



г.

- МАЙ 2008

СПбГУ

2000г.



250

СПбГУ

СНБГУ

# СУДЕБНЫЙ ЖУРНАЛЪ,

БЫВШІЙ

ЖУРНАЛЪ МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦИИ.

ПРИЛОЖЕНІЕ

къ  
СУДЕБНОМУ ВЪСТНИКУ 1874 г.

Годъ XV.

ЯНВАРЬ.  
ФЕВРАЛЬ.

1874 годъ.

## СОДЕРЖАНІЕ:

- Опытъ систематическаго изложенія русскаго гражданскаго процесса по уставамъ 20-го ноября. А. ДУМАШЕВСКАГО. I. Предметъ гражданскаго судопроизводства. . . 1—19
- Личныя и имущественныя отношенія супруговъ. ОРШАНСКАГО . . . . . 1—30
- Критика и библиографія:*  
I. Древніе города Россіи. А. КИСТЯКОВСКАГО . . . . . 1—6
- II. Обзорѣніе польской юридической литературы за 1872 г., преимущественно по уголовному праву. В. МИКЛЯШЕВСКАГО . . . . . 8—23
- III. Иностранные юридическіе журналы за 1873 годъ Л. СЛОНИМСКАГО. . . . . 23—44
- Приложенія:  
I. Кассационное производство по дѣламъ уголовнымъ. БЕРНАРА. Лл. 3—5. . . . . 33—80
- II. Объ обязательствахъ по римскому и русскому праву по ВИНДШЕЙДУ. Листы 19—21 . . . . . 217—264

—◆◆◆—  
САНКТЪ-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія А. Думашевскаго. Литейная, домъ Денфера, № 13.

1874.

О ПОДПИСКѢ 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 жребію ихъ выхода.

V. Корреспонденціи и свѣдѣнія о дѣятельности нашихъ судебныхъ, земскихъ и городскихъ установленій 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 установленій.

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.

Б. «Судебный Журналъ» выходитъ 6 разъ въ годъ, книжками отъ 12 до 15 печатныхъ листовъ. Въ составъ его входятъ:

1) Статьи, разрабатывающія теоріи права и дѣйствующаго законодательства.

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

Въ теченіи 1874 г. въ «Судебномъ Журналѣ» въ приложеніяхъ будетъ между прочимъ: помѣщено 1) окончаніе печатающихся нынѣ сочиненій: а) «Объ обязательствахъ» по Виллшейду и б) «Кассационное производство» Бенара; 2) «Чтенія объ уголовномъ и гражданскомъ судопроизводствѣ» Боатера; 3) «Руководство къ гражд. судопр. по уставамъ 20 ноября 1864 г.» А. Думашевскаго. Новые годовые подписчики получаютъ въ отпечатанные уже листы этихъ сочиненій.

# О П Ы Т Ъ

## СИСТЕМАТИЧЕСКАГО ИЗЛОЖЕНІЯ РУССКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРОЦЕССА ПО УСТАВАМЪ 20 НОЯБРЯ. \*)

### ГЛАВА ПЕРВАЯ

#### Предметъ гражданского судопроизводства и предѣлы вѣдомства гражданского суда.

Вопросъ о томъ, какія права могутъ быть предметомъ гражданского судопроизводства, разрѣшается двумя данными: 1) характеромъ самихъ правъ и 2) предѣлами вѣдомства гражданского суда.

Эти два понятія не тождественны и не должны быть смѣшиваемы, ибо съ одной стороны разбирательству гражданского суда, по соображеніямъ государственнаго управленія, могутъ быть подчинены и споры о такихъ правахъ, которыя, по сущности своей, вовсе не принадлежатъ къ числу гражданскихъ; а съ другой стороны, по тѣмъ же соображеніямъ, изъ вѣдомства гражданскихъ судовъ могутъ быть изъяты споры о такихъ правахъ, которыя безспорно должны быть признаваемы гражданскими.

Согласно сему мы и рассмотримъ эти два момента въ отдѣльности.

\*) Окончательное изложеніе какого-либо научнаго предмета въ видѣ курса или руководства возможно только послѣ основательной монографической разработки важнѣйшихъ отдѣльных частей его. Согласно сему, мы предполагаемъ изданію изготовляемого нами «Руководства къ русскому гражданскому судопроизводству» предпослать монографическую разработку важнѣйшихъ моментовъ гражданского процесса.

## I.

Права, могущія быть предметомъ гражданскаго иска.

§ 1. Судебные уставы нигдѣ не говорятъ прямо объ этомъ предметѣ. Ст. 1—3 уст. гражд. судопр. опредѣляютъ не предметъ гражданскаго судопроизводства, а предѣлы вѣдомства гражданскаго суда. Но изъ различныхъ постановленій уставовъ уголовного и гражданскаго судопроизводства съ положительностью слѣдуетъ заключить, что предметомъ гражданскаго производства могутъ быть только *права гражданскія*.

Здѣсь не мѣсто разсмотрѣнію по-нынѣ еще спорнаго въ наукѣ вопроса о томъ, какія права слѣдуетъ считать *гражданскими* \*). Замѣтимъ только, что уставъ гражд. судопр., какъ видно изъ всего содержанія его, разумѣть подъ этимъ выраженіемъ *частно-имущественныя* \*\*) и *семейственныя* права (и аналогическія этимъ послѣднимъ *опекунскія* и *попечительскія* права).

Что касается перваго рода правъ, т. е., *имущественныхъ*, то они, по отношенію къ разсматриваемому нами вопросу, не могутъ возбуждать никакихъ особенныхъ недоразумѣній на практикѣ.

Относительно ихъ безусловно должно быть примѣняемо совершенно вѣрное правило французской судебной практики: *l'interêt fait l'action* т. е., что всякій *частный* имущественный интересъ пользуется *судебною* защитой и можетъ, слѣдовательно, быть предметомъ гражданскаго иска.

Это начало исполнѣе согласно и съ нашими законами (т. IX о сост. ст. 528; т. X ч. 1 ст. 690 и слѣд.; ч. 2 ст. 1; уст. гр. суд. ст. 1).

Изъ указаннаго выше общаго начала, по которому предметомъ гражданскаго судопроизводства могутъ быть только

\*) См. объ этомъ предметѣ изсѣдованіе *К. Д. Кавелина*: «Что такое гражданское право и гдѣ его предѣлы», Спб. 1864 года; нашу рецензію на это изсѣдованіе въ *Ж. М. Ю.* за августъ и сентябрь 1865 г., равно какъ нашу монографію: «Наше правовѣдѣніе» и проч., тамъ же, кн. 1, 4 и 7 за 1867 г.

\*\*) См. тамъ же.



частныя имущественныя права, вытекають, между прочимъ слѣдующія важныя для практики положенія:

1) *Предметомъ гражданскаго иска не могутъ быть права и интересы нравственные.*

Это признано и сенатомъ \*) въ рѣшеніи по дѣлу Шумлянскаго (1867, № 125; «Сводъ» А. Думашевскаго т. II, 1711). Въ дѣлѣ этомъ, возникшемъ изъ третейскаго разбирательства, третейскіе судьи, вмѣстѣ съ истцемъ, подали также жалобу въ сенатъ, объясняя, что опроверженіемъ и неисполненіемъ ихъ рѣшенія нарушаются ихъ *нравственные интересы*.

Сенатъ совершенно правильно оставилъ эту жалобу безъ уваженія, разъяснивъ при этомъ, что «права третьихъ лицъ, о коихъ упоминается въ 795 ст. уст. гражд. судопр., могутъ быть только двухъ родовъ: или личныя, или имущественныя; тѣ и другія положительно опредѣляются законами; но отвлеченное понятіе о нарушеніи *нравственныхъ правъ*, никакими законами не указанныхъ, не можетъ имѣть никакого юридическаго значенія».

