение по вопросамъ о раздѣленіи голосовъ, какъ это и случилось неоднократно.

При отсутствіи генеральнаго прокурора, заключение даетъ обыкновенно тотъ изъ генеральныхъ адвокатовъ, который давалъ уже заключение по дѣлу, которое требуетъ разрѣшенія вопроса о раздѣленіи голосовъ.

Когда дѣло идетъ о созваніи пяти судей взаимно отсутствующихъ, при чемъ, какъ извѣстно, сначала приглашаются члены департамента, которые не участвовали въ обсужденіи дѣла, — то можно ли взять ихъ изъ числа тѣхъ, которые назначены или прикомандированы къ департаменту со времени объявленія раздѣленія голосовъ? Вопросъ этотъ былъ разрѣшенъ отрицательно 22 ноября 1841 года.

И дѣйствительно, это приобрѣтенное сторонами право—имѣть судьями, вмѣсто отсутствующихъ, тѣхъ, которые принадлежали къ составу департамента въ моментъ раздѣленія, вмѣстѣ съ тѣми, которые значились въ это время старѣйшими въ спискахъ кассационнаго суда. Позднѣйшія назначенія судей на мѣсто выбывшихъ не могутъ измѣнить въ этомъ отношеніи права сторонъ, разъ установленнаго до того времени.

Согласно съ этимъ началомъ, по дѣлу Сальва о раздѣленіи голосовъ, разсматривавшемся 8 іюня 1847 года, не былъ приглашенъ, взаимно отсутствующаго члена, къ участию въ обсужденіи этого раздѣленія, одинъ изъ генеральныхъ адвокатовъ, назначенный недавно совѣтникомъ гражданскаго департамента, потому что въ день раздѣленія онъ не входилъ еще въ составъ этого департамента. То же было и по дѣлу Героль, разбиравшемся 9 іюня 1856 года.

10 апрѣля 1843 года обсуждался вопросъ о раздѣленіи голосовъ, послѣдовавшемъ въ соединенныхъ департаментахъ кассационнаго суда. И было рѣшено призывать въ подобномъ случаѣ, взаимно отсутствующихъ, всѣхъ совѣтниковъ, которые не принимали участія въ постановленіи о раздѣленіи голосовъ. Это дѣйствительно имѣло мѣсто.

Вопросъ о томъ, могутъ ли члены департамента прошеній, участвовавшіе въ допущеніи жалобы и причисленные засимъ къ составу гражданскаго департамента, засѣдать, взаимно отсутствующихъ членовъ, по дѣлу о раздѣленіи голосовъ, послѣдовавшемъ въ гражданскомъ департаментѣ,—не представляетъ никакого затрудненія, даже что касается докладчика, который, по словамъ 20 статьи закона 2 брюмера, не можетъ исполнять обязанности лишь докладчика по дѣлу, которое имъ доложено уже. Но если заключеніе въ департаментѣ прошеній давалъ генеральный адвокатъ, сдѣлавшійся засимъ совѣтникомъ гражданскаго департамента, то намъ кажется, что вопросъ представляется въ другомъ видѣ, такъ какъ высказанное имъ публично мнѣніе служить основаніемъ къ устраненію его отъ участія въ разрѣшеніи дѣла.

## ГЛАВА XX.

### Объ отказѣ отъ права иска.

(Des desistements).

Наказъ августа 1738 года ничего не постановляетъ о формѣ и дѣйствіи отказа отъ права иска.

Уставъ гражданскаго судопроизводства постановляетъ, въ статьяхъ 402 и 403, что отказъ этотъ можетъ быть дѣлаемъ и принимаемъ простыми актами, подписанными тяжущимися или ихъ уполномоченными и предъявляемыми отъ страпачаго страпачему, и что принятый отказъ влечетъ за собою: 1, соглашеніе о томъ, что дѣло возвращается, съ одной и другой стороны, въ то положеніе, въ которомъ оно находилось до предъявленія иска; 2, обязанность уплатить издержки, къ каковому платежу отказывающаяся сторона можетъ быть принуждаема приказомъ предсѣдателя.

Правила эти примѣняются къ отказамъ, дѣлаемымъ предъ кассационнымъ судомъ, съ послѣдующими различіями.

Если жалоба находится въ производствѣ департамента прошеній, то одно простое заявленіе со стороны тяжущагося канцеляріи суда, засвидѣтельствованное его адвокатомъ, или заявленіе адвоката, снабженнаго специальнымъ уполномочіемъ, считалось всегда достаточнымъ, такъ какъ въ дѣлѣ участвуетъ покамѣстъ та сторона, которая принесла кассационную жалобу.

Равнымъ образомъ кассационный судъ можетъ по просьбѣ истца выдать ему удостовѣреніе объ его отказѣ.

Иногда, впрочемъ, стороны расположены отказываться отъ своего права на искъ еще до подачи жалобы въ кассационный судъ. Въ дѣлахъ объ экспроприаціи для общественной пользы случалось, что, послѣ заявленія жалобы канцеляріи суда, постановившаго обжалованное опредѣленіе, но до отсылки въ касса-

ціонный судъ подтверждающихъ оную документовъ, сторона являлась въ канцелярію послѣдняго для заявленія о своемъ отказѣ, который былъ однакоже отвергнутъ, такъ какъ жалоба не поступала еще въ кассационный судъ. Въ подобномъ случаѣ отказъ долженъ быть заявленъ отвѣтчику внѣ судебнымъ актомъ и принять имъ. Но когда производство по жалобѣ находится уже въ кассационномъ судѣ, то отказъ можно дѣлать и принимать чрезъ заявленіе канцеляріи.

Мы сказали выше, что когда жалоба находится въ производствѣ департамента прошеній, то одного заявленія канцеляріи со стороны кассатора о томъ, что онъ отказывается отъ своего иска, достаточно для погашенія дѣла въ началѣ онаго. Но когда имѣется въ наличности постановленіе о допущеніи жалобы и производство въ гражданскомъ департаментѣ, то статьи 402 и 403 устава гражданского судопроизводства получаютъ полное примѣненіе; отказъ долженъ быть принятъ.

Иногда возникаютъ затрудненія относительно полученія согласія на принятіе, когда отвѣтчики многочисленны или жительствуютъ въ отдаленности. Въ этомъ случаѣ кассаторъ ходатайствуетъ о постановленіи, разрѣшающемъ отказъ. Но для того, чтобы все было покончено, необходимо, чтобы кассационный судъ, разрѣшая отказъ, отвергнулъ жалобу, иначе простой актъ о разрѣшеніи отказа констатировалъ бы лишь фактъ отказа. И еслибъ противныя стороны, не принявшія послѣдняго, имѣли какой либо интересъ въ продолженіи дѣла и рѣшеніи онаго, то въ этомъ не могло бы имъ мѣшать постановленіе, которое ограничивалось лишь разрѣшеніемъ отказа, не отвергнувъ самой жалобы. По принципу, непринятый отказъ не обязываетъ противника, даже сторона отказавшаяся можетъ взять назадъ свой отказъ. Но принятіе отказа обязываетъ, даже еслибъ таковое послѣдовало подъ извѣстными условіями (Arg. Leroux—Beaulieu, отъ 24 февраля 1835 г.; Delos, отъ 17 января 1838; duc d'Aumale, отъ 26 августа 1844 года).

Когда кассаторъ представилъ въ канцелярію кассационнаго суда постановленіе о допущеніи его жалобы, отвѣтчикъ же не назначилъ еще адвоката, когда, слѣдовательно, отвѣтчикъ не сдѣлалъ еще никакихъ расходовъ, которыми онъ могъ бы мотивировать желаніе получить рѣшеніе, а отказъ кассатора даетъ ему все то, чего онъ можетъ требовать,—то нѣтъ основанія къ непринятію канцеляріей отказа и къ не исключенію дѣла изъ списка. Отказъ даетъ въ этомъ случаѣ кассатору право взять назадъ представленное имъ производство.

Въ случаѣ назначенія адвоката отвѣтчикомъ, можно довольствоваться принятіемъ отказа со стороны адвоката, хотя бы послѣдній и не имѣлъ на это спеціальнаго уполномочія; ибо адво-

каты, будучи обязанъ поддерживать обжалованное опредѣленіе, тѣмъ самымъ вправѣ принимать отказъ, выполняющій эту цѣль, придавая этому рѣшенію силу судебного рѣшенія. Такъ дѣйствительно и бываетъ, когда отказъ ясенъ и простъ. Если же онъ дѣлается подъ извѣстными условіями, напр. подъ условіемъ отреченія отъ вознагражденія, то адвокатъ можетъ принимать его не иначе, какъ будучи на это уполномоченъ особою довѣренностью, подъ страхомъ спора противъ его дѣйствій, выходящихъ изъ предѣловъ полномочія.

Изъявленный и принятый отказъ по дѣлу предупреждаетъ рѣшеніе и, слѣдовательно, присужденіе кассатора къ штрафу, къ вознагражденію убытковъ и издержекъ. Поэтому кассаторъ, сознающій, что его жалоба не имѣетъ достаточныхъ основаній, имѣетъ интересъ отказаться отъ оной. Но это вѣрно только тогда, когда дѣло поступило уже въ гражданскій департаментъ. Когда же кассаторъ отказался отъ своего иска послѣ подачи имъ жалобы въ департаментъ прошеній, то это для него безразлично. И дѣйствительно, если отказомъ въ гражданскомъ департаментѣ онъ предупреждаетъ присужденіе его къ вторичному штрафу въ размѣрѣ 150 франковъ, который законъ не обязываетъ его внести предварительно, то онъ не освобождается отъ предварительнаго залога, который онъ долженъ былъ внести при подачѣ жалобы. Поэтому хотя отказъ, послѣдовавшій при производствѣ дѣла въ гражданскомъ департаментѣ, и можетъ сберечь кассатору расходы по рѣшенію онаго, но онъ не имѣетъ своимъ результатомъ возвращеніе ему внесеннаго залога. И всякій разъ, когда въ подобномъ случаѣ департаментъ прошеній допускалъ отказъ, онъ всегда присуждалъ отказавшуюся сторону къ штрафу въ размѣрѣ 150 франковъ. Когда же отказу не предшествуетъ постановленіе о разрѣшеніи онаго, то фискальный принципъ требуетъ, чтобы права, правильно пріобрѣтенныя, не возстановлялись. Слѣдовательно, залогъ, внесенный предварительно при подачѣ жалобы, всегда остается въ пользу казны. Отказъ отъ иска служить, впрочемъ, доказательствомъ, что цѣль законодателя — наказать штрафомъ необдуманнаго жалобщика — достигнута, такъ какъ сама сторона признаетъ неосновательность своей жалобы.

Приведенное правило не допускаетъ исключенія. Тѣмъ не менѣе департаментъ прошеній постановилъ 21 мая 1849 года о возвращеніи залога нѣкому Боссе, который, послѣ подачи жалобы на постановленіе о личномъ его задержаніи, отказался отъ оной по обнародованіи декрета, отмѣниващаго арестъ за долги. По этому случаю кассационный судъ разъяснилъ, что жалоба не подлежитъ разрѣшенію, такъ какъ она, по случаю изданія связаннаго закона, лишилась своего предмета. Въ виду сего онъ и постановилъ о возвращеніи залога. Но постановленіе это, основан-

ное на частномъ обстоятельствѣ, не примѣнимо ни къ какому другому дѣлу.

Когда жалоба поступила въ гражданскій департаментъ, а между тѣмъ состоялось постановленіе о допущеніи отказа и присужденіи къ штрафу, то приобрѣтается ли въ пользу государственной казны только 150 франковъ? Въ этомъ случаѣ отказъ, сопровождаемый постановленіемъ, производить то же дѣйствіе, какъ и признаніе жалобы неуважительной, т. е. штрафъ полагается въ размѣрѣ 300 франковъ, какъ это и разъяснено постановленіемъ по дѣлу Леру-Болье, отъ 24 февраля 1835 года (см. это постановленіе въ S., 35, I, 273).

Въ этомъ дѣлѣ кассаторъ препроводилъ къ отвѣтчику отказъ, засвидѣтельствованный нотаріальнымъ порядкомъ, по который не былъ принятъ послѣднимъ. Вслѣдствіе этого онъ обратился къ кассационному суду съ просьбой о разрѣшеніи ему отказа и о возвращеніи ему залога на томъ основаніи, что постановленіе, имѣющее послѣдовать по этому предмету, не можетъ, въ виду добровольнаго отказа, имѣть значенія признанія его жалобы неуважительной.

Но кассационный судъ, «принимая во вниманіе, что возвращеніе внесеннаго залога можетъ, по словамъ наказа 1738 года, имѣть мѣсто лишь въ случаѣ кассации обжалованнаго опредѣленія», — разрѣшилъ ему отказъ, присудивъ его къ залогу въ пользу казны въ размѣрѣ 300 франковъ. Отъ вознагражденія же отвѣтчика за расходы, судъ освободилъ кассатора, въ виду послѣдовавшаго со стороны перваго отреченія отъ сего.

Изъ постановленія гражданскаго департамента, отъ 26 августа 1844 года, по дѣлу герцога Омальскаго, вытекаетъ, кажется, что, для разрѣшенія вопроса о томъ, влечетъ ли за собой отказъ, или нѣтъ, присужденіе къ штрафу, слѣдуетъ различать, сдѣлается ли споръ состязательнымъ предъ гражданскимъ департаментомъ, или нѣтъ.

Вотъ подлинныя слова этого постановленія:

«Хотя кассационный судъ не имѣлъ надобности разрѣшать жалобу, но принимая во вниманіе, что отказъ послѣдовалъ лишь послѣ предъявленія постановленія о допущеніи и послѣ предварительной письменной подготовки дѣла предъ гражданскимъ департаментомъ, — присуждаетъ кассатора къ штрафу, въ размѣрѣ 300 франковъ, въ пользу казны».

Въ томъ же смыслѣ высказался кассационный судъ въ рѣшеніи по дѣлу Дела (ch. civ., отъ 17 янв. 1838). Но намъ кажется что, для присужденія кассатора къ вторичному штрафу въ размѣрѣ 150 франковъ, достаточно подачи въ гражданскій департаментъ одного постановленія о допущеніи жалобы, даже безъ пред-

ставленія отвѣтчикомъ объясненія; и во всякомъ случаѣ штрафъ этотъ всегда бываетъ слѣдствіемъ допущенія отказа.

Бываетъ ли то же самое съ вознагражденіемъ убытковъ? При- сужденіе къ такому вознагражденію считалось всегда резуль- татомъ присужденія къ штрафу. Слѣдовательно, не подлежитъ сомнѣнію, что еслибъ въ приведенныхъ двухъ дѣлахъ отвѣтчики не отказались отъ этого вознагражденія, то судъ присудилъ бы кассатора къ таковому, какъ онъ и дѣлалъ это въ подобныхъ слу- чаяхъ (см. *Arg. Enreg.*, отъ 26 мая 1830; *S.*, 30, I, 304. *Dupont*, отъ 14 августа 1850, и ниже *Arg. Lefranc*, § 4).

Однимъ словомъ, когда въ гражданскомъ департаментѣ при- нятіе отказа сопровождалось постановленіемъ, то таковое влекло всегда за собой штрафъ и вознагражденіе расходовъ.

Еще болѣе. Когда залогъ былъ внесенъ, то послѣдующій от- казъ, какъ мы замѣтили уже, не возстановляетъ онаго. Такъ, по дѣлу объ экспроприаціи для общественной пользы, нѣкто Шанте- ренъ ходатайствовалъ о разрѣшеніи ему отказа и о возвращеніи залога прошеніемъ, внизу котораго находилась акцептація отказа отвѣтчикамъ. Тѣмъ не менѣе постановленіемъ, отъ 27 февраля 1850 года (*D.*, 50, I, 184), отвергнута просьба о возвращеніи за- лога.

Если отказъ отъ жалобы, находящейся въ производствѣ граж- данскаго департамента, былъ принятъ противникомъ, и подлин- ный актъ объ этомъ остался у нотариуса или даже въ канцеля- ріи суда, то это обстоятельство погашаетъ дѣло, и всякое поста- новленіе является излишнимъ.

Отказъ, принятый въ канцеляріи суда или даже виѣсною, хотя бы онъ послѣдовалъ безъ разрѣшенія кассационнаго суда, прекращаетъ обязанность вознаградить издержки съ момента ак- цептаціи. Но если такая акцептація не имѣла мѣста, или если она неправильна, то отвѣтчикъ можетъ требовать рѣшенія съ по- слѣдствіями. Это было разъяснено по слѣдующему дѣлу:

Нѣкто Дюшине, послѣ подачи кассационной жалобы по дѣлу объ экспроприаціи для общественной пользы, послалъ свой отказъ префекту. Послѣдній передалъ таковой со всѣми документами въ кассационный судъ, прося о допущеніи отказа. Но такъ какъ эта формула не равносильна акцептаціи, то кассационный судъ, при- нявъ во вниманіе, что отказъ этотъ не былъ предметомъ правиль- ной и формальной акцептаціи, постановленіемъ своимъ, отъ 22 августа 1853 года, допустилъ таковой. Онъ, слѣдовательно, призналъ жалобу недѣйствительной, и присудилъ отвѣтчика къ штра- фу въ пользу казны въ размѣрѣ 150 франковъ, сверхъ вознаграж- денія 75 франковъ отвѣтчику.

Такимъ образомъ отказъ, неправильно акцептованный, влечетъ за собой обыкновенныя послѣдствія—штрафъ и вознагражденіе

противника. Тоже бываетъ съ отказомъ, сдѣланнымъ подь условіемъ возвращенія внесеннаго залога, или подь всякимъ другимъ условіемъ, которое не принято или не подлежитъ принятію.

Можно ли законно отказать въ принятіи отказа въ томъ случаѣ, когда таковой дѣлается отвѣтчику, послѣ назначенія имъ адвоката, безъ предложенія заплатить ему то вознагражденіе, на которое онъ имѣлъ бы право, еслибъ жалоба была признана не уважительной гражданскимъ департаментомъ?

Можно сначала спросить, долженъ ли отказъ, предлагаемый отвѣтчику до назначенія имъ адвоката, сопровождаться предложеніемъ вознагражденія, ибо, если долженъ, то нельзя требовать, чтобъ отвѣтчикъ дѣлалъ на собственный счетъ расходы по кассационному производству, на возмѣщеніе которыхъ онъ имѣетъ право. Но на это можно отвѣтить, что однимъ фактомъ вызова противная сторона могла быть поставлена въ необходимость дѣлать издержки на юридическіе совѣты, что по этому вознагражденіе присуждается не только явившимся въ судъ сторонамъ, но и неявившимся. Отсюда очевидно явствуетъ, что вознагражденіе это пріобрѣтается стороной съ момента вызова въ гражданскій департаментъ, такъ какъ, не смотря на отказъ, она бы получила такое, еслибъ дождалась допущенія онаго постановленіемъ суда. По этому отказъ, въ какомъ бы положеніи дѣла онъ ни послѣдовалъ, долженъ сопровождаться предложеніемъ вознагражденія.

Изложенныя начала различны по дѣламъ исправительнымъ и полицейскимъ: жалоба должна быть заявлена въ короткій срокъ (3 дня); жалующаяся сторона не обязана вносить предварительнаго залога. Достаточно, если она представитъ удостовѣреніе о такомъ взносе до рѣшенія дѣла. Залогъ, по дѣламъ этого рода, пріобрѣтается, слѣдовательно, казной не ранѣе какъ послѣ приговора стороны къ оному. Засимъ отъ залога этого освобождается тяжущійся не только въ случаѣ отказа имъ отъ иска, но онъ подлежитъ даже возвращенію, если былъ внесенъ до воспослѣдованія рѣшенія. По этому кассационный судъ, допуская отказъ по дѣламъ исправительнымъ или полицейскимъ, всегда объявляетъ жалобу какъ бы несуществовавшей.

Но привилегія не быть присужденнымъ къ залогу, или возможность получить его обратно, въ случаѣ отказа, не распространяется на тѣ жалобы, которымъ частные законы присваиваютъ уголовную форму, когда предметъ ихъ въ дѣйствительности чисто гражданскій. Сюда относятся жалобы, заявляемыя по дѣламъ объ экспроприаціи для общественной пользы. Въ виду этого различія, постановленіе отъ 3 іюня 1840 года, разрѣшая Пелле и Толье отказъ, по дѣлу объ экспроприаціи для общественной пользы, присудилъ ихъ къ залогу и къ вознагражденію неявившагося префекта изерскаго департамента. Равнымъ образомъ другое поста-

новленіе, отъ 31 марта 1845 года, разрѣшая отказъ префекту департамента Роны, присудило его не ко внесенію залога, такъ какъ онъ явился представителемъ государства, а къ вознагражденію неявившагося противника. Наконецъ, вопросъ разрѣшенъ въ томъ же смыслѣ въ постановленіи по дѣлу Шантерень, цитированному выше, отъ 27 февраля 1850 года.

Кассационному суду приходилось разрѣшать вопросы объ отказахъ, предложенныхъ отвѣтчиками, въ пользу которыхъ состоялось обжалованное рѣшеніе. Это случай какъ разъ противоположный тому, который мы разсматривали до сихъ поръ. Постановленіемъ, отъ 2 февраля 1836 года, кассационный судъ допустилъ отказъ этого рода въ слѣдующихъ выраженіяхъ:

«Кассационный судъ разрѣшаетъ Лекутюрье отказъ отъ права по обжалованному рѣшенію, заявленный на прошеніе префекта Нижней - Сены; объявляетъ, вслѣдствіе этого, что жалоба не требуетъ разрѣшенія; присуждаетъ префекта къ платежу въ пользу Лекутюрье 165 франковъ, суммы, равняющейся внесенному имъ залогу, и судебныхъ издержекъ въ размѣрѣ 9 франковъ 85 сантимовъ, не полагая въ это число издержекъ по настоящему рѣшенію».

Мы сказали выше, что отвѣтчикъ можетъ и не принимать отказа, но кассационный судъ вправѣ признать отказъ въ акцептаціи неосновательнымъ и подвергнуть его всѣмъ послѣдствіямъ отказа, какъ это было разъяснено, по дѣлу Лефранъ, въ постановленіи отъ 30 іюня 1851 года (D., 51, I, 180).

«Принимая во вниманіе, говорится въ этомъ постановленіи, что заявленіемъ отъ 23 марта 1850 года, послѣдовавшимъ послѣ постановленія о допущеніи жалобы, но до предъявленія онаго, отвѣтчики отказались отъ права предоставленнаго имъ рѣшеніемъ и объявили: 1, 2, и т. д.

Принимая во вниманіе, что заявленіе это сдѣлало жалобу безпредметной, такъ какъ 1) отвѣтчики признали какъ бы несуществующимъ единственное распоряженіе, которое составляло предметъ жалобы и 2) обязались уплатить всѣ сдѣланные уже расходы и, прося о прекращеніи въ кассационномъ судѣ дальнѣйшаго производства дѣла, заявили готовность возмѣстить всѣ издержки по рѣшенію о допущеніи жалобы, и даже внесенный залогъ, составляющій составную часть расходовъ, сдѣланныхъ кассаторомъ.

«Принимая во вниманіе, что кассаторъ, вмѣсто принятія этого предложенія, которое давало ему полное удовлетвореніе, и вмѣсто прекращенія дѣла, ходатайствовалъ предъ гражданскимъ департаментомъ о продолженіи дѣла, каковое продолженіе было бесполезно для взаимнаго интереса сторонъ, такъ какъ между ними не существовало болѣе никакого спора;

«Принимая во вниманіе, что если кассационный судъ призванъ

постановить теперь опредѣленіе, то это потому, что кассаторъ не принялъ предложеннаго ему отвѣтчиками отказа отъ права, предоставленнаго имъ обжалованнымъ опредѣленіемъ; что посему онъ долженъ подвергнуться послѣдствіямъ неосновательнаго отказа въ принятіи: 1) штрафу—потому что кассация осталась безъ предмета; 2) вознагражденію расходовъ, такъ какъ таковое присуждается въ пользу каждаго отвѣтчика, неосновательно привлеченнаго къ дѣлу предъ кассационнымъ судомъ.

Кассационный судъ разрѣшаетъ отвѣтчикамъ отказъ отъ права, предоставленнаго имъ обжалованнымъ рѣшеніемъ; объявляетъ не требующей разрѣшенія жалобу, допущенную департаментомъ прошеній; присуждаетъ кассатора къ штрафу въ размѣрѣ 300 франковъ въ пользу казны, къ вознагражденію отвѣтчика въ размѣрѣ 150 франковъ, и къ возмѣщенію расходовъ, сдѣланныхъ съ 23 марта 1850 года, въ томъ числѣ и стоимость настоящаго рѣшенія. Что же касается расходовъ, понесенныхъ отвѣтчикомъ до 23 марта 1850 года, часть которыхъ составляетъ и внесенный залогъ, то таковыя падаютъ на ихъ счетъ, согласно ихъ заявленію.

Интервенентъ, отказывающійся отъ участія въ дѣлѣ, не подвергается ни штрафу, ни вознагражденію убытковъ, такъ какъ интервенція не есть жалоба, и взысканія, возникающія изъ послѣдней, примѣнимы лишь къ тому, кто жаловался въ кассационномъ порядкѣ. Съ другой стороны, когда дѣло проигрываетъ кассаторъ, то онъ не присуждается къ вознагражденію въ пользу интервенента (см. *Arr. Adm. des forêts C. Glonner*, отъ 9 іюля 1830 года; *S.*, 30, I, 408).

Если отказъ отъ жалобы заявленъ послѣ доклада дѣла и во время состязанія по оному, то судъ можетъ, не обращая вниманія на отказъ, прямо перейти къ постановленію рѣшенія.

Вообще объ отказѣ нельзя заключить изъ совокупности фактовъ и дѣйствій, онъ долженъ быть положительно выраженъ, развѣ бы онъ вытекалъ изъ добровольнаго исполненія обжалованнаго рѣшенія. (*Arr. Feuvrier C. Dubras*, отъ 28 августа 1850 года).

Адвокатъ кассационнаго суда, заявляющій канцеляріи объ отказѣ отъ права иска, долженъ быть на это уполномоченъ спеціальною довѣренностью.

Въ постановленіи по дѣлу Курто, отъ 14 марта 1845 года, признано, что отказъ, заявленный по уголовному дѣлу стряпчимъ, не имѣвшимъ спеціальнаго полномочія, недействителенъ.

## ГЛАВА XXI.

### О рѣшеніяхъ, ихъ формѣ, толкованіи и измѣненіи.

#### О формѣ рѣшеній.

Статья 1-я, главы XIII, второй части наказа 1738 года, постановляетъ: «Рѣшеніе дѣла, по которому доставлены всѣ нуж-

ныя свѣдѣнія, не можетъ быть отложено по случаю смерти сторонъ или ихъ адвокатовъ, или подѣ предлогомъ назначенія новаго адвоката. Въ остальномъ слѣдуетъ совѣту соблюдать постановленія статей 2, 3 и 4 главы XXVI указа апрѣля мѣсяца 1667 года.

Декретъ 1-го декабря 1790 года постановляетъ (ст. 17): «Кассационное рѣшеніе должно содержать въ себѣ: имена сторонъ, предметъ ихъ ходатайства, текстъ закона или законовъ, на которыхъ рѣшеніе основано».

Сверхъ того кассационныя рѣшенія содержать въ себѣ, какъ и всѣ судебныя рѣшенія, исполнительную формулу.

Декретъ 4-го жерминаля 11-го года, ст. 6, и законъ 9 мессидора 11-го года требуютъ, чтобы рѣшеніе кассационнаго суда было мотивировано, какъ въ томъ случаѣ, когда оно отвергаетъ жалобу, такъ и въ томъ, когда имъ отмѣняется обжалованное опредѣленіе. Но иначе бываетъ, когда департаментъ прошеній допускаетъ жалобу. Онъ просто объявляетъ это допущеніе, не мотивируя его. Въ этомъ случаѣ гражданскому департаменту надлежитъ мотивировать отказъ въ жалобѣ или кассацию рѣшенія.

Докладчики редактируютъ рѣшенія.

Въ департаментѣ прошеній редація эта помѣщается внизу кассационной жалобы. Но въ гражданскомъ—рѣшенія редактируются на особомъ листѣ, и имъ предшествуетъ изложеніе доказательствъ и соображеніе по вопросамъ факта и права.

«Докладчики, говоритъ статья 41 ординанса 15 января 1826 года, обязаны каждую недѣлю передавать въ канцелярію редакцію мотивовъ и диспозитива рѣшеній, послѣдовавшихъ по ихъ докладу, въ предшествующей недѣлѣ. Мотивы эти и диспозитивы должны быть написаны ими собственноручно на подлинникахъ рѣшеній. Подлинникъ подписывается предсѣдателемъ, докладчикомъ и секретаремъ».

Постановленіе это взято изъ слѣдующихъ статей регламента 1738 года:

«Рѣшенія, гласитъ ст. 2, главы XIII, наказа 1738 года, будутъ редактированы для подписанія тотчасъ послѣ воспослѣдованія оныхъ и переданы въ канцелярію въ день слѣдующаго засѣданія».

Ст. 3. «Рѣшеніе должно содержать въ себѣ: означеніе именъ сторонъ и обстоятельствъ, которыя изложены въ актѣхъ и повѣсткахъ, давшихъ дѣлу ходъ, ихъ требованій и ходатайства, съ приложеніемъ краткаго перечня приложенныхъ документовъ; при чемъ докладчики не могутъ получать записокъ по дѣлу и проектъ въ рѣшенія изъ рукъ тяжущихся или ихъ адвокатовъ, а обязаны поручать составленіе таковыхъ своимъ клеркамъ подѣ собственнымъ наблюденіемъ».

Ст. 4. «Заключительный пункт рѣшенія долженъ быть всецѣло написанъ рукою докладчика, и рѣшеніе подписывается канцлеромъ и докладчикомъ».

Такимъ именно образомъ составляются еще и теперь подлинники рѣшеній гражданского департамента кассационнаго суда. Эти подлинники, независимо отъ текста рѣшеній, представляютъ анализъ фактовъ и права, сдѣланный докладчикомъ, такъ что суды въ которые дѣло было передано на новое разсмотрѣніе, могутъ легко оцѣнить все тѣ пункты спора, которые главнымъ образомъ обратили на себя вниманіе кассационнаго суда.

Законъ 1-го декабря 1790 года, ст. 18, гласитъ: «Стороны обозначаются въ рѣшеніи лишь по отчеству и фамиліи, съ присоединеніемъ ихъ званія или профессіи, засимъ не допускается никакой другой qualificacіи».

Законъ 6 іюля 1810 года, статья 38, прибавляетъ, что можно къ именамъ тяжущихся присоединять титулы принца, графа, барона, кавалера, которые будутъ пожалованы главой государства, а также чины или профессію, и что это правило примѣняется и къ прокурорскому надзору, дающему свое заключеніе.

Относительно подписанія рѣшеній, статья 36 декрета 30 марта 1808 года постановляетъ: «Секретарь вноситъ въ протоколъ засѣданія черновую каждаго постановленія; при чемъ указываетъ на поляхъ или на судей и генеральнаго прокурора или замѣнившія его лица, которыя присутствовали въ засѣданіи и т. д.»

Статья 138 устава гражданского судопроизводства требуетъ, чтобы это указаніе было подписано президентомъ и секретаремъ; а статья 139 прибавляетъ, что секретари, которые выдадутъ копію съ рѣшенія до подписанія онаго, будутъ преслѣдоваться какъ за подлогъ.

Статья 196 устава уголовного судопроизводства замѣняетъ указаніе на поляхъ рѣшенія именъ судей подписаніемъ приговора по дѣлу уголовному, въ теченіе 24 часовъ, всѣми судьями.

Постановленія эти, относящіяся къ черновымъ рѣшеніямъ судовъ первой и второй степени, не примѣнимы вполнѣ къ рѣшеніямъ кассационнаго суда; даже тѣ проекты рѣшеній кассационнаго суда, которые формулированы предъидущими постановленіями, не требуютъ исполненія всѣхъ указанныхъ формальностей. Необходимыми считаются три подписи: предсѣдателя, докладчика и секретаря, какъ это видно изъ 41 статьи указа 15 января 1826 года.

Что касается именъ судей, то они не помѣщаются въ самыхъ рѣшеніяхъ, а о нихъ упоминается на поляхъ рѣшеній. Упоминаніе объ этихъ именахъ въ проектахъ постановленій гражданскихъ и уголовныхъ въ большей части случаевъ невозможно, ибо проекты эти пишутся докладчиками на актахъ кассационныхъ жалобъ. Поэтому обыкновенно ограничиваются указаніемъ именъ

судей въ спискѣ засѣданій, который ведется секретаремъ, кромѣ того они указываются въ протокольномъ реестрѣ, въ который вносятся рѣшенія. Таковы старыя обычаи.

Въ случаѣ смерти предсѣдателя департамента, или секретаря, до подписанія ими проекта рѣшенія, то, по требованію генеральнаго прокурора, таковой подписывается, съ разрѣшенія департамента, постановившаго рѣшеніе, однимъ изъ судей, участвовавшихъ въ рѣшеніи дѣла, обыкновенно самымъ старшимъ изъ членовъ; если же умеръ секретарь, то однимъ изъ секретарей (см. указанныя рѣшенія, отъ 4 марта 1829 года, отъ 3 февраля 1844 года, 25 марта 1846, 19 іюля 1847).

То же бываетъ съ проектами рѣшеній записанныхъ дубликатами въ протокольныхъ реестрахъ (см. приведенныя рѣшенія, отъ 23 ноября 1824, 25 марта 1825, 31 марта 1845, 18 іюля 1849, 18 и 21 ноября 1854 года).

Когда смерть или другое обстоятельство помѣшали докладчику, послѣ сдѣланнаго имъ доклада, изготovitъ и подписать рѣшеніе, то, для изготovitелія и подписанія онаго, назначается другой членъ, участвовавшій въ засѣданіи по дѣлу (см. Arr. отъ 14 марта 1853 года, ch. civ., aff. Avenier et Cado; и 15 мая 1855, aff. d'expropriation, de Bonardi).

Когда, по какому нибудь случаю, докладчикъ не можетъ написать рѣшеніе, но можетъ его подписать, то оно подписывается имъ, по изготovitеліи онаго однимъ изъ его товарищей. (Arr. Caumont, ch. civ., отъ 11 марта 1856 года).

Если препятствіе происходитъ отъ того, что требуемое производство заперто за судейской печатью, то первоприсутствующій, по требованію генеральнаго прокурора, даетъ приказъ о выемкѣ такового изъ запертаго помѣщенія (см. постан. отъ 18 іюліоза XIII года и 30 декабря 1811 года).

Что касается рѣшеній и опредѣленій судовъ первой и второй инстанціи, то одно упоминаніе въ нихъ о томъ, что они были подписаны предсѣдателемъ и секретаремъ, признавалось достаточнымъ для удостовѣренія присутствія послѣдняго въ засѣданіи, безъ всякой другой формальности. Такъ практикуется это въ кассационномъ судѣ.

Подлинники рѣшеній не могутъ быть взяты изъ канцеляріи, куда они передаются безвозвратно для объявленія сторонамъ, которымъ выдается копія съ нихъ, если онѣ этого потребуютъ.

Въ этомъ отношеніи, наказъ 1773 года гласитъ: «Его Величество запрещаетъ секретарямъ совѣта передавать въ руки докладчиковъ или другихъ лицъ какіе либо подлинники постановленій, безъ разрѣшенія канцлера, подъ страхомъ взыскація».

По опредѣленію административной комиссіи кассационнаго суда, отъ 6 февраля 1842 года, дозволяется сообщать подлинники постановленій судьямъ, когда они имѣютъ въ нихъ надобность.

«Отнынѣ, говорится въ этомъ опредѣленіи, сообщеніе подлинниковъ постановленій дѣлается секретаремъ каждаго департамента такимъ образомъ, что подлинники эти не выходятъ изъ стѣнъ суда и возвращаются канцеляріи тотчасъ, какъ члены получили нужныя имъ по этимъ рѣшеніямъ свѣдѣнія».

### **Просьбы объ истолкованіи рѣшеній.**

Нельзя, какъ мы видѣли, подавать въ кассационный судъ просьбы о признаніи недѣйствительными рѣшеній, имъ постановленныхъ, какъ это имѣло мѣсто въ совѣтѣ. Но можно просить кассационный судъ объ истолкованіи рѣшеній, если смыслъ ихъ представляетъ собой неопредѣленность относительно разрѣшенныхъ пунктовъ.