2) *Не могутъ быть также предметомъ гражданскаго иска права общественныя и политическія, хотя бы они и представляли несомнѣнный имущественный интересъ.*

Нѣтъ сомнѣнія, что, напримѣръ, право поступленія на государственныя и общественныя должности, производить торговлю и т. п. представляютъ существенный имущественный интересъ; но тѣмъ не менѣе права эти не могутъ быть предметомъ гражданскаго иска, ибо они принадлежатъ данному лицу не по основаніямъ гражданскаго права, а въ силу общаго закона.

Эти права не могутъ быть предметомъ гражданскаго иска точно также, какъ они не могутъ быть предметомъ гражданскихъ сдѣлокъ. Никто не можетъ легально отказаться отъ принадлежащихъ ему общественныхъ и политическихъ правъ или переуступить ихъ другому. Правда, можно *обязываться*

\*) Вездѣ, гдѣ мы употребляемъ слово «сенатъ» безъ всякаго дальнѣйшаго опредѣленія, мы разумѣемъ гражд. кассац. департаментъ.

не пользоваться тѣмъ или другимъ изъ этихъ правъ (если это въ данномъ случаѣ не будетъ противорѣчить ст. 1529 т. X ч. 1); можно, на примѣръ, обязаться не производить торговли, не поступать на сцену, не служить по III отд. канцеляріи Его Величества, не служить во флотъ и т. под.; но это будутъ *обязательства*, а не отказъ отъ принадлежащихъ обязавшемуся правъ.

Но само собою разумѣется, что если эти права сами по себѣ не могутъ быть предметомъ гражданскаго иска, то нарушение этихъ правъ, причинившее имущественный вредъ, можетъ быть преслѣдуемо въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства.

На примѣръ, въ случаѣ отказа кому либо въ выдачу купеческаго или торговаго свидѣтельства за неимѣніемъ будто этимъ лицомъ права производить торговлю, лицо это не можетъ въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства доказывать свое право на производство торговли, но взысканіе причиненныхъ этимъ отказомъ убытковъ можетъ составить предметъ гражданскаго иска.

3) То же самое должно сказать о *правахъ участія общаго* (т. X ч. 1 стр. 434 и слѣд.).

Наше законодательство, точно также какъ и всѣ иностранныя, устанавливаетъ цѣлый рядъ правъ, имѣющихъ исключительно имущественный интересъ, но которыя тѣмъ не менѣе сами по себѣ не могутъ быть предметомъ гражданскаго иска. Это именно такъ называемыя *права участія общаго*.

Всякій имѣетъ безспорное право пользоваться бичевниками, ѣздить и ходить по улицамъ и дорогамъ и проч.; но право это не можетъ быть предметомъ гражданскаго иска.

Это объясняется тѣмъ, что предметомъ гражданскаго иска можетъ быть только «споръ» (уст. гражд. судопр. ст. 1) о правѣ гражданскомъ; права же участія общаго сами по себѣ *безспорны*, какъ существующія въ силу самого закона.

Права гражданскія имѣютъ, между прочимъ, ту особенность, что они всегда возникаютъ изъ какого либо опредѣленнаго, частнаго, конкретнаго факта. Такъ, на примѣръ, права по обязательствамъ возникаютъ только изъ договоровъ или иныхъ фактовъ, устанавливающихъ отношеніе между данными

лицами (бракъ, родство, правонарушеніе и проч.); права вещныя также возникаютъ только изъ частныхъ, конкретныхъ фактовъ (правоначальное обрѣтеніе, изготовленіе, дарственные или возмездные способы приобрѣтенія и проч.).

Согласно этому свойству правъ гражданскихъ для охраненія ихъ судомъ требуется именно доказать наличность подлежащаго частнаго, конкретнаго факта, устанавлиющаго защищаемое право и оспариваемаго противною стороною. *Только этотъ частный конкретный фактъ и составляетъ всю суть всякаго гражданского процесса*, ибо хотя всякое гражданское право основывается не только на такомъ фактѣ, но и на законѣ, придающемъ ему силу установленія даннаго права; но законъ этотъ не можетъ составлять предмета ни спора, ни доказательства, ибо самъ судъ обязанъ знать законъ по общему правилу *circa agnoscit iura* (уст. гр. суд. ст. 9 и 10).

Совершенно другой характеръ имѣютъ права участія общаго. Они возникаютъ не изъ какого либо частнаго, конкретнаго факта, а *въ силу общаго закона*, слѣдовательно они лишены именно того элемента, который одинъ только и можетъ дать, такъ сказать, содержаніе, матеріаль для гражданского процесса.

Но если права участія общаго сами по себѣ не могутъ служить предметомъ для гражданского иска, если никто не можетъ путемъ гражданского судопроизводства доказывать свое право ходить по улицѣ или пользоваться бичевникомъ, то права эти могутъ подавать поводъ къ гражданскому иску въ двоякомъ отношеніи.

а) *Въ случаѣ оспариванія къмз либо, что данное имущество составляетъ предметъ общаго пользованія.*

Такіе случаи представились, между прочимъ, въ дѣлахъ: графа Шереметьева (1869, № 16; см. «Сводъ» I, 96 изд. 2), Ильяшенко-Кириловецъ (1870, № 1196; «Сводъ» I, 95) и о московскомъ гостиномъ дворѣ (1871, № 520; «Сводъ» I, № 91).

б) *Въ видѣ исковъ объ убыткахъ, причиненныхъ недопущеніемъ къ пользованію правами участія общаго.*

И здѣсь предметомъ иска является не самое право участія, а право на убытки, право, возникающее изъ частнаго, кон-

кретнаго факта — недопущенія къ пользованію правомъ участія.

*Примѣчаніе.* Иски, возникающіе изъ права участія общаго, возбуждаютъ нерѣдко на практикѣ вопросы о правѣ на самое предьявленіе иска, т. е., о томъ, кто именно можетъ и долженъ являться истцомъ въ такихъ дѣлахъ (см. 1871, № 520); но эти вопросы, какъ относящіеся къ другому отдѣлу, будутъ рассмотрѣны въ своемъ мѣстѣ.

4) Наконецъ, *не могутъ быть предметомъ гражданскаго иска факты и отношенія, наказуемые уголовными законами и подлежащіе, по этому, рассмотрѣнію въ порядкѣ уголовного судопроизводства* \*).

Вопросъ о томъ, что должно быть предметомъ уголовного преслѣдованія разрѣшается законами уголовными и не входитъ въ предѣлы настоящаго рассмотрѣнія. Теорія же права по сіе время не выработала никакихъ прочныхъ началъ для разграниченія уголовного отъ гражданскаго правосудія. Это и невозможно въ принципѣ, ибо наказуемость дѣяній, равно какъ мѣра и родъ наказуемости обусловливаются совокупностью всѣхъ тѣхъ данныхъ, которыя составляютъ основаніе для уголовной политики, и которыя въ значительной степени измѣняются подъ вліяніемъ времени, соціального быта, народности и проч.

Согласно съ этимъ измѣняется и разрѣшеніе вопроса о томъ, что должно быть предметомъ гражданскаго и что — уголовного судопроизводства.

Исторія права всѣхъ временъ и народовъ представляетъ въ этомъ отношеніи замѣчательныя колебанія, въ которыхъ замѣтны два, какъ бы противоположныя, но рядомъ идущія направленія: съ одной стороны замѣчается постепенное расширеніе уголовной юрисдикціи, такъ что то, что прежде составляло предметъ гражданскаго иска, сдѣлалось потомъ предметомъ уголовного преслѣдованія (раны, увѣчья, кражи и проч.); съ другой же стороны замѣчается суженіе предѣловъ области уголовного права устраненіемъ уголовной наказуемости многихъ дѣяній, подлежавшихъ прежде таковой

(преступленія противъ Божества и его велѣній, колдовство, самоубійство, виѣ брачное сожителство и проч.).

Но и при существованіи положительныхъ законодательныхъ постановленій о наказуемости, на практикѣ нерѣдко возникаютъ сомнѣнія о томъ, подлежатъ ли данныя дѣла разсмотрѣнію въ гражданскомъ или въ уголовномъ порядкѣ.

Вотъ почему, не находя возможнымъ дать по этому предмету какія либо общія руководящія начала, считаемъ не лишнимъ привести здѣсь важнѣйшія разъясненія по сему вопросу уголовного кассационнаго департамента, въ практикѣ котораго подобныя вопросы особенно часто возникали.

Уголовный кассац. департ. далъ, между прочимъ, слѣдующія разъясненія по вопросу о томъ, какія нарушенія имущественныхъ правъ подлежатъ пріслѣдованію въ уголовномъ порядкѣ и какія могутъ составить предметъ гражданского судопроизводства:

«Самовольное пользованіе лугомъ, когда временное пользованіе имъ обвиняемыхъ окончилось, а въ ходатайствѣ ихъ объ оставленіи того луга въ ихъ владѣніи отказано, вполне подходитъ подъ дѣйствіе статьи 145». (1868 г., № 105, Маркова).

Самовольное скошеніе сѣна на чужой землѣ подходитъ подъ постановленія статьи 145 мир. уст. (1870 г., № 1126 и 1870 г., № 1327, о скошеніи травы въ Мологинской дачѣ).

Самовольное добываніе камня въ чужой лѣсной дачѣ вполне подходитъ подъ ст. 145. (1871 г., 499, крестьянъ деревни Топорковой).

«Дѣла о потравахъ хотя и подлежатъ разбирательству мировыхъ судей, согласно правиламъ 25 октября 1865 г., но влекутъ за собою только гражданскія послѣдствія, а потому и разбираются въ гражданскомъ, а не въ уголовномъ порядкѣ». (1869 г., № 99, крестьянъ деревни Тарутиной; то же: 1869 г., № 190, Долженкова, 1869 г., № 306, крестьянъ села Напутнова).

Самовольный проѣздъ чрезъ чужія луга обусловливается обнесеніемъ мѣста, чрезъ которое проѣздъ воспрещается оградами, канавками или ясными предостерегательными знаками; поэтому проѣздъ чрезъ чужую, но наѣзженую, дорогу ни въ какомъ случаѣ не подходитъ подъ ст. 149 мир. уст. (1870 года, № 717, крестьянъ деревни Голодяевки).

«Самовольное, изъ личныхъ видовъ, употребленіе на работу чужой лошади, неспособной къ этой работѣ по тому положенію, въ которомъ она находилась, имѣвши послѣдствіемъ изувѣченія

ея и смерть, вполне подходит под действие статьи 153-й мир. уст. (1870 г., № 1295, Бакурова).

Статья 1604 улож. имѣетъ въ виду отогнаніе съ чужой земли чужаго скота, или инаго домашняго животнаго, а потому она и не можетъ быть примѣняема въ случаѣ удержанія на своемъ дворѣ зашедшаго туда скота. (1867 г., № 566, Алешина).

Случаи послѣдняго рода подлежатъ обсужденію по правиламъ о потравахъ полей, луговъ и другихъ земельныхъ угодій, согласно прилож. къ 31 ст. полож. о губер. и уѣзд. по крестьян. дѣламъ учрежденіяхъ (т. IX по прод. 1863 г.). (1867 г., № 566 Алешина).

Въ случаѣ обнаруженія порубки въ арендуемой кѣмъ-либо у казны дачѣ, арендаторъ подлежитъ только гражданской отвѣтственности, а не можетъ быть присужденъ къ уголовному наказанію по ст. 155, такъ какъ оно имѣетъ въ виду только самовольную порубку. (1870 г., № 1191, Систова).

«Взысканіе, определенное 155 ст. уст., и самая эта статья имѣютъ въ виду такія порубки казеннаго лѣса, которыя имѣютъ характеръ завладѣнія чужой собственностью съ корыстной цѣлью». (1871 г., № 820 о порубкѣ въ терешинской дачѣ).

«Поэтому вырубка лѣса не съ цѣлью похищенія или извлеченія для себя выгоды, а для производства изысканій проектируемой желѣзной дороги, не подходитъ подъ ст. 155. (1870 года, № 821, о порубкѣ въ терешинской дачѣ).

Случаи этого рода составляютъ только нарушеніе инструкціи объ отводѣ земель, отходящихъ подъ желѣзныя дороги, и убытки, отъ этого происходящіе вознаграждаются въ гражданскомъ порядкѣ (1870 г., № 821, о порубкѣ въ терешинской дачѣ).

По дѣлу Федорова сенатъ нашелъ, что «Федоровъ отказывается платить насчитываемыя на него хозяиномъ питейнаго заведенія деньги на томъ основаніи, что вино не было отпускаемо ему въ томъ размѣрѣ, который послужилъ основаніемъ составленнаго хозяиномъ разчета. Эти факты могли бы послужить поводомъ къ признанію Федорова виновнымъ въ растратѣ или утайкѣ хозяйскихъ денегъ, еслибы съѣздъ призналъ, что объясненія подсудимаго — вымышлены и сдѣланы имъ съ цѣлью оправданія себя въ растратѣ. При отсутствіи же послѣдняго признака, обстоятельства, приведенныя въ приговорѣ съѣзда, представляются лишь споромъ объ исполненіи гражданской обязанности, подлежащимъ разсмотрѣнію съѣзда въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства» (1871 г., № 275, Федорова).

«Одно несвоевременное возвращеніе денегъ за взятые для продажи вещи не можетъ почитаться признакомъ растраты, при отсутствіи другихъ существенныхъ условій этого преступленія» (1870 г., № 962, Андреева).

Хотя хранитель арестованнаго имущества не долженъ отдавать его другимъ, а обязанъ хранить въ цѣлости, но, въ случаѣ неисполненія этой обязанности, онъ подлежитъ только гражданской отвѣтственности; для примѣненія же къ нему наказанія по ст. 177 необходимо, чтобы судъ призналъ, что онъ выдалъ хранимое имущество съ преступнымъ намѣреніемъ. (1868 г., № 990, Тимоѣева).

Но подобное ограниченіе права собственности должника, а въ частности права распорядиться своимъ имуществомъ, можетъ быть признаваемо только съ тѣхъ поръ, когда испрошенное кредиторомъ опредѣленіе объ описи и арестѣ этого имущества будетъ приведено въ исполненіе; поэтому *мнимая продажа должниками своего имущества до этого момента* не только не составляетъ мошенничества, но и вообще не заключаетъ въ себѣ ничего преступнаго. Подобная продажа можетъ повлечь за собою только признаніе ее недѣйствительною, если это будетъ доказано кредиторомъ, согласно 992, 1092 и 1093 у. гр. суд., что подтверждается и ст. 1406—1416 т. X ч. 1, въ коихъ мнимая продажа, совершенная до наложенія ареста, не поименована въ числѣ продажъ, влекущихъ за собою, кромѣ недѣйствительности, еще какое-либо взысканіе. (1869 г., № 321, Волейко и Кондратова).