Затрудненія этого рода могутъ встрѣчаться лишь по отношенію къ постановленіямъ гражданскаго департамента, которыя кассируютъ нѣкоторые пункты обжалованнаго рѣшенія, отвергаютъ другіе, или которыя касаются лишь нѣкоторыхъ тяжущихся сторонъ.

Просьба объ истолкованіи рѣшенія составляется по формѣ прошенія (*requête*), предъявляемаго адвокату противной стороны, если онъ состоитъ еще ея повѣреннымъ; въ противномъ случаѣ она предъявляется по мѣсту жительства послѣдней, которая приглашается явиться на судъ въ сроки, установленные уставомъ гражданскаго судопроизводства, такъ какъ случай этотъ не предусмотрѣнъ наказомъ 1738 года. Просьба эта подается департаменту, постановившему опредѣленіе, по которому требуется истолкованіе, не подвергаясь предварительному разсмотрѣнію департамента прошеній.

По дѣлу Дюво-Лати, рѣшенному постановленіемъ гражданскаго департамента, отъ 17 іюня 1850 года, противная сторона утверждала, что просьба объ истолкованіи рѣшенія не подлежитъ принятію, такъ какъ проситель минулъ департаментъ прошеній. Но гражданскій департаментъ не уважилъ этого отвода и, объявивъ просьбу себѣ подсудной, далъ требуемое толкованіе. (См. другія постановленія, отъ 28 апрѣля 1835 года, по дѣлу де-Монталь; 30 августа 1836 г., по дѣлу Делагей; Бернаръ К. Лекарпентье, отъ 7 іюля 1845 года).

### **Просьбы объ измѣненіи рѣшеній.**

По общему правилу, послѣдовавшія по дѣлу рѣшенія не могутъ быть измѣняемы въ какомъ бы то ни было отношеніи. Толкованіе ихъ должно быть направлено къ разъясненію ихъ смысла, а не къ разрушенію тѣхъ правъ, которыя ими признаны.

Тѣмъ не менѣе есть примѣры измѣненія рѣшеній вслѣдствіе матеріальныхъ и другихъ ошибокъ, которыя были указаны сторо-

нами. Но примѣры эти встрѣчаются лишь по дѣламъ уголовнымъ.

И 4 мая 1843 года кассационный судъ призналъ жалобу нѣкоего Трабо, поданную по исправительному дѣлу, недѣйствительною, за непредставленіемъ имъ залога. Между тѣмъ залогъ былъ внесенъ, что явствовало изъ выданнаго кассиромъ дубликата квитанціи отъ 20 марта. А такъ какъ непредставленіе квитанціи обусловливалось единственно заблужденіемъ, то уголовный департаментъ, принявъ во вниманіе, «что, до постановленія рѣшенія отъ 4 мая и даже до заарестованія канцеляріей документовъ, залогъ требуемый 427 статьей устава уголовного судопроизводства, былъ внесенъ въ кассу кассационнаго суда, и что непредставленіе въ канцелярію доказательства этого составляетъ фактъ, не имѣющій ничего общаго съ защитой, что передача этой квитанціи въ канцелярію кассационнаго суда не предписана подъ условіемъ недѣйствительности жалобы», — отмѣнилъ свое постановленіе, отложивъ разрѣшеніе жалобы до слѣдующаго засѣданія (Arg. 30 іюня 1843 г.).

Впрочемъ, тотъ же департаментъ разъяснилъ, въ постановленіи по дѣлу Перень, отъ 24 декабря 1824 года, (Д., 25, I, 54), что рѣшеніе, коимъ жалоба признана недѣйствительною, по непредставленію квитанціи о внесеніи залога, не подлежитъ измѣненію въ случаѣ представленія таковой впоследствии. Но этотъ взглядъ болѣе чѣмъ двадцать пять лѣтъ тому назадъ оставленъ; кассационный судъ вступилъ на другой путь, какъ это можно видѣть изъ массы другихъ рѣшеній, въ особенности по дѣламъ національной гвардіи.

Въ томъ же смыслѣ дѣйствовалъ этотъ департаментъ, когда интересъ обѣихъ тяжущихся сторонъ требовалъ перемѣны суда, въ который дѣло было первоначально передано на новое разсмотрѣніе. Это видно изъ постановленія 12 августа 1813 года, гласящее слѣдующее: «Въ виду предложенія генеральнаго прокурора; Принимая во вниманіе, что передача дѣла въ дубскій ассизный судъ обусловливалась близостью къ городу, гдѣ засѣдаетъ ассизный судъ департамента Лоары и Саоны; что изъ доставленныхъ свидѣній явствуетъ, что городъ Безансонъ на столько отдаленъ отъ мѣста совершенія преступленія и отъ мѣста пребыванія вѣхъ свидѣтелей, что можно опасаться, что свидѣтели, передопросъ которыхъ, для полнаго ознакомленія присяжныхъ съ обстоятельствами дѣла, необходимъ, не будутъ въ состояніи своевременно явиться въ судъ по вызовамъ, и что, съ другой стороны, послѣдуетъ значительное увеличеніе расходовъ ко вреду государственной казны; Кассационный судъ, измѣняя свое постановленіе, передаетъ дѣло въ энскій ассизный судъ».

Просьбы объ измѣненіи рѣшеній составляются по той же формѣ, какъ и просьбы объ истолкованіи рѣшенія (requête).

## ГЛАВА XXII.

**Штемпельныя и регистраціонныя пошлины; копіи и выписки; канцелярскія пошлины; плата за копіи; ливиздація издержекъ; возвращеніе документовъ и залога.**

**Штемпельныя и регистраціонныя пошлины.**

По словамъ закона 13 брюмера VII года, ст. 12, § 5, всѣ акты, получаемые изъ канцеляріи, какъ напримѣръ выписки, копіи и т. д. должны быть писаны на гербовой бумагѣ. Канцелярія не можетъ выдавать ихъ на простой бумагѣ, даже подъ условіемъ наложенія на нихъ штемпеля вслѣдъ за симъ.

Статья 16 освобождаетъ отъ платежа гербовыхъ пошлинъ копіи и выписки, выдаваемыя административному мѣсту или должностному лицу, когда въ самомъ актѣ упоминается о его назначеніи.

Частными законами изъяты также отъ платежа гербовыхъ пошлинъ жалобы по дѣламъ о выборахъ, объ экспроприаціи для общественной пользы; жалобы, подаваемыя въ силу опредѣленія бюро для содѣйствія юридическими совѣтами, предложенія прокурорскаго надзора и т. д.

Домашніе акты, которые должны быть приобщаемы къ подлинному производству должны не только быть написаны на гербовой бумагѣ, но и зарегистрированы. Вотъ что говоритъ объ этомъ ст. 42, закона 22. фримера VII года: «Никакой нотаріусъ, судебный приставъ, секретарь или другое должностное лицо, не можетъ совершать или редактировать акта на основаніи частнаго акта или подлежащаго представленію въ присутственныя мѣста иностраннаго государства, приобщать его къ подлинному производству, или принимать его на храненіе, выдавать изъ него выписку или копію, безъ предварительнаго зарегистрированія его, подъ страхомъ взыскапія штрафа въ размѣрѣ 50 франковъ и личной отвѣтственности, за ущербъ, понесенный отъ этого казной».

Тотъ же законъ, ст. 20, требуетъ зарегистрированія рѣшеній вообще и другихъ судебныхъ актовъ, въ теченіе двадцати дней, и подвергаетъ секретарей штрафу, въ размѣрѣ регистраціонной пошлины, за всякое допущенное ими упущеніе (ст. 35).

По словамъ статьи 37, секретари обязаны зарегистрировать рѣшенія и другіе судебныя акты, когда стороны внесли имъ регистраціонную пошлину. Въ противномъ случаѣ они освобождаются отъ этого. Но со сторонъ взыскивается она въ двойномъ количествѣ. Для этого секретари сообщаютъ кассиру, въ теченіе 10 дней послѣ указаннаго срока для зарегистрированія рѣшеній, выписки изъ актовъ или рѣшеній, пошлина за которыя не была внесена. Формальность эту они обязаны исполнять подъ страхомъ взыскапія штрафа, въ размѣрѣ 10 франковъ, за каждое

просроченные десять дней, съ каждаго акта или рѣшенія и обязанности лично заплатить пошлину въ двойномъ размѣрѣ.

Рѣшенія по пререканіямъ о подсудимости подлежатъ лишь пошлинѣ гербовой и за вносъ въ списки. Отъ всякихъ другихъ сборовъ, даже залога, они были освобождены декретомъ 1-го декабря 1790 года; тѣ сборы, которымъ они были подчинены съ того времени, явствуютъ изъ позднѣйшихъ законовъ.

Законъ 22-го февраля VII года воспретилъ выдачу безъ зарегистрированія, какой бы то ни было копии акта, подлежащей такому, даже до истечения срока, установленнаго для исполненія этой формальности. То же бываетъ съ приложеніями, подъ страхомъ взысканія штрафа въ размѣрѣ 50 франковъ, уменьшеннаго закономъ 16 июля 1824 г. до 10 франковъ.

Секретари обязаны дѣлать на подлинникахъ рѣшеній отмѣтки о выданныхъ ими вторичныхъ копіяхъ, подъ страхомъ взысканія 10 франковъ за каждое нарушеніе; и судьи, по словамъ 47 статьи того же закона, не могутъ постановлять рѣшеній по документамъ не зарегистрированнымъ, подъ страхомъ отвѣтственности за казенный ущербъ.

Статья 49 того же закона возлагала на секретарей обязанность вести списокъ всѣмъ актамъ, которые подлежали регистраціи. Число этихъ актовъ было первоначально ограничено, при чемъ не входившіе въ перечень 7-й статьи подлежали регистраціи только относительно своихъ копій. Но со времени закона 28 апрѣля 1816 года, всѣ акты и рѣшенія по дѣламъ гражданскимъ, уголовнымъ, исправительнымъ и полицейскимъ, безъ исключенія, должны были, по словамъ 38-й статьи, быть зарегистрированы, такъ что, по смыслу этого послѣдняго закона, списки, содержимые секретарями, должны обнимать собой всѣ, безъ различія, рѣшенія, опредѣленія и судебныя акты; при чемъ каждая статья списка содержать въ себѣ:

1) Номеръ статьи; 2) время воспослѣдованія рѣшенія; 3) характеръ его; 4) имена и отчества сторонъ; 5) указаніе спорнаго имущества; 6) сообщеніе о регистраціи (ст. 50).

Статьи 51 и 52 подчиняютъ списокъ ревизіи кассира, который производитъ такую каждые три мѣсяца, и обязываютъ секретаря предъявлять списокъ указаннымъ должностнымъ лицамъ, по первому ихъ требованію, подъ страхомъ штрафа, въ размѣрѣ 10 франковъ, за каждые 10 дней промедленія—въ первый разъ, и 50 фр.—во второй.

Статья 53 требуетъ, чтобъ списокъ этотъ былъ перенумерованъ предсѣдателемъ суда.

Постановленія по дѣламъ гражданскимъ, состоявшіяся по протестамъ генеральнаго прокурора, какъ напр. рѣшенія по дѣламъ дисциплинарнымъ, тоже выдаются на гербовой бумагѣ. Издержки

регистраціи и стоимость рѣшенія возмѣщаются отвѣтчикомъ, если онъ проигрываетъ дѣло.

### **Копіи рѣшеній по дѣламъ гражданскимъ.**

Копія гражданского рѣшенія или выписка изъ онаго выдается заинтересованнымъ сторонамъ по ихъ просьбѣ.

Просить о выдачѣ копій рѣшенія вправѣ во всякомъ случаѣ та сторона, въ пользу которой рѣшеніе состоялось, такъ какъ ей принадлежитъ исполненіе, хотя бы таковое ограничивалось одними издержками.

Тѣмъ не менѣе, когда дѣло передано на разсмотрѣніе другого суда, то, для обращенія въ оный, отвѣтчикъ, желающій представить свои соображенія, можетъ получить простую копію (выписку) кассационнаго рѣшенія, которая можетъ быть выдаваема ему даже до изготовленія полной копій (grosse), о выдачѣ которой просила противная сторона.

Вторичная копія рѣшенія выдается даже сторонамъ, участвовавшимъ въ дѣлѣ, не иначе, какъ по приказу первоприсутствующаго, и въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ статьей 854 уст. гражданского судопроизводства. (См. aff. Saint-Albin, постан. отъ 30 июня 1845 года).

Но выписка рѣшенія можетъ быть выдаваема всякому лицу, даже до полученія участвующей въ дѣлѣ стороной полной копій. Это вытекаетъ изъ 76 §. инструкции № 436, которая запрещаетъ лишь выдачу выписокъ до зарегистрированія рѣшенія. (Министерскій циркуляръ № 12481, и art. 853 уст. гражд. суд.).

Циркуляръ отъ января 1836 года разрѣшаетъ секретарю кассационнаго суда выдавать не на гербовой бумагѣ копій съ постановленій, послѣдовавшихъ въ пользу администраціи регистратуры, съ тѣмъ, чтобы адвокатъ этой администраціи представилъ таковыя для отмѣтки гербовыхъ пошлинъ недоимчивыя, которая и взыскивается впоследствии съ проигравшей стороны.

Въ постановленіи уголовного департамента, по дѣлу Колонна д'Истрія, отъ 28 декабря 1820 года, разъяснено, что секретарь не долженъ выдавать ни копій, ни выписокъ съ тѣхъ документовъ, которые представлены сторонами въ подкрѣпленіе своихъ жалобъ. «Принимая во вниманіе, говорится въ этомъ постановленіи, что кассационный судъ есть не болѣе какъ хранитель документовъ, переданныхъ въ его канцелярію лишь въ интересъ сторонъ по дѣлу, производящемуся въ ономъ, вслѣдствіе кассационной или другой просьбы, подлежащей его разсмотрѣнію; что въ виду сего онъ не можетъ позволять, чтобы копій съ этихъ документовъ были выдаваемы третьимъ лицамъ, не участвующимъ въ дѣлѣ»...

По общему правилу, секретарь кассационнаго суда обязанъ

выдавать копии лишь съ подлинныхъ документовъ, которые имѣются у него, другой миссіи онъ не имѣеть. Когда же дѣло идетъ о документахъ, подлинники которыхъ находятся у другихъ должностныхъ лицъ, то къ послѣднимъ слѣдуетъ обращаться съ просьбами о выдачѣ копии съ оныхъ.

Рѣшенія департамента прошеній выдаются въ копіяхъ съ приложеніями или безъ оныхъ, смотря потому, идетъ ли дѣло о постановленіяхъ о допущеніи жалобы, или объ оставленіи оной безъ послѣдствій; или же смотря потому, просили стороны объ этомъ, или нѣтъ. Постановленія эти, въ отличіе отъ рѣшеній гражданскаго департамента, которыя содержатъ въ себѣ изложеніе фактической стороны дѣла и юридическихъ соображеній, пишутся на самой кассационной жалобѣ или дополнительной запискѣ. А такъ какъ, въ случаѣ допущенія жалобы, въ нихъ дѣлается въ то же время распоряженіе о предъявленіи отвѣтчику таковой или дополнительной записки, то документы эти скопировываются вмѣстѣ съ постановленіемъ, для предъявленія оныхъ тѣмъ тяжущимся, противъ которыхъ жалоба допущена. Это дѣлается для того, чтобы послѣдніе могли познакомиться съ кассационными поводами жалобы для представленія противъ нихъ объясненія.

Когда нѣсколько жалобъ соединены вмѣстѣ (ст. 18, гл. VII, второй части наказа 1738 года), то копии содержатъ въ себѣ столько прошеній и дополнительныхъ записокъ, сколько принесено жалобъ; однакоже бывали случаи, что кассационный судъ ограничивалъ выдачу копии лишь той или другой сторонѣ; или что адвокаты, во избѣжаніе расходовъ, просили о выдачѣ нѣсколькимъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ одной копии, или копии съ жалобъ нѣкоторыхъ только сторонъ. Просьба эта можетъ быть заявлена лишь письменно. (См. Arr. отъ 9-го февраля 1842 года, Associations des vidanges des eaux du Trébon).

Постановленія о допущеніи жалобы теряютъ, какъ мы видѣли, силу, если они не предъявлены противной сторонѣ въ теченіе трехъ мѣсяцевъ. За выдачей копій съ нихъ, адвокаты сторонъ обращаются къ секретарю, внося предварительно требуемая пошлины. Просьба объ этомъ должна быть заявлена не только въ срокъ, но гораздо раньше истеченія онаго, такъ какъ изготовленіе копій требуетъ нѣсколько времени. Для отмѣтки, по порядку, времени поступленія такихъ просьбъ въ канцелярію суда содержится реестръ, въ которомъ отмѣчается время поступленія просьбы о выдачѣ копии и время самой выдачи.

Ни наказъ 1738 года, ни послѣдовавшіе за симъ тарифы не дѣлали никакого различія между дѣлами уголовными и гражданскими. Отсюда, требуемая сторонами копіи по дѣламъ уголовнымъ, исправительнымъ и полицейскимъ, были всегда уравниваемы, что касается штемпельной и канцелярской пошлины, съ

копіями гражданскихъ рѣшеній. Копіи эти выдаются безденежно или съ запиской въ дебетъ лишь тогда, когда онѣ требуются генеральнымъ прокуроромъ или когда постановленіе закона предписываетъ это.

### **Зареестрованіе жалобъ, канцелярскія пошлины и плата за копіи.**

По словамъ статьи 47 закона 28 апрѣля 1816 года, «первый актъ обжалованія въ кассационномъ порядкѣ или предъ совѣтами Его Величества, будетъ ли онъ заключаться въ прошеніи, меморіи или объявленіи, по дѣламъ гражданскимъ, простой или исправительной полиціи, подлежитъ регистраціонной пошлинѣ въ размѣрѣ 25 франковъ».

Та же статья облагаетъ такой же пошлиной окончательныя рѣшенія кассационнаго суда. Статья же 46 подвергаетъ подготовительныя и частныя (interlocutoires) опредѣленія пошлинѣ въ 10 франковъ.

Къ окончательнымъ рѣшеніямъ кассационнаго суда относятся: рѣшенія департаментовъ—гражданскихъ и прошеній, коими жалоба признается неуважительной (arrêt de rejet), рѣшенія кассационныя, такъ называемыя arrêt d'annulation и рѣшенія по преканіямъ о подсудности или такія, коими дѣло передается изъ одного суда въ другой.

Къ подготовительнымъ и интерлокутивнымъ рѣшеніямъ, подлежащимъ пошлинѣ въ 10 франковъ, относятся: постановленія о допущеніи жалобы, arrêt de soit communiqué, рѣшенія, допускающія реституцію противъ заочнаго постановленія и споръ о подлогѣ, рѣшенія, опредѣляющія передать дѣло въ соединенные департаменты и другія рѣшенія этого рода.

Что касается канцелярскихъ пошлинъ въ собственномъ смыслѣ, то онѣ удержаны для весьма незначительнаго числа актовъ, которые новѣйшая практика кассационнаго суда заимствовала изъ практики прежняго совѣта сторонъ. Таблицы этихъ пошлинъ были составлены секретаремъ Флерве, который, состоя въ теченіе пятнадцати лѣтъ при гражданскихъ архивахъ (dépôts) стараго совѣта, исправлялъ ту же должность, въ продолженіе 40 лѣтъ, при кассационномъ судѣ. Флерве служилъ въ переходное время, и изъ тарифовъ, приложенныхъ къ регламенту 1738 года, онъ извлекъ тѣ статьи, которыя можно было считать въ силѣ на основаніи практики кассационнаго суда.

Пошлины эти явствуютъ какъ изъ ст. 22, главы XVI, второй части наказа 1738 года, такъ и изъ постановленія совѣта отъ 12 сентября 1739 года. Онѣ сводятся къ слѣдующимъ:

Сборъ за приказъ о назначеніи докладчика въ департаментъ — прошеній или гражданскомъ (Regl. 12 сентября 1737 года, ст. 1-я, § 2) . . . . . 3 фр.

Пошлина за обратное взятіе документовъ изъ департаментовъ прошеній (Art. 22, § 27, tit. XVI регламента 1738 г.) . . . . . 3 фр.

Пошлина за приложение печати къ постановленіямъ департаментовъ — гражданского или прошеній (Art. 1-er, § 7 регламента 1738 года) . . . . . 12 фр.

Сборъ за написаніе копии постановленій департаментовъ — гражданского и прошеній. (Art. 1-er, § 15, поштучно) 50 сд.

Сборъ при подачѣ въ канцелярію постановленія о допущеніи жалобы и документовъ. (Reg. 1738 г., гл. XVI, ст. 22, § 30) . . . . . 3 фр.

Сборъ за зареестрованіе каждой подаваемой бумаги. (Regl. 12 сентября 1739 года, ст. 1-я, § 16) . . . . . 4 фр.

Сборъ за просмотръ каждой копии. (Тамъ же, § 20) . . . . . 20 сд.

Сборъ за передачу производства докладчику. (Тамъ же, § 20) . . . . . 1 фр.

Сборъ за выдачу удостовѣренія, что противная сторона не представила производства. (Тамъ же, ст. 1, § 19) . . . . . 4 фр.

Сборъ за обратное взятіе представленныхъ бумагъ послѣ рѣшенія дѣла. (Тамъ же, ст. 17) . . . . . 4 фр.

Сборъ за розысканіе рѣшеній, состоявшихся болѣе чѣмъ за годъ. (Тамъ же, ст. 13 и постановленіе совѣта отъ 12 сентября 1739 года, ст. 1, § 14) . . . . . 3 фр.

Всѣ эти сборы, равно какъ и залогіи и регистраціонныя пошлины, съ прибавленіемъ десятой части на военные расходы, удержаны, по словамъ закона 6 преріала VII года, до настоящаго времени.

Для удобства канцеляріи и сторонъ, сборы эти были соединены для каждаго рода актовъ, вмѣстѣ съ регистраціонной и штемпельной пошлиной, въ одну цифру въ приведенныхъ выше тарифахъ, которые не переставали служить руководствомъ со времени возникновенія кассационнаго суда до настоящаго времени.

Сборы эти, въ концѣ каждаго мѣсяца, передаются полностью въ кассу сборщика регистраціи, какъ это предписываетъ законъ 29 фримера IV года, ст. 4. Главный начальникъ канцеляріи кассационнаго суда, получающій отъ государства одну валовую цифру для удовлетворенія всѣхъ расходовъ по канцеляріи, не получаетъ никакой доли изъ этихъ сборовъ. Въ этомъ отношеніи положеніе его отличается отъ положенія начальниковъ канцелярій другихъ судовъ первой и второй инстанціи, которые, по словамъ статьи 92, закона 27 вентоза VIII года, тоже, но въ различной формѣ, обязаны дѣлать всѣ расходы по ихъ канцеляріи изъ оптовой суммы ими получаемой.

Эта сумма для главнаго начальника канцеляріи кассационнаго суда была опредѣлена въ 30,000 франковъ декретомъ 30 декабря 1853 года, не считая жалованья его четырехъ помощниковъ, которое они прямо получаютъ отъ государства. Изъ этихъ 3,000 франковъ удовлетворяются жалованьемъ самый начальникъ, его подчиненные и кромѣ того всѣ другіе расходы по канцеляріи. Число его подчиненныхъ, которое всегда обуславливается требованіемъ службы, было опредѣлено въ 6 человекъ закономъ 5 вентимера IV года. Въ настоящее время канцелярскихъ чиновниковъ девять.

### Ликвидация расходовъ.

Расходы опредѣляются въ рѣшеніяхъ и обнимаютъ собою стоимость кассационной жалобы, но не издержекъ по предъявленію постановленія.

Въ счетъ расходовъ входятъ не только поименованные выше сборы, но и штемпельныя пошлины, расходы по предъявленію противной сторонѣ кассационной жалобы и меморій и всякіе другіе расходы, которые адвокаты законно сдѣлали по дѣлу. По этому случаю слѣдуетъ замѣтить, что въ кассационномъ судѣ адвокаты требуютъ отъ противниковъ лишь сдѣланныхъ расходовъ. Что же касается ихъ гонорара, то онъ падаетъ на счетъ уполномочившихъ ихъ сторонъ. Изъ этого видно, что потеряла силу вся та часть регламента 1738 года и тарифовъ, которая относится къ опредѣленію таксы вознагражденія за кассационныя жалобы и массу другихъ актовъ.

Порядокъ производства объ издержкахъ состоитъ въ слѣдующемъ: если кассационный судъ возложилъ вознагражденіе такovýchъ на нѣсколько тяжущихся безразлично, то оно распределяется между ними равными частями. Если же онъ распредѣлил таковое между ними, то каждая сторона вноситъ присужденную съ нея часть (см. *Arg. Ch. Civ.* отъ 8 мая 1850 года, *aff. Desaine*; отъ 14 мая 1850 года, *aff. Jardin*; отъ 26 февраля 1850 года, *aff. Ducatteau*; отъ 23 января 1855 г., *aff. Dercheu*).

Постановленіе гражданскаго департамента, отъ 31 марта 1841 года, кассировало рѣшеніе аміенской судебной палаты, которая, рассматривая дѣло въ качествѣ суда, куда таковое было передано на новое разсмотрѣніе, присудила кассатора къ вознагражденію расходовъ не только перваго апелляціоннаго производства, но и кассационнаго. Кассационный судъ разъяснилъ, что объ этой послѣдней части издержекъ не могло болѣе быть возбуждено вопроса, такъ какъ онѣ окончательно пали на счетъ отвѣтчика, проигравшаго дѣло въ кассационномъ судѣ. Съ этого времени множество другихъ рѣшеній освятило эту доктрину.

## Плата за копіи.

Стоимость копіи рѣшенія, ея зарегистрированія и предъявленія не входитъ въ счетъ расходовъ, подлежащихъ возмѣщенію.

Сборъ съ копіи рѣшеній взимается, на основаніи указа 19 вентоза XI года, 10 марта 1803 года, въ размѣрѣ 50 сантимовъ съ каждаго листа. Декретъ этотъ примѣняетъ этотъ сборъ къ дѣламъ по пререканіямъ о подсудности, отводамъ судей и передачѣ дѣлъ въ другой судъ по причинѣ законнаго подозрѣнія, хотя дѣла этого рода изъяты вообще отъ канцелярскихъ сборовъ.

Что касается изготовленія копіи, то статья 7, регламента 1738 года, гласитъ: «Копіи рѣшеній пишутся на листѣ полуформатной бумаги отчетливо и правильно, при чемъ каждый листъ долженъ содержать въ себѣ по крайней мѣрѣ 50 строкъ, а каждая строка 12 слоговъ, подъ страхомъ взысканія въ случаѣ нарушенія».

Согласно этой статьѣ, продолжаютъ изготовляться копіи постановленій кассационнаго суда.

Если статья 6-я, закона 21 вентоза VII года требуетъ, чтобы копіи рѣшеній содержали на каждой страницѣ 20 строкъ, а строка отъ 8 до 10 слоговъ, то правило это примѣняется лишь къ копіямъ рѣшеній и опредѣленій судовъ первой и второй инстанціи, которыя изготовляются на гербовой бумагѣ средняго размѣра (см. законъ 13 брюмера VII года, ст. 19); въ канцеляріи же кассационнаго департамента употребляется бумага лишь большаго размѣра (по 1 фр. 50 сант.). Только эта бумага и можетъ удовлетворить требованіямъ регламента 1738 года, относительно 50 строкъ въ листѣ и 12 слоговъ въ строкѣ.

Статья 63, закона 28 апрѣля 1816 года, требующая употребленія бумаги по 1 фр. 25 сант., примѣнима лишь къ другимъ актамъ, исключая постановленій, напр. къ свидѣтельствамъ, удостоверяющимъ непредставленіе стороной производства.

## Возвращеніе документовъ.

Акты, жалобы или объясненія, которые адвокаты передаютъ для храненія въ канцелярію и которые служатъ къ подтвержденію ихъ жалобъ, получаютъ ими, послѣ рѣшенія дѣла, обратно, въ чемъ они росписываются въ реестрѣ жалобъ.

Статья 1-я, главы XIV, второй части наказа 1738 года, гласитъ: «Во всѣхъ дѣлахъ, производящихся въ совѣтѣ, клерки докладчиковъ, послѣ рѣшенія таковыхъ и подписанія рѣшеній, обязаны, въ теченіе восьми дней, возвратить, безъ взиманія какихъ либо сборовъ, за исключеніемъ тѣхъ, которые установлены ниже, въ канцелярію совѣта всѣ просьбы, документы и производства, какъ первоначальныя, такъ и вновь поданныя по дѣлу. По полученіи таковыхъ, секретарь обязанъ передать оныя адвокатамъ,

тоже безъ взиманія какой либо платы, въ установленномъ порядкѣ».

Ст. 2 указываетъ средства принужденія клерковъ и секретарей членовъ-докладчиковъ; а статья 3-я—тѣ взыскапія, которымъ подвергаются адвокаты, не принимавшіе нужныхъ мѣръ къ обратному полученію этихъ бумагъ.

Правила эти не примѣняются болѣе въ настоящее время, но статья 4-я сохраняетъ еще силу, примѣняясь къ такому порядку вещей, который продолжаетъ существовать до сихъ поръ, т. е. къ удержанію документовъ адвокатами послѣ рѣшенія дѣла. Статья эта гласитъ:

«Адвокаты, получившіе изъ канцеляріи суда производствъ, представленныя сторонами по рѣшеннымъ дѣламъ, освобождаются отъ ответственности по онымъ предъ ихъ довѣрителями, по истеченіи пяти лѣтъ, считая со дня полученія ими производствъ изъ канцеляріи. Послѣ этого срока, нельзя предъявлять никакихъ требованій по этому предмету къ ихъ вдовамъ и наслѣдникамъ, подъ какимъ бы то ни было предлогомъ».

Документы, переданныя въ канцелярію, въ подтвержденіе жалобъ, будучи необходимы для рѣшенія дѣла, могутъ быть получаемы обратно изъ оной не иначе, какъ на основаніи рѣшенія или въ силу правильного отказа отъ иска.

### **Возвращеніе залоговъ.**

Статья 38, глава IV, первой части, наказа 1738 г., гласитъ: «Когда въ пользу кассатора послѣдовала отмена рѣшенія, о которой онъ просилъ, то внесенный залогъ возвращается ему безотлагательно, въ какихъ бы выраженіяхъ не было редактировано рѣшеніе совѣта и хотя бы въ немъ не сдѣлано было распоряженія о возвращеніи залога».

Для полученія обратно залога, адвокатъ по дѣлу передаетъ кассиру регистраціи засвидѣтельствованную имъ выписку изъ рѣшенія, разрѣшающаго возвращеніе залога, съ приложеніемъ квитанціи о взносѣ, въ силу чего онъ получаетъ приказъ о выдачѣ залога. Залоги, какъ мы видѣли, не возвращаются въ случаѣ отказа, развѣ бы таковой послѣдовалъ по дѣлу исправительному или полицейскому.

## **ГЛАВА XXIII.**

ИЗЪЯТІЕ ИЗЪ ОБЩАГО ПОРЯДКА СУДОПРОИЗВОДСТВА ВЪ ДЕПАРТАМЕНТАХЪ ГРАЖДАНСКИХЪ ИЛИ СОЕДИНЕННЫХЪ.

### **Привлеченіе судей къ ответственности.**

(Prise à partie. — Forfaiture).

Статья 65 конституціоннаго акта 22 фримера VII года предоставляетъ кассационному суду вѣдѣніе просьбъ о привлеченіи

къ отвѣтственности судей, когда эти просьбы направлены противъ цѣлаго состава суда. Указавъ случаи, когда искъ этотъ подается императорской палатѣ или судамъ первой степени, статья 509 устава гражданскаго судопроизводства постановляетъ: «просьба о привлеченіи къ отвѣтственности ассизныхъ судовъ второй степени, или одного изъ ихъ отдѣленій, приносится верховному суду, согласно ст. 101 акта 18 мая 1841 года».

Статья 510 прибавляетъ: «Однакоже, никакой судья не можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности безъ предварительнаго разрѣшенія суда, которому приносится просьба объ этомъ».

Верховный судъ, учрежденный въ силу сенатусъ-консульта отъ 18 мая 1804 года, могъ, по словамъ 7-й статьи этого закона, вѣдать дѣла о привлеченіи къ отвѣтственности судовъ аппелляціонныхъ, уголовныхъ или членовъ кассационнаго суда. Но это верховное судилище имѣло весьма краткое существованіе. Правда, конституціи 1848 и 1852 года и сенатусъ-консультъ отъ 10 іюля того же года установили верховный судъ, но цѣль его была совершенно другая. Поэтому всякій разъ, когда, со времени изданія устава гражданскаго судопроизводства, возникалъ вопросъ о привлеченіи судей къ отвѣтственности, то таковой былъ представляемъ на разрѣшеніе кассационнаго суда, которому первоначально подсудны были дѣла этого рода, по словамъ приведеннаго выше закона, ст. 2 и 5 закона 1-го декабря 1790 года, ст. 19 конституціи 1791 и ст. 254 конституціи III года.

Случаи, въ которыхъ можетъ имѣть мѣсто привлеченіе судей къ отвѣтственности, перечислены въ 505 статьѣ устава гражданскаго судопроизводства.

Статья эта гласитъ: «Судьи могутъ быть привлекаемы къ отвѣтственности въ слѣдующихъ случаяхъ»:

- 1) «Въ случаѣ злаго умысла, лихоимства или подлога, допущеннаго при подготовительномъ производствѣ или при рѣшеніи дѣла;
  - 2) «Если привлеченіе къ отвѣтственности положительно допущено закономъ;
  - 3) «Если законъ признаетъ судей отвѣтственными за вредъ и убытокъ;
  - 4) «Въ случаѣ отказа въ правосудіи. По словамъ статьи 506, отказъ въ правосудіи бываетъ тогда, когда судьи отказываютъ въ производствѣ изслѣдованія по дѣлу, или же оставляютъ безъ разрѣшенія дѣло, достаточно подготовленное для рѣшенія».
- Отказъ въ правосудіи, гласитъ ст. 507, долженъ быть констатированъ двумя предложеніями, сдѣланными судьямъ, въ лицѣ секретарей, каждыя три дня, если дѣло производится въ судахъ мировыхъ и коммерческихъ, и каждыя восемь дней, когда оно

производится во всѣхъ другихъ судахъ. Всякій судебный представъ, къ которому тяжущійся обращается, обязанъ дѣлать эти предложенія, подѣ страхомъ взысканія».

«Если дѣло не будетъ рѣшено и послѣ означенныхъ двухъ предложеній, то судья можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности». (Ст. 508).

Просьба о привлеченіи судей къ отвѣтственности есть, по своей природѣ, просьба гражданская. Изъ статьи 60, закона 27 вентоза VIII года, явствуетъ, что просьбы этого рода подсудны департаменту прошеній, если только онѣ могутъ быть приносимы кассационному суду. Въ случаѣ допущенія просьбы этимъ департаментомъ, она подлежитъ разрѣшенію гражданского департамента. Тѣмъ не менѣе, этотъ принципъ, т. е. о гражданскомъ характерѣ просьбъ этого рода, былъ оспоренъ въ слѣдующемъ дѣлѣ: Форбенъ-Жансонъ, привлеки къ отвѣтственности первоприсутствовавшего Сегье, просилъ о передачѣ его, пера Франціи, суду перовъ. Но департаментъ прошеній, въ постановленіи своемъ отъ 17 февраля 1825 года, (S., 25, I, 406), опредѣлилъ характеръ просьбы о привлеченіи Сегье къ отвѣтственности слѣдующими словами:

«Принимая во вниманіе, что требованіе, изложенное въ заключеніи генеральнаго прокурора, домогаясь передачи въ судъ перовъ просьбы графа Форбенъ-Жансона, о привлеченіи къ отвѣтственности Сегье, должно составлять предварительно предметъ разсмотрѣнія этого суда; принимая во вниманіе, что такая передача можетъ основываться лишь на одномъ изъ специальныхъ атрибутовъ суда перовъ, опредѣленномъ конституціонной партией, которая гласитъ: никакой перъ не можетъ быть арестованъ иначе, какъ съ разрѣшенія камеры и судимъ ею; принимая во вниманіе, что просьба о привлеченіи къ отвѣтственности есть не болѣе, какъ искъ уголовный; что, будучи заявлена безъ участія прокурорскаго надзора, она можетъ имѣть цѣлью лишь вознагражденіе убытковъ; что само ходатайство графа Форбенъ-Жансона домогается уничтоженія одного изъ пунктовъ постановленія, который касается вознагражденія убытковъ,—департаментъ прошеній признаетъ дѣло себѣ неподсуднымъ».