Но мнимая продажа своего имущества должникомъ, признанымъ несостоятельнымъ, хотя бы совершенная прежде заарестованія его имущества, подвергаетъ виновнаго уголовной отвѣтственности. (1869 г., № 321, Волейко и Кондратова. См. «Сводъ», т. III, № 31).

Такъ какъ для понятія мошенничества необходимо похищеніе, то заемъ денегъ при помощи ложныхъ увѣреній не можетъ считаться мошенничествомъ, «ибо заемъ денегъ не есть похищеніе ихъ, если заемщикъ не обвиняется въ ложномъ отрицаніи займа или въ другихъ какихъ либо дѣйствіяхъ, имѣющихъ значеніе уголовнаго обмана (1871 г., № 983, Доброхотова).

«Неисполненіе словеснаго договора и желаніе оттянуть выполнение заказной работы сами по себѣ не заключаютъ признаковъ мошенничества». (1870 г., № 80, Абрамова).

«Неисполненіе принятаго на себя обязательства и невозвращеніе взятыхъ денегъ составляетъ споръ о правѣ гражданскомъ, разрѣшаемый въ порядкѣ гражданского судопроизводства, а не мошенничество». (1870 г., № 952, Ольховскаго).

Неисполненіе обязанности уплатить въ случаѣ проигрыша денегъ, если данную за руки ассигнацію не размѣняютъ, составляетъ не мошенничество, а только неисполненіе гражданского обязательства, которое могло лишь быть поводомъ къ иску гражданскому, еслибы таковой могъ быть предъявляемъ по игорной сдѣлкѣ (1870 г., № 548, Городецкаго).

Отдача хозяиномъ въ наемъ помѣщенія, уже прежде сданнаго третьему лицу, составляетъ прямое нарушеніе гражданской сдѣлки, а не мошенничество, хотя бы даже со стороны перваго нанимателя и были сдѣланы какія-либо затраты на это помѣщеніе. (1869 г., № 813, Зубова).

«По нашимъ законамъ (ст. 1521 и 1522 т. X ч. 1-й), неуплата покупщикомъ за принятое отъ продавца движимое имущество условленныхъ денегъ не составляетъ уголовнаго проступка и подвергаетъ покупателя не отвѣтственности за обманъ, а лишь мѣрамъ гражданского взысканія. Дѣйствія покупателя, отрицающаго свой долгъ, изъ продажи движимости возникшей, тогда только получаютъ характеръ уголовнаго проступка, когда доказано, что фактъ покупки движимости дѣйствительно совершился, и что покупатель отрицаніемъ этого факта желалъ присвоить себѣ чужое имущество». (1870 г., № 1494, Духонина).

Точно также взятіе за долгъ двойнаго обезпеченія, вещами и векселемъ, не составляетъ мошенничества, если при этомъ виновными не было употреблено никакого обмана. (1869 года, № 185, Щербакова).

На томъ же основаніи самовольное оставленіе рабочимъ принятыхъ имъ на себя работъ и невозвращеніе хозяину задатка не можетъ быть разсматриваемо какъ мошенничество, а составляетъ нарушеніе договора найма и подлежитъ разбору на основаніи особыхъ постановленій, приложенныхъ къ 31 ст. полож. о губерн. и уѣздн. по крест. уѣламъ учреждений. (1867 г., № 502, Никифорова и др. См. «Сводъ», т. III, № 62).

«Не всякій обманъ составляетъ мошенничество, а только обманъ, для котораго употреблены средства, предающія ему характеръ уголовнаго проступка, предусмотрѣннаго въ законѣ. Неправильный гражданскій искъ, хотя бы онъ былъ и недобросовѣстнымъ, составляетъ лишь вызовъ къ разбору на судѣ оспариваемаго истцомъ права: слѣдовательно, не имѣетъ признаковъ уголовнаго обмана или мошенничества». 1869 г., № 609, Михайловыхъ; то же 1871 г., № 713, Ставровскаго).

Поэтому признавая чей-либо гражданскій искъ неправильнымъ, судъ не можетъ только на этомъ основаніи признавать истца виновнымъ въ намѣреніи получить вторично, при помощи обмана, требуемая деньги; напротивъ того, судъ долженъ прежде всего разсмотрѣть: заключаетъ ли подобный искъ такія условія, при которыхъ онъ могъ бы быть признанъ обманнымъ дѣйствіемъ въ смыслѣ законнаго опредѣленія мошенничества. (1870 года, № 146, Селезнева).

Подъ выраженіемъ «обманъ въ качествѣ товара» должно разумѣть или простое умолчаніе продавца о незамѣче



ускользающемъ отъ вниманія покупателя недостаткѣ товара, или положительное удостовѣреніе продавца въ наличности такого качества, которое не существуетъ, или же, наконецъ, особыя приготовления, особыя дѣянія, которыя имѣли цѣлью скрыть отъ покупателя недостатки предмета и утвердить въ немъ убѣжденіе въ справедливости увѣреній продавца». (1868 г., № 885, Колзакова).

Для признанія обмана уголовно-наказуемымъ недостаточно продажи предмета ненадлежащаго или условленнаго качества, а необходимо, чтобы виновный употребилъ при продажѣ особыя приготовления или совершилъ особыя дѣйствія съ цѣлью скрыть отъ покупателя недостатки продаваемаго предмета и при томъ съ цѣлью похищенія чужаго имущества. (1869 г., № 456, Половинкина; то же: 1869 г., № 185, Щербакова; 1869 г., № 263, Ходова; 1869 г., № 905, Терebeneина и Петровскаго; 1870 г., № 1388, Ковольскаго; 1871 г., № 513, Лосева и Клобукова; 1871 г., № 688, Шеголева; 1871 г., № 860, Данилова).

«Подъ обманомъ въ качествѣ товара въ смыслѣ уголовного преступленія могутъ считаться только тѣ случаи, когда продавецъ употребилъ какія-либо особыя приготовления для того, чтобы скрыть отъ покупателя недостатки предмета и утвердить въ немъ убѣжденіе въ справедливости его увѣреній относительно качества продаваемаго предмета; простое же умолчаніе о недостаткахъ продаваемой вещи, или же преувеличеніе достоинствъ ея, если при томъ покупатель могъ предостеречь себя отъ обмана при нѣкоторой съ его стороны осторожности, не составляетъ обмана въ смыслѣ уголовного преступленія и можетъ послужить только основаніемъ гражданскаго иска, по 1516 и 1517 ст. т. X ч. 1 зав. гр. (1869 г., № 742, Минца).

Доставленіе запроданнаго товара дурнаго качества хотя и включаетъ въ себя обманъ, но такого рода, что отъ него всякій, при обыкновенной осторожности и вниманіи, можетъ уберечься, а потому и не соответствуетъ понятію уголовно наказуемаго обмана, а подходитъ подъ дѣйствіе 1516 ст. т. X, ч. 1 и влечетъ за собою, въ случаѣ признанія судомъ недоброкачества доставленной движимости, возвращеніе продавцу, обязанному съ своей стороны возратить покупщику полученный отъ него задатокъ, но безъ всякой уголовной отвѣтственности. (1869 г., № 252, Гребенщикова; то же 1868 г., № 885, Колзакова).

Точно также «умолчаніе о недостаткахъ продаваемой вещи или же преувеличеніе достоинствъ ея, если при томъ покупатель могъ предостеречь себя отъ обмана при нѣкоторой съ его стороны осторожности, не составляетъ обмана въ смыслѣ уголовного преступленія и можетъ послужить только основаніемъ гражданскаго иска по 1516 и 1517 ст. т. X ч. 1» (1869 г., № 742, Минца).