Такъ какъ просьбы о привлеченіи судей къ отвѣтственности имѣютъ гражданскій характеръ, то онѣ должны быть составляемы по общей формѣ кассационныхъ просьбъ, т. е. въ видѣ прошеній (*requêtes*) подписанныхъ адвокатомъ, оплаченныхъ штемпельной пошлиной и зарегистрированныхъ. Онѣ освобождаются только отъ предварительнаго внесенія залога, которое примѣняется лишь къ кассационнымъ жалобамъ въ собственномъ смыслѣ.

Приведенное выше постановленіе отказываетъ, повидимому, прокурорскому надзору, въ инициативѣ по дѣламъ этого рода,

которыя въ нѣкоторомъ отношеніи интересуютъ публичный порядокъ. Случалось, что генеральный прокуроръ, къ которому стороны обращались съ своими просьбами о привлеченіи судей къ отвѣтственности, передавалъ таковыя въ канцеляріи суда. Но кассационный судъ полагалъ необходимымъ назначеніе адвоката *ex officio*, что онъ и сдѣлалъ по дѣлу Дюранъ-Вогаронъ. (Arg. отъ 30 іюля 1857 года, *ch. des req.*).

Департаментъ прошеній можетъ, по разсмотрѣніи или по истребованіи нужнаго производства, отвергнуть просьбу о привлеченіи къ отвѣтственности, или передать дѣло объ обвиняемомъ судѣ, на разсмотрѣніе гражданского департамента.

Долженъ ли кассационный судъ разрѣшать просьбы этого рода въ совѣщательной камерѣ, или въ публичномъ засѣданіи послѣ состязанія сторонъ? Практика послѣдняго времени показываетъ, что онъ разрѣшалъ таковыя въ публичномъ засѣданіи (см. Arg. *Vonpeau*, отъ 25 мая 1826 года; *Gauté*, отъ 23 декабря 1828 г., и приведенныя выше постановленія).

Иски этого рода подчиняются формамъ, преданнымъ уставомъ гражданского судопроизводства и имѣющимъ примѣненіе въ кассационномъ судѣ.

Если истецъ по дѣлу о привлеченіи къ отвѣтственности судьи не подлежитъ внесенію залога, то онъ не освобождается отъ штрафа, установленнаго для неправыхъ кассаторовъ. Статья 516 уст. гражд. судопр. требуетъ присужденія, въ случаѣ проигрыша дѣла, къ штрафу въ размѣрѣ не менѣе 300 франковъ.

До 15 октября 1842 года, ни одно изъ постановленій по дѣламъ о привлеченіи судей къ отвѣтственности не присуждало къ штрафу въ размѣрѣ болѣе 300 фр. Но иначе было по дѣлу Паганель. Постановленіе уголовной камеры по этому дѣлу, отъ 15 октября 1742 года, заканчивается слѣдующими словами: «Принимая во вниманіе, что штрафъ долженъ быть соразмѣряемъ съ степенью неосновательности иска, предъявленнаго кассационному суду; что искъ этотъ основанъ на однихъ голословныхъ заявленіяхъ безъ всякихъ доказательствъ и доводовъ; что, сверхъ того, истецъ усилилъ свою неправоту словеснымъ состязаніемъ, присуждаетъ Паганеля къ штрафу въ размѣрѣ 1000 франковъ».

### **Привлеченіе судей къ отвѣтственности за преступленія по должности.**

(*forfaiture*).

Когда судьи привлекаются къ уголовной отвѣтственности предъ кассационнымъ судомъ за преступленія, то примѣняется тотъ порядокъ производства, который установленъ статьями 80 и слѣдующими, закона 27 вентоза VII года и ст. 485 слѣд. уст. угол. судопроизводства. Статья 485 постановляетъ: «Когда преступле-

ніе, совершенное при исполненіи обязанностей службы и влекущее за собою наказаніе, установленное за преступленія по должности, или другое болѣе важное наказаніе, будетъ приписываться суду коммерческому, исправительному или первой инстанціи въ цѣломъ его составѣ, или одному, или нѣсколькимъ членамъ судебныхъ палатъ, или генеральнымъ прокурорамъ и замѣняющимъ ихъ мѣсто при этихъ палатахъ, то поступаетъ слѣдующимъ образомъ».

Статья 486. «О преступленіи сообщается министру юстиціи, который даетъ приказъ генеральному прокурору кассационнаго суда о преслѣдованіи онаго, въ случаѣ заявленія. Такое заявленіе можетъ быть дѣлаемо непосредственно кассационному суду потерпѣвшими сторонами, но тогда лишь, когда онѣ просятъ о привлеченіи суда или судей къ гражданской отвѣтственности, или когда заявленіе будетъ побочнымъ по отношенію къ дѣлу, производящемуся въ кассационномъ судѣ».

Слѣдующія статьи, до ст. 503, изображаютъ порядокъ возбужденія преслѣдованія, которое разрѣшается, по словамъ ст. 499 не иначе, какъ въ совѣщательной камерѣ.

По дѣлу, рѣшенному 26 августа 1828 года департаментомъ прошеній, жалоба отъ привлеченія къ уголовной отвѣтственности сенскаго коммерческаго суда была адресована хранителю печатей, который предписалъ генеральному прокурору о дачѣ ей хода. По предложенію генеральнаго прокурора первоприсутствующій назначилъ совѣтника департамента прошеній для выслушанія свидѣтелей и для составленія нужныхъ актовъ предварительнаго слѣдствія. Впослѣдствіи департаментъ прошеній отвергнулъ жалобу на томъ основаніи, что факты, въ ней изложенные, опровергнуты произведеннымъ слѣдствіемъ.

Но проситель не считалъ для себя такое рѣшеніе обязательнымъ; онъ воспользовался предоставленнымъ ему второй частью статьи 486 устава уголовного судопроизводства правомъ и вступилъ съ ходатайствомъ прямо въ кассационный судъ, прося о привлеченіи къ гражданской отвѣтственности коммерческаго суда и утверждая, что онъ не былъ ни выслушанъ, ни привлеченъ къ участию въ разрѣшенномъ дѣлѣ и что онъ имѣетъ право возобновить свою просьбу о привлеченіи суда къ отвѣтственности въ порядкѣ гражданскомъ, или уголовномъ.

По этой просьбѣ слѣдовало новое производство, вслѣдствіе котораго департаментъ прошеній, постановленіемъ своимъ отъ 23 сентября 1828 года, отвергнулъ этотъ двойной искъ по слѣдующимъ соображеніямъ:

По словамъ ст. 486, два пути открыты для пострадавшихъ сторонъ: заявленіе кассационному суду при посредствѣ министра юстиціи и заявленіе, дѣлаемое непосредственно кассационному суду;

Что въ настоящемъ случаѣ проситель обращался въ кассационный судъ съ жалобой о привлеченіи сельскаго коммерческаго суда къ уголовной отвѣтственности исключительно чрезъ посредство министра юстиціи; что кассационный судъ, руководствуясь предписаніями ст. 127, 128 и 502 уст. угол. судопроизводства, долженъ былъ ограничиться разсмотрѣніемъ того, слѣдуетъ ли допустить или отвергнуть жалобу; и что порядокъ, котораго онъ придерживался при предварительномъ разсмотрѣніи дѣла, не подлежитъ обжалованію, что касается формы, по словамъ ст. 500 того же устава;

Что относительно признанія преступленія по должности, кассационный судъ долженъ былъ, какъ онъ это и сдѣлалъ, постановить свое опредѣленіе не въ присутствіи просителя, согласно предписаніямъ уст. угол. судопроизводства; что же касается ходатайства о привлеченіи сенскаго трибунала къ гражданской отвѣтственности, то, въ виду того, что факты, служащіе ему основаніемъ, совершенно тождественны съ тѣми фактами, на которыхъ основывалась просьба о привлеченіи того же суда къ уголовной отвѣтственности за преступленіе по должности и относительно которой состоялось уже постановленіе, ходатайство это подлежитъ устраненію, въ силу правила: «non bis in idem».

Отсюда вытекаетъ, что когда жалоба о привлеченіи судей къ отвѣтственности за преступленіе по должности заявлена министру юстиціи, который даетъ ей ходъ, то жалующаяся сторона не вправе участвовать въ производствѣ, которое происходитъ въ департаментѣ прошеній предварительно передачи дѣла въ гражданскій департаментъ; и что проситель, въ случаѣ отказа ему въ этой жалобѣ, не можетъ основывать свою просьбу о привлеченіи судей къ гражданской отвѣтственности на тѣхъ же доводахъ, которые разъ признаны уже неуважительными.

### **Дисциплинарные иски противъ судей.**

Дисциплинарный искъ противъ судей, скомпрометировавшихъ достоинство своего званія, нарушившихъ присягу или допустившихъ важныя ошибки при отправленіи ими обязанностей своей службы, предусмотрѣны статьями 80, 81 и 82 сенатусъ-консульта 16 термидора X года и статьей 56 закона 2 апрѣля 1810 года.

Искъ этотъ подается прямо въ соединенные департаменты кассационнаго суда, и осуществляется хранителемъ печати, который привлекаетъ судей къ отвѣтственности предъ судебною палатой или кассационнымъ судомъ, смотря по важности дѣянія.

Статья 80 сенатусъ-консульта X года гласитъ:

«Онъ (великій судья) предсѣдательствуетъ въ кассационномъ судѣ и въ судахъ апелляціонныхъ, когда правительство считаетъ это нужнымъ».

Статья 81. «Онъ имѣетъ право надзора надъ трибуналами, мировыми учрежденіями и членами, входящими въ составъ оныхъ, и можетъ привлекать ихъ къ отвѣтственности».

Статья 82. «Кассационный судъ, предсѣдательствуемый имъ, имѣетъ право надзора и дисциплины надъ уголовными судами. Онъ можетъ, въ важныхъ случаяхъ, устранить судей отъ должности, отсылая ихъ къ великому судѣ для дачи отчета о своемъ поведеніи».

Статья 83. «Апелляціонные суды имѣютъ право надзора надъ гражданскими судами ихъ округа, а гражданскіе суды—надъ мировыми судьями своего округа».

«Когда апелляціонные суды, гласитъ ст. 56 закона, 20 апрѣля 1810 года, постановили сдѣлать выговоръ или временно удалить судью отъ должности, то рѣшеніе ихъ приводится въ исполненіе не иначе, какъ съ согласія на то министра юстиціи».

«Тѣмъ не менѣе, въ случаѣ временнаго удаленія, судья обязанъ воздержаться отъ исполненія своихъ обязанностей, до вослѣдованія опредѣленія министра, безъ вреда для права, которое статья 82 сенатусъ-консульта 16 термидора 1810 года предоставляетъ министру юстиціи передать поступокъ обвиняемаго на разсмотрѣніе кассационнаго суда, если важность такового требуетъ того».

По словамъ ст. 59 того же закона: «Всякое рѣшеніе, коимъ судья присуждается къ наказанію, установленному для проступковъ простой полиціи, передается министру юстиціи, который, по разсмотрѣніи онаго, сообщаетъ о семъ кассационному суду, причемъ признанный виновнымъ судья можетъ, смотря по важности случая, быть лишаемъ своего званія, вовсе или временно устраняемъ отъ отправленія своихъ служебныхъ обязанностей».

Изложенныя правила подверглись слѣдующимъ измѣненіямъ по декрету 1 марта 1852 года, который гласитъ:

Ст. 4. «Когда несмѣняемый судья суда первой или второй инстанціи подвергся, въ видѣ дисциплинарнаго взыскація, временно удаленію отъ должности, то состоявшееся противъ него рѣшеніе сообщается хранителю печатей, министру юстиціи, который, въ случаѣ надобности, передаетъ дѣло въ кассационный судъ».

«Этотъ судъ можетъ, смотря по важности проступковъ и по выслушаніи обвиняемаго судьи въ распорядительномъ засѣданіи признать его лишеннымъ своего званія».

«Онъ можетъ также, въ случаѣ, предусмотрѣнномъ статьей 82

сенатусъ-консульта 16 термидора X года, лишить званія судью, привлеченнаго къ отвѣтственности въ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 82 сенатусъ-консульта 16 термидора X года».

Изъ этого видно, что приведенный декретъ распространяетъ власть кассационнаго суда, вмѣсто временнаго отрѣшенія отъ должности, на лишеніе званія судей судовъ первой и второй инстанцій.

Ничто не показываетъ, чтобы кассационный судъ пользовался когда нибудь инициативой, предоставляемой ему статьей 82 сенатусъ-консульта 16 термидора, отсылать судей къ министру юстиціи для дачи отчета о своемъ поведеніи. Дисциплинарныя производства возникали въ немъ всегда по предложеніямъ генеральнаго прокурора, дѣйствовавшаго по порученію хранителя печатей.

Когда въ кассационномъ судѣ производится дѣло подобнаго рода, то оно разрѣшается, какъ мы видѣли, въ распорядительномъ засѣданіи. Но онъ не обязанъ дожидаться, пока судья будетъ переданъ его суду по приказу хранителя печатей. Онъ можетъ приступить къ разсмотрѣнію дѣла, когда дѣйствіе, приписываемое обвиняемому судѣ, имѣетъ тотъ дисциплинарный характеръ и ту важность, о которыхъ говоритъ сенатусъ-консультъ 16 термидора X года; и если ни одно изъ этихъ обстоятельствъ не существуетъ, то судъ освобождаетъ обвиняемаго отъ преслѣдованія. (Арг. отъ 26 ноября 1851 года), въ противномъ случаѣ онъ дѣлаетъ распоряженіе о явкѣ обвиняемаго для дачи объясненій относительно приписываемыхъ ему дѣйствій (См. Арг. des 30 mai 1830, 26 déc. 1843, 19 nov. 1847, 5 апрѣля 1850, 31 марта 1853 года).

Распоряженіе о явкѣ дѣлается на основаніи предложенія генеральнаго прокурора, которое, вмѣстѣ съ первымъ, сообщается вызываемому судѣ при повѣсткѣ, въ которой означается день и часъ для явки.

Срокъ для такой явки—есть общій срокъ, установленный уставомъ гражданскаго судопроизводства для явки въ судъ, съ присовокупленіемъ поверстныхъ сроковъ.

Выше мы объяснили, какимъ образомъ существовавшее до 31 марта 1827 года право хранителя печатей председательствовать въ засѣданіяхъ соединенныхъ департаментовъ превратилось въ право председательствовать въ засѣданіяхъ по дисциплинарнымъ дѣламъ, относительно которыхъ приведенные выше законы сохранили за нимъ юрисдикцію.

По этимъ дѣламъ кассационный судъ допускаетъ или отказываетъ въ публичности преній, смотря по важности дѣла. По дѣлу, рѣшенному 30 ноября 1820 года, онъ допустилъ гласность, отказывая при этомъ обвиняемому судѣ въ содѣйствіи адвоката. (Арг. du 28 nov. 1820).

Но 29 ноября 1847 г. онъ допустилъ одновременно и то и другое.

Это послѣднее постановленіе освящаетъ право, которымъ пользуется кассационный судъ. Постановленіе это выражено слѣдующими словами:

«Принимая во вниманіе, что хотя ст. 52 закона 28 апрѣля 1810 г. гласить, что примѣненіе дисциплинарныхъ взысканій должно быть дѣлаемо въ распорядительномъ засѣданіи судами первой инстанціи и королевскими палатами, но ни одно изъ предписаній закона не распространяетъ это правило на кассационный судъ, когда онъ осуществляетъ право надзора и дисциплины, предоставленное ему 82 статьей сенатусъ-консульта 16 термидора X года и ст. 56, закона 20 апрѣля 1810 года; откуда слѣдуетъ, что отъ усмотрѣнія кассационнаго суда зависитъ допускать или не допускать публичность засѣданій, смотря по особеннымъ обстоятельствамъ каждаго преслѣдованія, — въ виду сего судъ разрѣшаетъ производство дѣла въ публичномъ засѣданіи».

Дѣла этого рода не вполнѣ изъяты отъ судебныхъ издержекъ. Кассационный судъ можетъ присудить признанныхъ въ дисциплинарномъ порядкѣ виновными къ вознагражденію расходовъ, какъ это и имѣло мѣсто въ дѣлахъ, рѣшенныхъ постановленіями отъ 25 апрѣля 1835 года и 12 января 1844 года.

Тарбе (стр. 89) полагаетъ, что законъ 20 апрѣля 1810 года о дисциплинарной власти судовъ первой и второй степени надъ ихъ членами примѣнимъ и къ кассационному суду, когда послѣдній считаетъ нужнымъ возбудить дисциплинарное преслѣдованіе противъ одного изъ своихъ членовъ.

### Дисциплинарные иски противъ адвокатовъ.

Дисциплинарныя взысканія съ адвокатовъ кассационнаго суда были первоначально регулированы указомъ 13 фримера IX года, статьями 1, 2 и 3 указа 2-го термидора X года, статьей 103 декрета 30 марта 1808 года и ордонансомъ 10 сентября 1817 г.

Статья 1-я указа 9 термидора X года гласить: «въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ статьей 8 указа 13 фримера IX года, въ которыхъ совѣтъ адвокатовъ имѣетъ право призывать къ порядку, дѣлать замѣчанія, выговоры, или воспрепятствовать входу въ оный, — опредѣленія эти не подлежатъ обжалованію».

Ст. 2. «Въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ статьей 9, т. е. тѣхъ, когда совѣтъ провозглашаетъ свои опредѣленія въ формѣ мнѣній, послѣднія воспринимаютъ силу, когда будутъ утверждены судомъ по предложеніямъ комиссаровъ отъ правительства».

Статья 13 ордонанса 10 сентября 1817 года прибавляетъ: «Совѣтъ постановляетъ окончательно по проступкамъ полицейскимъ и внутренняго управленія. Въ другихъ случаяхъ онъ даетъ лишь мнѣнія, которыя подлежатъ утвержденію: хранителей печатей, когда проступки относятся къ нарушенію обязанностей

адвокатовъ совѣта, и кассационнаго суда—когда дѣло идетъ о дѣйствіяхъ, коими нарушаются обязанности адвокатовъ этого суда. Определенія эти не подлежатъ апелляціи».

Когда мнѣніе этого рода сообщается совѣтомъ сословія адвокатовъ генеральному прокурору, то послѣдній передаетъ въ канцелярію суда таковое съ своимъ предложеніемъ, послѣ чего первоприсутствующій назначаетъ докладчика.

Когда жалоба на адвоката заявляется къ нему нибудь прямо первоприсутствующему, то онъ или самъ разрѣшаетъ ее, въ предѣлахъ предоставленной ему власти, или дѣлаетъ распоряженіе о передачѣ таковой генеральному прокурору, который можетъ предложить совѣту адвокатовъ возбудить противъ него дисциплинарное преслѣдованіе.

Дисциплинарныя преслѣдованія противъ адвокатовъ производятся и рѣшаются тѣмъ же порядкомъ, какъ и преслѣдованія противъ судей, съ тѣмъ различіемъ, что дисциплинарному преслѣдованію, начатому въ кассационномъ судѣ противъ судьи, предшествуетъ, послѣ разсмотрѣнія дѣла, постановленіе о томъ, слѣдуетъ ли привлечь его къ суду или нѣтъ, тогда какъ когда дѣло идетъ объ утвержденіи мнѣнія совѣта сословія адвокатовъ о дисциплинарномъ проступкѣ, дѣло можетъ быть прямо перенесено въ засѣданіе, безъ предварительнаго постановленія.

Засѣданія, имѣющія своимъ предметомъ дисциплинарныя преслѣдованія противъ адвокатовъ, происходятъ публично, или при закрытыхъ дверяхъ, по усмотрѣнію суда. Во всякомъ случаѣ до сихъ поръ они происходили при закрытыхъ дверяхъ. Лучше чтобъ публика не присутствовала при подобныхъ преніяхъ, въ интересѣ уваженія къ сословію, къ которому принадлежать обвиняемые.

Содѣйствіе защиты по дѣламъ дисциплинарнымъ, въ интересѣ обвиняемаго имѣло мѣсто до 1840. года лишь по дѣламъ, рѣшеннымъ постановленіями отъ 14 января и 25 апрѣля 1835 г. Съ 1840 года защита была допущена всегда, когда она требовалась,—даже кассационный судъ назначалъ таковую, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по собственному усмотрѣнію.

По дѣлу, рѣшенному соединенными департаментами 16 декабря 1844 года, былъ возбужденъ вопросъ о порядкѣ производства дисциплинарныхъ дѣлъ, касающихся адвокатовъ. Небезполезно познакомиться ея съ этимъ вопросомъ.

Кассационный судъ, назначивъ адвокату срокъ для явки въ оный, разрѣшилъ ему воспользоваться содѣйствіемъ защиты. Не явившись въ назначенный срокъ, адвокатъ этотъ заявилъ прошеніе о нарушеніи обрядовъ судопроизводства тѣмъ, что онъ лишь 9 декабря былъ уведоменъ о распоряженіи кассационнаго суда относительно вызова его на 16 декабря, и что со времени

полученія имъ извѣщенія, до дня, назначеннаго для явки, прошло всего 7 дней, тогда какъ законъ (ст. 19 ордонанса 20 ноября 1822 года) устанавливаетъ восьмидневный срокъ.

Кассационный судъ отвергнулъ это возраженіе на томъ основаніи, что еслибъ даже предположить, что ордонансъ 20 ноября 1822-г., спеціальный для адвокатовъ суда второй степени, можетъ имѣть примѣненіе къ адвокатамъ кассационнаго суда, то срокъ, требуемый 19 статьей, относится лишь къ случаю, когда адвокатъ привлеченъ къ ответственности предъ совѣтомъ его сословія, но никоимъ образомъ къ тому случаю, когда дѣло идетъ объ утвержденіи дисциплинарнаго опредѣленія этого совѣта.

И дѣйствительно, изъ ст. 13 ордонанса 10 сентября 1817 г. вытекаетъ, что утвержденіе послѣдовавшаго въ совѣтѣ опредѣленія есть не болѣе, какъ актъ высшей администраціи, выполняемый, смотря по случаю, хранителемъ печати или кассационнымъ судомъ вслѣдствіе простаго сообщенія имъ этого опредѣленія съ производствомъ, служащимъ ему подкрѣпленіемъ, такъ какъ, по словамъ сказанной статьи, обвиняемый адвокатъ не можетъ апеллировать на опредѣленіе совѣта кассационному суду съ просьбой о пересмотрѣ оного.

Нѣтъ сомнѣнія, что кассационный судъ можетъ допустить разъясненіе дѣла, принимая отъ обвиняемаго записки, разрѣшая ему объясняться лично или чрезъ защитника; но законъ не обязываетъ его къ этому, а тѣмъ менѣе къ соблюденію какого либо срока, когда онъ считаетъ нужнымъ входить въ болѣе подробное разсмотрѣніе, чѣмъ то, какое содержится въ опредѣленіи совѣта и подкрѣпляющемъ оное производствѣ.

Въ сказанномъ дѣлѣ инициатива возбужденія дисциплинарнаго иска исходила отъ совѣта сословія адвокатовъ.

Дисциплинарное преслѣдованіе можетъ быть возбуждаемо кассационнымъ судомъ, какъ это имѣло мѣсто въ засѣданіи департамента прошеній отъ 5 декабря 1855 года. Кассационный судъ, занеся въ протоколъ замѣченный имъ поступокъ адвоката, требовавшій дисциплинарнаго преслѣдованія, ограничился сообщеніемъ объ этомъ прокурорскому надзору.

Вслѣдствіе этого, обвиняемый адвокатъ былъ привлеченъ къ ответственности предъ совѣтомъ сословія адвокатовъ, по предложенію генеральнаго прокурора. По воспослѣдованіи о семъ опредѣленія совѣта былъ назначенъ докладчикъ для разсмотрѣнія дѣла. При этомъ обвиняемый адвокатъ и его защитникъ могли быть увѣдомлены лишь послѣ передачи генеральнымъ прокуроромъ протокола въ канцелярію кассационнаго суда. О днѣ доклада дѣла обвиняемый былъ извѣщенъ, за симъ кассационный судъ, въ соединенныхъ департаментахъ, постановилъ рѣшеніе, выслушавъ предварительно заключеніе генеральнаго прокурора и объясненіе

обвиняемаго. Таковъ былъ ходъ производства дѣла (см. Arr. du 23 janv. 1856).

Споры, возникающіе между адвокатами и тяжущимися по производству дѣлъ, разрѣшаются первоприсутствующимъ самовластно или съ разрѣшенія кассационнаго суда. Въ 1830 году представился случай, который не мѣшаетъ отмѣтить здѣсь. Тяжущійся заявилъ предсѣдателю жалобу, прося понудить его адвоката подписать меморію, которая была составлена не имъ, тяжущимся, и содержаніе которой адвокатъ не одобрялъ. Первоприсутствующій передалъ эту жалобу въ совѣтъ сословія адвокатовъ.

Совѣтъ, «принявъ во вниманіе, что П... добровольно принялъ на себя веденіе дѣла Т... въ кассационной инстанціи, что онъ въ дополнительной запискѣ развилъ всѣ поводы кассации, которые представляются въ дѣлѣ, что, не смотря на это, Т... составилъ и напечаталъ записку, подписать и подать которую онъ хочетъ принудить П...; что домогательство это, вполнѣ противорѣчащее независимости адвоката, не можетъ быть допущено; что П... есть единственный судья полезности и необходимости этого производства, если же Т... настаиваетъ на этомъ, то онъ можетъ обратиться къ другому адвокату».

«Но принимая во вниманіе, что онъ напрасно сталъ бы отыскивать адвоката, который согласился бы выдать за свою записку, о которой идетъ дѣло; что, въ дѣйствительности, эта записка не только не составляетъ доказательства, полезнаго для дѣла, но заключаетъ въ себѣ массу оскорбительныхъ выраженій для противниковъ, третьихъ лицъ, судей, въ особенности на страницахъ...

«Что такимъ образомъ адвокатъ, назначенный даже ex officio, не могъ бы быть принужденъ къ подачѣ подобной записки», — совѣтъ призналъ, что жалоба не заслуживаетъ уваженія.

Кассационный судъ, разсмотрѣвъ это мнѣніе, по докладу первоприсутствующаго, постановилъ:

«Принимая во вниманіе, что хотя тяжущіяся стороны имѣютъ право требовать содѣйствія адвоката, будучи обязаны къ сему по закону, но адвокатъ, доставляющій имъ такое содѣйствіе, дѣлается отвѣтственнымъ за всѣ тѣ бумаги, которыя онъ подписываетъ, подавая оныя въ кассационный судъ. Отсюда слѣдуетъ, что если адвокатъ и можетъ быть ex officio назначенъ для поддержанія или возраженія противъ допущенной жалобы, но обязанности его ограничиваются заявленіемъ доводовъ права и ходатайства сторони.

«Принимая во вниманіе, что, въ разсматриваемомъ дѣлѣ, П... не отказывается отъ исполненія своихъ обязанностей, но онъ не можетъ быть понужденъ къ подписанію записки, которую онъ считаетъ предосудительной и къ подписанію которой его нельзя

принудить ex officio, — кассационный судъ призналъ мнѣніе совѣта  
вполнѣ законнымъ.

Адвокаты имѣютъ тѣмъ болѣе оснований воздерживаться отъ  
подписанія бумагъ, которыя могутъ компрометировать ихъ до-  
стоинство, что одинъ изъ нихъ, сдѣлавъ это, былъ лишентъ права  
практики на три мѣсяца, какъ это видно изъ постановленія со-  
единенныхъ департаментовъ, отъ 22 февраля 1808 года.

Гражданскій департаментъ, вѣдающій одинъ дѣла о приѣмѣ  
адвокатовъ, передаетъ въ соединенные департаменты тѣ затруд-  
ненія, которыя возникаютъ относительно способности представ-  
ляемыхъ адвокатовъ.

Такимъ образомъ случалось, что гражданскій департаментъ,  
вслѣдствіе возникшихъ споровъ по случаю представленія адвока-  
товъ, объявлялъ себя некомпетентнымъ, передавая эти споры на  
разрѣшеніе соединенныхъ департаментовъ. (См. Arr. des 7 juin  
1843 и 7 janv. 1852).

КОНЕЦЪ ПЕРВАГО ТОМА.

отъ заключенія договора; но если кто либо уже началъ производить то дѣйствіе, которое предполагалось, и при этомъ понесъ расходы, то отступающій отъ договора долженъ вознаградить его за нихъ <sup>5</sup>. Подобное публичное обѣщаніе не имѣетъ значенія обязательства, если явно обнаружится, что въ немъ не заключалось намѣренія къ заключенію такового <sup>6</sup>. Далѣе сюда относится

<sup>5</sup> Здѣсь дѣйствуетъ то же начало, какъ въ случаяхъ, упомянутыхъ въ § 59 прим. 5. 10. 11, § 60 прим. 5. И здѣсь объявленіе воли вызываетъ въ противной сторонѣ довѣріе, неоправдывающееся на дѣлѣ, вслѣдствіе чего она несетъ убытокъ. Но здѣсь довѣріе направлено не на осуществленіе договора въ настоящемъ, а на осуществленіе его или на возможность осуществленія его въ будущемъ. Если сдѣлавшій рекламу утверждаетъ, что противникъ и безъ того не получилъ бы преміи, слѣдовательно, что принесенныя жертвы пропали бы для него даромъ и тогда, когда бы первый и не взялъ назадъ своего предложенія, то онъ обязанъ это доказать; работающій основываетъ свое требованіе не на томъ, что онъ выигралъ бы премію, а на томъ, что онъ лишился возможности заработать. Регельсбергеръ (стр. 220), не признающій этого раздѣленія обязанности доказывать, заимствуетъ изъ него аргументъ противъ всего положенія. Онъ [также Вангеровъ № 4] признаетъ недѣйствительнымъ отказъ отъ сдѣланнаго въ рекламѣ предложенія, коль скоро началось исполненіе требуемаго дѣйствія, причемъ онъ принимаетъ и здѣсь, какъ и при предложеніи договора, безмолвный отказъ отъ взятія назадъ предложенія. Это, кажется мнѣ, имѣетъ еще меньшее основаніе здѣсь, чѣмъ тамъ. Другіе видятъ акцептацію въ началѣ исполненія, каковое начатіе служитъ къ осуществленію договора; такъ Ф. Буловъ, Пухта, Арндтсъ, Синтенисъ. По мнѣнію Кунтце сдѣлавшій предложеніе съ самаго начала не можетъ отказываться отъ такового; онъ допускаетъ, впрочемъ, отдѣльныя исключенія по особеннымъ соображеніямъ (стр. 299). Право требовать вознагражденія въ томъ смыслѣ, какъ говорится здѣсь, признають Савиньи, Шитце, Йерингъ; первые двое — по праву *actio doli*, а послѣдній — на основаніи выставляемаго имъ понятія о *culpa in contrahendo* (§ 59 прим. 5; стр. 104—106). Одинаковое дѣйствіе съ отказомъ должна имѣть смерть сдѣлавшаго рекламу и потеря имъ дѣеспособности (§ 59 № 2. 3). Кунтце полагаетъ, что эти событія не должны вредить юридической прочности рекламы; Регельсбергеръ [также Вангеровъ № 5] считаетъ смерть безразличной для того, который приступилъ къ исполненію предложенія (ср. § 59 прим. 10). [Эксперъ придерживается изложеннаго здѣсь мнѣнія. Стр. 351 слѣд.]

<sup>6</sup> Положеніе это настолько же вѣрно въ принципѣ, насколько затруднительно примѣненіе его къ отдѣльному случаю. При этомъ слѣдуетъ вспомнить всякаго рода надувательскія объявленія (*Marktschreiereien*), въ которыхъ предлагается иногда значительное вознагражденіе тому, который укажетъ недостатки какого нибудь товара. Во всякомъ случаѣ Шитце идетъ очень далеко (стр. 46 слѣд.), утверждая, что реклама должна считаться не серьезной, когда рекламистъ не имѣетъ интереса въ исполненіи поставленнаго имъ условія (противъ сего Йерингъ стр. 99), или когда послѣднее можетъ быть послѣдовательно исполнено многими лицами. См. также Кунтце стр. 301—302. Регельсбергеръ стр. 205 слѣд. считаетъ необязательной всякую рекламу, когда дѣлающій таковую имѣетъ интересъ въ неисполненіи оной, но не по отсутствію серьезной воли, а потому что такое обѣщаніе имѣетъ скорѣе характеръ односторонняго пари, которое не признается общимъ правомъ. Я полагаю, что это не вѣрно (ср. § 172 прим. 4), во всякомъ случаѣ основаніе рѣшенія, на которое ссылается Регельсбергеръ (Зейфф. Arch.

в) аукціонная продажа <sup>7</sup>. Аукціонная продажа относится сюда только тогда, когда аукціонистъ связанъ всякимъ сдѣланнымъ ему предложеніемъ. Въ этомъ случаѣ аукціонная продажа есть предложеніе заключить договоръ, обращенное къ тому, кто предложитъ наиболѣе выгодныя условія, т. е. кто предложитъ болѣе другихъ, или болѣе другихъ сбавить. Посредствомъ каждаго предложенія возникаетъ договоръ съ аукціонистомъ <sup>8</sup>, но подъ тѣмъ условіемъ въ случаѣ сомнѣнія уничтожающимся <sup>9</sup>, что ни-

XVI. 217), есть отсутствіе серьезной воли. [Вангеровъ № 7. Эксперъ стр. 338 слѣд.].

<sup>7</sup> E. A. Seuffert de auctione (Habilitationsschrift 1854) Kindervater Jahrb. f. Dogm. VII. 1. (1865); къ этому Йерингъ тамъ же № 4; отвѣтъ Киндерфатера № 7; возраженіе Йеринга № 7. Унгеръ тамъ же VIII. 5. (1866). Регельсбергеръ въ поименованномъ подлѣ § 57 сочиненія стр. 162—125. Унтергольцнеръ I стр. 54, Пухта § 252 и Vorles. dazu, Арндтсъ § 231 прим. 4, Синтенисъ II стр. 252—257, Келлеръ стр. 433—444 [Вангеровъ 7 изд. III § 636].

<sup>8</sup> Производящій продажу съ публичныхъ торговъ выражаетъ волю признать своимъ вѣрителемъ того, который предложитъ высшую цѣну, слѣдовательно ближайшимъ образомъ всякаго торгующагося, принатіе же этой воли выражается въ каждомъ отдѣльномъ предложеніи торгующихся. Йерингъ отрицаетъ юридическую возможность подобнаго осуществленія договора. Практика, говоритъ онъ, признала обязательность поллицитаціи *in incertam personam* лишь для предложеній, дѣлаемыхъ посредствомъ рекламъ. Я же другаго мнѣнія. Я полагаю, что практика признала относительно рекламы таковой принципъ, который примѣнимъ и къ другимъ случаямъ серьезнаго предложенія договора (ср. впрочемъ и Зейфф. Arch. XI. 218). Я не думаю, чтобъ какой нибудь нѣмецкій судъ призналъ по однимъ теоретическимъ основаніямъ, за предложившимъ сдѣлку съ торговъ право отступить отъ предложенія, не смотря на то, что предложеніе было сдѣлано серьезно. Я когда то присутствовалъ при аукціонной продажѣ рыбы, при которой продавецъ выкрикивалъ цѣны сверху внизъ, все уменьшая ихъ до тѣхъ поръ, пока одинъ изъ присутствующихъ воскликнулъ: «мое». Будетъ ли Йерингъ и въ подобномъ случаѣ того мнѣнія, что осуществленіе договора предполагаетъ еще другое, отъ произвола продавца зависящее объявленіе воли? Изъ употребительной у насъ формы аукціонныхъ торговъ Йерингъ заимствуетъ и другое основаніе въ пользу необязательности заключающагося въ объявленіи о торгахъ предложенія, именно что въ этомъ предложеніи не опредѣлена цѣна. И это основаніе не убѣдительно. Предложеніе не обязательно, когда опредѣленіе цѣны зависитъ отъ произвола того, который дѣлаетъ предложеніе, но оно несомнѣнно обязательно, когда опредѣленіе цѣны поставлено въ зависимость отъ воли третьяго лица (§ 1. I de emt. et vend. 3, 22, l. 15. C. de cont. emt. 4. 38). И почему нельзя предоставить опредѣленіе цѣны на усмотрѣніе того, кому дѣлается предложеніе? См. § 138 прим. 6. 7. Конечно Йерингъ утверждаетъ, что здѣсь не представляется *pretium certum* въ смыслѣ римскаго права и что когда опредѣленіе цѣны зависитъ отъ будущаго, то не можетъ быть и рѣчи объ обязательствѣ продавца. Но если смотрѣть на дѣло такимъ образомъ, то пришлось бы признать необязательной продажу по цѣнѣ, которая будетъ опредѣлена третьимъ лицомъ, а между тѣмъ поименованныя выше мѣста говорить противное. Ср. также Зейф. l. c. p. 14, Регельсбергеръ стр. 171. [Вангеровъ № 1. 3]. Зейф. Arch. XX 214.