Обманъ въ качествѣ товара, совершенный съ особыми приготовлениями, тогда только уголовно наказуемъ, когда онъ сдѣланъ съ цѣлью скрыть отъ покупателя недостатки продаваемого предмета и при томъ съ цѣлью похищенія имущества (1870 г., № 1460 Прохорова).

Поэтому напр. отпускъ изъ заведенія водки завода Ф. подъ этикетами завода К. тогда только можетъ быть признанъ мошенничествомъ, когда будетъ доказано, что водка завода Ф. ниже достоинствомъ и цѣною водки К., и что означенная наклейка чужихъ этикетовъ сдѣлана съ цѣлью похищенія чужаго имущества. (1870 г., № 1460, Прохорова).

Продажа тотемскаго вина съ фальшивымъ этикетомъ шампанскаго «Редереръ» составляетъ мошенничество. (1871 года, № 444, Федорова).

«Продажа неполновѣснаго хлѣба вполне подходитъ подъ мошенничество, такъ какъ проступокъ, этотъ заключается въ полученіи, посредствомъ изготовленія неполновѣсныхъ хлѣбовъ съ покупателя денегъ за большое количество товара, нежели въ дѣйствительности продано. (1871 г., № 628, Гринберга).

Присвоеніе денегъ, хотя и переданныхъ виновному самимъ владѣльцемъ, но не вслѣдствіе какой-либо гражданской сдѣлки, а въ силу обмана, сообщенія ложныхъ свѣдѣній, составляетъ мошенничество, а не простое неисполненіе гражданского договора. (1869 г., № 864, Боргезани и Хомутовой).

Побужденіе къ выдачѣ въ кредитъ товара сообщеніемъ ложныхъ извѣстій вполне подходитъ подъ 2 п. 174 ст. (1871 г., № 233, Будникова).

Кромѣ того уголовный кассационный департаментъ призналъ, что слѣдующіе случаи содержатъ въ себѣ всѣ существенныя условія мошенничества:

Промѣнъ лошади, при которомъ виновный, воспользовавшись простотою и довѣріемъ лица, сбылъ ему свою негодную лошадь. (1867 г., № 482);

Заборъ товара изъ лавки съ обѣщаніемъ заплатить слѣдующія за него деньги по доставкѣ его на домъ покупателю и за тѣмъ отказъ отъ этой уплаты. (1868 г., № 360).

Срав. «Сводъ», IV, 1951—2286.

§ 2. Гораздо больше недоразумѣній по отношенію къ разсматриваемому нами предмету могутъ возбуждать такъ называемыя права *семейственныя*, или точнѣе говоря, *права, сопряженныя съ существованіемъ законнаго брака*.

Съ существованіемъ законнаго брака, законъ связываетъ цѣлый рядъ правовыхъ отношеній; всѣ онѣ установлены законами *гражданскими* (т. X, ч. I, ст. 46, 100—118, 164—195). Напомнимъ здѣсь главнѣйшія изъ этихъ отношеній и соотвѣтствующихъ имъ обязанностей.

Изъ отношеній, порождаемыхъ законнымъ бракомъ, вытекаютъ, между прочимъ слѣдующія права обязанности:

### а) Изъ союза супружескаго.

#### а) *обязанности мужа:*

1) Жить съ женою совмѣстно (ст. 46 и 103); 2) жить съ нею *въ согласіи* (ст. 106); 3) любить ее, какъ собственное свое тѣло (тамъ же); 4) уважать ее; 5) извинять ея недостатки и обезпечить ея немощи и 6) давать ей пропитаніе и содержаніе (тамъ же).

Кромѣ того жена получаетъ право состоянія своего мужа и право наслѣдованія послѣ него.

#### б) *Обязанности жены:*

1) Повиноваться мужу, какъ главѣ семейства; 2) пребывать къ нему въ любви, почтеніи и въ неограниченномъ послушаніи; 3) оказывать ему всякое угожденіе и привязанность, какъ хозяйка дома (тамъ же ст. 107).

Кромѣ того и мужъ имѣетъ право наслѣдованія послѣ жены <sup>1)</sup>.

### б) Изъ союза родственнаго.

#### а) *Обязанности дѣтей:*

1) Оказывать родителямъ чистосердечное почтеніе, послушаніе, покорность и любовь; 2) служить имъ на самомъ дѣлѣ; 3) отзываться о нихъ съ почтеніемъ даже послѣ смерти; 4) сносить родительскія увѣщанія и исправленія терпѣливо и безъ ропота (тамъ же ст. 177), и 5) доставлять имъ пропитаніе и содержаніе (тамъ же, ст. 194).

<sup>1)</sup> Имѣетъ ли онъ право на содержаніе и пропитаніе, въ случаѣ бѣдности своей, со стороны жены?

б) Обязанности родителей:

1) давать дѣтямъ пропитаніе, одежду и воспитаніе (тамъ же, ст. 172); 2) обращать вниманіе на нравственное образованіе дѣтей; 3) домашнимъ воспитаніемъ приготовить нравы ихъ и содѣйствовать видамъ правительства (ст. 173), и 4) заботиться объ опредѣленіи ихъ на службу или по промыслу (ст. 174).

Относительно процессуальности этихъ правъ и соотвѣствующихъ имъ обязанностей ст. 1337 уст. гражд. судопр. постановляетъ: «суду гражданскому подлежатъ дѣла о сопряженныхъ съ существованіемъ законнаго брака гражданскихъ личныхъ и по имуществу правахъ, какъ самихъ супруговъ, такъ и рожденныхъ отъ ихъ брака дѣтей».

Но всѣ ли исчисленныя права и обязанности, сопряженныя съ существованіемъ законнаго брака, могутъ быть предметомъ гражданскаго судопроизводства?

Подлежатъ ли, напримѣръ, гражданскому суду просьбы супруговъ о принужденіи къ взаимному сожителству, или къ взаимной любви?

Могутъ ли быть предметомъ гражданскаго судопроизводства просьбы родителей объ отобраніи и отдачѣ имъ ихъ дѣтей, находящихся у третьихъ лицъ или у другаго родителя.

Вопросъ о процессуальности правъ, связанныхъ съ существованіемъ законнаго брака, заслуживаетъ внимательнаго разсмотрѣнія особенно потому, что наша судебная практика весьма шатка по этому предмету. Съ одной стороны оно допускаетъ иски о такихъ, связанныхъ съ существованіемъ законнаго брака правахъ, которыя по самой сущности своей не могутъ быть предметомъ гражданскаго судопроизводства; а съ другой стороны она отказываетъ въ полной процессуальности такимъ правамъ, которыя безъ всякаго сомнѣнія должны пользоваться охраною гражданскаго суда.

Такъ суды наши съ одной стороны принимаютъ къ своему разсмотрѣнію *иски* (sic?) одного изъ супруговъ объ отобраніи ихъ дѣтей отъ другаго, или иски мужей о понужденіи ихъ женъ къ совмѣстному съ ними сожителству <sup>1)</sup>, а съ дру-

<sup>1)</sup> «Сводъ» I, 6—12.

гой стороны практика наша отказывается, напимѣрь, въ искѣ объ уплатѣ мужемъ долговъ, сдѣланныхъ женою на свое содержаніе, вслѣдствіе отдачи имъ ей такового <sup>1)</sup>, или въ искѣ къ родителямъ, за содержаніе ихъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей, оставленныхъ имъ безъ пропитанія <sup>2)</sup>.

Это объясняется тѣмъ, что практика недостаточно различаетъ двойственную природу правъ семейственныхъ.