<sup>9</sup> Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принять, что, по намѣренію сторонъ, прочное

кто не предложит болѣе выгодныхъ условій. Такимъ образомъ каждое предложеніе болѣе выгодныхъ условій уничтожаетъ предъидущій договоръ <sup>10</sup> и договоръ заключается окончательно лишь съ послѣднимъ предложеніемъ <sup>11</sup>. Но аукціонная продажа можетъ имѣть и то значеніе, что аукціонистъ не желаетъ обязаться ни предъ однимъ изъ предлагающихъ. Въ этомъ случаѣ аукціонная продажа есть не предложеніе договора, обращенное къ неопредѣленному лицу, но приглашеніе, обращенное къ обществу, сдѣлать съ своей стороны аукціонисту договорныя предложенія и договоръ признается заключеннымъ, когда аукціонистъ приметъ одно изъ такихъ предложеній <sup>12</sup>. Какое значеніе имѣетъ данная аукціонная продажа,—это вопросъ, подлежащій разрѣшенію для каждого случая отдѣльно. При сомнѣніи однако ей не можетъ быть придано первое значеніе <sup>13</sup>. Если признано, что она имѣетъ второе значе-

правоотношеніе имѣетъ наступить лишь по окончаніи аукціона. Зейф. стр. 15 Киндерфатеръ стр. 10. 11. А. М. Пухта.

<sup>10</sup> Въ особенности въ прежнее время было сильно распространено мнѣніе, что хотя новая надбавка освобождаетъ предложившаго торгъ отъ его обязанности по отношенію къ предъидущему торгующемуся, но не освобождаетъ отъ нея послѣднего. Мнѣніе это основывалось на неврѣномъ аналогическомъ примѣненіи *in diem addictio*, изъ которой дѣлали и другіе неправильные выводы. Глюкъ XVI стр. 267 слѣд. Противъ этого Зейффертъ стр. 11 слѣд., Киндерфатеръ стр. 11 слѣд., 360 слѣд. Регельсбергеръ стр. 175—177. См. также прим. 15.

<sup>11</sup> Закрытіе торговъ имѣетъ въ этомъ случаѣ значеніе не объявленія аукціонистомъ своей воли объ окончательномъ заключеніи контракта, а оно констатируетъ лишь то, что дальнѣйшія надбавки прекратились, что слѣдовательно послѣднее предложенной цѣной исполнено условіе, необходимое для заключенія договора. Киндерфатеръ стр. 14 ниже, Зейффертъ стр. 14.

<sup>12</sup> Въ этомъ случаѣ закрытіе торга имѣетъ дѣйствительно значеніе объявленія воли, вслѣдствіе котораго договоръ приводится къ окончательному заключенію.

<sup>13</sup> Такъ полагаетъ большая часть новѣйшихъ писателей, Унтергольцнеръ, Синтенисъ, Келлеръ, Зейффертъ, Унгеръ, Регельсбергеръ [Вангеровъ], и въ особенности Йерингъ, который съ большою энергіей возсталъ противъ Киндерфатера, хотя и послѣдній говоритъ, что аукціониста только тогда обязываетъ его предложеніе, «когда онъ объявляетъ, что заключить договоръ съ тѣмъ, кто къ опредѣленному сроку, сдѣлаетъ ему самое выгодное предложеніе» (стр. 15; см. также стр. 367). Впрочемъ это положеніе не окончательно изъято отъ сомнѣнія. Конечно не слѣдуетъ принимать, что аукціонистъ готовъ отдать свою вещь за любую цѣну, но не имѣетъ ли онъ возможность увеличить цѣну самъ или при посредствѣ третьяго лица? И не показываетъ ли частое обращеніе къ этому средству, что аукціонистъ сознаетъ, что онъ былъ бы связанъ своимъ предложеніемъ? Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ признать, что мѣстный обычай имѣетъ здѣсь рѣшительное значеніе. Рѣшенія, приведенныя у Зейфф. XI 134. 219, относятся къ тѣмъ случаямъ, когда предлагавшіе сдѣлку съ торгавъ положительно выговорили себѣ необязательность таковыхъ. Въ пользу необязательности и безъ такой оговорки говоритъ VI. 183; VIII. 38 принимаетъ необязательность сдѣлки для суда, производящаго торги. Унгеръ того мнѣнія, что воля аукціониста, чтобы торги были для него обязательны, выекаетъ изъ опредѣленія наименьшей цѣны. Противъ этого Регельсбергеръ стр. 171.

ніе, то возникаетъ еще вопросъ, можетъ ли аукціонистъ заключить договоръ съ каждымъ предлагающимъ, или только съ сдѣлавшимъ послѣднее предложеніе. Это тоже вопросъ, подлежащій разрѣшенію суда; при сомнѣніи, принимается послѣднее, т. е. то, что предлагающій освобождается отъ договора при послѣдовавшемъ болѣе выгодномъ предложеніи<sup>14</sup>. Но во всякомъ случаѣ нельзя сказать, что если аукціонистъ не становится обязаннымъ, то и предлагающій можетъ отступить отъ своего предложенія по собственному усмотрѣнію<sup>15</sup>. с) Приведенные случаи не единственные, когда можетъ состояться договоръ при предложеніи, сдѣланномъ неопредѣленному лицу<sup>16</sup>. Но не слѣдуетъ смѣшивать съ предложеніемъ договора, обращеннымъ къ неопредѣленному лицу, публичныя объявленія, которыми приглашаются къ заключенію различныхъ сдѣлокъ подъ различными условіями<sup>17</sup>; это—не предложеніе договора, но приглашеніе сдѣлать такое предложеніе, и потому оно не имѣетъ значенія обязательства<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> И въ этомъ случаѣ Йерингъ держится другаго мнѣнія; точно также и Унтергольднеръ. Противъ этого Зейффертъ, Синтенисъ, Регельсбергеръ, [Вангеровъ № 2. 6]; неопредѣленно высказывается Келлеръ. Я не думаю, чтобы взглядъ Йеринга былъ господствующимъ на практикѣ, а между тѣмъ все сводится къ этому. Регельсбергеръ принимаетъ, что предложенія, дѣлаемые несостоятельными къ платежу, не должны быть принимаемы въ соображеніе.

<sup>15</sup> При двустороннемъ договорѣ обязанность одной стороны можетъ существовать и при отсутствіи обязанности другой стороны. См. § 73 прим. 23, 24, 25. Биндерфатеръ стр. 8, Йерингъ стр. 178, Регельсбергеръ стр. 172—175, [Вангеровъ № 2 а]. Зейффертъ стр. 16 слѣд. принимаетъ pactum de emendo (см. также Йерингъ и Регельсбергеръ стр. 180). Невѣрное мнѣніе у Швенне *gem. Privatr.* III § 422, Венингъ-Ингенгеймъ *gem. Civilr.* II § 260, Гёменъ *gem. Civilr.* II. 2. § 506. Но аукціонный торгъ можетъ имѣть и тотъ смыслъ, что онъ для торгующихся долженъ быть столько же необязателенъ, какъ и для самаго аукціониста. Зейфф. стр. 18. Но если нѣтъ другаго условія, то предложившій цѣну остается обязаннымъ лишь до истеченія срока торга. Зейфф. *Arch.* VI 183.

<sup>16</sup> «Чего не достаетъ для дѣйствительности предложенія, если кто нибудь предлагаетъ публично въ гостинницѣ свои часы за опредѣленную цѣну?» Регельсбергеръ стр. 49. Йерингъ (прим. 8), также Беккеръ *Jahrb. d. gem. R.* II стр. 356 и рѣшеніе, приведенное у Зейфф. *Arch.* XI. 218. Другіе относятъ сюда и обязательства, возникающія изъ бумагъ на предъявителя, а также приказы. См. объ этомъ § 56 прим. 10. Составляетъ ли предложеніе вызовъ къ подпискѣ на акціи? Регельсбергеръ стр. 52 слѣд.

<sup>17</sup> Объявленіе о цѣнахъ на товары, книги и квартиры, объявленія о побѣдахъ желѣзныхъ дорогъ или рейсахъ парокходства и т. п.

<sup>18</sup> Шюдде *Jahrb. d. gem. R.* V. стр. 42—44, Йерингъ *Jahrb. f. Dogm.* IV стр. 95—97. VII. стр. 174, Беккеръ *Jahrb. d. gem. R.* II стр. 356. *HGB Art.* 337. «Предложеніе продажи, которое дѣлается многими лицами, въ особенности чрезъ сообщеніе прейсъ-курантовъ, реестровъ товарамъ, пробъ и образцовъ... не есть обязательное для купца предложеніе». Зейфф. *Arch.* XVII. 20.

2) Изъявление воли о заключеніи договора можетъ быть обращено къ третьему лицу. Собственно говоря, подобное изъявление воли, обращенное къ третьему лицу, о томъ, что существуетъ желаніе сдѣлаться кредиторомъ или должникомъ известнаго лица, есть простое сообщеніе объ этой волѣ, и не заключаетъ въ себѣ дѣйствительнаго изъявленія воли. Но если положительно доказано, что такое сообщеніе заключаетъ въ себѣ дѣйствительное изъявление воли, то оно имѣетъ такое же значеніе, какъ если бы было непосредственно обращено къ тому лицу, которое посредствомъ этого изъявленія воли должно сдѣлаться кредиторомъ или должникомъ <sup>19</sup>.

### В) ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ДОГОВОРЪ И ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ ПРИГОВОРЫ (Punctatio).

§ 62. 1) Заключенію договора можетъ предшествовать другой договоръ, которымъ устанавливается обязанность заключить главный договоръ. Такой договоръ можетъ быть названъ предварительнымъ договоромъ (Vorvertrag) <sup>1</sup>. Изъ предварительнаго договора возникаетъ право требовать заключенія главнаго договора, въ томъ случаѣ, когда одна изъ сторонъ отказывается отъ его заключенія и право требовать доставленія того, что получила бы уполномоченная сторона при заключеніи главнаго договора <sup>2</sup>. Но это бываетъ только въ томъ случаѣ, когда при заключеніи предварительнаго договора соблюдены всѣ установленныя закономъ условія, отъ соблюденія

<sup>19</sup> Положеніе это нельзя подтвердить относительно римскаго права, но я полагаю, что его слѣдуетъ признать для современнаго права. Оно есть непосредственное слѣдствіе возможности юридически-обязательнаго объявленія воли неопредѣленному лицу. Относящійся сюда случай приведенъ у Зейфф. Arch. X. 47. № 2. Другой случай у Кирульфа Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I стр. 627 (№ 3). Относится ли сюда и тотъ случай, когда кто нибудь принимаетъ на себя уплату долга третьяго лица? См. § 90. Подписка на акціи до учрежденія товарищества? Регельсбергеръ стр. 54 слѣд.—Регельсбергеръ стр. 8. 9. прибѣгаетъ въ подобныхъ случаяхъ къ неестественному предположенію, что третье лицо уполномочивается на передачу кредитору объявленія должника. [Унгеръ Jahrb. f. Dogm. X стр. 91 прим. 130. Зейфф. Arch. XXI. 115].

<sup>1</sup> Обыкновенно говорятъ: pactum de contrahendo. Выраженіе „Vorvertrag“ предложилъ Тель (Handelsr. I §. 62 прим. I). Во всякомъ случаѣ выраженіе это означаетъ само по себѣ лишь договоръ, который предшествуетъ другому договору, а не то, что предшествующій договоръ прямо направленъ къ заключенію этого другаго договора. Впрочемъ неточностей этого рода нельзя избѣгнуть при выборѣ и образованіи техническихъ выраженій. Поименованное подъ § 57 сочиненіе Регельсбергера трактуетъ о предварительномъ договорѣ стр. 129—133.

<sup>2</sup> L. 68 D. de V. O. 45. 1. „Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incesta est stipulatio quia id venit in stipulationem, quod mea interest“. L. 122 §. 3 D. cod., 1. 75 D. de contr. emt. 18. 1. l. 21 § 5 D. de A. E. V. 19. 1 Ср. § 122 прим. 18.

которыхъ зависитъ дѣйствительность главнаго договора. Такимъ образомъ изъ предварительнаго договора не возникаетъ права требованія въ томъ случаѣ, если для дѣйствительности главнаго договора установлена закономъ особая форма и она не соблюдена при заключеніи предварительнаго договора <sup>3</sup>.

2) Подъ *punctatio* <sup>4</sup> понимается письменное заявленіе, сдѣланное сторонами до заключенія договора или до того времени, что они признаютъ его состоявшимся, относительно тѣхъ обстоятельствъ, которыя обусловливаются договоромъ. Такая *punctatio* можетъ состоять въ памятной замѣткѣ, безъ того, чтобы стороны были ею въ чемъ либо связаны. Въ этомъ случаѣ она не имѣетъ никакого юридическаго значенія <sup>5</sup>. Она можетъ быть сдѣлана и съ цѣлью связать стороны. а) Между сторонами состоялось соглашеніе относительно главныхъ частей договора; но имъ предстоитъ еще согласиться относительно второстепенныхъ частей его. Въ этомъ случаѣ можетъ быть потребовано исполненіе договора и въ томъ случаѣ, если не состоится соглашенія относительно второстепенныхъ частей договора, онѣ разрѣшаются въ силу закона <sup>6</sup>. б) Стороны согласны относительно всѣхъ частей договора; но онъ долженъ быть еще облеченъ въ особую форму. Въ этомъ случаѣ долженъ быть заключенъ или предварительный договоръ, или то, что стороны называютъ *punctatio*, въ которомъ собственно заключается договоръ. Въ обоихъ случаяхъ нужно различать, требуется ли совершеніе договора въ опредѣленной закономъ формѣ, или она установлена добровольно. Въ первомъ случаѣ *punctatio* никого не обязываетъ <sup>7</sup>, во второмъ же случаѣ возникаетъ право требовать заключенія договора въ установленной формѣ или исполненія его и независимо отъ этой формы <sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Тель *Handelsrecht* I, стр. 374 ср. впрочемъ и Аридтесъ *Krit. VJSchr.* V, стр. 166, 167, Регельсбергеръ стр. 141—144. Если по мѣстному праву установленная закономъ форма имѣетъ то значеніе, что ею обусловливается право иска или доказательная сила предварительнаго договора (см. § 64 прим. 8—10), то при отсутствіи этой формы онъ не можетъ ни быть представляемъ во взысканіи, ни быть принимаемъ въ доказательство.

<sup>4</sup> Тель *Handelsrecht* I § 62, Синтенисъ II стр. 249, 250, Регельсбергеръ. Стр. 136 слѣд.

<sup>5</sup> Переговоры о заключеніи договора, которыми не установлены еще никакія обязательственныя отношенія, обозначаются выраженіемъ „*Tractate*“.

<sup>6</sup> Тель стр. 389, Синтенисъ прим. 16.

<sup>7</sup> Ср. примѣчаніе 3.

<sup>8</sup> Ср. § 64 въ концѣ. Относительно случая несходства между предварительнымъ опредѣленіемъ условій договора и главнымъ договоромъ см. Зейфф. *Arch.* X. 242.

с) условия действительности договоров.

а) Вообще.

§ 63. Для действительности договора необходимо: 1) чтобы два (или болѣе) изъявленія воли стали другъ къ другу въ такомъ смслѣ, который соотвѣтствуетъ содержанию договора; 2) чтобы каждое изъ этихъ изъявленій воли само по себѣ было дѣйствительно. Относительно перваго условія подробно говорено выше (§ 57 и слѣд.). Въ добавленіе къ сказанному слѣдуетъ еще сдѣлать тотъ выводъ, что оба изъявленія воли должны быть направлены къ одному и тому же предмету. Поэтому если принятіе предложенія противной стороны направлено къ чему-либо иному, а не къ тому, что составляетъ дѣйствительное содержаніе предложенія, при чемъ принимающій предложеніе составилъ себѣ ложное представленіе о его содержаніи, то объявленное принятіе предложенія является лишь кажущимся, но не дѣйствительнымъ. При этомъ несогласіе договаривающихся сторонъ въ несущественной части договора не имѣетъ вреднаго значенія. Дѣйствительность изъявленій воли, соединившихся въ договорѣ, слѣдуетъ обсуждать по общимъ правиламъ о силѣ юридическихъ сдѣлокъ вообще. Къ этому слѣдуетъ присовокупить, что изъявленіе признается недѣйствительнымъ въ томъ случаѣ, когда оно не соотвѣтствуетъ дѣйствительной воли, въ существенной ея части. На это положеніе необходимо обратить особенное вниманіе, потому что къ изложенному необходимо прибавить еще, что если договоръ признается недѣйствительнымъ вслѣдствіе несогласія между изъявленіемъ воли и дѣйствительнымъ ея содержаніемъ, то тѣмъ не менѣе сдѣлавшій предложеніе отвѣтствуетъ передъ противной стороной за убытокъ, происшедшій для нея отъ увѣренности ея въ томъ, что договоръ состоится<sup>1</sup>. Здѣсь слѣдуетъ подробнѣе изложить о дѣйствительности договорнаго изъявленія воли по отношенію: а) къ ея формѣ; б) къ ея содержанію; в) къ вопросу о томъ можетъ ли для договорнаго изъявленія воли служить воля другаго лица.

в. Форма договоровъ.

§ 64. Римское право выставляетъ то правило, что обязательственный договоръ, для того чтобы произвести право требованія<sup>1</sup>, долженъ имѣть форму стипуляціи<sup>2</sup>. Но изъ этого правила допу-

<sup>1</sup> Согласно началу, изложенному въ § 59. Ср. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. Стр. § 63. 73 слѣд. [Гольдшмидтъ Handelsr. I § 62 прим. 10—12 § 63 прим. 27].

<sup>1</sup> По вопросу о томъ, возникало ли изъ договора, при несоблюденіи установленной для него формы, естественное обязательство, см. § 41 прим. I.

<sup>2</sup> Характеристическія особенности стипуляціи состояли въ томъ, что она за-

скаются исключенія, именно въ томъ случаѣ, если значеніе обязательства придается соглашенію сторонъ, самому по себѣ <sup>3</sup>, или въ томъ, если такое значеніе придается соглашенію сторонъ, по отношенію къ дѣянію, совершенному уже кредиторомъ въ пользу должника <sup>4</sup>.

Это правило не получило примѣненія въ Германіи. По существующему обычному праву нынѣ дѣйствуетъ обратное правило, что какимъ бы способомъ не было выражено взаимное согласіе сторонъ, оно производитъ право требованія <sup>5</sup>. Изъ этого правила

ключалась: 1) между присутствующими посредствомъ устной рѣчи, 2) посредствомъ вопроса и отвѣта. Впрочемъ форма стипуляціи весьма ослабла въ новѣйшемъ римскомъ правѣ. Правда достоверно не извѣстно, чтобы указъ императора Леона отъ 469 года (l. 10 C. de contr. stip. 8. 38) отмѣнилъ необходимость вопроса и отвѣта, но едва ли можно понимать слова закона въ другомъ смыслѣ, ср. также § 1. I de V. O. 3. 15. Во всякомъ случаѣ уже и прежде можно было замѣнять стипуляцію удостоверяющимъ таковую письменнымъ актомъ (Paul. S.R.V. 7 § 2, § 17 I de inut. stip. 3. 19, § 8 I. de fidei. 3. 20, l. 30 l. 134 § 2 D. de V.O. 45. 1, l. 57 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Юстинианъ положительно опредѣлил, что противъ подобнаго акта можно спорить не иначе, какъ доказавъ отсутствіе сторонъ во время совершенія акта изъ мѣста совершенія (l. 10 C. de contr. stip. 8. 38); что возраженіе не могло основываться на несоблюденіи при устныхъ переговорахъ сторонъ требуемой формы, объ этомъ кажется никто никогда не спорилъ. Гнейстъ *formelle Verträge* стр. 243—265, Келлеръ стр. 434—436. О попыткахъ доказать существованіе въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ письменной формы договора, см. въ особенности Кропшъ in Heise и Кропшъ *Abhandl. I. № 18*, Беръ *Anerkennung* § 36. 37 и *Jahrb. f. Dogmat. II* стр. 339—342; противъ этого Сентенисъ въ *Sell's Jahrbücher I* стр. 268—272, Гнейстъ *formelle Verträge* стр. 321 слѣд., Арндтсъ *Krit. Ueberschau IV* стр. 230—235, Шлезингеръ *zur Lehre von den Formalcontracten* стр. 67 слѣд. Объ относящемся сюда сочиненіи Эйнепта: *über das Wesen und die Form des Literalcontracts, wie dieser zur Zeit der Justinianischen Gesetzgebung ausgebildet gewesen* (1852), см. рецензію Фика. *Heid. Krit. Zeitschr. I* стр. 479 слѣд.

<sup>3</sup> *Contractus qui consensu fiunt* (такъ назыв. консенсуальные контракты); такъ назыв. *pacta praetoria* и *pacta legitima*.

<sup>4</sup> *Contractus qui re fiunt*, такъ назыв. реальные контракты. Понятіе реального контракта состоитъ ближайшимъ образомъ въ слѣдующемъ: кредиторъ даетъ должнику вещь, возлагая на него извѣстную обязанность; должникъ, принимая эту вещь, вмѣстѣ съ тѣмъ принимаетъ на себя возложенную обязанность. Возможность подобнаго рода соглашенія сторонъ и безъ посредства стипуляціонной формы, признана первоначально лишь за четырьмя договорами (*mutuum, commodatum, depositum, pignus*); признаніе же общаго правила относится къ позднѣйшему времени (ср. прим. 5). Эти четыре контракта обыкновенно называютъ въ настоящее время реальными контрактами, всѣ же прочіе договоры, основывающіеся на передачѣ чего нибудь отъ кредитора должнику—безъименными реальными контрактами (*Contractus innominati*).

<sup>5</sup> Сравни въ тому, что доселѣ было сказано въ этомъ § — ф. д. Пфурдтенъ *Abhandlungen № 3*, Савини *Obl. II* § 72—78, Шлезингеръ *Formalcontracte* стр. 96—98. О времени возникновенія права иска по консенсуальнымъ и реальнымъ (поименованнымъ) контрактамъ см. новѣйшее изслѣдованіе Демелиуса *Zeitschr. f.*

существуютъ исключенія, но они не многочисленны<sup>6</sup>. Въ томъ случаѣ, когда въ видѣ исключенія для какого-либо договора предписана опредѣленная форма, то договоръ не действителенъ при несоблюденіи этой формы. Общее германское право не знаетъ формъ договоровъ, которыя установлены въ новѣйшихъ законодательствахъ<sup>8</sup>, и соблюденіемъ которыхъ обусловлена не действительность договора, а право иска<sup>9</sup> или доказательность его<sup>10</sup>.

Въ томъ случаѣ, когда опредѣленная форма договора не предписана закономъ, она можетъ быть установлена соглашеніемъ договаривающихся сторонъ. Это соглашеніе можетъ имѣть различный смыслъ: а) форма можетъ имѣть значеніе доказательства по отношенію къ заключенному договору; въ этомъ случаѣ можно требовать соблюденія формы, но также и исполненія договора, безъ соблюденія условленной формы его; б) заключенъ предварительный договоръ (*Vorvertrag*), которымъ условлено заключить договоръ въ опредѣленной формѣ. Въ этомъ случаѣ возможно

Rechtsgesch. II стр. 177 слѣд. (1863), см. также *Leist Mancipation und Eigenthums-tradition* стр. 94 слѣд. [Дернбургъ *Compensation* 2 изд. стр. 48 слѣд. 597 слѣд.]. О времени возникновенія права иска по безвѣщнымъ контрактамъ (*actio praescriptis verbis*) см. *Voigt condictiones ob causam* стр. 462 сл. и поименованныхъ тамъ въ прим. 426 писателей. Такъ какъ римское правило о реальныхъ контрактахъ не существуетъ болѣе, то можно ли сказать, что въ настоящее время нѣтъ такихъ контрактовъ? Ничто не можетъ быть болѣе невѣрно. Въ настоящее время нѣтъ болѣе договоровъ, при которыхъ дѣйствіе кредитора въ пользу должника было необходимо вслѣдствіе формальныхъ основаній; но есть договоры, которые получаютъ осуществленіе вслѣдствіе того, что дается что либо подъ извѣстной обязанностью и которое принимается подъ условіемъ исполненія этой обязанности. (Неправильно говорилось въ первомъ изданіи: есть договоры, которые предполагаютъ, по своему содержанію, дѣйствіе кредитора въ пользу должника. Наемщикъ не обязанъ, конечно, выдавать нанятую вещь, которую онъ не принималъ, а между тѣмъ договоръ имущественнаго найма не есть реальный договоръ. Все сводится къ тому, имѣли ли стороны намѣреніе обосновывать контрактъ лишь посредствомъ дачи и принатія вещи). Ср. ф. д. Пфортенъ стр. 296 слѣд., Бринцъ *Krit. Blätter* стр. 18 слѣд. и *Pand.* стр. 370 слѣд. 410 слѣд., Демелюсъ *Jahrb. f. Dogm.* III. 5, Унгеръ тамъ же VIII. 1; также въ этомъ учебникѣ § 73 прим. 10, § 123 прим. 6, § 129 прим. 3, § 135 прим. 7, § 136 прим. 7.

<sup>6</sup> Къ нимъ относится напр. договоръ даренія, для котораго необходимо судебное засвидѣтельствованіе, когда такое простирается болѣе чѣмъ на 500 дукатовъ; для соглашенія объ отказанныхъ по завѣщанію алиментахъ — судебное утвержденіе. К. А. 1551 года § 79 признаетъ всякую „запись или обязательство“ въ пользу еврея не действительными, если таковыя не совершены предъ судомъ. Ср. Безелеръ *deutsch. Privatr.* § 64 прим. 13. Зейфф. *Arch.* I. 36, X. 27.

<sup>7</sup> Ср. Тэль *Handelsr.* I стр. 375—376.

<sup>8</sup> Ср. Арндтъ въ *Ulrich's Arch. f. preuss. R.* I стр. 132 слѣд., Регельсбергеръ стр. 144—145.

<sup>9</sup> *A.L.R.* I. 5 § 131. 155. 156. Тэль *Handelsr.* I, § 59

<sup>10</sup> *Code civil* art. 1341 слѣд.

требовать такого заключенія договора. Но намѣреніе сторонъ можетъ состоять еще и въ томъ, что с) до выполненія условленной формы самое обязательство не должно имѣть мѣста. Въ этомъ случаѣ до осуществленія формы каждая сторона можетъ отступить отъ договора, но при этомъ она теряетъ задатокъ или же стоимость полученнаго имущества <sup>11</sup>. Если условлена письменная форма договора, то обязательство наступаетъ только при подписаніи обѣими сторонами бѣловаго экземпляра договора. <sup>12 13</sup>

γ. Договоръ, заключаемый посредствомъ воли другого.

§ 65. Уже выше было замѣчено (§ 60), что воля, направленная къ заключенію договора, можетъ быть выражена при посредствѣ третьяго лица въ томъ случаѣ, если подобному выраженію не препятствуетъ установленная для договора форма. Далѣе возникаетъ вопросъ, можетъ ли быть замѣнено этимъ способомъ не только объявленіе воли, но и самая воля, т. е. возникаетъ ли для лица договоръ въ томъ случаѣ, если другое лицо изъявитъ волю отъ его имени и какъ бы его волю? <sup>1</sup>. Отвѣтъ на этотъ вопросъ въ общихъ чертахъ заключается въ ученіи объ изъясненіи воли вообще. Римское право даетъ на него, какъ вообще, такъ и относительно обязательственныхъ договоровъ, отрицательный отвѣтъ.

<sup>11</sup> L. 17 i. f. C. de fide instr. 4 21.

<sup>12</sup> L. 17 C. cit., ср. pr. I. de emf. et vend. 3. 23, l. 2 §. 1 D. de contr. emf. 18. 1. Впрочемъ, объ истинномъ смыслѣ содержащагося въ этихъ мѣстахъ постановленія закона идетъ споръ. По другому мнѣнію, смыслъ этого постановленія тотъ, что каждому изъ контрагентовъ дозволено отступаться даже отъ письменнаго, слѣдовательно и отъ перфектнаго договора, когда таковой не облеченъ еще въ окончательную форму. Посредствующее мнѣніе держится того, что законъ разрѣшаетъ отступление отъ договора по крайней мѣрѣ въ случаѣ сомнѣнія. По моему мнѣнію, и эта мысль не содержится въ законѣ; но понятно, когда дѣло идетъ объ истолкованіи намѣренія сторонъ, которыя не желали связать себя тотчасъ, то нельзя, по общимъ началамъ толкованія (I §. 84 прим. 4, 5), принимать подобнаго обязательства. Ср. маленькую монографію Зетцера (Abhandlungen aus dem Civilrecht I [1860], Регельсбергеръ стр. 145 слѣд.; далѣе Глюкъ IV стр. 566. XVI стр. 29, Пухта § 251. a. f. Арндтъ § 232 прим. 3, Синтенисъ стр. 253. 244; Келлеръ стр. 436. 437, Унгеръ II § 86 примѣч. 16, Тэль Handlsg. I § 60. 61 Зейфф. Arch. I 193, VIII. 350, XII. 259, XVI. 102.

<sup>13</sup> О случаѣ, когда на ряду съ письменнымъ договоромъ между сторонами допущены словесные уговоры, см. Тэль стр. 386—388 и Зейфф. Arch. VI. 19, IX. 233, X. 248, XIII. 216, XX. 216, 217. [272, XXI. 33]; ср. также тамъ же III. 30. 154, XV. 13, XVII 21. 125.

§ 65. <sup>1</sup> Управляющій чужимъ имуществомъ даетъ въ займы отъ имени своего хозяина. Опекунь продаетъ отъ имени опекаемаго. Опекунь и управляющій не изъясляютъ воли тѣхъ, за которыхъ они дѣйствуютъ, а свою собственную волю,

По римскому праву тому, кто хочет заключить договоръ для другаго, остается заключить договоръ за свой счетъ и самому приобрести по нему право, или обязаться, и затѣмъ только косвеннымъ путемъ можетъ быть достигнуто, чтобы замѣщенное лице получило возможность осуществить для себя приобретенное заключившимъ договоръ право требованія и наоборотъ, чтобы кредиторъ по договору получилъ возможность требовать отъ лица замѣщенного исполненія той обязанности, которую приняло на себя лице, заключившее договоръ<sup>2</sup>. Однако римское право допускаетъ изъ этого принципа исключенія. Оно признаетъ, что если кто-либо даетъ что-нибудь отъ имени другаго подъ условіемъ возвращенія взятаго, то съ согласія принявшаго имущество, между нимъ и тѣмъ, отъ имени кого было передано имущество, возникаетъ договоръ<sup>3</sup>. Въ нынѣшнемъ правѣ римскій принципъ совершенно вытѣсненъ обычнымъ правомъ и теперь дѣйствуетъ обратное правило, что, если только тому не препятствуетъ особое свойство договора, онъ можетъ быть заключенъ и при посредствѣ представителя, и при этомъ въ томъ смыслѣ, что

но они желаютъ, чтобы эта воля принималась въ соображеніе, какъ воля тѣхъ лицъ, которыхъ они заступаютъ. Предложенный вопросъ обозначаетъ обыкновенно какъ вопросъ о возможности допустить представительство при договорахъ. Ср. I § 73 прим. 2.

<sup>2</sup> Ср. § 234 и Мюленбрухъ Cession § 14, Бухка Stellvertretung § 5—7, Савиньи Obl. II § 54, 55, Шмидъ Grundlehren des Cession I стр. 383 слѣд.

<sup>3</sup> Положеніе это признано относительно займа: L. 9 § 8 D. de K. C. 12. 1, 1. 35 § 2 D. de don. 39. 5, 1. 126 § 2 D. de V. O. 45, 1, 1. 2 C. per quas p. 4. 27. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. II стр. 87—120, ср. Бухка Stellvertretung стр. 81—87, Бринцъ Krit. Blätter II стр. 24—32, Савиньи Obl. II стр. 66—67, Шейерль Krit. Uebertshau I стр. 328, Йерингъ Jahrb. f. Dogm. I стр. 283—287, Шейерль тамъ же II стр. 2, Якоби тамъ же IV стр. 282, Шмидъ Cession I стр. 374 слѣд. Йерингъ относитъ сюда и l. 6. C. de don. i. v. e. u. 5. 16; мнѣ кажется, что въ этомъ мѣстѣ нѣтъ и рѣчи объ основаніи обязательства для представляемаго. L. 1 §. 11 D. dep. 16. 3 положительно не относится сюда; представитель, о которомъ законъ этотъ трактуетъ, объявляетъ чужую волю. Ср. впрочемъ еще Шмидъ Cession I стр. 440. O l. 4 C. si cert. pet. 4. 2. см. ниже примѣч. 6. Римское право не требуетъ, чтобы отданное состояло въ собственности заступаемаго лица, достаточно, что оно отдается отъ его имени. Йерингъ объясняетъ себѣ это тѣмъ, что, въ силу praesumptio juris et de iure, отданная вещь рассматривается, какъ бы принадлежащую въ собственность заступаемаго, и представитель рассматривается какъ органъ его воли. Мнѣ кажется, что такое представленіе невѣрно. Если кто нибудь уплачиваетъ третьему лицу собственными деньгами мнимый долгъ, то онъ хотя и получаетъ противъ него condictio indebiti, но не condictio furtiva въ случаѣ недобросовѣстности получателя; это значитъ, что хотя предполагается, что отдача послѣдовала изъ имущества представляемаго лица, но не признается, чтобы отдавший въ силу передачи пересталъ быть собственникомъ отдаваемой вещи. L. 6 §. 3 l. 47, 1. 57 pr. D. de cond-ind. 12. 6, l. 6 C. cod. 4. 5, 1. 18 D. de cond. furt. 13. 1, 1. 80 §. 7 D de furt. 47. 2 (въ послѣднемъ мѣстѣ ср. § 179 прим. 4).

для представителя договоръ не имѣетъ никакихъ послѣдствій, для представляемаго же возникаютъ тѣ же послѣдствія, какъ если бы онъ самъ заключилъ договоръ<sup>4</sup>.

Относительно дѣйствительности подобнаго представительства должно сказать тоже самое, что относительно извѣщенія воли вообще<sup>5</sup>; къ этому слѣдуетъ прибавить, что если кто-либо отъ имени другаго отдаетъ что-нибудь подъ условіемъ воз-

<sup>4</sup> Объявленіе воли представителя разсматривается юридически какъ воля представляемаго. Ст. 1 § 73 прим. 16. Другіе думаютъ, что и по современному праву представитель получаетъ по заключенному имъ договору права и обязанности по крайней мѣрѣ формально, и что противоположность между современнымъ и римскимъ правомъ заключается лишь въ томъ, что по первому 1) контрактъ можетъ быть заключенъ непосредственно (*im Ausdruck*) отъ имени представляемаго; 2) что возникающіе для представителя права и обязанности имѣютъ во всякомъ случаѣ силу исключительно для представляемаго а не для представителя. См. цитированныя въ I § 73 сочиненія (прим. 16). Къ сказанному я прибавлю еще слѣдующее. Поименованные писатели различествуютъ между собою въ своихъ взглядахъ. Большая часть изъ нихъ признаютъ за представляемымъ право и обязанность исполненія по чужому обязательству. Кунтце выводитъ для представляемаго побочное обязательство (*Zweigobligation*) при недействительности главнаго обязательства (*Stammobligation*) представителя. Онъ объявляетъ себя противъ излагаемаго здѣсь воззрѣнія единственно изъ практическихъ соображеній. Онъ полагаетъ, что если разсматривать объявленіе воли представителя какъ объявленіе воли представляемаго, то оно должно быть обсуждаемо съ точки зрѣнія лица представляемаго. (См. I §. 73 въ концѣ). Я не могу допустить этого вывода. Волю представляемаго должно представить себѣ не какъ волю одинаковаго содержанія съ волей представителя, а какъ волю представителя со всѣми тѣми особенностями, которыя придаетъ ей внутреннее состояніе послѣдняго. Кунтце ссылается далѣе на то, что къ фикціямъ, какъ къ крайнимъ средствамъ, не слѣдуетъ прибѣгать до тѣхъ поръ, пока есть возможность объяснить извѣстное явленіе юридическими началами. Но допущенная здѣсь фикція кажется мнѣ не дивидистической конструкціей, а простымъ выраженіемъ воли сторонъ, которыя желаютъ, чтобы извѣстное дѣйствіе относилось не къ дѣйствующему, а къ другому лицу. Онѣ безъ сомнѣнія желаютъ, чтобы для представителя возникало не право и обязанность, а лишь форма права и обязанности. (Ср. темер еще Унгеръ *Jahrb. f. Dogm. X.* стр. 4—14).—Ср. *HGB. Art. 52.* „Изъ сдѣлки, заключаемой приващикомъ или уполномоченнымъ по торговлѣ отъ имени хозяина, возникаютъ для послѣдняго, относительно третьяго лица права и обязанности. При этомъ безразлично, заключена ли сдѣлка положительно отъ имени хозяина, или же изъ обстоятельствъ дѣла можно заключить, что по намѣренію контрагентовъ, таковая заключена для хозяина. Эта сдѣлка не порождаетъ для прикащика или уполномоченнаго ни правъ, ни обязанностей“. Къ этому *Art. 298.*—Нельзя ли принудить представителя къ исполненію обязательства по крайней мѣрѣ на счетъ имущества представляемаго, если таковое находится въ его рукахъ? Отвѣтъ: просто на томъ основаніи, что договоръ получилъ осуществленіе при посредствѣ его. Тель *Handelsr. I § 26.* Текстъ подъ прим. 18; Зейфф. *Arch. V. 279, VI. 33, XVII. 240.*

<sup>5</sup> Уполномочіе представителя (*Institor*); Тель *Handelsr. I §. 30—31d*, и купческаго повѣреннаго по торговому уставу: тамъ же *Art. 41—51. 53. 54.* Ср. Лабандъ *Zeitschr. f. Handelsr. X.* стр. 218 слѣд.

вращения отданнаго, то для этого другого возникает право требовать и независимо от существованія его воли<sup>6</sup>. Здѣсь также имѣеть примѣненіе правило, что недостаточность полномочія быть представителемъ восполняется послѣдующимъ извѣяніемъ согласія со стороны представляемаго. При этомъ не требуется, чтобы это согласіе было дано при жизни заступившаго мѣсто; точно также не имѣеть значенія наступившая впоследствии потеря дѣеспособности его<sup>7</sup>. До разрѣшенія вопроса о томъ, послѣдуетъ ли согласіе представляемаго на договоръ или нѣтъ, другой контрагентъ остается обязаннымъ<sup>8</sup>, и онъ

<sup>6</sup> L. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1, l. 35 § 2 D. de don. 39. 5. Положеніе это несомнѣнно относительно того случая, когда отдающій желаетъ сдѣлать другому лицу даръ; см. кромѣ l. 35 § 2 cit. еще l. 43 §. 1 l. 59 §. 2 D. de I D. 23. 3 правда, послѣднія мѣста не трактуютъ о договорномъ обязательствѣ, но доказываютъ однакоже, что третье лицо можетъ путемъ даренія быть поставлено въ такое положеніе, какъ будто оно даръ этотъ дѣлало подъ извѣстнымъ условіемъ. Но положеніе это подлежитъ сомнѣнію въ томъ случаѣ, когда отдающій желаетъ зачесть отдаваемое тому, на имя котораго онъ даетъ, слѣдовательно, когда онъ хочетъ обязать его чѣмъ нибудь. Безъ его воли онъ не можетъ его обязывать, но возможенъ ли переходъ вещи безъ перехода той обязанности, которой онъ обусловливается? Тѣмъ не менѣе l. 8 §. D. de R. C. 12, 1 говоритъ за приведенное положеніе, и въ этомъ распространительномъ смыслѣ. Всѣ попытки толковать это мѣсто съ самаго его начала ограничительно нельзя не упрекнуть въ произволѣ. Менѣе доказательнымъ я считаю l. 4 C. si cert. pet. 4. 2, которую, кажется, можно понимать о *condictio sine causa*. Противъ указаннаго распространительнаго толкованія говорить l. 47 D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 80 §. 7 D. de furt. 47. 2, по смыслу которыхъ *condictio indebiti* не можетъ быть приобрятаемо безъ воли того, кому платежъ производится, если платящій хочетъ зачесть ему таковой. Ср. относительно различныхъ мнѣній Бринцъ *Krit. Blätter* II стр. 24 слѣд., Йерингъ *Jahrb. f. Dogm.* II стр. 87 слѣд. и цитированныхъ у нихъ писателей. Бринцъ (въ указ. мѣстѣ стр. 38) того мнѣнія, что третье лицо можетъ по современному праву, путемъ даренія сдѣлаться кредиторомъ и безъ своей воли, вслѣдствіе какого бы то ни было договора представителя. Я полагаю, что это мнѣніе идетъ слишкомъ далеко.

<sup>7</sup> L. 24 §. 1 D. ratam rem. 46. 8. Бухка *Stellvertr.* стр. 211 Бринцъ *Krit. Blät.* II стр. 40 [Вангеровъ изд. 7 III стр. 295. Л. Зейффертъ *die Lehre von der Rationabilisation der Rechtsgeschäfte* стр. 35 слѣд., Регельсбергеръ *Krit. VJSchr.* XI стр. 371 Онъ же *Civilr. Erörterung.* I стр. 89, *Ruhstrat Jahrb. f. Dogm.* XI стр. 240]. Какъ быть въ томъ случаѣ, когда представляемый умеръ до признанія имъ сдѣлки? Бринцъ и Бухка не допускаютъ перехода признанія въ наследникамъ. Это кажется мнѣ сомнительнымъ. Развѣ нельзя сказать, что представляемый котораго нельзя болѣе противъ его воли лишить права сдѣлаться кредиторомъ чрезъ признаніе, находится въ такомъ же положеніи, какъ и тотъ, которому обѣщано что либо подъ условіемъ? [Точно также смотритъ на это Регельсбергеръ *Krit. VJSch.* XI стр. 371 см. далѣе Л. Зейффертъ въ указ. мѣстѣ стр. 26 слѣд. Вангеровъ въ указ. мѣстѣ стр. 295 такого же мнѣнія, какъ Бринцъ и Бухка].

<sup>8</sup> См. l. 24 D. de neg. gest. 3 5 и I § 74 прим. 4 [Руштрагъ въ указ. мѣстѣ X стр. 211 слѣд. 243 слѣд.].

не можетъ быть освобожденъ отъ своего обязательства и представителемъ, относительно котораго онъ обязался <sup>9</sup>. Если согласія не послѣдуетъ, то представитель обязанъ вознаградить другаго контрагента за понесенный имъ ущербъ, если онъ опредѣлительно, или молчаливо принявъ на себя отвѣтственность въ томъ, что согласіе послѣдуетъ <sup>10</sup>.

#### д. Содержаніе договоровъ.

§ 66. 1. Договоръ недействителенъ, если предметъ обязательства остался на столько неопредѣленъ, что этимъ исключается всякая обязанность должника <sup>1</sup>. Это правило не примѣняется къ тому случаю, когда предметъ обязательства опредѣляется не произволомъ должника, но его усмотрѣніемъ, т. е. заключеніемъ, основанномъ на наличныхъ обстоятельствахъ и отношеніяхъ.

2. Недействителенъ договоръ, предметъ котораго не возможенъ. Объ этомъ будетъ сказано подробнѣе въ § 67.

3. Недействителенъ недозволенный договоръ <sup>3</sup>. Недозволены: а) договоры, противныя нравственности. Это относится къ случаямъ, когда договоръ направленъ къ возникновенію запрещеннаго, или къ воспрепятствованію осуществленію предписаннаго <sup>4</sup>; далѣе, когда договоръ оказываетъ вліяніе на свободу дѣйствія лица въ такихъ случаяхъ, когда онъ не долженъ руководствоваться внѣш-

<sup>9</sup> См. I § 74 прим. 4. [Л. Зейффертъ къ указ. мѣстѣ стр. 40 слѣд. Регельсбергеръ Krit. VJSch. XI стр. 366 слѣд.], Регельсбергеръ civilrechtl. Erörterungen I стр. 88 слѣд. [Вангеровъ 7 изд. III стр. 295. Рундтрогъ въ указ. мѣстѣ стр. 220 слѣд.].

<sup>10</sup> См. I § 74 прим. 8. HGB Art. 55. 298 предоставляетъ другому контрагенту выборъ требовать отъ представителя „возмѣщенія убытковъ или исполненія“. Точно также вексельный уставъ Art. 95. Ср. Бухка Stellvertret. стр. 238. Бринцъ Krit. Blätter II стр. 39. Тель Handelsr. I стр. 156. Вертъ Jahrb. f. Dogm. VI стр. 289 слѣд., Лабандъ Zeitschr. f. Handelsr. X. стр. 229 слѣд. (см. объ этомъ I § 74 въ указ. мѣстѣ).

§ 66. <sup>1</sup> См. § 6 прим. 3.

<sup>2</sup> L. 3. C. de dot. prom. 5. 11, l. 69 §. 4 D. de J.D. 23. Ср. l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 § 1. D. de R. I. 50. 17; также I §. 93 прим. 7. Ср. Зейфф. Arch. XX. III.

<sup>3</sup> L. 26 D. de V. O. 45. 1 „Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti“. L. 4 C. de inut. stip. 8. 39.—, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint“. L. 6 l. 30 C. de pact. 2. 3, Paul S. R. III 4 B. § 2. Ср. I §. 94 прим. 9—15.

<sup>4</sup> L. 27 pr. l. 35 §. 1 l. 123 D. de V. O. 45. 1, l. 6 §. 3 l. 22 §. 6 D. mand. 17. 1, l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 C. cod. 4. 7, l. 27 § 4 D. de pact. 2. 14. Зейфф. Arch. I. 196, (XXI 32); II. 19, XX. 114 (яначе I. 195, VI. 167, X. 10, XVIII. 28) IV. 18, V. 118; VI. 166; VII. 274, VIII. 25, XIII. 126, XIV. 143, XVIII. 126, XIX. 100; VIII 119 (яначе III. 20, X. 146, XVI. 28); XI. 33; XXII. 16, XVII. 201; XVIII. 29. Ср. еще III. 20, VII. 18. XII. 274, XIII. 14. 242. XIV 124. Ср. Зейфф. Pand. § 258 прим. I.

ними соображеніями <sup>5</sup>; наконецъ договоръ можетъ быть противнымъ нравственности вслѣдствіе оказывающейся въ немъ недобросовѣстности намѣренія <sup>6</sup>; b) особыми предписаніями закона, исходящими изъ заботы объ общественномъ благѣ, могутъ быть запрещены и другіе договоры, напр. договоръ о лихвенномъ ростѣ (§ 13), договоръ игры (§ 171) <sup>7</sup>.

4. Договоръ недействителенъ и въ томъ случаѣ, когда цѣль, достигаемая кредиторомъ, не будучи прямо предосудительной, по мнѣнію судьи не заслуживаетъ охраненія <sup>8</sup>.

5. При подробномъ разсмотрѣніи этого предмета возникаетъ вопросъ, можетъ ли быть заключенъ договоръ въ пользу или за счетъ третьяго лица, а также обязательно ли для дѣйствительности договора указаніе цѣли, съ которой онъ заключается. Объ этомъ будетъ сказано въ §§ 68—70.

Договоръ, исполненіе коего невозможно \*).

§ 67. Если эта невозможность только субъективная, то она не имѣетъ никакого значенія для дѣйствительности договора <sup>1</sup>; должникъ вмѣсто доставленія предмета обязательства, которое для него невозможно, долженъ вознаградить кредитора деньгами <sup>2</sup>. То обстоятельство, что должникъ, при вступленіи въ обязательство, не зналъ о невозможности его исполненія, не освобождаетъ

<sup>5</sup> L. 71 §1. D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. l. 19 D. de V. 0. 45. 1, l. 2 C. de inut. stip. 8. 39, l. 97 § 2 D. de V. 0. 45. 1. Ср. 1 §. 94 прим. 13.

<sup>6</sup> Такимъ бываетъ договоръ, въ силу котораго кто нибудь заставляетъ себя заплатить за извѣстное поведеніе по отношенію къ какому нибудь дѣлу, l. 7 § 3 D. de pact. 2. 14 (I §. 94 прим. 12); далѣе договоръ о наслѣдствѣ не умершаго еще лица, l. 30 C. de pact. 2. 3 (ср. l. 2 §. 2 D. de vulg. 28. 6: „improbum esse Julianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate“). См. далѣе l. 6. 7 D. de serv. exp. 18. 7 (— „viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset“). Ср. также Зейфф. Arch. VIII. 119 (иначе III. 20, X. 146, XVI. 28).

<sup>7</sup> См. вообще l. 6 C. de pact. 2. 3, l. un. §. 16, C. de rei ux. act. 5. 13, Paul. S. R. III. 4 V §. 2.

<sup>8</sup> Право не служить прихотямъ и капризамъ. Если нѣкоторые говорятъ, что договоръ недействителенъ, когда кредиторъ не имѣетъ интереса въ общаномъ дѣйстви, то можно спросить, можетъ ли разумный человекъ требовать общанія того, въ чемъ онъ не имѣетъ интереса. Напротивъ изъ отсутствія интереса можно заключить объ отсутствіи намѣренія стороны, чтобъ договоръ имѣлъ обязательную силу. Ср. § 3 и § 68 примѣч. 3, равно какъ и цитированныхъ тамъ писателей, кромѣ того и Кофельдтъ Lehre vom Interesse стр. 73 слѣд.

\* Литературныя указанія подъ § 16.

<sup>1</sup> Источники приведены подъ § 16 прим. 3.

<sup>2</sup> Моммзенъ Lehre vom Interesse § 7—11, въ особенности стр. 90, 98 слѣд. Видпшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 535. 536. Кофельдтъ Lehre vom Interesse стр. 224 слѣд. Йерингъ das Schuldmoment im röm. Privatr. стр. 46.

его отъ этой обязанности<sup>3</sup>. Если невозможность предмета обязательства является объективной, то договоръ недействителенъ; должникъ освобождается отъ обязанности доставить невозможное или денежный эквивалентъ<sup>4</sup>. Это не измѣняется ни тѣмъ, что тотъ, кому было обѣщано доставленіе, не зналъ о невозможности этого доставленія<sup>5</sup>, ни тѣмъ, что онъ зналъ о ней<sup>6</sup>. Но сдѣлав-

<sup>3</sup> Это признано общимъ правиломъ, что обѣщающій доставленіе чужой вещи отвѣчаетъ за интересъ, независимо отъ того, считалъ ли онъ вещь своею или нѣтъ, и имѣлъ ли онъ въ первомъ случаѣ основаніе думать такъ или инакъ. См. §. 60 D. de evict. 21. 2, l. 17 C. de fide instr. 4. 21. Моммзенъ въ указ. стр. 74 слѣд. Я прежде выставилъ положеніе (Heid. Krit. Zeitsch. II стр. 108—110), что обѣщающій не отвѣчаетъ въ томъ случаѣ, когда прежде существовала возможность исполненія, которая между тѣмъ, и вслѣдствіе неизвѣстнаго ему факта, превратилась въ невозможность; точно также высказался и Моммзенъ (Beiträge zum Obligationenrecht II стр. 12—21. III стр. 407—410). Положеніе это я теперь оставляю. Внутреннее основаніе его заключается повидимому въ томъ, что обѣщающій гораздо менѣ виновенъ относительно незнанія невозможности, которая существовала съ самаго начала. Но это именно ошибочно. Незнаніе факта, дѣлающаго возможное невозможнымъ, можетъ быть поставлено ему больше въ вину, чѣмъ невѣдѣніе факта, исключившаго возможность съ самаго начала, или не надлежащая оцѣнка существующихъ фактовъ. Но если обратимся къ источникамъ, то найдемъ, что единственная опора высказаннаго положенія заключается въ l. 55 D. de A. E. V. 19. 1. Но въ этомъ законѣ вовсе не говорится, чтобы проданный, находящійся apud hostes рабъ, попалъ въ руки непріятеля безъ вѣдома о томъ продавца. Мѣсто это ничего не говоритъ о знаніи или незнаніи сторонъ, и имѣетъ ясный смыслъ и тогда, когда предположимъ, что договоръ былъ заключенъ при полномъ знакомствѣ съ обстоятельствами, въ ожиданіи или на случай возвращенія раба. Во всякомъ случаѣ прежнее мое толкованіе этого мѣста слишкомъ шатко, чтобъ можно было на немъ основывать разсматриваемое здѣсь положеніе.

<sup>4</sup> Источники подъ § 16 прим. 2. Единственный, относящійся сюда вопросъ состоитъ въ слѣдующемъ. Недействителенъ договоръ о несуществующей вещи (l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1); не действителенъ договоръ о не существующемъ наследствѣ (l. 1. 7 D. de N. V. A. V. 15. 4);— действителенъ договоръ о не существующемъ обязательствѣ (l. 4. 5. eod., l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2; Шлиманнъ Haftung des Cedenten стр. 64 [противъ этого Зейфф. Arch. XXII. 35]) Какъ объяснить это? Ср. о различныхъ возрѣніяхъ Моммзенъ Unmöglichkeit стр. 134, Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 118, Бринцъ Krit. Ueberschau V. стр. 297—299, Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 69—71, Зейффертъ въ Seuffert's Pand § 300 прим. 5. Ср. также § 397, прим. 1.

<sup>5</sup> Исключеніе допускаетъ римское право для того случая, когда кто нибудь по заблужденію купилъ въ раба свободнаго человѣка. l. 70 D. de contr. emt. 13. 1, l. 34 § 2 eod., l. 4 D. quib. ad lib. 40. 13, l. 39 § 3 D. de evict. 21. 2. Нѣкоторые изъ римскихъ юристовъ пошли далѣе, объявивъ дѣйствительною куплю всякой изъятой изъ оборота вещи при незнаніи сего, l. 4—6 pr. D. de contr. emt. 18. 1, § 5 I de emt. 3. 23. Противоположное мнѣніе находитъ себѣ поддержку въ l. 22—24, l. 34 § 1. l. 62. § 1 D. de contr. emt. 18. 1. При противорѣчьи этихъ изрѣченій источниковъ приходится признать, что они взаимно уничтожаются, и что, слѣдовательно, нѣтъ доказательства въ подтвержденіе дѣйствительности куп-

шій обѣщаніе, знали-ли онъ о невозможности предмета договора, или не знали, обязанъ вознаградить принявшаго обѣщаніе, если послѣдній не зналъ и не обязанъ былъ знать о невозможности доставленія предмета договора, за тотъ вредъ, который онъ потерпѣлъ отъ того, что полагалъ, что для него состоялся дѣйствительный договоръ<sup>7</sup>. Если невозможность относится лишь къ части

ли. Такъ въ результатѣ и Моммзенъ *Unmöglichkeit* § 13, Виндшейдъ *Heid. Krit. Zeitschr.* II стр. 115—117. Другіе придерживаются напротивъ дѣйствительности договора купли; см. цитированныхъ у Моммзена § 13 прим. I и Бринциъ *Krit. Ueberschau* V, стр. 295—296. 300. 301 (который не допускаетъ вовсе противорѣчія въ источникахъ). Рѣмерь *Leistung an Zahlungsstatt* стр. 86 слѣд. Еще далѣе идетъ Савиньи *Obl. II* § 81. Онъ допускаетъ дѣйствительность договора купли и другихъ однородныхъ договоровъ при *всякой* неизвѣстной покупщику невозможности. Это находится въ явномъ противорѣчій съ l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de N. v. A. V. 18. 4. Наоборотъ Йерингъ *Jahrb. f. Dogm. IV* стр. 63 слѣд., думалъ что источники признаютъ недѣйствительной и куплю свободного человѣка даже при незнаніи о семъ покупщика, причемъ онъ относитъ подлежащія мѣста къ такъ называемому отрицательному договорному интересу (прим. 8).

§ 1 D. de contr. emt. 18. 1. Такъ называемый отрицательный договорный интересъ (§ 59, прим. 5), напр. покупщикъ отказался вслѣдствіе купли отъ другой купли, отъ которой онъ имѣлъ бы прибыль. Отличіе этого интереса отъ интереса исполненія, т. е. того, что кредиторъ имѣлъ бы, еслибъ обѣщанное удовлетвореніе было ему доставлено, ясно само собой. Положеніе, приведенное въ текстѣ не признается господствующимъ мнѣніемъ. Мнѣніе это допускаетъ для кредитора искъ о вознагражденіи лишь въ случаѣ злаго умысла (и грубой неосторожности) со стороны обѣщающаго (такъ и Моммзенъ въ привед. мѣстѣ стр. 109, Бринциъ стр. 291. 299, Ude въ привед. м. стр. 258 слѣд.), даже я самъ высказался прежде въ этомъ смыслѣ. Господствующее мнѣніе было оспорено Йерингомъ *Jahrb. f. Dogm. IV. 1* (1861); ему слѣдуетъ во всемъ Вангеровъ въ новѣйшемъ изданіи 1 прим. къ § 109. И я не придерживаюсь болѣе господствующаго мнѣнія. Я не думаю, чтобъ возможно было поддерживать его въ виду l. 8 § 1 D. de rel. 11. 7, l. 8 D. de N. v. A. V. 18. 4. Объясненіе, что въ этихъ мѣстахъ предполагается злой умыселъ обѣщающаго, производно; и l. 21 pr. D. de A. E. V. 19. 1, не нуждается въ предположеніи злаго умысла. Но хотя я согласенъ съ Йерингомъ въ существѣ, я не могу согласиться съ нимъ на счетъ конструкціи введеннаго положенія. Онъ основываетъ послѣднее на виновности контрагента. Согласно съ этимъ слѣдовало бы освободить его въ томъ случаѣ, когда нельзя порицать незнаніе имъ невозможности; но объ этомъ источники ничего не говорятъ. И Йерингъ не знаетъ этого, ибо, говоря о томъ, уже въ томъ заключаются вина, что кто нибудь вступаетъ въ сдѣлку не зная основательно обстоятельствъ ее сопровождающихъ (стр. 36). Но, другими словами, это значитъ: контрагентъ виновенъ, давая обѣщаніе что-либо сдѣлать въ предположеніи возможности, тогда какъ на дѣлѣ существовала невозможность. Здѣсь называется виновностью то, что можетъ быть вовсе невиновнымъ. (Главнѣйшія мѣста изъ трактата Йеринга, имѣющія значеніе для разсматриваемаго положенія, суть: стр. 26, 29, 34, 40, 41, 42, 43, 52, 60—62). Я считаю самой вѣрной ту конструкцію, которая приведена въ § 59 прим. 5.

предмета договора, то и договоръ недѣйствителенъ только въ части <sup>8</sup>; развѣ бы воля контрагентовъ совершенно не была направлена на ту часть договора, исполненіе которой осталось возможнымъ <sup>9</sup>. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ общающій освобождается отъ всякой ответственности; въ первомъ же случаѣ, и если онъ зналъ о наступившей невозможности, общающій отвѣтствуетъ не только за ту часть договора, исполненіе которой возможно, но и за весь договорный интересъ <sup>10</sup>. Послѣдующее уничтоженіе невозможности дѣлаетъ договоръ дѣйствительнымъ лишь въ томъ случаѣ, если это уничтоженіе заключалось въ характерѣ невозможности; если же оно было случайное, то не имѣетъ этого значенія <sup>11</sup>.

### Договоръ въ пользу третьяго лица \*.

§ 68. Можетъ-ли договоръ заключаться въ доставленіи предмета его третьему лицу? Этотъ вопросъ можетъ быть предложенъ двояко: 1) возникаетъ ли изъ такого договора право требованія для лица, которому дано обѣщаніе? 2) возникаетъ ли изъ него право требованія для третьяго лица?

1. Право требованія для лица, заключившаго договоръ, возникаетъ для него независимо отъ того, что посредствомъ даваемого обѣщанія общающій принимаетъ на себя обязанность совершить обѣщанное дѣйствіе въ пользу третьяго лица. Кто получаетъ обѣщаніе, что извѣстное дѣйствіе будетъ совершено въ пользу третьяго лица, тотъ въ дѣйствительности получаетъ обща-

<sup>8</sup> Моммзень въ указан. м. § 17—19 и къ этому Виндшейдъ въ указан. м. стр. 119—126; также Моммзень стр. 411—413.

<sup>9</sup> Хотѣлъ ли тотъ, который обѣщаль домъ, обѣщать вмѣстѣ съ тѣмъ и пепелище, которое въ моментъ обѣщанія одно и оставалось? L. 1 § 9 D. de O. et. A. 44. 7, l. 57 § 1 D. de contr. emt. 18. 1.

<sup>10</sup> L. 57 § 1 cit. Однородный съ этимъ вопросъ, хотя и не относящійся сюда, заключается въ томъ, что если при заключеніи контракта удовлетвореніе сдѣлалось невозможнымъ въ части, то на сколько можно, при договорахъ о дѣйствіи, эквивалентомъ котораго служить другое дѣйствіе, требовать эквивалента за ту часть дѣйствія, исполненіе которой возможно. См. объ этомъ § 73 прим. 21.

<sup>11</sup> § 2 de inut. stip. 3. 19, l. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1. Ср. l. 35 § 1 cod. Моммзень въ прив. м. § 16 Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 123 слѣд.

§ 68. \* Безелеръ Lehre von den Erbverträgen II. 1, стр. 71—83 (1837) deutsch. Privatr. § 120 N III (1853. 1866). Штриппенманъ Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel V. стр. 1 слѣд. (1848). Бушъ Doctrin und Praxis über die Gältigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860). Беръ Jahrb. f. Dogm. VI. 3 (1862). Цаунъ Arch. f.

ніе, клонящееся въ его пользу; его выгода заключается именно въ томъ, чтобы извѣстное дѣйствіе было исполнено въ пользу третьяго лица, а не въ его пользу; совершеніе дѣйствія въ пользу третьяго лица, есть совершеніе дѣйствія въ пользу его самого <sup>1</sup>. По современному праву безразлично какаго рода его выгода въ томъ, чтобы дѣйствіе было совершено въ пользу третьяго лица; именно нѣтъ надобности, чтобы въ этомъ заключалась личная выгода его, она можетъ состоять и въ простомъ благодѣяніи относительно третьяго лица <sup>2</sup>. Но если тотъ, кому дано обѣщаніе, вовсе не имѣетъ никакого интереса въ томъ, чтобы было совершено въ пользу третьяго лица обѣщанное дѣйствіе, то нельзя признать, чтобы онъ хотѣлъ приобрести право требованія; въ этомъ случаѣ является скорѣе не договоръ, но лишь не имѣющее юридическаго значенія соглашеніе <sup>3</sup>.

2. Римское право не признаетъ въ принципѣ возникновенія права требованія для третьяго лица, въ пользу котораго по содержанію договора должно быть произведено извѣстное дѣйствіе <sup>4</sup>; но оно допускаетъ цѣлый рядъ исключеній. Эти исключенія суть слѣдующія:

pract. R. W. N. F. I стр. 42 слѣд. (1864). [Унгеръ Jahrb. f. Dogm. X. 1 (1869) къ этому Регельсбергеръ Krit. VJSch. XI стр. 559 слѣд. (1869)].

<sup>1</sup> Примѣры: I. 38 § 20—23 D. de V. O. 45. 1 (§ 10 I de inut. stip. 3. 19).

<sup>2</sup> См. § 3 прим. 3 и въ особенности поименованные тамъ трактаты Гейера. Относительно римскаго права см. приведенныя тамъ мѣста, именно I. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1 (§ 19 I de inut. stip. 3. 19): — „ceterum ut alii detur, nihil interest mea“. Но ср. также I. 13 пр. D. de pign. act. 13. 7 (Дернбургъ Pfandrecht II стр. 234) въ связи съ мѣстами въ § 10 прим. 19.

<sup>3</sup> Напр. кто нибудь уговариваетъ своего пріятеля заплатить свои долги, тотъ отвѣчаетъ: хорошо, завтра же заплачу все, что я долженъ (Беръ стр. 33). Здѣсь ни обѣщающій не хотѣлъ себя обязать, ни пріиматель обѣщанія не хотѣлъ сдѣлаться кредиторомъ. Если выразить сказанное въ текстѣ такимъ образомъ: договоръ въ пользу третьяго лица недействителенъ, когда пріиматель обѣщанія не имѣетъ интереса въ дѣйствіи, подлежащемъ исполненію въ пользу третьяго лица, то этимъ какъ будто возбуждается представленіе, что независимо отъ воли сторонъ, которая не подлежитъ сомнѣнію, должно еще доказать существованіе особаго интереса на сторонѣ кредитора; понятно, что это невѣрное представленіе. См. § 66 прим. 8. Если я не ошибаюсь, то это таже мысль, которую Беръ въ указ. м. стр. 136 выразилъ такъ: пріиматель обѣщанія тогда получаетъ право требованія, когда причинная связь обѣщанія заключается въ отношеніяхъ обѣщающаго къ тому, кому обѣщаніе дается (а не въ отношеніяхъ его къ третьему лицу). Мнѣ кажется, что подобная формулировка не можетъ содѣйствовать уразумѣнію предмета. Ср. также Безелеръ Erbvertr. стр. 75. deut. Privatr. стр. 486, Бушь стр. 41.

<sup>4</sup> L. 11 D. de O. et A. 44. 7. „Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter

а) когда при дареніи на одаряемаго возлагается обязанность передать что-либо третьему лицу <sup>5</sup>;

б) когда при выдачѣ приданого, даваемого за женщиной, на того, кто принимает приданое, возлагается обязанность выдать это приданое самой женщинѣ или ея потомству <sup>6</sup>;

в) когда имущество третьяго лица будетъ заложено или отдано въ ссуду съ тѣмъ, что оно будетъ возвращено не тому, кто передаетъ имущество, но третьему лицу <sup>7</sup>;

д) если что-либо вручается лицу съ тѣмъ, чтобы онъ передалъ врученное третьему лицу <sup>7a</sup>;

vno nomine recte agat, possumus“. L. 1 C. per quas pers. 4. 27 (I § 73 прим. 4). L. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1, I. 73 § 4 D. de R. I. 50. 17, I. 19 l. 26 C. de I. D. 5. 12. L. 26 cit. „Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem“.

<sup>5</sup> L. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55. Постановленіе это издано въ 290 году императорами Діоклетіаномъ и Максиміаномъ, но оно ссылается на рѣшенія предшествующихъ императоровъ. Впрочемъ мѣсто это понимаютъ весьма различно.

а) Говорятъ, что оно несолько даетъ третьему лицу право требовать исполненія возложенной обязанности, сколько право требовать обратно дара вслѣдствіе неисполненія этой обязанности. Такъ Эркслебенъ cond. sine causa II стр. 300—310. По другимъ, право обратнаго требованія существуетъ рядомъ съ требованіемъ исполненія. Мейерфельдъ Lehre von den Schenkungen I стр. 422. Противъ этого Савини Syst. IV. стр. 285—286, Виндшейдъ Voraussetzung стр. 174, Буха Stellvertretung стр. 114, Шмидъ Grundlectren der Cession I стр. 449—453. б) Говорятъ, что третье лицо не имѣетъ самостоятельнаго права требовать исполненія, а лишь производное отъ дарителя (воображаемая цессія). Такъ Мюленбрухъ Cession стр. 97 слѣд., Мейерфельдъ въ указ. м., и въ особенности Шмидъ въ указ. м. Противъ этого Савини, Буха, Виндшейдъ въ прив. м.; послѣдній и въ сочиненіи über die Actio и т. д. стр. 129. Вопросъ этотъ повторяется и для поименованныхъ далѣе случаевъ. См. также ниже прим. 15a—16. [Унгеръ, стр. 33 слѣд.]

<sup>6</sup> L. 45 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 C. de pact. conv. 5. 14. Последнее мѣсто относится ко времени Діоклетіана и Максиміана (294 г.). Пандектное мѣсто было, вѣроятно, приписано въ послѣдствіи, ибо заключительныя предложенія „sed dicendum est“ и „sed permittendum est“ едва ли происходятъ отъ одного и того же автора. См. впрочемъ l. 43 § 1 l. 59 § 2 D. de J. D. 23. 2. Ср. также Шмидъ въ прив. м. стр. 453—460. [Бехманъ röm. Dotalrecht II стр. 153. Унгеръ, стр. 37 слѣд.]

<sup>7</sup> L. 8 C. ad. exh. 3. 42. Это мѣсто принадлежитъ Діоклетіану и Максиміану и относится къ 293 году. См. также l. 19 C. de usuris 4. 32. Ср. Йерингъ Jahrb. f. dogm. II стр. 116—120. Schmid, въ указ. мѣстѣ I стр. 439—445 Dernburg Pfandrecht I стр. 155—157 [Unger стр. 46 и слѣд.]

<sup>7a</sup> Случай этотъ рассматривался уже въ классической юриспруденціи съ точки зрѣнія negotiorum gestio. L. 6 § 2 D. de neg. gest. 3. 5. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit. Ср. § 431, прим. 7. [Унгеръ, стр. 46; прим. 55; Рундкратъ Jahrb. f. Dogm. X, стр. 219 слѣд.]

е) если кто-либо получает обещание в пользу его наследников<sup>8</sup>, или одного из них<sup>9</sup>;

ф) если представитель юридического лица или опекун получает обещание в пользу представляемого им лица<sup>10</sup>;

г) если залогодержатель при продажѣ заложенного имущества выговаривает в пользу собственника продаваемого имущества возвращение ему этого имущества при уплатѣ продажной цѣны его<sup>11</sup>.

Кромѣ того этотъ принципъ римскаго права оставался безъ примѣненія вслѣдствіе другаго начала, согласно которому находящійся подъ властью есть органъ пріобрѣтенія для того, кто имѣетъ надъ нимъ власть<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Согласно постановленію Юстиніана выраженному в л. un. C. ut. act. ab her. 4. 11; в прежнемъ же правѣ дѣйствовало положеніе: ab heredis persona obligationem (actionem) incipere non posse, l. un. cit. и Gai. III. 100. 117. 158. Шейерль Beitrage I № 3 выразилъ мнѣніе, что l. un. cit. не содержитъ в себѣ означеннаго правила, что напротивъ Юстиніанъ повторилъ в этомъ законѣ лишь правило l. 11 C. de contr. stip. 8. 38, в силу котораго дозволяется обязывать кого нибудь и на время послѣ смерти, каковое правило онъ желалъ охранить отъ возраженій. Вопросъ этотъ не лишенъ сомнѣнія (ср. также § 13. I de inut. stip. 3. 19); но опредѣленность постановленія l. un. cit. говорить кажется противъ мнѣнія Шейерля. Во всякомъ случаѣ уже по классическому праву можно было пріобрѣтать по договору права *за себя и своихъ наследниковъ* даже в томъ случаѣ, когда обязательство не подлежало переходу по наследству. Здѣсь имѣло въ дѣйствительности мѣсто обязательство в пользу наследниковъ, — l. 38 § 12. 14. l. 137 § 8 D. de V. O. 45. 1 (ср. l. 13 C. de contr. stip. 8. 38), l. 33 D. de pact. 2. 14 (pactum de non petendo in personam).

<sup>9</sup> Ограниченіе однимъ изъ наследниковъ допускалось по классическому праву тамъ, гдѣ вообще можно было обосновывать обязательство в пользу наследниковъ (прим. 8), l. 33 D. de pact. 2. 14, l. 137 § 8 D. de V. O. 45. 1 (ср. l. 56 § 1 cod.). По мнѣнію Шейерля (прим. 8), в силу котораго договоръ и по Юстиніановскому праву долженъ быть отнесенъ къ лицу наследодателя, ограниченіе однимъ изъ наследниковъ возможно лишь при неунаслѣдуемости требованія. Ср. о сказанномъ в этомъ и в предидущемъ примѣчаніи еще Бухка Stellvertret. § 8, Дернбургъ Heid. Krit. Zeitschr. I. 3—5, Вангеровъ III, стр. 311, 312, [К. Шмидтъ Arch. f. civ. Pr. L. II, 13. Унгеръ, стр. 40 слѣд.].

<sup>10</sup> L. 5 § 9 D. de pec. const. 13. 5. [Унгеръ стр. 6 прим. 6]. L. 28 § 1. D. de pact. 214 не относится сюда. Подъопечному не дается здѣсь права ссылаться на договоръ опекуна, а право ссылаться на одностороннее объявленіе воли кредитора (онъ пріобрѣтаетъ exceptionem doli, а не pacti). Ср. l. 10, § 2 l. 15, l. 25 § 2 cod.

<sup>11</sup> L. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, ср. l. 7 § 1 D. de distr. pign. 20. 5. Исключеніе это не идетъ такъ далеко, какъ тѣ исключенія, которыя приведены до сихъ поръ. Ибо во всякомъ случаѣ третье лицо можетъ, в силу условія о выкупѣ, выступить в качествѣ собственника („debitor... vindicare rem poterit“). Почему ему не дозволять тогда ссылаться на договоръ между продавцемъ и покупщикомъ („aut in factum actione adversus emptorem agere“)? Ср. еще Шмидтъ Grundlehren der Cession I стр. 460 слѣд. (Унгеръ стр. 27 слѣд.).