Отношенія, порождаемыя бракомъ, только одною и при томъ наименѣе важною стороною относятся къ области права. Важнѣйшія изъ этихъ отношеній, тѣ именно, которыя составляютъ самую сущность союзовъ брачнаго и семейственнаго, имѣютъ характеръ не правъ, а *власти*. Законъ нашъ даже прямо называютъ права мужа и родителей «*властями*» и при томъ «*неограниченными*» (т. X ч. I, ст. 179).

Власть же существенно отличается отъ права. Право существуетъ въ интересѣ лица, кому оное принадлежитъ; власть же, по европейски-христіанскимъ понятіямъ, существуетъ и имѣетъ право на существованіе *только въ интересъ подчиненныхъ ей*.

Власть, какъ полномочіе одного лица на *личность* другого, имѣющая въ виду интересъ власти-обладателя, есть *рабство*, осужденное и отверженное европейски-христіанской нравственностью.

Для разрѣшенія вопроса о томъ, какія изъ правъ и обязанностей, связанныхъ съ существованіемъ законнаго брака, могутъ быть предметомъ гражданскаго судопроизводства, необходимо разсмотрѣть различныя группы этихъ правъ, рѣзко отличающихся между собою по самой сущности своей.

1) Рожденіе въ законномъ бракѣ порождаетъ прежде всего *права родства и состоянія*.

Изъ этихъ правъ разсмотрѣнію гражданскихъ судовъ предоставлены только первыя (уст. гражд. судопр. 1346—1356). Дѣла же о правахъ состоянія предоставлены вѣдѣнію мѣстъ административныхъ — сословнымъ учрежденіямъ и департаменту герольдіи правительствующаго сената.

<sup>1)</sup> Тамъ же, 11.

<sup>2)</sup> Тамъ же, 18.

2) Власть супружеская (т. е. мужа) и родительская.

Эти власти, равно какъ и вытекающія изъ нихъ отношенія, какъ по своей сущности, такъ и по характеру дѣятельности нашихъ судовъ, не могутъ быть предметомъ гражданскаго судопроизводства.

По нашимъ законамъ суду гражданскому предоставлена только власть *разрѣшительная и постановительная*, т. е., вся ихъ дѣятельность исчерпывается *разрѣшеніемъ возникшихъ споровъ о правахъ* (порядокъ исковой) и *признаніемъ или утвержденіемъ правъ безспорныхъ* (порядокъ охранительный); но они вовсе лишены власти *декретальной и принудительной*. т. е., они не могутъ никого принуждать къ выполненію своихъ постановленій или налагать какіе-либо штрафы или наказанія за неисполненіе таковыхъ.

Между тѣмъ, разсматривая названныя власти и порождаемыя ими отношенія, нельзя не убѣдиться въ томъ, что онѣ для своего осуществленія никогда не могутъ нуждаться въ той дѣятельности, которая только и представлена нашимъ гражданскимъ судамъ.

Власти эти, какъ установленныя нашимъ закономъ, безспорны, и потому не могутъ быть предметомъ судебного разсмотрѣнія ни въ порядкѣ исковомъ, ни въ порядкѣ охранительномъ, такъ какъ онѣ не нуждаются въ признаніи или утвержденіи со стороны суда.

Споры могутъ возникать не о самихъ этихъ властяхъ, а объ ихъ возникновеніи, т. е., о законности брака или рожденія; но это не относится къ настоящему разсмотрѣнію.

Въ случаяхъ же нарушенія этихъ властей закономъ, съ одной стороны, даетъ законную возможность возстановленія ея посредствомъ другихъ органовъ государственной власти, а не гражданскаго суда; а съ другой стороны этотъ послѣдній, по нашимъ законамъ, лишенъ всякихъ способовъ возстановить эти власти или принудить къ подчиненію имъ.

Такимъ образомъ нарушенія власти родительской со стороны дѣтей устраняются по нашимъ законамъ или исправительными мѣрами со стороны самихъ родителей или при содѣйствіи суда (т. X, ч. I, ст. 165 и 166; улож. о наказ. ст. 1592; рѣш. угол. кассац. департ. 1868 г. № 555; «Сводъ»

IV, 1943 и 1944) или же въ порядкѣ публичнаго уголовнаго преслѣдованія (улож. ст. 1591).

Нарушенія родительской власти со стороны третьихъ лицъ, напримѣръ, самовольнымъ удержаніемъ ихъ дѣтей могутъ быть устраняемы привлеченіемъ виновныхъ въ томъ лицъ къ отвѣтственности или по постановленіямъ о паспортахъ (если дитя удерживается въ другомъ городѣ — уст. о паспорт. ст. 1) или же по постановленіямъ о самоуправствѣ или о противозаконномъ удержаніи или лишеніи свободы, если третье лицо не выдаетъ удерживаемаго имъ дитяти по требованію родителя.

Въ томъ же порядкѣ мужъ можетъ возстановить свою супружескую власть въ случаѣ нарушенія его права на совмѣстное съ женою своею сожительство: онъ можетъ или просить полицію воспретить ей отдѣльное сожительство по постановленіямъ устава о паспорт. или же, если она удерживается кѣмъ-либо насильственно, преслѣдовать это лицо въ порядкѣ уголовномъ.

Изъ изложеннаго, такимъ образомъ, усматривается, что родительская и супружеская власть, поколику онѣ вообще относятся къ области права, достаточно охраняются нашими законами внѣ порядка гражданскаго судопроизводства, тогда какъ судъ гражданскій лишенъ всякой возможности возстановлять эти власти въ случаѣ нарушенія ихъ.

Замѣтимъ, въ заключеніе, что тамъ, гдѣ законъ предоставилъ охраненіе этихъ властей суду гражданскому, онъ далъ ему право репрессіи въ случаѣ ослушанія его постановленій по сему предмету. Такъ, напримѣръ, по французскому праву, въ случаѣ отказа жены отъ сожительства съ своимъ мужемъ, судъ можетъ: 1) наложить арестъ на доходъ съ ея имущества (Daloz, *répert alphab.* X, 119 и 120; *répert. period.* 1833 г. II, 92; 1834 г. II, 143; 1863 г. I, 987; II, 164. Съ этимъ, впрочемъ, согласны почти всѣ французскіе юристы и французск. судебн. практика); 2) онъ можетъ принудить ее къ сожительству личнымъ задержаніемъ (Это право суда весьма спорно и въ литературѣ, и въ судебной практикѣ); 3) судъ можетъ наложить на нее штрафъ въ видѣ вознагражденія мужа за убытки (Daloz, 1863 г. I,

987); 4) судъ можетъ принимать противъ непослушной жены всякія другія, не противныя законамъ и нравственности, принудительныя мѣры (Daloz, *alphan.* X, 118), и, наконецъ, 5) мужъ можетъ принудить жену, къ совмѣстному съ нимъ сожителству, *mañ militari*, т. е. *вести ее въ свой домъ посредствомъ жандармовъ.* (Daloz, 1863 г. I, 587).

Нѣтъ сомнѣнія, что наши гражданскіе суды лишены права на указанные принудительныя мѣры, за исключеніемъ развѣ, ввода жены въ домъ мужа посредствомъ жандармовъ (*arg.* форма исполнительнаго листа); но и эта мѣра у насъ совершенно излишняя, за возможностью достиженія тѣхъ же результатовъ другими болѣе мягкими способами, а именно, воспрещеніемъ женѣ полиціею жительства на основаніи устава о паспорт. и привлеченіемъ ее къ отвѣтственности по ст. 61 уст. о наказ., налаг. мир. судьями.

Добавимъ еще въ заключеніе, что изъ всѣхъ личныхъ правъ, разсматриваемой нами категоріи, вытекающихъ изъ союза брачнаго, предметомъ гражданскаго иска можетъ быть только право жены на совмѣстное сожителство съ своимъ мужемъ, такъ какъ право это можетъ быть осуществлено или присужденіемъ мужа къ вознагражденію жены за убытки, причиненные отказомъ ей въ сожителствѣ, такъ и къ расходамъ на наемъ для нея квартиры <sup>1)</sup>.

2) Право на содержаніе и пропитаніе, какъ имѣющее имущественный характеръ, безспорно можетъ быть предметомъ гражданскаго судопроизводства.

*Примѣчаніе:* Говоря о правѣ на содержаніе и пропитаніе, мы не можемъ обойти молчаніемъ невѣрный взглядъ нашей кассационной практики на это право, хотя взглядъ этотъ касается собственно матеріальной стороны этого права.

Сенатъ, совершенно справедливо признавая это право *чистоличнымъ* и не передаваемымъ (и прибавимъ отъ себя — неподлежа-

<sup>1)</sup> Замѣтимъ, впрочемъ, что сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе, послѣдовавшее въ этомъ смыслѣ, признавъ, что судъ не въ правѣ присудить мужа къ дачѣ женѣ пропитанія въ случаѣ несогласія его на совмѣстное съ нею сожителство и до изьявленія имъ согласія на то (1870, № 799; «Сводъ» I, 12, изд. 2-е). Но, какъ извѣстно, сенатъ въ послѣднее время смягчилъ немного свой суровый, чуть ли не древне-римскій взглядъ на власть мужа, а потому практика наша можетъ не руководствоваться этимъ рѣшеніемъ сената.



шимъ никакимъ обязательнымъ юридическимъ сдѣлкамъ — см. «Сводъ» I, подъ № 12; рѣш. кассац. департ. 1868, № 461; «Сводъ» I, 10), высказываетъ тотъ взглядъ, что въ случаѣ недачи обязан- нымъ къ тому (мужемъ или родителями) пропитанія, лицо, имѣю- щее право на оное, равно какъ третье лицо, давшее ему таковое, не вправе требовать возмещенія расходовъ, сдѣланныхъ на содер- жаніе даннаго лица за время, въ которое оно не получило слѣдую- щаго ему содержанія. («Сводъ» I, 9, 11 и 18). Этотъ взглядъ не- вѣренъ; но не находя возможнымъ входить здѣсь въ догматиче- ское опроверженіе его, приведемъ здѣсь нѣкоторыя рѣшенія ино- странныхъ высшихъ судовъ, могущія служить руководствомъ и для нашей судебной практики.

1) *Обязанность родителей къ содержанію своихъ дѣтей.*

Городская дума г. Г., въ интересахъ общественнаго призрѣ- нія, была вынуждена оказать имущественную и медицинскую по- мощь дѣвушкѣ, лежавшей въ родахъ, и которой родитель ея упор- но отказывалъ въ помощи. По иску съ него городомъ возмѣще- нія сдѣланныхъ имъ на содержаніе его дочери, мюнхенскій кас- саціонный судъ призналъ отца, этой дѣвушки подлежащимъ от- вѣтственной по этому иску, какъ по изображеніямъ о *negotiorum gestio*, такъ и *ex quasi delicto*.

(Рѣш. мюнхенскаго кассац. суда 4 снт., 1844. *Gredy, zusam- menstellung*, стр. 69 и 70).

2) *Обязанность дѣтей къ содержанію родителей.* По прусскимъ законамъ, о бѣдныхъ (31 декабря 1842 г. и 21 мая 1855 г.) общи- на не вправе удалить отъ себя безъ помощи бѣдныхъ, хотя и принадлежащихъ къ другой общинѣ. На основаніи сего одна изъ общинъ въ Пруссіи, оказавъ помощь бѣдному, принадлежав- шему къ другой общинѣ, потребовала отъ нея возмѣщенія сдѣ- ланныхъ ею на то издержекъ, а эта послѣдняя, уплативъ эти из- держки, въ свою очередь, регрессивно, потребовала возмѣщенія этихъ издержекъ отъ сына того лица, коему было оказано по- собіе. Берлинскій оберъ-трибуналъ, въ качествѣ кассац. суда для рейнскихъ провинцій призналъ сына отвѣтственнымъ по этому иску (1860 г. 20 марта, *ibid* стр. 71).

3) По отношенію къ обязанности мужа доставлять женѣ своей содержаніе и пропитаніе, иностранная судебная практика безуслов- но признаетъ мужа обязаннымъ платить долги жены, сдѣланные ею вслѣдствіе неполученія ею отъ него содержанія, хотя бы онѣ жили несомѣстно съ нимъ, разумѣется не по своей винѣ.

3) Что касается правъ по имуществу, связанныхъ съ существованіемъ законнаго брака, то само собою разумѣется, что, согласно изложенному въ § 1, права эти могутъ быть предметомъ гражданскаго судопроизводства; замѣтимъ только, что по нашимъ законамъ бракъ и рожденіе не устанавливаютъ никакихъ имущественныхъ правъ, за исключеніемъ правъ на содержаніе и пропитаніе и права выкупа родовыхъ имуществъ.

А. Думашевскій.

## ЛИЧНЫЯ И ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ СУПРУГОВЪ.

(ОПЫТЪ ДОГМАТИКО-КРИТИЧЕСКАГО ИЗСЛѢДОВАНІЯ).

Ученіе о бракѣ, какъ и институтъ права, распадается на нѣсколько отдѣловъ сообразно самому свойству фактическаго содержанія этого ученія. Такимъ образомъ, прежде всего необходимо установить правила о самомъ возникновеніи брака, объ условіяхъ, необходимыхъ для возможности законнаго брака и о формѣ его совершенія. Вслѣдствіе того установленнаго еще римскими юристами естественнаго принципа, что уничтоженіе положенія извѣстныхъ правъ и обязанностей всегда должно соответствовать способу ихъ возникновенія и въ дѣйствительности обыкновенно находится въ зависимости отъ послѣдняго, ученіе о прекращеніи брака (разводомъ, смертью и пр.) обыкновенно излагается въ связи съ правилами его совершенія (система, принятая нашимъ сводомъ и многими другими кодексами). Затѣмъ слѣдуетъ ученіе о правахъ и обязанностяхъ, изъ брака вытекающихъ и имѣющихъ силу во все время его существованія—ученіе, которое по хронологическому порядку должно бы предшествовать правиламъ о расторженіи и прекращеніи брака. Послѣ этого слѣдуетъ система правилъ о тѣхъ правоотношеніяхъ, которыя возникаютъ только съ прекращеніемъ брака или какъ совершенно новыя права и обязанности (напр. право наслѣдованія супруговъ), или какъ видоизмѣненіе и осуществленіе правъ уже дѣйствовавшихъ во время брака, но только *in potentia* (возвращеніе приданаго и т. п.), или въ другомъ видѣ (сюда относятся правила о вліяніи развода на разныя супружескія права и т. под.). Этому отдѣлу кодексы и даже теоретики не отводятъ особаго мѣста, но излагаютъ его содержаніе въ различныхъ мѣстахъ (напр. о правѣ наслѣдованія супруговъ всѣ трактуютъ совсѣмъ не въ отдѣлѣ семейнаго, а наслѣдственнаго права). Наконецъ, отдѣльнаго изложенія требуютъ правила, относящіяся не къ первоначальному бытію семьи, состоящей изъ однихъ супруговъ, но къ дальнѣйшему ея росту и развитію, какъ естественному (союзъ родителей и дѣтей), такъ и искусственному (усыновленіе, опека).