<sup>12</sup> Поэтому права по обещанію могли пріобрѣтаться какъ подвластный для своего господина, такъ и послѣдній для своихъ подвластныхъ. В первомъ случаѣ сти-

Въ Германіи теорія и практика пошли гораздо дальше <sup>13</sup>. Этотъ фактъ нельзя игнорировать, потому что въ немъ болѣе всего выразилось сознание новѣйшаго права. Но въ чемъ именно заключается это сознание,—это вопросъ трудный и спорный. Наиболѣе правильный взглядъ заключается, кажется, въ слѣдующемъ <sup>14</sup>:

а) Отчужденіе имущества съ возложеніемъ обязанности выдать

пулянтъ дѣлалъ кредиторомъ своего господина, а во второмъ, онъ самъ дѣлался кредиторомъ чрезъ лицо подвластныхъ; § 4 I. de inut. stip. 3. 19, l. 38 § 17, l. 39, l. 45, рг. l. 56, § 3 l. 130, D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de contr. stip. 8. 38. Но то только общеніе въ пользу подвластныхъ было для господина дѣйствительно, въ силу котораго онъ самъ что либо приобрѣталъ l. 130 cit. Впрочемъ признавали дѣйствительною и стипуляцію: post mortem meam filiae dari l. 45 § 2. D. de V. O. 45. 1, l. 9, l. 23. D. de pact. dot. 23. 4. (Унгеръ стр. 38, прим. 46). Римское право имѣетъ еще въ настоящее время силу относительно приобрѣтенія ex re patris. Ср. § 268 № 3.

<sup>13</sup> См. указанія у Бухки Stellvertretung стр. 158 слѣд. и ср. Дельбрюкъ die Uebernahme fremder Schulden стр. 81—107. Въ новѣйшее время наступила въ доктринѣ рѣшительная реакція въ пользу чистаго римскаго права; см. въ особенности Бухка въ указ. м. стр. 187—202, Савиньи Obl. II § 59 и учебники Пухты § 256. 273. b) Аридтсъ § 246, Келлеръ стр. 461—462, Сингеніусъ § 102, прим. 3 и 4, Вангеровъ 7 изд. III, стр. 295—296. Съ другой стороны практика обнаруживаетъ такую же рѣшительную склонность признавать за третьимъ лицомъ право требованія изъ заключеннаго въ его пользу договора и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ таковое не допускается римскимъ правомъ. Въ этомъ смыслѣ высказались верховные апелляціонные суды: кассельскій (Зейфф. Arch. III. 31, 32, 34 и №№ 1—4, 6—7, 9—10, 12—15 приложения къ поименованному при \* сочиненію Буша), дрезденскій (Зейфф. Arch. III. 312, VI. 21, XXI. 38, Бушь № 16—21), дармштатскій (Зейфф. Arch. VIII. 29, X. 152, Бушь № 37—39), роштовскій (Зейфф. Arch. XIX. 33, XX. 220), вольфенбюттельскій, а также вольфенбюттельскій кассационный судъ (Зейфф. Arch. XI. 133, XII. 142, XIV. 131, XVI. 182, Бушь № 40, 41, 43) и лейпцигская судебная коллегія (Бушь № 22). Относительно отдѣльныхъ случаевъ выходятъ за предѣлы римскаго права верховные апелляціонные суды—висбаденскій (Зейфф. Arch. X. 33, [ср. XXI. 37]) и цельскій (Зейфф. Arch. V 299, XVIII. 128, [ср. XXI. 40]), послѣдній, впрочемъ, держится въ принципѣ римскаго права; см. тамъ же XIV. 3. Въ пользу удержанія постановленій римскаго права высказались далѣе въ принципѣ верховные апелляціонные суды—кильскій (Зейфф. Arch. IX. 18, Бушь № 44), любекскій (Зейфф. Arch. XI. 83, Бушь № 35), въ особенности же іенскій (Зейфф. Arch. VII. 22, 23, (XXI 38), Бушь № 23, 24, 26), впрочемъ послѣдній не оставался вѣрнѣе этому возвращенію (Зейфф. Arch. II. 213, VIII. 30, Бушь № 25, 27, 30). Неопредѣленно высказалось рѣшеніе штуттгартскаго верх. трибунала (Зейфф. Arch. XV. 214). Ср. тамъ же и XIX. 135. [По мнѣнію Унгера, право требованія возникаетъ по современному праву для третьяго лица во всѣхъ случаяхъ, когда договоръ заключенъ исключительно въ его пользу, такъ напр. стр. 55 слѣд.]

<sup>14</sup> Различія этого не дѣлаютъ обыкновенно. Гораздо хуже смѣшеніе договора, заключеннаго въ пользу третьяго лица, съ договоромъ отъ имени третьяго лица. Это встрѣчалось часто, въ особенности въ прежнее время (см. указанія у Бухки), и случается еще и теперь. А между тѣмъ различіе это весьма важно. Кто заключаетъ договоръ отъ имени третьяго лица, тотъ желаетъ, чтобъ это лицо

что-либо въ пользу третьяго лица, порождаетъ для этого третьяго лица право требованія <sup>15</sup>. Это право требованія основывается на обязанности, возложенной отчуждающимъ, на приказаніи его; его воля производитъ такое же правоотношеніе, какъ воля наслѣдодателя, назначающаго отказъ <sup>15a</sup>. Поэтому право требованія возникаетъ для третьяго лица безъ его содѣйствія <sup>15b</sup>, и безъ его содѣйствія это право требованія не можетъ быть у него отнято <sup>16</sup> — въ противномъ случаѣ сдѣланное въ пользу его отчужденіе было бы отчужденіемъ на случай смерти.

b) Если эта точка зрѣнія не можетъ быть примѣнена, то слѣдуетъ обратить вниманіе на то, не можетъ-ли изъясненіе воли дающаго обѣщаніе быть истолковано въ томъ смыслѣ, что имъ выражается воля сдѣлаться должникомъ не только принимающаго обѣщаніе, но и третьяго лица <sup>17</sup>. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ

было само контрагентомъ; кто же заключаетъ договоръ въ пользу другаго лица тотъ желаетъ, чтобъ его самого считали контрагентомъ, но чтобъ договоръ его имѣлъ юридическую силу для этого другаго.

<sup>15</sup> Я даю здѣсь правилу I. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55 распространительное толкованіе въ силу общаго права (см. впрочемъ и Виндшейдъ Voraussetzung стр. 174). Изъ новѣйшей юридической жизни слѣдуетъ имѣть въ виду передачу крестьянами имущества, съ обязанностью производить выдачи въ пользу младшихъ братьевъ и сестеръ а также наслѣдственные договоры, въ которыхъ обусловлены извѣстныя дѣйствія въ пользу третьихъ лицъ. Относительно перваго случая и іенскій верховный апелляціонный судъ призналъ за третьимъ лицомъ право требованія (Зейфф. Arch. II. 213 Бушь № 27, иначе тамъ же № 26); см. кромѣ того рѣшенія берлинскаго тайнаго верховнаго трибунала отъ 22 іюля и 25 августа 1846 г. (Зейфф. Arch. I. 78, III. 90, Бушь № 32). Во второмъ случаѣ, право требованія признаютъ за третьимъ лицомъ и тѣ, которые вообще придерживаются римскаго права, такъ Буха въ указ. м. стр. 194 слѣд., любекскій верх. апелляціонный судъ (Зейфф. Arch. VII. 68) и сельскій (тоже V 299). Мюленбрухъ Fortsetz. von Glück XXXVIII. стр. 68 слѣд. даетъ третьему лицу, на основаніи I. 3 C. cit., право требованія изъ наслѣдственнаго договора только тогда, когда договоръ этотъ содержитъ въ себѣ чистый даръ въ пользу наслѣдника по договору, не возлагая на него обязанности произвести выдачу въ пользу будущаго наслѣдателя.

<sup>15a</sup> Савиньи System IV, стр. 286. [Унгеръ, стр. 36 прим. 42].

<sup>15b</sup> Что третье лицо приобретаетъ право требованія безъ своего содѣйствія, вытекаетъ изъ того, что I. 3 C. cit. признаетъ за наслѣдникомъ третьяго лица право иска. (Въ этомъ послѣднемъ отношеніи Эркслебенъ того мнѣнія, что это право требованія есть *condictio ob causam datorum*).

<sup>16</sup> Другаго мнѣнія Буха Stellvertretung стр. 114, причѣмъ онъ ссылается на право иска по отказамъ. Но аналогія съ завѣщательнымъ распоряженіемъ приводится здѣсь для разъясненія лишь дѣйствія односторонняго объявленія воли. Здѣсь не сказано, что объявленіе воли, о которомъ говорится, есть завѣщаніе. Этого не говорить и Савиньи (прим. 15a). Другаго мнѣнія и Ситенисъ I § 21, прим. 36 ср. еще Эркслебенъ (прим. 5) стр. 308 слѣд. [Унгеръ, стр. 64 слѣд.].

<sup>17</sup> Во всякомъ случаѣ, если не въ другомъ (§ 90), то въ этомъ видѣ можно конструировать случай принятія на себя уплаты чужаго долга. Но необходимо,

посредствомъ послѣдующаго со стороны третьяго лица принятія предложенія <sup>18</sup> между нимъ и общающимъ возникаетъ самостоятельный договоръ, по которому первый дѣлается кредиторомъ, а послѣдній должникомъ <sup>19</sup>. До заявленія со стороны третьяго лица о принятіи или непринятіи предложенія, оно не можетъ быть исключено изъ договора ни тѣмъ, что обѣ стороны отступятся отъ договора, ни одностороннимъ отказомъ со стороны общающаго <sup>20</sup>. При этомъ безразлично, хочетъ-ли принимающій предложеніе сдѣлать благодѣяніе третьему лицу, или нѣтъ <sup>21</sup>.

чтобъ новый контрагентъ объявилъ не только то, что онъ вступаетъ въ обязанности должника, но и то, что онъ защититъ должника отъ притязанія кредитора. Слѣдуетъ припомнить далѣе случай, когда кто нибудь дѣлаетъ за третье лицо взносы въ общество страхованія жизни, сберегательную кассу и т. п. Общество признаетъ себя должникомъ не только лица, дѣлающаго взносы, но и третьяго лица. [HGB Art. 785, 786].

<sup>18</sup> Безразлично, какъ оно проявляется: оно обнаруживается и въ предъавленіи иска.

<sup>19</sup> Есть три воззрѣнія, которыя имѣютъ свою цѣль дать основаніе стремленію новѣйшей теоріи и практики признать за третьимъ лицомъ право требованія, выходящаго за предѣлы постановленій римскаго права. 1) По первому изъ нихъ право требованія возникаетъ для третьяго лица по приказу промиссара (лица, принявшаго общаніе), по аналогіи съ отказами по завѣщанію. Воззрѣніе это только что получило примѣненіе къ нѣкоторымъ случаямъ. 2) Право требованія третьяго лица рассматривается какъ право требованія промиссара, которое перешло отъ послѣдняго къ первому вслѣдствіе безмолвной или законной передачи. Это господствующее мнѣніе. Паунъ основываетъ его на римскомъ правѣ; Беръ внесъ въ него то измѣненіе, что третье лицо должно рассматриваться не какъ цессіонарій, а какъ простой уполномоченный (mandatar). Противъ этого воззрѣнія можно сказать, что промиссаръ часто вовсе не имѣетъ намѣренія сдѣлать третье лицо кредиторомъ. Такъ напр. при принятіи къ платежу чужаго долга; прежній должникъ желаетъ обезпечить лишь себя, а не дать кредитору новое право требованія. 3) Третье воззрѣніе есть то, которое излагается здѣсь. Оно выдаетъ за положеніе современнаго права то, что воля должника не нуждается въ объявленіи оной кредитору, и въ доказательство этого положенія оно ссылается на рекламу (Auslobung) (§ 61). Такого же мнѣнія, съ указаніемъ на древнее нѣмецкое право, Полтнеръ Arch. f. civ. Pr. L. стр. 220 слѣд. [Зейфф. Arch. XXI. 41].

<sup>20</sup> Господствующее мнѣніе принимаетъ, что до акцептаціи общанія со стороны третьяго лица, право требованія можетъ быть исключено съ согласія контрагентовъ, но не вслѣдствіе односторонняго отступленія одного изъ нихъ. Излагаемое же здѣсь воззрѣніе признаетъ безразличнымъ одностороннее отступленіе промиссара, но не промиттента. По мнѣнію Бера акцептація не даетъ третьему лицу неотъемлемаго права требованія, напротивъ право это можетъ быть у него снято во всякое время одностороннимъ заявленіемъ промиссара или промиттента. Впрочемъ въ первомъ случаѣ лишеніе это не имѣетъ тогда мѣста, когда промиттентъ имѣетъ при этомъ самостоятельный интересъ исполнить дѣйствіе въ пользу третьяго лица.

<sup>21</sup> Бушъ въ указ. мѣстѣ принимаетъ обычное право, которое признаетъ право требованія третьяго лица, лишь въ первомъ случаѣ.

с) Если и эта точка зрѣнія не примѣнима, то, за исключеніемъ случаевъ указанныхъ выше, подѣла — g, для третьяго лица не возникаетъ права требованія.

### ДОГОВОРЪ ЗА СЧЕТЪ ТРЕТЬЯГО ЛИЦА.

§ 69. Если кто-либо обѣщаетъ дѣйствіе третьяго лица, то послѣднее ни къ чему не обязывается, за исключеніемъ того случая, если обѣщано дѣйствіе наслѣдниковъ обѣщающаго, или одного изъ нихъ <sup>1</sup>. Въ этомъ отношеніи не пошло далѣе и новѣйшее право <sup>2</sup>. Напротивъ того обѣщающій обязывается самъ, если цѣль договора заключается въ томъ, что обѣщающій обязывается достигнуть собственными средствами, чтобы третье лице произвело данное дѣйствіе, или что онъ во всякомъ случаѣ принимаетъ на себя отвѣтственность за дѣйствія этого третьяго лица <sup>3</sup>.

### ОСНОВАНІЕ ДОГОВОРА \*.

§ 70. Во многихъ отношеніяхъ говорятъ, что для дѣйствительности или полнаго значенія договора недостаточно одного принятія предложенія, что для этого необходима еще причина обязательства (causa). Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить слѣдующее:

1. Если подъ причиной обязательства понимать то основаніе, которое имѣлъ обѣщающій, давая обѣщаніе, то нужно сказать, что безъ такой причины немислимъ договоръ. Какъ вообще ни одно человеческое дѣйствіе не производится безъ намѣреннаго

<sup>1</sup> L. un. C. ut act. ob. her. 4. 11 ср. 1. 56 § 1 D. de V. O. 45. 1 и § 65 § 69. прим. 8, 9.

<sup>2</sup> Договоръ можетъ имѣть силу только тогда, когда толкованіемъ его доказано будетъ, что намѣреніе обѣщающаго было обѣщать отъ имени третьяго лица.

<sup>3</sup> § 3. 21. I. de inut. stip. 3. 19, 1. 14 § 2 D. de pec. const. 13. 5, 1. 38 § 1 2. 13. 24. D. de V. O. 45. 1, 1. 83 пр. 1. 112 § 1 cod. 1. 65 D. de fidei. 46. 1, 1. 13 пр. 1. 18. 19. D. ratam rem. 46. 8. Зайфф. Arch. XVIII. 31.

\* Ср. къ слѣдующему: Либе die Stipulation und das einfache Versprechen стр. 1—3. 66 слѣд. (1840). Шмидтъ, критика этого сочиненія Krit. Jahrb. т. 10, стр. 880—904 (1841). Либе Zeitschr. f. civ. u. Prax. XV. стр. 197 слѣд. (1841). Дельбрюкъ Zeitschr. f. volksthümliches Recht von Eberty I стр. 128 слѣд. 186 слѣд. (1844). Гнейсъ die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts стр. 113 слѣд. (1845) Винштейль die Lehre von der Voraussetzung стр. 198. 199 (1850). Савиньи Obl. II § 78 (1853). Беръ die Anerkennung als Verpflichtungsgrund стр. 11 слѣд. 152 см. (1855—2 изд. [1867] стр. 11 слѣд. 166 слѣд.). Геймбахъ Zeitschr. f. Civilr. u. Prax. N. F. XIII. 3 (1856). Арндтъ Krit. Ueberschau IV. стр. 220—223. 236—239 (1857). Унгеръ rechtliche Natur der Inhaberpapiere стр. 64—70 (1857). Беръ Jahrb. f. Dogm. II. стр. 293—306. 367—394 (1858). Шлезингеръ Zur Lehre von den Formalcontracten стр. 1 слѣд. (1858, ср. объ этомъ Krit. VJSchr. I. стр. 105 слѣд.). Гнейсъ Comm. de causae probatione stipulatoris (1858). Г. Витте Bereicherungsklagen § 32 (1859) Гиртаннеръ die Stipulation (1859, ср. объ этомъ

основанія <sup>1</sup>, такъ безъ такого намѣреннаго основанія не дѣлается обязательственнаго обѣщанія.

2. Обѣщаніе можетъ имѣть двойное отношеніе къ своему основанію. Или основаніе можетъ заключаться въ обѣщаніи, какъ необходимая составная часть его, или оно можетъ отдѣлиться отъ него и получить самостоятельное значеніе <sup>2</sup>. Если утверждаютъ, что обѣщаніе, существующее отдѣльно отъ своего основанія, не можетъ породить обязательства, иначе какъ въ видѣ исключенія, то это мнѣніе должно быть отвергнуто, какъ по самой природѣ вещей, такъ и по положительнымъ постановленіямъ общаго права <sup>3</sup>. Также мало можетъ быть признано правильнымъ то положеніе, что если обѣщаніе не указываетъ на свое основа-

отчетъ Krit. VJSch. I стр. 427 слѣд.). Кунце Wechselrecht стр. 42—44. 276—285 (1862). Voigt Conditiones ob causam § 32. 61 (1862). Ф. Салмиусъ Novation und Delegation стр. 504 слѣд. (1864). Йерингъ Geist des römischen Rechts III стр. 199—209 (1865). Кохъ Zeitschr. f. Hand. X. стр. 446 слѣд. (1866). Беккеръ Krit. VJSch. IX. стр. 260—284. Весьма обстоятельный обзоръ литературы даетъ Г. Витте Krit. VJSch. VI. стр. 330—398. Пухта § 257 и къ этому Vorles., Рудорффъ zu Puchta § 257 g. h., Аридтсъ § 233, Синтенисъ II стр. 257—261 (ср. также стр. 241. 242), Бринцъ стр. 424. [Вангеровъ 7 изд. III § 600 прим. Gesse über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts (1868). (Ср. объ этомъ сочиненіи Бехманна Krit. VJSch. XI. XI. стр. 133 слѣд.). Шлосманнъ zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge (1868). Фиттинъ Arch. f. civ. Pr. I. II. стр. 396 прим. стр. 404 слѣд.).

<sup>1</sup> За исключеніемъ, конечно случая упоминательства. Ср. Cic. de fato c. 11, „Communi consuetudine sermonis abutimur, cum ita dicimus, velle aliquem aut nolle sine causa, ita enim dicimus sine causa, ut dicamus, sine externa et antecedente causa non sine aliqua“.

<sup>2</sup> Получатель займа обѣщаетъ потому, что онъ въ видѣ займа получилъ сто червонцевъ; но онъ обѣщаетъ также *возвратить полученные 100*. Такимъ же образомъ покупатель не обѣщаетъ известную сумму денегъ такъ себѣ, а обѣщаетъ эту сумму *за известную подлежащую ему къ передачѣ вещь*. Точно также уполномоченный обѣщаетъ не просто дѣятельность опредѣленнаго содержанія, а такую дѣятельность, которая необходима для исполненія порученія. Этими случаямъ можно противопоставить тотъ, когда кто нибудь выдаетъ росписку слѣдующаго содержанія: Я обѣщаю дать г. X 100 р. 1 числа будущаго мѣсяца. И это обѣщаніе имѣетъ causa (ein Waatum), но она не выражена въ обѣщаніи.

<sup>3</sup> Можно спорить о юридическо-философской основѣ обязательной силы договора, но если положительное право разъ признало за договоромъ такую силу, то оно дѣлаетъ это не иначе, какъ признавая волю сторонъ; хотя же воля не возникаетъ безъ причины, которая вызвала ее, но она существуетъ и безъ этого основанія. Очень можетъ быть, что положительное право ограничиваетъ, по соображеніямъ цѣлесообразности, признаніе юридической силы воли въ томъ смыслѣ, что оно даетъ юридическую силу не волѣ, какъ таковой, а волѣ въ связи съ ея causa, но подобное ограниченіе не подразумевается само собой. Что римскому праву не было известно ограниченіе этого рода, доказываетъ (не говоря объ исчезнувшемъ въ послѣдствіи литеральномъ контрактѣ) стипуляція, значеніе которой состоитъ

не, то обещающий может уклониться от исполнения обещания до тѣхъ поръ, пока кредиторъ не укажетъ на это основаніе <sup>4</sup>.

3. Если обещаніе дано вслѣдствіе существовавшего предположенія, и предположеніе это не осуществилось, то обещающий может защищаться противъ требованія исполнить обещанное, возраженіемъ (exceptio) (Виндш. I § 97). <sup>5</sup> Объ этомъ необходимо,

именно въ томъ, что она есть (или же можетъ быть) договоръ, отдѣленный отъ своей causa (ср. Сальпиусъ Novation und Delegation стр. 214 слѣд.). Нѣтъ основанія, чтобы съ уничтоженіемъ формы стипуляціи (которую наврядъ ли можно было въ послѣднее время называть формой даже для римскаго права) уничтожилось для насъ начало, представительницей котораго была стипуляція. Конечно, у насъ, какъ и у римлянъ требуется, чтобы при искѣ основанномъ на обещаніи, въ которомъ не указано основанія онаго, не существовало сомнѣнія въ томъ, что обещаніе дано было просто, какъ обещаніе, независимо отъ его основанія, и если это не явствуетъ изъ самаго обещанія, то истецъ обязанъ, въ случаѣ спора, доказать это. Но изъ этого, вытекаетъ лишь то, что не слѣдуетъ изъ обещанія дѣлать того, чѣмъ оно не есть, и что ссылающійся на обещаніе съ опредѣленнымъ характеромъ долженъ доказать этотъ характеръ его, — а не то, что обещаніе необязательно само по себѣ. Не сдѣлало-ли бы хорошо законодательство, еслибы оно, для облегченія оборота, постановило, что обещаніе должно, при наличности извѣстныхъ условий, разсматриваться какъ чистый договоръ? Такъ Беккеръ въ указан. м. [Koch Verhandlungen des 8 deutschen Juristentags I стр. 296 слѣд.].

<sup>4</sup> Это утверждаютъ на основаніи l. 25 § 4 D. de prob. 22 3 и l. 13 C. de non num. res. 4. 30. Но если относительно l. 25 § 4 cit, что нибудь должно считаться безспорнымъ, то это именно то, что это мѣсто трактуеть о *condictio indebiti* („Sed haec ubi *solutio* indebiti quaestio est. Sin autem *cautio* indebite exposita esse dicatur...“) Если же она трактуеть о *condictio indebiti*, то она предполагаетъ и обещаніе (актъ обещанія) о которомъ положительно извѣстно, что оно дано взаимнѣ обязательства, принятаго за существующее. Обещаніе это, за исключеніемъ случая, когда самъ обещающий призналъ его *debitum*, можно взять назадъ, если кредиторъ не докажетъ существованія долга, слѣдовательно оно не поражаетъ дѣйствительнаго требованія. Обещаніе же, относительно котораго не доказано, чтобы оно дано было взаимнѣ обязательства, которое принято за существующее, столь же мало затрогивается этимъ мѣстомъ, какъ не затрогивается предыдущими постановленіями онаго; передача права собственности, о которой не выяснено, чтобы она совершилась *animo solvendi*. Точно также l. 13 C. cit. исходитъ изъ того, что *antecedens causa* не подлежитъ сомнѣнію („*si quid scriptis cautem fuerit pro quibuscumque rescissis ex antecedente causa descendantibus*“). Опроверяемое здѣсь возрѣніе принадлежитъ Гнейсту *formelle Verträge* стр. 198 слѣд. и *Comm. de causae probatione stipulatoris* (1858). Ему слѣдуетъ во всемъ Геймбахъ *Lehre vom Creditum* стр. 388 слѣд. Фикъ *Heid. Krit. Zeitschr.* I стр. 486 и *Zeitschr. f. Handelsr.* III. стр. 251 слѣд., далѣе Дернбургъ *Heid. Krit. Zeitschr.* III. стр. 509, Зейфертъ въ *Seiff. Pand.* II стр. 107, ф. Сальпиусъ *Novation und Delegation* стр. 322—323. 482—483; ошибочно также возрѣніе Виндшейда *Voraussetzung* 198. [Гессе въ указ. м. стр. 144 слѣд.]. Въ пользу защищаемаго здѣсь мнѣнія высказались Бетманнъ-Голлверъ *Versuche* стр. 290 прим. 90, Беръ *Anerkennung* стр. 146. 252 слѣд. (159. 282 слѣд.), Шлесингеръ *Zur Lehre von den Formalcontracten* стр. 42, Гиртаннеръ *Stipulation* стр. 319, Фиттингъ *Zeitschr. f. Handelsr.* III стр. 293, Витте *Krit. VJSch* VIII. стр. 207 слѣд. [Вангеровъ въ указ. м.].

<sup>5</sup> Здѣсь смѣшивается двойное значеніе *causa*: *causa* какъ основаніе предположенія и *causa*, какъ юридическое основаніе договора; ибо, хотя договоръ, кото-

было упомянуть здѣсь потому, что источники говорят о такомъ общаніи, что оно здѣлано *sine causa*.<sup>6</sup>

d. Виды договора.

а. Чистый (обстрактный) договор и договор опредѣляемый по его индивидуальнымъ признакамъ.

§ 71. Отдѣльные договоры различаются другъ отъ друга не только по своему содержанию; между ними также и есть родовое различіе, которое имѣетъ правовое значеніе. Говоря объ этомъ различіи должно указать на то, о которомъ упомянуто въ предъидущемъ §, именно на тѣ договоры, въ которыхъ доваемое общаніе содержитъ въ себѣ причину свою какъ необходимую составную часть и договоры въ которыхъ этого нѣтъ.<sup>1</sup> Въ договорахъ перваго рода причина общанія имѣетъ согласно волѣ сторонъ значеніе въ содержаніи того дѣйствія, которое составляетъ предметъ обязательства; въ договорахъ втораго рода стороны совершенно исключаютъ всякое вліяніе причины общанія на предметъ обязательства. Для обозначенія того и другаго рода договоровъ обыкновенно употребляютъ выраженія: формальный и матеріальный договоръ; но вѣрнѣе то названіе ихъ, которое приведено въ заголовкѣ настоящаго §<sup>2</sup>.

рому недостаетъ предположенія, существуетъ формально по праву, но матеріально несправедливо, чтобы кредиторъ сдѣлался по оному богаче, а должникъ бѣднѣе. См. I. 1 § 1—3. I. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. I. 2 § 3 D. de dol. exc. 44. 4; I. 2 l. 4 l. 5 D. de cond. sine causa; l. 10 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4. I. 34 l. 66 D. de cond. indeb. 12. 6, l. 3 § 5 D. de coll. 37. 6. Ср. § 174 прим 1, § 175 прим. 8. На смѣшеніи этихъ двухъ видовъ *causa* (§ 2 и 3 текста) основываются замѣчанія Витте *Krit. VJSch. VI* стр. 376—379.

<sup>6</sup> Ученіе о недействительности договора *sine causa* имѣетъ еще и болѣе глубокий корень, который имѣетъ лишь историческое значеніе. Въ I. 7 § 2. 4 de rast. 2. 14, говорится, по отношенію къ римскому ученію о необходимости формы для обязательной силы договора, что форма можетъ быть замѣнена *causa* даннаго общанія. А это значитъ, что общаніе данное взамѣнъ полученнаго дѣйствія имѣетъ юридическую силу (*actio praescriptis verbis*).

§ 71. Литература указана подъ § 70.<sup>\*</sup>  
<sup>2</sup> Выраженіе „Formal“ или „formeller Vertrag“ (формальный договоръ) образовалось подъ вліяніемъ ошибочнаго представленія о томъ, что въ абстрактномъ договорѣ, кромѣ объявленной воли, есть что то другое, которому право присваиваетъ силу породить обязательство. Выраженіе это не заслуживаетъ одобренія и по другому основанію: оно по необходимости возбуждаетъ представленіе о томъ, что будто абсолютный договоръ нуждается для своего существованія въ волѣ, выраженной въ опредѣленной формѣ, каковое представленіе, какъ всѣми признано, ошибочно (хотя къ нему вслѣдствіе неправильности выраженія постоянно возвращаются, такъ напр. недавно Зибенгааръ *Correalobligationen* стр. 10. 11). Выраженіе это слѣдуетъ поэтому, какъ мнѣ кажется, вовсе оставить. Ср. также Беккеръ *Krit. VJSch. IX*. стр. 260, 280, Регельсбергеръ *Civilr. Erörter. I* стр. 138. Рав-

## в. Односторонніе и двусторонніе договоры.

§ 72. Наибольшее значеніе имѣютъ обязательственные договоры, которые направлены къ установленію обмѣна дѣйствій; каждая изъ договаривающихся сторонъ обязана за то дѣйствіе, на которое она получаетъ право, съ своей стороны совершить другое дѣйствіе, составляющее эквивалентъ перваго <sup>1</sup>. Эти договоры называются двусторонними (*zweiseitige, wechselseitige, gegenseitige Verträge*), тѣ же, которые не имѣютъ такого содержанія — односторонними (*einseitige*). Послѣдніе могутъ быть еще двоякаго вида: 1) Хотя для той стороны, которая получаетъ право, и не устанавливается обязанности, но возможность такой обязанности не исключается совершенно <sup>2</sup>. 2) Эти договоры строго односторонни, такъ что они не оставляютъ мѣста для обязанности стороны, получившей право. <sup>3</sup>

нимъ образомъ нельзя рекомендовать употребляемое Телемъ (*Wechselrecht* § 149) выраженіе „*Summenversprechen*“ (обѣщаніе известной денежной суммы). Абстрактный договоръ направленъ большею частью, но не необходимо, на доставленіе денежной суммы, и обѣщаніе, направленное на доставленіе такой суммы, можетъ быть очень удобно обозначено индивидуально. Другое выраженіе, употребительное для обозначенія чистаго договора, — это „простое обѣщаніе“ (Ср. Либе *Stipulation* стр. 73). У Шлезингера встрѣчаются выраженія „*materiell individualisirter, materiell charakterisirter Vertrag*.“ Предлагаемое здѣсь выраженіе „*reiner Vertrag*“ основывается на представленіи, что договоръ этого рода безцвѣтенъ (ср. Унгеръ *Jahrb. f. Dogm.* VIII стр. 190 примѣч. 12); его можно называть „абстрактнымъ“ въ той мѣрѣ, въ какой онъ отвлеченъ (*abstrahirt*) отъ своего матеріальнаго основанія. Послѣднее выраженіе употребляетъ Кунтце и для обозначенія противоположности въ „*discret*“. Но Кунтце говоритъ не столько объ абстрактныхъ и дискретныхъ договорахъ, сколько объ абстрактныхъ и дискретныхъ обязательствахъ. Это вѣрно въ томъ смыслѣ, что та же противоположность, которая встрѣчается въ договорахъ, встрѣчается и въ одностороннихъ объявленіяхъ воли. Обязательство, вытекающее изъ бумаги на предъявителя и приказъ есть обязательство однородное, какъ и то, которое возникло изъ абстрактнаго договора (Ср. § 56 прим. 10). Витте *Krit. VJSch.* VI стр. 332 говоритъ: „*abstracte individualisirte Willenseklärung; abstractes, individualisirtes Versprechen*“. Беккеръ въ указ. м. стр. 275 употребляетъ выраженіе: *absolute, relative Obligation*.

1. Таково бываетъ содержаніе договора купли, найма и т. п. Изъ этихъ договоровъ возникло, по римскому праву, для каждаго изъ контрагентовъ *actio directa*.

2. Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить различіе и по отношенію къ этой обязанности. Последняя можетъ быть а) возможна только, въ зависимости отъ особенныхъ обстоятельствъ, которыя могутъ и не наступить. Такъ для довѣрителя возникаютъ изъ договора порученія известныя обязанности, *если* сдѣлка, заключенная уполномоченнымъ, при приведеніи ея въ исполненіе, причинитъ ему ущербъ. Но она можетъ быть б) и существенна, обуславливаться необходимо содержаніемъ договора. Такъ, договоръ ссуды обязываетъ существенно ссужателя оставить ссуженную вещь принимающему оной до истеченія срока пользованія. Если для принужденія къ исполненію этой обязанности имѣется *actio*, то римляне говорятъ объ *actio contraria*.

3. Такъ напр. договоръ найма. Что касается современнаго способа выраженія,

§ 72.

в Двусторонніе договоры въ особенности.

§ 73. Относительно двустороннихъ договоровъ дѣйствуютъ слѣдующія правила:

1) Ни одна изъ договаривающихся сторонъ не можетъ требовать исполненія принятой на себя противною стороною обязанности до тѣхъ поръ, пока съ своей стороны не исполнила, <sup>1</sup> или не предложила исполнить <sup>1а</sup> принятую ею на себя обязанность; развѣ что была установлена положительно или молчаливо иная послѣдовательность, въ которой должны быть совершены соотвѣтствующія дѣйствія. Если этой иной послѣдовательности дѣйствій установлено не было, то противъ стороны, требующей исполненія дѣйствія, на которое она имѣетъ право, безъ предварительнаго исполненія или предложенія исполнить дѣйствіе, которымъ она обязана, возможно возраженіе, что это требованіе не соотвѣтствуетъ намѣренію договора <sup>2</sup>. — Что касается обязанности доказать искъ, то тотъ, кто ссылается на исполненіе, обязанъ доказать свою ссыл-

то слѣдуетъ замѣтить, что встрѣчается обозначеніе договоровъ съ *actiones contractuales*, какъ двустороннихъ, словами: несовершенные двусторонние договоры. Старые цивилисты говорили: *contractus bilaterales inaequales*. Ср. еще Кунтце zu Holzschuher III стр. 37 слѣд.

§ 73. <sup>1</sup> Неполное исполненіе; Зейфф. Arch. I. 48, III. 153, V. 303, IX. 216, [XXI. 221. 222. 223, XXIII. 125.].

<sup>1а</sup> Зейфф. Arch. XV. 14. XIX. 32. 134.

<sup>2</sup> Такъ называемая *exceptio non adimpleti contractus*. Объ истинномъ значеніи этой *exceptio* издавна существуетъ споръ. По одному мнѣнію она не составляетъ вовсе возраженія, а прямое отрицаніе иска, объясненіе, что исковое требованіе не имѣетъ само по себѣ никакого основанія. Возрѣніе это находитъ себѣ въ новѣйшее время защиту въ Глюкѣ XIX стр. 229 слѣд. (1815), Ланге *über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages* (1829), Шенкѣ Arch. f. civ. Gr. XVII. 4. 9 (1834). XX. 15 (1837), Трейтшке тамъ же XXII 11. 16 (1839), Сингенисъ *Zeitschr. f. Civilr. u. Prax.* XVI. 7. XVII. 5 (1842) и *Lehrb.* II § 97 примѣч. 61 и текстъ къ оному, Келлеръ *Jahrb. d. gem. R.* IV. 11 (1860). и *Lehrbuch* § 243 Въ пользу излагаемаго здѣсь взгляда высказались: Heerwart Arch. f. civ. Prax. VII. 18 (1824). XIV. 9 (1831). XVШ. 15 (1835), Брандисъ въ *Schunck's Jahrb.* XVII. стр. 126 слѣд. (1831), Дербуръ *Compensation* стр. 69. 83 (1854), В. А. Пухта *Jahrb. d. gem. R.* V. 5 (1862), Беккеръ тамъ же V. 6 (1862), Вангеръ III § 607 прим., Пухта § 232, Арндтсъ § 234, Унгеръ II § 123 прим. Первый изъ приведенныхъ взглядовъ нашель себѣ безъ сомнѣнія самаго лучшаго защитника въ Келлерѣ. Онъ выходитъ изъ того, что въ двустороннемъ договорѣ эквивалентъ дѣйствія уменьшаетъ самое дѣйствіе, такъ что каждый изъ контрагентовъ обязанъ не просто къ дѣйствію, а къ дѣйствію, уменьшенному вычетомъ его эквивалента. [Карлова *de natura atque indole συναλλάγματος, quod emptioni venditioni esterisque obligationibus mutuis inesse dicitur* (1862). Шлезингеръ *über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes* стр. 32 слѣд. (1869)]. Слѣдуетъ допустить, что возрѣніе это возможно само въ себѣ, что оно даже наводитъ на размысленіе по поводу нѣкоторыхъ двустороннихъ договоровъ, напр. договора купли. Но вѣрно также и то, что наши источники дѣйствительно на-

ку, но не противная сторона обязана доказать неисполнение<sup>3</sup>. Точно также, если спор идетъ о томъ, достаточно ли совершен-

зываютъ *exemptio* указаніе на неисполненіе дѣйствія, [которымъ обуславливается другое дѣйствіе, этого же аргумента не могъ устранить и самъ Келлеръ. Допустимъ, что *Gai IV. 126* и *l. 25 D. de A. E. V. 19. 1* имѣетъ въ виду не *actio venditi*, а возникшее вслѣдствіе новации *condictio certi* (ср. что касается послѣдняго мѣста *l. 14 D. de exc. 44. 1*); но все же остаются *l. 5 § 4 D. de doli exc. 44. 4* и *l. 5 C. de evict. 8. 45*,—мѣста, важность которыхъ не можетъ быть очевидно устранена замѣчаніемъ, что *exemptio*, о которыхъ они говорятъ, не была выражена въ формулѣ *bonae fidei iudicium*; во всякомъ случаѣ возраженіе отвѣтника характеризуется, какъ *exemptio* (такъ и Беккеръ стр. 120). Въ виду этихъ мѣстъ не имѣетъ значенія *l. 13 § 8 D. de A. E. V. 19. 1*, въ которой „*pondum est ex empto actio*“ можно понимать въ смѣслѣ *actio*, удерживаемой или отрицаемой посредствомъ *exemptio*; не имѣетъ также значенія и то, что въ источникахъ признается лишь за однимъ изъ контрагентовъ возможность передавать права, вытекающія изъ двусторонняго договора. Что же касается другихъ аргументовъ, то самъ Келлеръ не придаетъ имъ большаго значенія (въ указ. м. стр. 360 слѣд.). Приходится такимъ образомъ признать, что римское право понимало двусторонній договоръ вовсе не такъ, какъ утверждаетъ Келлеръ, что оно смотритъ на обратное дѣйствіе (*Gegenleistung*) не какъ на уменьшеніе удовлетворенія по договору, а какъ на эквивалентъ, и, сообразно съ этимъ, оно видитъ въ требованіи, безъ собственнаго исполненія, не увеличеніе требованія, а противный намѣренію договора поступокъ *exemptio doli l. 5 C. de evict. 8. 45*). Правильная формула будетъ не то, что „каждый контрагентъ обязанъ исполнить лишь то, что остается за вычетомъ эквивалента дѣйствія“, а то, что „каждый контрагентъ только тогда обязанъ къ исполненію по договору, когда противная сторона также исполнила свое обязательство“. Ср. Зейфф. *Arch. II. 26, IX. 333, X. 39, XI. 138, XII. 141, XV. 14*; противъ этого *III. 201, VIII. 299*. Впрочемъ этотъ спорный вопросъ имѣетъ лишь процессуальное практическое значеніе, если не дѣлать выводовъ изъ того или другаго воззрѣнія, ср. Вангеръ *III* стр. 306. Независимо отъ рассмотрѣнныхъ здѣсь двухъ воззрѣній на природу двусторонняго договора, есть еще и два другіе взгляда: 1) Двусторонній договоръ порождаетъ два независимыя другъ отъ друга, обязательства. 2) Оба возникающія изъ него обязательства представляютъ собою лишь двѣ стороны одного и того же обязательства. Первое изъ этихъ воззрѣній заходитъ слишкомъ далеко, а второе не довольно далеко. Ср. относительно перваго прим. 16, а относительно втораго Либе *Stipulat. стр. 248 слѣд.*, Виндшейдъ *Urgaussetz. стр. 144*, Моммзенъ *Beiträge I* стр. 347—349, *III* стр. 415—422, Дернбургъ *Compens. стр. 66 слѣд.* [2 изд. стр. 60 слѣд.], Келлеръ *Jahrb. d. gem. R. въ указан. м. стр. 362 слѣд.*

<sup>3</sup> Даже и тогда, когда бъ не истецъ первый выступилъ съ указаніемъ на исполненіе, а отвѣтникъ первый указывалъ бы на исполненіе. Объ этомъ нѣтъ спора. Само собою разумѣется, что тѣ, которые причисляютъ къ основанію иска собственное исполненіе истца, возлагаютъ на него обязанность доказать это исполненіе. Впрочемъ, къ тому же результату приходятъ и тѣ, которые видятъ въ *exemptio non adimpleti contractus* возраженіе въ собственномъ смѣслѣ. Ибо въ этомъ возраженіи отвѣтникъ ссылается не столько на то, что истецъ еще не исполнилъ, сколько на то, что изъ договора, по которому послѣдній производитъ взысканіе, возникло и для него обязательство, и что, по намѣренію договора, нельзя требовать исполненія отъ отвѣтника до тѣхъ поръ, пока самъ истецъ не исполнитъ своего обязательства.

ное дѣйствіе для признанія обязанности исполненной за то представленіе доказательствъ лежитъ на истцѣ, при чемъ безразлично; идетъ-ли споръ объ опредѣленіи величины обязанности <sup>4</sup>, или о достаточности совершеннаго дѣйствія; <sup>5</sup> но въ послѣднемъ случаѣ необходимо принять въ расчетъ, не призналъ ли отвѣтчикъ, что совершеннымъ дѣйствіемъ исполнена обязанность. <sup>6</sup> Тяжесть доказательствъ лежитъ на отвѣтчикѣ въ томъ случаѣ, когда онъ, не оспаривая того, что со стороны истца исполнено обязательство, утверждаетъ, что для него, вслѣдствіе наступившихъ обстоятельствъ, возникли новыя права. <sup>7</sup>

<sup>3</sup>а Т. наз. *exceptio non rite adimpleti contractus*. Ср. объ этомъ возраженіи Глюкъ XVII. Стр. 231 слѣд., Heerwart Arch. f. civ. Prag. VII. стр. 353 слѣд., Шенкъ тамъ же XX стр. 467 слѣд., Трейтшке Arch. f. civ. Prag. XXII стр. 434 слѣд., Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV. Стр. 369 слѣд., В. А. Пухта тамъ же V стр. 96 слѣд., Беккеръ тамъ же V. Стр. 117 слѣд., 124 слѣд., Зейффертъ § 276, Вангеровъ III § 607 прим. № IV, Синтенисъ II стр. 290, Тель Handelsrecht. I § 85.

<sup>4</sup> Напр. къ размѣру покушной цѣны. Если отвѣтчикъ утверждаетъ, что истецъ долженъ былъ ему доставить не 100, а 150, то этимъ онъ отрицаетъ заключеніе такого договора, на какомъ основывается истецъ. Келлеръ въ приведен. м. стр. 368, Беккеръ въ указ. м. стр. 125. Ср. Зейффер. Arch. II. 276.

<sup>5</sup> Отвѣтчикъ, указывая на недостаточность послѣдовавшаго со стороны истца исполненія по обязательству, этимъ отрицаетъ самое исполненіе послѣднеего. Поэтому-то писатели вполнѣ справедливо высказались противъ всего понятія *exceptio non rite adimpleti contractus* (см. цитированныхъ у Геерварта стр. 354 прим. 34, Г. Ф. Пухта Vorl. II стр. 32, и въ особенности В. А. Пухта въ указ. м.). То, что называютъ *exceptio non rite adimpleti contractus*, есть просто *exceptio non adimpleti contractus*, здѣсь допускается смѣшеніе понятій удовлетворенія и исполненія (*Leistung und Erfüllung*). Зейфф. Arch. I. 337, V. 129. 149. 154, VII. 115, IX. 88, XIV. 129; иначе II. 276.

<sup>6</sup> Въ этомъ случаѣ, равно какъ и въ случаѣ положительнаго одобренія, онъ не безусловно лишается права возражать противъ недостаточности исполненія. Онъ только заявилъ, что послѣдовавшее въ его пользу дѣйствіе есть исполненіе, но не отказался отъ своихъ правъ на тотъ случай, еслибъ таковое не составляло исполненія безъ его вѣдома. Во всякомъ случаѣ значеніе показанія, заключающагося въ его заявленіи, онъ можетъ устранить, доказавъ противное. Ср. ниже § 146 прим. 28. 29 и Тель Handelsr. I § 84. 85b, Беръ Anerkennung стр. 174 (191); Зейфф. Arch. VII. 295, IX. 88, XV. 213, XIX. 132.

<sup>7</sup> Такъ бываетъ, когда покушникъ вещи, индивидуально опредѣленной, жалуется на отсутствіе въ этой вещи обѣщаннаго ему качества. Продавецъ обѣщаль: 1) передачу этой вещи—обязательство это онъ исполнилъ; 2) что эта вещь будетъ опредѣленнаго качества—обѣщаніе это направлено на что-то невозможное и переходитъ въ обѣщаніе возмѣщенія убытка на тотъ случай, еслибъ проданная вещь не имѣла этого качества (такъ говорить буквально I. 31 D. de evict. 21. 2). Точно также бываетъ, когда покушникъ утверждаетъ о существованіи въ вещи скрытыхъ недостатковъ. И здѣсь онъ возражаетъ не неисполненіемъ, а возбуждаетъ *actio quanti minoris* или *redhibitoria*. См. въ особенности В. А. Пухта въ прив. мѣс. стр. 96—103, также Тель Handelsr. I стр. 503, 504. Ср. Зейфф. Arch. II. 26. 37. III. 29, IV. 25, V. 147, VI. 169, VII. 160, XI. 235.

2. Тотъ, кто съ своей стороны исполнилъ обязательство, можетъ требовать отъ противной стороны, отказывающейся отъ исполненія своего обязательства, только этого исполненія, но не возвращенія доставленнаго <sup>8</sup>. По римскому праву, возможность требовать въ этомъ случаѣ возвращенія доставленнаго существовала однако при тѣхъ взаимныхъ договорахъ, которые не зависѣли отъ формы ихъ заключенія; <sup>9</sup> по новѣйшему праву этой возможности не существуетъ безусловно. <sup>10</sup> Относительно упомянутыхъ договоровъ римское право шло еще далѣе; оно давало тому, кто съ своей стороны исполнилъ обязательство, право требовать возвращенія доставленнаго имъ даже и въ томъ случаѣ, когда противная сторона была уже готова исполнить свое обязательство (т. п. *Reuercht*, т. е., право отказаться вовсе отъ договора) <sup>11</sup> это право точно также не существуетъ теперь <sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Онъ исполнилъ то, къ чему былъ обязанъ, и отказъ противной стороны отъ исполненія своего обязательства не уничтожаетъ его обязательства. Тоже бываетъ въ случаѣ просрочки противника. См. § 32 прим. I.

<sup>9</sup> Слѣдовательно оно не допускалось лишь при куплѣ, наймѣ, товариществѣ. Если стипуляционная форма примѣнялась къ другимъ случаямъ двусторонняго уговора, то, вмѣсто одного двусторонняго договора, заключаемы были два независимыхъ другъ отъ друга договора. При неупотребленіи стипуляционной формы, договоръ существовалъ по праву не прежде, пока одинъ изъ контрагентовъ сдѣлалъ или принялъ по оному исполненіе; не предшествовавшій уговоръ составлялъ собою договоръ законный, а то соглашеніе, которое повторялось въ исполненіи и принятіи онаго. Исполнявшій дѣлалъ, слѣдовательно, то, къ чему онъ не былъ обязанъ, и могъ утверждать, что онъ исполнялъ, предполагая, что исполненіе послѣдуетъ со стороны противника, такъ что, при отсутствіи такового, онъ имѣлъ *condictio ob causam daturam* (I § 99 прим. I).

<sup>10</sup> Потому что, по современному праву, договоръ получаетъ силу и при отсутствіи формальнаго уговора. Ср. Вехтеръ *doctrina de condict. c. d. c. n. s.* p. 117—128, Эркселебенъ *condict. sine causa* II стр. 463—474, Вангеровъ III § 599 прим. N. V.—Возможенъ ли и по современному праву обмѣнъ эквивалентовъ, безъ того, чтобъ доставленіе таковыхъ послѣдовало на основаніи предшествующаго обязательства? Представимъ себѣ случай, когда кто нибудь, зайдя въ магазинъ, беретъ вещь, на которой обозначена ея цѣна, при чемъ передаетъ послѣднюю продавцу; или кто нибудь передаетъ посылному, вмѣстѣ съ письмомъ, подлѣжащимъ доставленію, и плату за трудъ доставленія. Вспомнимъ также договоръ мѣны двухъ требованій и договоръ зачета (§ 103 № 2). Ср. Бринцъ *Pand.* стр. 370. 371, Унгеръ *Jahrb. f. Dogm.* VIII. стр. 6 слѣд., Веръ *Anerkennung* 2 изд стр. 70 прим. 14.

<sup>11</sup> I. 3 § 2. 3 I. 5 pr. § 3. 4 D. de conp. c. d. c. n. s. 12. 4. Какъ извѣстно существованіе *jus repentionis* сильно оспаривается, ср. отчетъ у Вангерова III § 599 прим. № IV, прибавить слѣдуетъ Витте *Bereicherungsklagen* стр. 116 слѣд., Voigt *condict. ob causam* § 79, оба они заявили себя противъ *jus repentionis*. Во всякомъ случаѣ право это находитъ себѣ объясненіе въ неравенствѣ, которое, не будъ этого права и до введенія *actio praescriptis verbis*, имѣло бы мѣсто къ выгодѣ получателя и во вредъ дающаго. Ср. Виндшейдъ *Voraussetzung* стр. 165. 166 (въ особенности же прим. 9. тамъ же). [A. Pernice *kr. VJSch.* X. стр. 118—119].

<sup>12</sup> Со времени введенія въ римское право *actio praescriptis verbis*, право раскаянія (*jus repentionis*) должно было потерять значеніе. Между тѣмъ съ этого

3. <sup>13</sup> Если обязательство одной из договаривающихся сторон прекращается, то нужно различать, совершилось ли это прекращение исполнением обязательства, или иным удовлетворением кредитора <sup>14</sup>, или же оно совершилось без удовлетворения кредитора. Въ первомъ случаѣ сторона, которая болѣе не обязана, не теряетъ приобретеннаго ею права, <sup>15</sup> во второмъ же случаѣ дѣйствуетъ то правило, что тотъ, кто не обязанъ исполнениемъ самъ, не можетъ требовать и отъ противной стороны исполнения ея обязательства. <sup>16</sup> Но это правило не примѣняется

именно времени дающій находится, наоборотъ, въ болѣе выгодномъ положеніи, тѣмъ противникъ, что очевидно несправедливо. Во всякомъ случаѣ *jus repentionis* не можетъ болѣе дѣйствовать въ настоящее время по тому же основанію, по которому не дѣйствуетъ болѣе, при двустороннихъ договорахъ, *condictio ob causam datam*. Практическое его значеніе въ настоящее время поддерживается лишь весьма немногими, напр. Шмиттенеромъ *über Verträge ins besondere das Reuerecht* стр. 164 слѣд. Не къ этому разряду писателей относится Эркслебенъ *condict. sine causa* II стр. 476 слѣд., противъ котораго нельзя ничего возразить относительно его объясненія, что послѣдовавшее исполненіе, не смотря на готовность получателя исполнить свое обязательство, можетъ и въ настоящее время быть получено обратно, если, „по дѣли и направленію заключающаго договора или вслѣдствіе оговорки, дѣйствительное исполненіе онаго поставлено въ зависимость отъ произвола (исполняющаго),“ другими словами—если *jus repentionis* выговорено положительно или безмолвно.

<sup>13</sup> Вехтеръ *Arch. f. civ. Pr.* XV. 6. 9. (1832). *Madai die Lehre von der Mora* стр. 277—284 (1837), Вольфъ *zur Lehre von der Mora* стр. 129—145 (1841), Фуксъ *Arch. f. civ. Prax.* XXXIV. 5. 10. 17 (1851), Моммзенъ *Beiträge zum Obligationenrecht I.* стр. 329 слѣд. III стр. 416—422 (1853. 1855) и къ этому Виндшейдъ *Heid. Krit. Zeitschr.* II стр. 135 слѣд., *Reatz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XV. 11 (1858); Вангеровъ III § 591 прим., Сивтенисъ II стр. 468 слѣд.

<sup>14</sup> Сюда относится, кромѣ удовлетворенія вмѣсто исполненія (*Leistung an Erfüllungsstatt*), внесеніе платежа въ судебное мѣсто, компенсаціи, новации,—и прощеніе долга. Прощая долгъ, кредиторъ не получаетъ ничего, но онъ довольствуется тѣмъ, что ничего не получаетъ. Относительно новации ср. еще Рёмеръ *bedingte Novation* § 12.

<sup>15</sup> Что касается договора прощенія долга, то см. l. 56 D. de pact. 2. 14, l. 5 D. loc. 19. 1, l. 16 D. De lib. leg. 34. 3. Римляне понимали однакожъ *acceptilatio* въ смыслѣ изьявленія „*voluntas utriusque... id agentis, ut a negotio discendatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret,*“ причѣмъ *acceptilatio* „*non sua natura, sed potestate conventionis valet,*“ l. 5 pr. D. de resc. vendit. 18. 5, см. также l. 23 D. de acc. 46. 4. Ср. Дернбургъ *Compensat.* стр. 78 (80), Моммзенъ *Beitr.* III стр. 417, Беръ *Anerkennung* стр. 145 (159) прим. 4, Келлеръ *Jahrb. d. gem. R.* IV. стр. 361, Рёмеръ *bedingte Novation* стр. 133 слѣд.

<sup>16</sup> L. 50 D. de A. E. V. 19. 1. „*Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua carere...*“ l. 9 § 1. 4. 6. D. loc. 19. 2 (Отпаденіе обязательства отдающаго имущество въ наемъ).—Другіе, напр. Вехтеръ въ указ. м., Мадаи въ указ. м., Дернбургъ *Compens.* стр. 76 (77), Рець въ указ. м., выставляютъ противоположный принципъ, выходя изъ того, что оба обязательства, по-

безусловно ко всѣмъ случаямъ, именно <sup>17</sup> оно не примѣняется тамъ, гдѣ основаніемъ договора послужило отчужденіе имущества; <sup>18</sup> если въ этомъ случаѣ обязательство прекратится вслѣдствіе уничтоженія отчуждаемаго имущества, происшедшаго безъ вины обязанной отчужденіемъ стороны, или вслѣдствіе утраты этого имущества, то она не лишается права требовать исполненія соотвѣтствующаго обязательства <sup>19</sup>. Если обязанность

рождаемая двустороннимъ договоромъ, не зависятъ другъ отъ друга, и что посему отпаденіе одного изъ нихъ не вредитъ другому. Но это возрѣніе не оправдывается существомъ двусторонняго договора (см. прим. 2). Оба эти обязательства, напротивъ, стоятъ въ зависимости другъ отъ друга и исполненіе одного изъ нихъ обусловливаетъ право требовать исполненія по другому. — Какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда обязательство одной стороны уничтожается въ части, можетъ ли послѣдняя требовать исполненія другаго обязательства въ соотвѣтственной части, или же другая сторона можетъ вовсе отступить отъ договора? Принципомъ для разрѣшенія сего должно служить то, что надо обращать вниманіе на „contemplatio“ этой стороны (ср. l. 58 D. de contr. emt. 18. 1), т. е. стала ли бы она вступать въ договоръ и безъ этой части. Ср. Моммзенъ Beiträge I стр. 290.

<sup>17</sup> Ср. кромѣ того § 123 прим. 8. Конечно, сказанное тамъ весьма спорно. См. также Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV. стр. 363. 364.

<sup>18</sup> Подъ выраженіемъ „Entäusserungserklärung“ я разумю объявленіе лицомъ, что оно отчуждаетъ вещь, въ противоположность къ общанію, что оно намѣрено такую вещь отчуждить. Объявленіемъ объ отчужденіи будетъ напр. объявленіе продавца; при продажѣ отдается проданная вещь (venum datur), а не принимается только обязанность отдать такую; обязательство возникаетъ для продавца лишь тогда, когда фактическое состояніе не соотвѣтствуетъ его объявленію. Точно также бываетъ напр. и съ договоромъ мѣны, товарищества, когда одинъ изъ товарищей объявляетъ, что онъ внесетъ что нибудь въ товарищество, при передачѣ вмѣсто исполненія (Зейфф. Arch. VIII. 126).

<sup>19</sup> Положеніе это признано въ источникахъ относительно договора купли обыкновенно оно выражается слѣдующимъ образомъ: покушникъ несетъ страхъ вещи. См. объ этомъ выраженіи Вехтеръ стр. 99—115, Моммзенъ I стр. 237—245, [Ф. Гоффманъ über das Periculum beim Kaufe (Вѣна 1870) стр. I слѣд.], а о вещи — § 3. I de emt. et vend. 3. 23, l. 34. § 6 D. de A. E. V. 19, l. 5 § 2 D de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 14. 15 D. de J. D. 23, 3 и мн. др.; о l. 12—14 D. de per. et l. 33 D. loc. 19. 2. См. Моммзенъ I стр. 332—336, Иерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 393. 415 слѣд., Вангеровъ III § 519 прим. № IV. 1. [Гоффманъ въ указ. м. стр. 161 слѣд.]. Основаніе подобнаго постановленія о договорѣ купли есть указанная въ предъидущемъ примѣчаніи преграда объявленія продавцемъ своей воли. Вслѣдствіе этого объявленія проданная вещь разсматривается, что касается отношенія продавца къ покупщику, какъ вышедшая уже изъ имущества продавца и поступившая въ имущество покупщика. Но потому именно, что основаніе заключается въ этомъ, слѣдуетъ это постановленіе примѣнять ко всѣмъ другимъ двустороннимъ договорамъ, въ которыхъ содержится объявленіе объ отчужденіи. Ср. также I § 177 прим. 1 и 2. Впрочемъ, сказанное здѣсь далеко не безспорно. Оно защищается (по крайней мѣрѣ въ основной мысли) Виндшейдомъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 136. 137 (гдѣ, впрочемъ, выраженіе довольно неосторожно), Шейерлемъ Beiträge II стр. 64, Келлеромъ Jahrb. d. gem. R. IV. стр. 364—366, Моммзеномъ Erörterungen I стр. 29—31 (ср. его же Beiträge III стр. 422

одной из договаривающихся сторон уничтожится послѣ того, какъ относительно ея исполнено соотвѣтствующее обязательство, то она конечно не обязана возвратить полученнаго, если она уже съ своей стороны исполнила обязательство, или если кредиторъ удовлетворенъ инымъ способомъ; для другихъ случаевъ не можетъ быть установлено общаго правила.<sup>20</sup>

Если обязательство принятое на себя, одною из договаривающихся сторонъ становится для нея, вслѣдствіе несчастнаго случая невозможнымъ уже, то можетъ быть, что и для

прим. \*), Гоозе *Jahrb. f. Dogm.* IX. 2 (ср. § 142 прим. 3), [Штинцингъ *Jahr. f. Dogm.* X. стр. 193 слѣд.]. Другіе стараются выйти изъ затруднительнаго положенія посредствомъ фикціи: хотя продавецъ не исполнилъ еще, тѣмъ не менѣе разсматривается, какъ будто исполненіе послѣдовало уже съ его стороны, такъ Фуксъ въ указ. м., Моммзенъ *Beiträge I* стр. 349, *Yde Arch. f. civil. Prax.* XLVIII стр. 396 слѣд. Можно спросить, почему же это такъ разсматривается? Если на это Фуксъ отвѣчаетъ: потому вообще, что невозможность исполненія безъ вины сравнивается съ исполненіемъ, то можно сказать, что онъ этого не доказалъ, см. также Моммзенъ *Beitr. I* стр. 326—329; когда же Моммзенъ ссылается на природу договора купли, которой будто-бы соотвѣтствуетъ немедленное исполненіе, тогда какъ отсрочка исполненія является чѣмъ-то случайнымъ, — то, по моему мнѣнію, ссылка эта или недостаточна для объясненія того, что подлежитъ разъясненію, или же она представляетъ собой другое, менѣе развитое выраженіе излагаемаго здѣсь мнѣнія. И Вангеровъ ссылается на правило, основанное на природѣ договора купли, о немедленномъ исполненіи III § 591 примѣч. № IV въ концѣ [въ 7 изд. съ прибавленіемъ въ смыслѣ излагаемаго ниже взгляда Регельсбергеръ]. Йерингъ *Jahrb. f. Dogm.* III стр. 462—466 ищетъ объясненія въ виновности покупателя касательно отсрочки исполненія; такая виновность бываетъ обыкновенно, но ее, для избѣжанія споровъ, слѣдуетъ во всякомъ случаѣ признавать существующею по праву. Первое кажется мнѣ невѣрнымъ, а послѣднее — крайне неправдоподобнымъ. Регельсбергеръ, *Arch. f. civil. Prax.* XLIX стр. 202 слѣд., того мнѣнія, что страхъ потому возложенъ, по соображеніямъ справедливости, на покупателя вещи, что продавецъ не можетъ ее болѣе отчуждать и избѣгнуть такимъ образомъ вреднаго случая. Но въ подобное положеніе поставилъ себя самъ продавецъ, почему же давать ему вознагражденіе за убытокъ, происходящій отъ таковога? А развѣ отношеніе отдающаго въ наемъ вещи другое? О возрѣннн, по которому постановленіе о договорѣ купли является не исключеніемъ, а общимъ правиломъ, см. прим. 16. [О возрѣннн Дегенкольба *Platzrecht und Miethe* стр. 189 слѣд. см. § 152 прим. 5. „Историческое“ объясненіе старается дать Ф. Гоффманнъ *über das Periculum beim Kaufe* (Вѣна 1870). См. также Дернбургъ *Compensation* во вт. изд. стр. 78].

<sup>20</sup> Приведенная въ примѣч. 16 l. 50 de A. E. V. продолжаетъ: — „*possessio autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem [emtor exceptionem rei venditae et traditae abiciat, ut perinde habeatur, ac si] petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset*“ (ср. Келлеръ *Jahrb. d. gem. R.* IV. стр. 357). Съ другой стороны уплоченныя наличными деньги могутъ быть требуемы назадъ, если пользование имуществомъ дѣлается невозможнымъ для наемщика, безъ его вины. L. 9 § 4 l. 19 § 6 l. 33 D. loc. 19. 2, l. 15 § 6 eod., см. также § 152 прим. 5, § 153 прим. 6.

другой стороны обязательство изъ договора не возникает;<sup>21</sup> но если это обязательство и возникнетъ для другой стороны, то та сторона которая осталась не обязанной, не можетъ требовать исполненія его прежде, нежели исполнить то, что общала сама, хотя-бы это общаніе и было недѣйствительно.<sup>22</sup> Въ этомъ случаѣ, такимъ образомъ, дѣйствительность всего договора зависитъ отъ воли той стороны, которая осталась не обязанною.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Такъ напр. если основаніемъ, по которому для одной стороны не осуществляется обязательство, бываетъ невозможность исполненія, l. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1. — Какъ будетъ при невозможности въ части, возникаетъ ли тогда обязательство въ другой части или нѣтъ, и простирается ли такое на соответствующую часть дѣйствія противной стороны (предполагая естественно въ томъ и другомъ случаѣ незнаніе другаго контрагента?) Вообще говоря, все сводится къ его „contemplatio“, т. е. вступилъ ли бы онъ въ договоръ ради одной только возможной части исполненія; положительное рѣшеніе въ l. 57 pr. cit. См. также слѣдующую часть этого мѣста и l. 58 eod. Моммзенъ Beitr. I стр. 162 слѣд. Виндшейдъ Heid. krit. Zeitschr. II стр. 119 слѣд.

<sup>22</sup> Отношеніе это наступаетъ тогда, когда несовершеннолѣтній вступаетъ въ двусторонній договоръ безъ содѣйствія своего опекуна, pr. I de auct. l. 21, l. 13 § 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 § 1 D. de auct. 26. 8, l. 7 § 1 D. de resc. vend. 18. 5. Далѣе тогда, когда кто нибудь покупаетъ краденую вещь, зная, что она краденая l. 34 § 3 D. de contr. emt. 18. 1. См. далѣе l. 31 § D. de R. C. 12. 1, l. 57 pr. D. de aed. ed. 12. 1. (Ср., впрочемъ, что касается несовершеннолѣтнихъ, и конецъ l. 7 § 1 D. de resc. vend.: если несовершеннолѣтній, вступая въ договоръ юридически обязательный, условливается, чтобы договоръ этотъ уничтожился, то въ силу этого для него не возникаетъ обязательства, равно какъ и для его противника).

<sup>23</sup> Разсматриваемые въ текстѣ договоры называли negotia claudicantia (хромающими договорами, ср. l. 13 § 29 cit.: — «ex uno latere constat contractus»). Относительно природы этихъ договоровъ нѣтъ единогласія. Слѣдующія возрѣнія были выставляемы. 1) Въ поименованныхъ договорахъ имѣетъ мѣсто различная (такъ наз. относительная) недѣйствительность (l. 82 прим. 8); сила договора зависитъ отъ воли одного изъ контрагентовъ. Но если онъ высказывается за существованіе договора, то послѣдній пріобрѣтаетъ полную силу, и поражается такимъ образомъ обязательство для обоихъ контрагентовъ. Возрѣніе это, представителемъ котораго является Савиньи Syst. III. стр. 40, Пухта § 332. а, возможно само по себѣ, но оно не совмѣстимо съ изреченіями источниковъ, въ которыхъ прямо сказано, что одинъ контрагентъ „obligatur“, а другой „non obligatur“ (ср. впрочемъ и l. 6 § 1. i. f. D. de contr. emt. 18. 1). Формальное видоизмѣненіе этого мнѣнія представляетъ собой мнѣніе Вехтера (l. 82 прим. 8). Послѣдній принимаетъ недѣйствительность договора, который дѣлается дѣйствительнымъ вслѣдствіе объявленія воли однимъ изъ контрагентовъ. 2) Въ дѣйствительности обязательство существуетъ лишь для одного изъ контрагентовъ, но обязательство это имѣетъ своимъ содержаніемъ не просто исполненіе, а исполненіе за какой нибудь эквивалентъ. Такъ Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV стр. 352 слѣд. 358 сл. Возрѣнію этому противорѣчитъ то, что ссылка на недоставленіе эквивалента называется въ нашихъ источникахъ excerptio (см. прим. 2). 3) Только одинъ изъ контрагентовъ обязанъ; но хотя для другаго контрагента не существуетъ обязательства, тѣмъ не менѣе онъ, заявляя свое право требованія безъ исполненія того, что онъ долженъ былъ бы исполнить, дѣйствуетъ противъ намѣренія договора,

5. Подобный-же случай можетъ имѣть мѣсто и безъ того, чтобы договоръ былъ недѣйствителенъ относительно одной изъ сторонъ. Сюда относятся: а) случай, когда установление обязанностей одной изъ сторонъ зависитъ отъ ея воли; <sup>24</sup> б) случай, когда договоръ заключается между отсутствующими и потому осуществляется только постепенно. <sup>25</sup> Въ обоихъ случаяхъ исполненіе договора зависитъ отъ усмотрѣнія одного изъ контрагентовъ и различіе ихъ отъ случая, о которомъ говорилось въ п. 4, замѣчается лишь въ томъ, что здѣсь, при исполненіи договора, тотъ, кто требуетъ исполненія его, самъ становится обязаннымъ. <sup>26</sup>

#### γ. Договоры, основанные на рискѣ (Glücksverträge). \*)

§ 74. Особый видъ договоровъ составляютъ договоры, основанные на счастья или на рискѣ (Glücksverträge oder gewagte Verträge). Такъ называются тѣ договоры, въ которыхъ стороны ставятъ въ зависимость отъ случая то обстоятельство, которая изъ нихъ получить отъ договора выгоду или убытокъ. Эти договоры являются или видоизмѣненіемъ договоровъ другого рода и тогда они не представляются собственно договорами, основанными на счастья<sup>1</sup>,

даваго ему такое право. Это возрѣніе защищается здѣсь, см. кромѣ того Арндтсъ § 234 прим. 3. 4. 4) Четвертое возрѣніе считаетъ обязаннымъ только одного изъ контрагентовъ, и даетъ противнику лишь встрѣнное требованіе въ той мѣрѣ, въ какой для него возникло естественное обязательство. Такъ въ особенности Брандисъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. стр. 133 слѣд., см. кромѣ того Фрицъ Erläuter. II стр. 273. 274, Синтенисъ I § 17 прим. 25, Вангеровъ I стр. 518 слѣд., и ср. также Дернбургъ Compens. стр. 73. 74 (77), Йерингъ Geist des römischen Rechts III стр. 192.

<sup>24</sup> Ближайшимъ образомъ отношеніе здѣсь таково. Тотъ контрагентъ, обязательство котораго поставлено въ зависимость отъ его усмотрѣнія (условіе: si voluerim), тѣмъ временемъ вовсе не обязанъ; для другаго контрагента существуетъ обязательство подъ условіемъ хотѣнія противной стороны. Ср. I § 93 прим. 1, также II § 61 прим. 15.

<sup>25</sup> См. § 58 прим. 6.

<sup>26</sup> Въ первомъ изъ поименованныхъ случаевъ не обязаный до сего времени контрагентъ обособываетъ обязательство и для себя, исполняя условіе, подъ которымъ противникъ дѣлается обязаннымъ—объявленіе воли, чтобы послѣдній былъ обязанъ,—такъ какъ онъ можетъ хотѣть или не хотѣть всей сдѣлки. Во второмъ случаѣ, обязательство возникаетъ для необязаннаго до сего времени контрагента уже вслѣдствіе одного того, что объявленіе о принятіи договора доходить до противника (§ 58 прим. 6).

§ 74. \* Пухта § 258, Арндтсъ § 236, Синтенисъ II стр. 292—295, ф. д. Пфортенъ Abhandl. стр. 327 слѣд.

<sup>1</sup> Такъ напр. заемъ подъ залогъ корабля (§ 123 въ концѣ), emptio spei (§ 137 прим. 5). L. 1. 2. 4. C. de naut. foen. 4. 33, l. 5 D. eod. 22. 2, l. 8 § 1 D. de contr. emt. 18, 1, l. 7. 10. 11. 13. D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 11 § 18. l. 12 D. de A. E. L. 19. 1.

или же они имѣютъ только имъ свойственное содержаніе<sup>2</sup>. Подобныя договоры не безусловно дозволены. Здѣсь должно быть сдѣлано слѣдующее различіе: не дозволены тѣ договоры, въ которыхъ обѣ стороны рискуютъ убыткомъ для того, чтобы получить выгоду, выиграть; дозволены же тѣ договоры, въ которыхъ, по крайней мѣрѣ, одна сторона заботится о сохраненіи правоваго интереса<sup>3</sup>.

#### 8. Дополнительные договоры (Nebenverträge).

§ 75. Содержаніе договора, которое относитъ договоръ къ тому или другому роду ихъ и въ этомъ отношеніи подчиняетъ его известнымъ правиламъ, можетъ быть видоизмѣнено въ силу особаго соглашенія, не измѣняясь при этомъ совершенно. Подобное соглашеніе становится относительно главнаго договора дополнительнымъ договоромъ. Дополнительные договоры могутъ быть самаго разнообразнаго содержанія; здѣсь нужно упомянуть о тѣхъ изъ нихъ, которые устанавливаютъ для одной стороны или для обѣихъ возможность отступить отъ договора<sup>4</sup>.

Возможность отступленія можетъ быть установлена или безусловно,<sup>1а</sup> или только на случай наступленія известныхъ обстоятельствъ; именно при взаимныхъ договорахъ часто устанавливается для одной изъ сторонъ право отступить отъ договора на случай, если бы другая сторона не исполнила принятой ею на себя обязанности<sup>2</sup>, или на случай, если-бы третье лице заявило, что оно вступаетъ съ нею въ тотъ же договоръ на болѣе выгодныхъ для нея условіяхъ<sup>3</sup>. Установлено-ли право отступленія отъ договора,

<sup>2</sup> Такъ напр. договоръ игры, пари, страхованія.—Противъ выдѣленія договоровъ на счастье или рискованныхъ договоровъ въ особенную категорію договоровъ, объявляетъ себя Вильда: *Zeitschr. f. Deutsch. R.* VIII стр. 200—207.

<sup>3</sup> Въ договорѣ игры напр. обѣ стороны желаютъ исключительно выиграть; въ договорѣ страхованія одна сторона тоже желаетъ выиграть, а другая — обезопасить себя отъ вреда.

<sup>1</sup> Ср. къ слѣдующему Уитергольднеръ II § 429—431, Синтенисъ II стр. § 75 323—331.

<sup>1а</sup> Такъ назыв.  *pactum displicentiae*. L. 3 de contr. emt. 18. 1, l. 6 D. de resc. vend. 18. 5, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 § 5 D. pro emt. 41. 4, l. 11 § 13 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 4 C. de aed. ed. 4. 58. Всѣ эти мѣста относятся къ договору купли. Ср. § 387 во второй части; впрочемъ и Фиттингъ *Zeitschr. f. Handelsr.* V. стр. 87. 113.

<sup>2</sup> *Lex commissoria*. Dig. 18. 3 de lege commissoria. И этотъ титулъ, какъ и поименованный въ слѣдующемъ примѣчаніи, относится исключительно къ договору купли. Ср. Вольфъ Мора стр. 76 слѣд., Герберъ *Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde* § 31. 32 (къ этому Виндшейдъ *Krit. VJsch.* I стр. 130. 131). [Буркгардъ *Arch. f. civ. Pr. L.* 1. 12. 17 (1868). Кирульфъ *Entscheidungen de O. A. G. zu Lübeck* 1867 № 16].

<sup>3</sup> *In diem addictio*, Dig. 1.2 de in diem addictione. Выраженіе это относится къ тому случаю, когда указанъ срокъ для предъявленія лучшаго предложенія.

безусловно или въ зависимости отъ опредѣленнаго случая, представляется сомнительнымъ, заключалась-ли воля сторонъ въ томъ, что въ случаѣ отступленія отъ договора, самый договоръ признается какъ-бы не заключеннымъ <sup>4</sup>. Другими словами: договоръ, отъ котораго предоставлено отступленіе, въ случаѣ сомнѣнія признается заключеннымъ подъ резолютивнымъ условіемъ, содержаніе котораго состоитъ или въ томъ, что одной сторонѣ предоставляется право прекращенія договора, или-же въ томъ, что это право предоставляется ей при наступленіи извѣстнаго обстоятельства <sup>5</sup>. Этимъ опредѣляется правовое значеніе дополнительнаго договора, устанавливающаго право отступленія отъ главнаго договора <sup>6</sup>. Кромѣ того нужно замѣтить еще слѣдующее: 1) Если право отступленія установлено на случай болѣе выгоднаго предложенія, то первый контрагентъ, въ случаѣ сомнѣнія, имѣетъ право оставить договоръ за собой на вновь предложенныхъ условіяхъ <sup>7</sup>. 2) Если отступленіе договора установлено на случай неисполненія противной стороной принятой на себя обязанности, то право отступленія возникаетъ коль скоро обязательство не исполнено; напоминанія со стороны кредитора не требуется <sup>8</sup>.

Слѣдуетъ ли понимать l. 41 pr. D. de R. V. 6, 1, въ первой ея части, о томъ случаѣ, когда лучшаго предложенія не совершилось? Ср. Унтергольднеръ II § 429 прим. а) Синтенисъ стр. 326 прим. 13, Вангеровъ I § 96, № 2 б). Когда можно сказать, что предложено лучшее условіе? L. 4 § 6 l. 5 l. 14 § 3, 5 l. 15 D. h. t.

<sup>4</sup> Возможно, что стороны желали, чтобъ отступленіе отъ договора порождало обязательство съ обратнымъ дѣйствіемъ на тѣ юридическія послѣдствія, которыя возникли изъ онаго до отступленія. Ср. 1 § 90 прим. 2, а относительно *rustum displicentiae* при договорѣ купли § 139 прим. 7.

<sup>5</sup> L. 9 l. 11. § 1 l. 12, 13 pr. l. 14 § 2 D. de in diem addictio 18, 2, l. 2 l. 4 § 2 D. de lege comm. 18, 3.

<sup>6</sup> Поэтому слѣдуетъ сказать: 1) отступленіемъ отъ договора прекращается безусловно (*ipso iure*) его юридическое дѣйствіе на будущее время, l. 14 pr. D. de R. V. 6, 1, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2, l. 8 D. de lege comm. 18, 3, l. 3 D. quib. mod. pign. 20, 6, l. 4 C. de pactis inter emt. 4, 54. 2) Съ другой стороны договоръ самъ по себѣ продолжаетъ свое дѣйствіе относительно прошедшаго времени, и тотъ, въ пользу котораго оно наступило, можетъ требовать, чтобъ договору была дана обратная сила, l. 4 § 4 l. 6 pr. l. 16 D. de in diem add. 18, 2, l. 4 pr. l. 5 D. de lege comm. 18, 3, l. 11 § 10 D. quod vi aut cl. 43. 24. ср. I § 91 прим. 3. 3) Тѣмъ не менѣе, вслѣдствіе отступленія отъ договора, теряютъ силу тѣ распоряженія, которыя послѣдовали въ промежутокъ времени на основаніи произведеннаго договоромъ юридическаго дѣйствія, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2, l. 3 D. quib. mod. pign. 20, 6, за исключеніемъ, впрочемъ, такихъ, которыя были сдѣланы самимъ отступающимъ, такъ какъ для него условіе было условіемъ: *si voluerim*. l. 3 cit. ср. I § 93 прим. 3.

<sup>7</sup> L. 6 § 1 l. 7, 8 D. de in diem add. 18, 2. 0 l. 6 § 1 cit. см. Гукке Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. VI. F. V. стр. 105.

<sup>8</sup> L. 4 § 4 D. de lege comm. 18, 3. Мѣсто это не различаетъ, былъ ли назначенъ срокъ для исполненія, или нѣтъ; ср. также § 37 прим. 4. Другаго мнѣнія

Точно также не требуется, чтобы промедление въ исполненіи обязательства относилось къ винѣ должника<sup>9</sup>; право отступленія отъ договора не возникаетъ лишь тогда, если неисполненіе обязательства произошло по винѣ кредитора<sup>10</sup>. Если кредиторъ разъ выскажется о томъ желаетъ-ли онъ воспользоваться своимъ правомъ отступленія отъ договора, или нѣтъ, то онъ уже не вправе измѣнить свое рѣшеніе<sup>11</sup>. Если онъ воспользуется своимъ правомъ, то должникъ не получаетъ обратно ни даннаго имъ задатка, ни того что онъ успѣлъ уже доставить кредитору, если онъ приступилъ къ исполненію обязательства своего, но въ послѣднемъ случаѣ онъ можетъ оставить за собой полученные имъ плоды<sup>12</sup>. Обязанность доказать неисполненіе договора не лежитъ на кредиторѣ<sup>13</sup>. 3) Нельзя признать правильнымъ обыкновенно принимаемое положеніе, что если для осуществленія права отступленія отъ договора не установленъ срокъ, то право это должно быть осуществлено въ теченіи 60 дней<sup>14</sup>.

Въ зависимость отъ условнаго или безусловнаго усмотрѣнія одной изъ сторонъ можетъ быть поставлено не только право отступить отъ договора, но и самое осуществленіе договора, дѣйствительность его; въ этомъ случаѣ усмотрѣніе стороны образуетъ не резолютивное, но суспенсивное условіе, подъ которымъ заключенъ договоръ<sup>15</sup>. Но если подобное усмотрѣніе установлено

Унтергольцнеръ II стр. 222 прим. d) Синтенисъ II § 101 прим. 24. [Зейф. Arg ch XXIII. 196].

<sup>9</sup> Если въ I. 51 § 1 D. de AEV. 19, 1 (соотвѣтствуетъ I. 6 pr. D. h. t. 18 3) сказано, что продавецъ тогда вправе отступить отъ договора если «per emptorem pactum sit, quominus pecuniam solvat», то этимъ выражается лишь, какъ показываетъ I. 51 § 1 cit., противоположность къ помѣхѣ со стороны самаго кредитора. Ср. § 37 прим. 10.

<sup>10</sup> L. 51 § 1 D. de AEL. 19, 1, I. 4 § 4 D. h. t. 18, 3.

<sup>11</sup> L. 4 § 2, I. 6 § 2, I. 7 D. h. t. 18, 3, I. 4 C. de pact. int. emt. 4, 5, 4, Vat. § 249 fr. § 3, 4.

<sup>12</sup> L. 4 § 1 I. 6 pr. D. h. t. 18 3. Положенія эти не безспорны, а второе даже подвержено сомнѣнію. Ср. Синтенисъ въ приведен. мѣстѣ прим. 31, Аридтсъ прим. 2.

<sup>13</sup> Ср. сказанное въ § 37 объ условномъ штрафѣ, Зейф. VI. 273, VIII 135. [Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG zu Rostock VI. 8].

<sup>14</sup> Положеніе это выводится изъ I. 31 22 D. de aed. ed. Но мѣсто это трактуетъ о случаѣ, въ которомъ, согласно употребленному сторонами выраженію („ut nisi placuerit, redhibeatur“), казалось несомнѣннымъ, что воля ихъ была—дать покупщику тѣ же права, которыя эдильскій эдиктъ давалъ лишь въ случаѣ недостатковъ въ купленной вещи. Ср. Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. I стр. 125 слѣд. Фиттингъ тамъ же II стр. 272, слѣд. 278.

<sup>15</sup> § 4 I. de emt. 3. 23, I. 20 pr. § 1. D. de praeser. oerb. 19. 5, I. 2 I. 4 pr. D. de in diem add. 18 2.

на случай, болѣе выгоднаго предложенія, или неисполненія своего обязательства, противной стороной, то въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принять, что воля сторонъ направлена на установление резолютивнаго, а не суспенсивнаго условія <sup>16</sup>.

### е. Обезпеченіе договора.

#### а. Присяга. Неустойка.

§ 76. Обь обезпеченіи договоровъ посредствомъ присяги уже было говорено выше <sup>1</sup>. Здѣсь слѣдуетъ прибавить, что нарушеніе договора, обезпеченнаго присягой, ведетъ нарушившаго присягу къ потерѣ пріобрѣтенныхъ имъ изъ договора правъ, причемъ принятое имъ на себя обязательство остается въ своей силѣ <sup>2</sup>. Точно также было упоминаемо выше и обь обезпеченіи договора неустойкою <sup>3</sup>.

#### б. Задатокъ \*).

§ 77. Задатокъ (Arrha) имѣетъ значеніе признака того, что договоръ имѣетъ состояться и что о дѣйствительности его не можетъ быть сомнѣнія. <sup>1</sup> Поэтому задатокъ долженъ быть возвращенъ при исполненіи договора или зачтенъ при исполненіи противной стороной ея обязательства; точно также онъ долженъ быть возвращенъ, если впослѣдствіи договоръ потеряетъ свое значеніе по соглашенію сторонъ или по другимъ обстоятельствамъ <sup>2</sup>. Но можетъ быть постановлено, что задатокъ остается у того, кто его получилъ. Если установлено право отступленія отъ договора на случай неисполненія обязательства противной стороной, то

<sup>16</sup> L. I. D. de lege comm. 18. 3, l. 2 § 4 D. pro emt. 41. 4. Зейфф. Arch. X. 49. О случаѣ простаго усмотрѣнія см. § 139 прим. 8.

§ 76. <sup>1</sup> См. I. § 83 а, II. § 35.

<sup>2</sup> См. § 165 прим. 14.

<sup>3</sup> См. § 37. 38.

§ 77. \* Унтергольцнеръ I стр. 65, Синтенисъ II стр. 307—310, Гольдшверъ III § 241, Савиньи Obl. II стр. 267—271.

<sup>1</sup> Pr. I de emt. et vend. 3. 23 (argumentum emtionis et venditionis contractae), l. 35 pr. D. de contr. emt. 18. I («ut evidentius probari possit, convenisse de pretio»).

<sup>2</sup> Задатокъ дается для исполненія извѣстнаго назначенія; послѣ исполненія или уничтоженія контракта онъ не можетъ болѣе выполнять своего назначенія слѣдоват. вѣтъ на лицо того условія, подь которымъ онъ былъ данъ; и получатель онаго обогащается, безъ достаточнаго основанія, на счетъ имущества дающаго задатокъ. На этомъ основаніи можно было, — по римскому праву, требовать назадъ задатокъ (condictio sine causa [ob causam dati causa finita]) а если главный договоръ былъ contractus bonae fidei, то на основаніи actio изъ этого договора L. 11 § 6. D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 § 15. D. de inst. 14. 3. Ср. I § 97 прим. 4, II § 176 прим. 1.—HGB Art. 285 Abs. 2.

отступающій можетъ оставить у себя задатокъ, хотя бы относительно этого и не было соглашения <sup>3</sup>.

Задатокъ можетъ быть данъ по отношенію къ договору, который имѣетъ быть заключенъ, но относительно заключенія котораго стороны еще не обязались; въ этомъ случаѣ тотъ, кто уклоняется отъ заключенія договора, теряетъ задатокъ <sup>4</sup>.

Если что либо будетъ дано въ томъ смыслѣ, что дающій вза-мѣнъ отданнаго можетъ отступить отъ договора, то это является не обезпеченіемъ договора, но напротивъ уменьшеніемъ его значенія <sup>5</sup>.

## В. Правонарушенія (Delictum). \*

§ 78. Изъ правонарушеній возникаютъ обязательственныя права двоякаго рода.

1. Каждое правонарушеніе, которое причиняетъ имущественный вредъ производитъ право требовать вознагражденія за этотъ вредъ (§ 9).

2. Кромѣ того изъ правонарушенія можетъ возникнуть для потерпѣвшаго право требовать штрафа, — частнаго штрафа въ противоположность публичнаго <sup>1</sup>. Частный штрафъ состоитъ обыкновенно изъ денежной суммы, уплата которой лежитъ на правонарушителѣ; въ отдѣльныхъ случаяхъ штрафъ этотъ — замѣной вознагражденія за ущербъ <sup>2</sup>. Можетъ случиться, что одно и то же требованіе распространяется и на вознагражденіе за

<sup>3</sup> L. 6 pr. D. de lege comm. 18. 3, Cr. 1. 8 cod. 1. 2 C. de pact. int. emt. 4. 54, и § 75 прим. 12. — Въ мѣстныхъ обычныхъ правахъ встрѣчается, что можно просто удерживать задатокъ, напр. при наймѣ прислуги.

<sup>4</sup> L. 17 C. de fide instr. 4. 21, § 1. I de emt. et vend. 3. 23. Cr. § 64. прим. 12. На этой же мысли основываются предписанія l. 38. pr. D. de ritu nupt. 23. 2, l. 5 C. de spons. 5. 1, которыя не примѣняются въ настоящее время, такъ какъ, по каноническому праву, нельзя отступить послѣ обрученія. Ср. впрочемъ Глюкъ XXIV стр. 392 слѣд., въ особенности 411.

<sup>5</sup> Въ этомъ случаѣ говорятъ объ *arrha poenitentialis*. Cr. § 37 прим. 19. — HGB Art. 285 Abs. 1.

\* Унтергольцнеръ I § 46, Синтенисъ I § 29. II б. и II § 100, Савиньи Sys. § 77, тем V. § 210—212 и Obl. II § 82—84.

<sup>1</sup> Искъ, на основаніи котораго можно требовать частнаго штрафа, есть *actio poenalis*, *poenae persequendae causa comparata*; противоположный ему (выходящій за предѣлы обязательственныхъ *actiones*) *actio quae rem persequitur, rei persequendae causa comparata*, § 16—19 I. de act. 4. 6, l. 35. D. de O. et A. 44. 7. Cr. I § 46 прим. 3.

<sup>2</sup> При противозаконномъ поврежденіи (*actio legis Aquiliae*). — Въ источникахъ причисляются къ *actiones poenales* и тѣ *actiones*, при которыхъ имѣетъ мѣсто увольненіе иска, вслѣдствіе отрицанія или невыдачи до подачи жалобы или до рѣшенія (§ 15); см. цитированное мѣсто изъ институтовъ.

ущербъ, и на штрафъ <sup>3</sup>. Римскіе частные штрафы не часто примѣняются нынѣ на практикѣ. Именно они не примѣняются: а) въ томъ случаѣ, когда римское право связывало частный штрафъ съ публичнымъ въ томъ смыслѣ, что примѣненіе послѣдняго исключало первый, и когда и современное право налагаетъ за данное правонарушеніе публичный штрафъ <sup>4</sup>; в) въ томъ случаѣ, когда по римскому праву за данное правонарушеніе не налагалось публичнаго штрафа, новѣйшее же право налагаетъ его <sup>4a</sup>. Затѣмъ далѣе: принципъ римскаго права о частныхъ штрафахъ примѣняется нынѣ безусловно; но при этомъ въ отдѣльныхъ случаяхъ необходимо обращать вниманіе на то, не существуетъ ли особыхъ основаній, по которымъ этотъ принципъ не можетъ быть примѣненъ <sup>5</sup>. Это имѣетъ мѣсто относительно тѣхъ частныхъ штрафовъ, которые по римскому праву могли быть требуемы каж-

<sup>3</sup> Въ этомъ случаѣ источники говорятъ объ *actio mixta*, т. е. объ *actio*, которое одновременно *poenam* и *rem persequitur*, §. 16—19 I. de act. 4. 6.

<sup>4</sup> Ибо публичный штрафъ наступаетъ по необходимости, между тѣмъ какъ по римскому праву обиженный имѣлъ въ указанномъ случаѣ, выборъ между первымъ и вторымъ штрафомъ. L. 3 D. de priv. del.—47. 1, l. 56 § 1. l. 92 D. de furt. 47. 2, l. 6 I. 45 D. de iniur. 47. 10, § 10 I. cod. 4. 4. Исключеніе составляетъ однако же въ современномъ правѣ случай обиды.

<sup>4a</sup> Исключеніе это не такъ вѣрно, какъ предлущее. Однако же можно его выставить. Во всякомъ случаѣ въ современномъ правѣ частные штрафы не пользуются особеннымъ расположеніемъ. Въ виду этого можно принять, что тамъ, гдѣ современное право ввело, для римскаго частнаго деликта, публичное наказаніе, то оно это дѣлало не въ кумулятивномъ смыслѣ.

<sup>5</sup> Относительно современной примѣнимости римскихъ частныхъ штрафовъ мнѣнія разнорѣчивы. Въ то время, какъ, съ одной стороны, признается всеми, что и въ настоящее время продолжаетъ существовать частный штрафъ за обиду (*iniuria*), подобно тому, какъ современное право ввело другой, неизвѣстный римскому праву, частный штрафъ, состоящій въ такъ называемомъ *Schmerzensgeld*, — многие заходятъ за предѣлы указанныхъ исключеній изъ примѣнимости римскихъ частныхъ штрафовъ, отрицая таковую, за исключеніемъ случая обиды. Но воззрѣніе это не имѣетъ достаточныхъ основаній. Оно не можетъ сослаться на общее начало современнаго уголовного права, въ силу котораго одно лишь государство, какъ охранитель юридическаго порядка, но не частное лицо, вправе требовать наказанія. Противъ этого говоритъ именно частный искъ объ обидѣ и вознагражденіе за причиненныя страданія (*Schmerzensgeld*). Оно не можетъ далѣе сослаться на обычное право. Что касается теорій, то число тѣхъ которые высказывались за примѣнимость римскихъ частныхъ штрафовъ, всегда превышало въ Германіи число противниковъ таковой. Сюда относятся въ особенности: Бруннеманъ (ad. l. ult. i. f. D. de calumniatoribus и ad I. 5 § 2 D. commod. n. 17), Лаутербакъ (ad. tit. Dig. 47. 1 n. 9), Шилтеръ (exerc. 10 § 74, exerc. 49 § 5), Стрикъ (ad Dig. passim, напр. III. 6 §. 2, IV. 2 § 3, XLIV. 7 § 3 слѣд.), Бергеръ (въ собственной Diss. de usu actionum poenaliium, 1705 и 1740), Лейзеръ (spec. 56. n. 2), J. Т. Бёмеръ (exerc. 93 § 14), Ad. Dictr. Weber, (Versuche über das civilrecht стр. 67 слѣд.), Глюкъ XXIV стр. 411, Тибо (dehrb. § 68), Швеппе (Lehrb. III § 540), ср. Венингъ-Ингенгеймъ (Sehrb. II § 194), Пухта (dehrb. § 261), Вехтеръ

дымъ гражданиномъ, хотя бы его и не касался причиненный правонарушеніемъ ущербъ <sup>6</sup>.

Если изъ одного дѣйствія проистекають нѣсколько требованій штрафа, <sup>7</sup> то необходимо различать, имѣють ли эти требованія различныя основанія, соединенныя въ одномъ и томъ же дѣйствіи, или же основаніе ихъ одно, но различіе ихъ происходитъ отъ различнаго взгляда на данное дѣйствіе нѣсколькихъ карательныхъ опредѣленій закона. Въ первомъ случаѣ каждое требованіе остается дѣйствительнымъ до полного удовлетворенія <sup>8</sup>.

Strafr. I § 110 прим. 52), Геффертъ (Strafr. § 126). Ср. также Унтергольцнеръ I § 124. Равнымъ образомъ не было недостатка въ случаяхъ дѣйствительнаго примѣненія (см. объ этомъ Грассъ *collatio iuris civil. Rom. com. Recess. imp. sect. 13 p. 39 слѣд.*, I. H. Böhmér Exerc. ad Pand. excer. 93 § 14, C. G. A. Gruner. Diss. de poenis Romanorum privatis eorumque usu moderno стр. 40) хотя слѣдуетъ признаться, что случаи эти немногочисленны. Но еслибы, въ виду этой малочисленности принять по usus относительно штрафныхъ исковъ, то возникаетъ другой вопросъ, можно ли найти въ этомъ неупотребленіи юридическое сознаніе (ср. Савиньи Obl. II стр. 315). Ибо безспорно то, что нѣтъ въ наличности практики, которая отменяла бы штрафной искъ. Въ виду этого слѣдуетъ признать за основную мысль современнаго уголовного права то, что штрафы могутъ быть только публичные; но я полагаю, что оспаривать, въ принципѣ, дѣйствіе римскихъ частныхъ штрафовъ въ нѣмецкомъ правѣ — значитъ идти очень далеко. Излагаемое здѣсь мнѣніе находитъ себѣ защиту въ (основательномъ) цитированномъ выше разсужденіи Грунера (1805, которое напечатано также въ Chr. Martin selectarum dissertationum et commentationum iuris criminalis collectio, Iena 1822, I. стр. 68 слѣд.); противоположный взглядъ выводится въ разсужденіяхъ Томазія (de usu actionum poenaliu iuris Romani in foro Germaniae (1693) и Гонно (de poenis lucro actoris cedentibus 1747), см. кромѣ того Зейфф. § 282, Кирульфъ стр. 173, 174, Синтенисъ I стр. 256, Савиньи Obl. II § 84, Клейншмидтъ Arch. f. prakt. R. W. №. F. I. 3; своеобразенъ Бринцъ § 118. Ср. также Иерингъ das Schuldmoment im römischen Privatrecht стр. 60. слѣд.—Въ пользу излагаемаго здѣсь мнѣнія нельзя ссылаться на Art. 157 и 158 P. G. O., такъ какъ предписанія эти предполагають внимательство судьи ex officio. Савиньи Obl. II стр. 320.

<sup>6</sup> На основаніи actio popularis (I §. 46 прим. 2 с). Actiones populares не имѣють вообще въ настоящее время практическаго значенія. Случается и теперь, какъ и по actio iniuriarum, что государство предоставляетъ обиженному требовать наказанія; но слѣдуетъ признать основнымъ общимъ правиломъ современнаго права то, что государство не можетъ быть представляемо кѣмъ бы то ни было тамъ, гдѣ дѣло идетъ объ охраненіи публичнаго интереса, и, слѣдовательно, о требованіи наказанія. Вехтеръ Strafr. I §. 110 прим. 52 въ концѣ и Würtem. Privatr. 11 стр. 428; другаго мнѣнія Геффертъ и здѣсь Strafr. § 126 прим. I. Ср. еще Брунсъ Zeitsch. f. R. Gesch. III стр. 410. 411.

<sup>7</sup> Ср. I. §. 121 прим. 10

<sup>8</sup> L. 11 §. 2 D. de servo corrupto 11. 3, l. 14 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5. Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ первомъ мѣствѣ, связаны слѣдующія событія: 1) воздѣйствіе на психическое состояніе раба; 2) осуществленіе кражи (которая не составляетъ необходимости для 1). Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ вторымъ мѣствомъ, имѣется въ наличности: 1) поставленіе раба въ безпомощное состояніе чрезъ отнятіе одежды; 2) присвоеніе одежды (которое не необходимо въ первомъ №).

Во второмъ же случаѣ бѣльшее требованіе поглощаетъ меньшее <sup>9</sup>.

Требованіе вознагражденія за ущербъ, причиненный правонарушеніемъ, имѣетъ карательный характеръ въ томъ отношеніи, что обязаный долженъ исполнить требованіе независимо отъ того, состоитъ ли предметъ обязательства въ его распоряженіи или нѣтъ. Въ этомъ отношеніи подобное требованіе имѣетъ то же значеніе, какъ и требованіе штрафа, именно оно переходитъ на наслѣдниковъ обязаннаго лица <sup>10</sup>.

## VI. Измѣненіе права требованія.

### а) относительно предмета его.

§ 79. Право требованія можетъ измѣниться, не прекращаясь <sup>1</sup>. Такое измѣненіе можетъ произойти относительно предмета обязательства, т. е. того дѣйствія, къ которому оно обязываетъ должника. Измѣненіе предмета обязательства можетъ заключаться или въ томъ, что къ содержанію дѣйствія должника будетъ что либо

<sup>9</sup> L. 41 §. 1 D de O. et. A. 447. „Si ex eodem facto duae competant actiones postea (poseterioris?) indicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tantundem aut minus, id (l. *nil* или *id non*) consequatur“. Примѣры: actio legis Aquiliae и actio arborum furtim caesarum: l. 1 D. arb. furt. caes. 47. 7; actio furti и actio vi bonorum raptorum: l. 88 D. de furt. 47. 2, l. 1 D. vi bon. rapt. 47. 8. Только, повидимому, противорѣчатъ l. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7; l. 2 §. 10. 26 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 15 §. 46 l. 25 D. iniur. 47. 10, l. 6 pr. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5, каковыя мѣста говорятъ лишь то, что возникаетъ тотъ или другой штрафной искъ, а на то, что тотъ или другой искъ можетъ быть проведенъ во всемъ объемѣ, и въ томъ же смѣслѣ можно понимать и l. 53 pr. D. eod. Однако же и это мѣсто можно толковать такъ, что оно говоритъ лишь то, что управомоченный получаетъ не полную сумму cadaго иска, а лишь высшую сумму (мѣсто говорить: только размѣръ одного иска, предполагая, что управомоченный выберетъ высшій). L. 60 D. de O. et. A. 44. 7 и l. 130 D. de R. I. 50. 17 не предполагаютъ единства наказуемаго дѣйствія. Савиньи принимаетъ три различныхъ и притомъ противоположныхъ мнѣнія между римскими юристами Syst. V стр. 237 слѣд., причемъ онъ считаетъ послѣднимъ результатомъ развитія безусловное совмѣстное существованіе многихъ штрафныхъ требованій, ср. съ другой стороны Вангеровъ III §. 572 прим. Болѣе подробныя литературныя указанія у него же. [А Пернице zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 132 слѣд.]

<sup>10</sup> См. объ этомъ § III № 2. Къ нимъ также примѣняется выраженіе actio realis, напр. l. 1 §. 8 D. ne vis fiat 43. 4. Ср. Савиньи Syst. V. § 210, который употребляетъ выраженіе «двусторонніе штрафные иски», «односторонніе штрафные иски». Ср. также Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 243 слѣд. [А. Пернице въ указ. м. стр. 116 слѣд.]

§ 79. Не теряя своего существованія, имѣющееся теперь обязательство не новое, а то, которое существовало прежде. Вълѣдствіе этого продолжаются всѣ другія юридическія послѣдствія права требованія, какъ то: возраженія, привиллегіи, залоговыя права, поручительства, другія побочныя обязательства.

прибавлено, или въ томъ, что отъ него будетъ что либо убавлено<sup>2</sup>, или же, наконецъ, въ томъ, что первоначальное содержаніе его замѣнится совершенно инымъ<sup>3</sup>. Объ особыхъ, относящихся сюда случаяхъ, уже была рѣчь, какъ на примѣръ объ измѣненіи предмета обязательства, наступающемъ вслѣдствіе предъявленія иска и судебного рѣшенія (I § 124. 129), вслѣдствіе уклоненія должника отъ исполненія обязательства (§ 15), вслѣдствіе невозможности исполненія обязательства (§§ 16, 17), вслѣдствіе промедленія (§ 28). Здѣсь слѣдуетъ еще разрѣшить вопросъ, происходитъ ли измѣненіе предмета договора въ томъ случаѣ, если произойдетъ приращеніе имущества, подлежащаго доставленію, т. е. распространяется ли право требованія и на это приращеніе<sup>4</sup>. Вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ положительномъ смыслѣ относительно того приращенія, которое составляетъ естественную составную часть предмета обязательства<sup>5</sup>; въ другихъ случаяхъ вопросъ этотъ не можетъ быть безусловно разрѣшенъ ни въ положительномъ, ни въ отрицательномъ смыслѣ, но онъ разрѣшается отдѣльно для каждаго обязательства<sup>6</sup>. Но въ томъ случаѣ, когда кредиторъ получаетъ право на приращеніе, оно распространяется лишь на то приращеніе, которое дѣйствительно произошло, а не на то, которое могло произойти<sup>7</sup>. Для разрѣшенія предложеннаго

<sup>2</sup> Примѣры: проценты просрочки; частичное уничтоженіе предмета обязательства безъ вины должника.

<sup>3</sup> Такъ, когда, вслѣдствіе невозможности исполненія, должникъ обязывается къ уплатѣ интереса.

<sup>4</sup> Йерингъ *Abhandlungen* № I (1844). Моммзень *Erörterungen aus dem Obligationenrecht* 1. Heft (1859).

<sup>5</sup> Сюда относится напр. приращеніе § 3 I. de emt. 3. 23, l. 7 pr. de per. 18 6. l. 10 § 1 D. de I. D. 23. 3, l. 16 D. de leg. III<sup>o</sup> 32 (последнее изъ поименованныхъ мѣстъ уравниваетъ приращеніе съ образовавшимся на рѣкѣ островомъ потому именно, что и послѣдній можно разсматривать какъ продолженіе того земельного участка, къ которому онъ прилегаеть); далѣе сюда относится случай соединенія движимой вещи съ другой—движимой или недвижимой вещью, равно и случай юридическаго приращенія, напр. вслѣдствіе уничтоженія вещнаго права, ограничивающаго право собственности. Возникаетъ ли право требовать вознагражденія или реституціи для того, который, вмѣстѣ съ предметомъ, обязанъ выдать и его составныя части,—это вопросъ другой. Моммзень въ указ. мѣстѣ стр. 16—24.

<sup>6</sup> Напр. покушцикъ имѣетъ право на выгоды отъ вещи (§. 141 прим. 15), но не легатарій (l. 23 D. de leg. 1<sup>o</sup> 80, l. 26 D. de leg. 111<sup>o</sup> 32, l. 8 D. de usur. 22. 1, l. 4 C. cod. 6. 47, Nev. 131 с. 12). Тоже слѣдуетъ сказать о всякомъ правѣ требованія, возникающемъ изъ благотворительнаго основанія. См. l. 31, §. 2 C. de I. D. 5. 12 и Моммзень стр. 35—41.

<sup>7</sup> Онъ имѣетъ право лишь на *lucrum ex re* (l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4), такъ въ частности на плоды, на причитающуюся собственнику часть вклада l. 7 §. 12 D. Sol. matr. 24, 3 (Йерингъ стр. 8, Моммзень стр. 56 прим. 5); но напр.

вопроса было выставлено правило, по которому приращение предмета обязательства принадлежит тому, кто несетъ страхъ за дѣлность его, т. е. на кого падаетъ отвѣтственность за случайное уменьшение его <sup>8</sup>. Это правило однако не вѣрно <sup>9</sup>, именно тотъ, кто получаетъ право требованія изъ сдѣлки, заключенной съ цѣлью облагодѣтельствованія, не имѣетъ права на приращение, хотя онъ и несетъ страхъ за дѣлность предмета обязательства <sup>10</sup>. Приведенное правило оказывается справедливымъ въ совершенно иномъ смыслѣ <sup>11</sup>, именно тотъ, кто принялъ на себя страхъ относительно опредѣленнаго случая, получаетъ право на приращение, происшедшее отъ этого опредѣленнаго случая <sup>12</sup>.

не на дичь, убитую на обязанномъ поземельномъ имуществѣ, не на *lucrum ex negotiatione percipitum* (l. 21 cit.). Больше подробное изложеніе находится въ поименованномъ сочиненіи Йеринга и у Моммзена въ указ. мѣстѣ §. 5. 10.

<sup>8</sup> Положеніе это высказано въ источникахъ вообще (§. 30 I. de emt. 3. 23, 1. 10 D. de R. J. 50. 17, 1. 22 §. 3 C. de furt. 6. 3), и нашло себѣ многократное примѣненіе къ отдѣльнымъ случаямъ.

<sup>9</sup> Заслуга Моммзена, что онъ это доказалъ. Какъ мало значенія можно придавать источникамъ, если они мотивируютъ свои рѣшенія, ссылаясь на означенное правило, показывается 1. 18 D. de J. D. 23. 3, 1. 66 §. 3 D. sol. matr. 24. 3.

<sup>10</sup> Примѣч. 6. Равнымъ образомъ принятіе по договору вещи на страхъ не даетъ само по себѣ права на непринадлежащія страхователю выгоды отъ оной, хотя въ этомъ отношеніи дѣлаетъ затрудненіе *Vat. fr.* §. 114. Моммзень стр. 32—33. 45. 50. Ср. также 1. 38 §. 7. 15 D. de usur. 22, 1 (Моммзень стр. 28. 33—36).

<sup>11</sup> Что означенное правило имѣетъ двойной смыслъ, не отрицаетъ самъ Йерингъ, но доказалъ это въ особенности Моммзень.

<sup>12</sup> Йерингъ стр. 30 слѣд. Моммзень §. 7—9. Примѣненіе: а) Если исполненіе дѣлается для должника невозможнымъ, вслѣдствіе проступка другаго лица, то возникающія изъ этого проступка требованія принадлежать должнику или кредитору, смотря по тому, обязанъ ли должникъ доставить вознагражденіе за невозможность, или нѣтъ. Требованіе дается тому, кому оно принадлежитъ, или непосредственно (такъ въ особенности, по крайней мѣрѣ обыкновенно, *actio furti*, §. 17 I de obl. quae ex del. 4. 1, 1. 14 §. 16 D. de furt. 47. 2), или посредствомъ принудительной переуступки (1. 25 §. 8 l. 60 §. 2 D. loc. 19. 2, 1. 12 D. de re iud. 42. 1, 1. 14 pr. 1. 80 pr. D. de furt. 47. 2). Больше подробное изложеніе у Йеринга стр. 30. 53, Моммзень стр. 84—107; но см. также Дарнбургъ *Pfandrecht* I стр. 147—149. б) Кто отдаетъ займы изъ процентовъ чужія, вообще подлежащія возвращенію, деньги, тотъ сохраняетъ за собой полученныя проценты, или не сохраняетъ ихъ, смотря потому, несетъ ли онъ страхъ или нѣтъ. L. 10 §. 8 D. mand. 17. 1, 1. 67 §. 1 D. pro soc. 17. 2. Йерингъ стр. 60; сравни, впрочемъ, Моммзень стр. 9, слѣд. Никакого противорѣчія не содержитъ въ себѣ 1. 6 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, ср. Дарнбургъ *Pfandrecht* II стр. 221. в) Продавецъ вещи, погибшей безъ его вины, не обязанъ выдавать покупщику покупной цѣны, полученной отъ вторичной продажи; вторичная продажа не произвела никакого измѣненія въ обязанностяхъ его относительно перваго покупщика. L. 2 D. de n. v. A. V. 18. 4; Йерингъ стр. 53 слѣд., Моммзень стр. 109—111 (но ср. также Йерингъ *Jahrb. f. Dog.* III стр. 453 слѣд. и ниже § 142 прим. 16).—О. 1. 17 pr. D. de R. V. 6. 1 см. Йерингъ

СПбГУ