Само собой понятно, что масса разнородныхъ правилъ, относящихся ко всѣмъ этимъ отдѣламъ семейнаго права, связана довольно тѣснымъ образомъ единствомъ своего происхожденія и отношенія къ одному общему институту брака. Характеръ воззрѣнія даннаго законодательства на основныя начала брачнаго права долженъ одинаково отражаться на всѣхъупомянутыхъ его отдѣлахъ. Невозможно поэтому ясное пониманіе одного изъ нихъ безъ близкаго знакомства съ другими. Предметомъ настоящаго очерка будетъ служить исключительно ученіе о тѣхъ правоотношеніяхъ, возникающихъ изъ брака, которыя дѣйствуютъ не до и не послѣ, но лишь во время существованія брачнаго союза. Однако же, совершенная невозможность полнаго изолированія одного отдѣла брачнаго права отъ другихъ заставитъ насъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ то возвращаться назадъ, говорить о правоотношеніяхъ добрачныхъ, то забѣгать впередъ, заглядывать въ будущую судьбу того или другаго правила по прекращеніи брака. Отступленія эти будутъ дѣлаемы однако же лишь при необходимости ихъ для уясненія вопроса, относящагося къ главному содержанию настоящаго изложенія.

Согласно общепринятой системѣ, имѣющей свое оправданіе въ самомъ свойствѣ предмета, мы будемъ говорить сперва о личныхъ, а затѣмъ объ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ. Замѣтимъ кстати, что термины эти не вполне соответствуютъ содержанию тѣхъ правилъ, которыя обыкновенно излагаются подъ этими рубриками, такъ какъ дѣло идетъ здѣсь часто не только объ отношеніяхъ между самими супругами, но объ отношеніяхъ каждаго изъ нихъ къ третьимъ лицамъ, насколько отношенія эти вытекаютъ изъ брака или имъ видоизмѣняются. Правильнѣе было бы говорить здѣсь «о вліяніи брака на личное и имущественное положеніе вступающихъ въ оный» — выраженіе болѣе сложное и неупотребительное.

## § 1. Юридическая природа брака. Вліяніе его на личное положеніе супруговъ.

Для того, чтобы понять характеръ правоотношеній, возникающихъ изъ брака, необходимо прежде всего уяснить себѣ, что такое самый бракъ съ точки зрѣнія чисто юридической, ибо невозможно понять послѣдствія, не зная сущности ихъ причины. Не вдаваясь здѣсь въ подробности по этому вопросу, относящемуся до другаго отдѣла семейнаго права, ограничимся нѣкоторыми краткими замѣчаніями.

Христіанская церковь, по мѣрѣ усиленія ея вліянія на гражданскій бытъ европейскихъ народовъ, все болѣе выдвигала свое ученіе о нравственно-религіозномъ характерѣ брака и преобладающемъ зна-

ченіи въ семейномъ правѣ элемента церковнаго. Но до полнаго отрицанія правовой стороны брака церковь никогда не доходила, такъ какъ отрицаніе это шло бы въ разрѣзъ съ очевидностью. Если, какъ мы видимъ повсемѣстно, бракъ и его послѣдствія имѣютъ огромное значеніе для самыхъ разнообразныхъ сферъ гражданского, уголовного и общественнаго права, то присвоивать ему характеръ единственно религіознаго акта, очевидно, невозможно. Ничто не можетъ производить послѣдствій чуждыхъ его природѣ, а потому религіозный актъ не могъ бы имѣть такихъ многочисленныхъ гражданскихъ результатовъ, какъ мы это видимъ на бракѣ. Вотъ почему сами учителя церкви различали въ бракѣ тройственные элементы: религіозный, правовой и естественный, физическій. Но въ чемъ заключается сущность юридической природы брака? Юристы, имѣя въ виду, что во всѣхъ законодательствахъ болѣе развитыхъ, непринужденное согласіе брачующихся считается необходимымъ и главнымъ условіемъ дѣйствительности брака (*consensus facit nuptias* — говоритъ каноническое право), и что это согласіе двухъ лицъ есть основаніе всего договорнаго права, относить, по аналогіи, бракъ къ числу договоровъ. Но свойство всякаго договора заключается въ томъ, что онъ производитъ для обоихъ контрагентовъ, или для одного изъ нихъ, *опредѣленные* обязанности, соотвѣтствующія такимъ же опредѣленнымъ правамъ другой стороны. Является вопросъ: какія именно обязательства рождаетъ бракъ, какъ договоръ? Юристы по своему усмотрѣнію выставляютъ то одну, то другую составную часть брачной жизни, какъ главное содержаніе брачнаго контракта. Такъ, одни указываютъ на рожденіе дѣтей, другіе — на удовлетвореніе половой потребности, третьи — на договоръ взаимной помощи и содержанія, какъ на существо брачнаго контракта. Но — какъ справедливо замѣтилъ Вальтеръ — подобныя опредѣленія, принятія и нѣкоторыми кодексами, ошибочны, и брачный договоръ производитъ не опредѣленные, частныя обязательства, подобно другимъ договорамъ, а совсѣмъ другаго рода правовое отношеніе — общеніе интересовъ всей жизни двухъ лицъ. Вотъ почему другіе совсѣмъ отрицаютъ договорный характеръ брака (Гесель, Арсисъ, Тренделенбургъ) и видятъ въ немъ правовое явленіе *sui generis*, не имѣющее ничего общаго съ договорнымъ правомъ <sup>1)</sup>. Какъ бы то ни было, будемъ ли относить бракъ къ категоріи договоровъ или отведемъ ему особое мѣсто въ системѣ права (послѣднее во всякомъ случаѣ будетъ вѣрнѣе), несомнѣнно то, что онъ есть институтъ права въ полномъ смыслѣ. У насъ законъ нигдѣ не даетъ опредѣленія брака,

<sup>1)</sup> *Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart*, 1863. s. 130.

но косвенно даетъ понять (напр. въ ст. 1113 Т. X ч. 1), что онъ видитъ въ немъ только церковное таинство или, лучше сказать, религиозный актъ. Этотъ взглядъ, какъ извѣстно, поддерживается кассационнымъ сенатомъ въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ. Но не трудно доказать, что этотъ взглядъ ошибоченъ, даже съ точки зрѣнія русскаго права. Справедливо, что законодательство наше придаетъ преимущественное значеніе религиозному моменту въ бракѣ. Съ этой стороны вѣрно мнѣніе, высказанное уже давно, что по своду бракъ есть институтъ естественный и нравственный, а не гражданско-политическій, брачующіеся рассматриваются какъ люди, а не какъ граждане, и церковные законы имѣютъ здѣсь преобладаніе <sup>1)</sup>). Но внутренняя несостоятельность этого взгляда привела къ тому, что самъ законъ во многомъ отъ него отступается. Это видно изъ слѣдующаго.

1) Законъ признаетъ бракъ съ правовой стороны и тамъ, гдѣ религиозное его значеніе положительно отрицается самими брачующимися (см. ст. 76 Зак. Гражд.).

2) У насъ есть много правилъ о бракѣ, которыя не имѣютъ никакого основанія въ каноническихъ законахъ (напр. разрѣшеніе начальства для вступленія въ бракъ) и обязательная сила которыхъ признается церковью только потому, что «Христіанская Церковь всякую законную власть въ обществѣ признаетъ благоучрежденною и всегда ограждаетъ своимъ вліяніемъ законныя отношенія подчиненности» <sup>2)</sup>, а не въ силу церковнаго ученія о бракѣ.

3) У насъ есть даже такія правила о бракѣ, которыя противорѣчатъ каноническимъ правиламъ (правила о смѣшанныхъ бракахъ), или не согласны съ ихъ духомъ и направленіемъ (напр. ограниченіе свободы военнотружущихъ относительно вступленія въ бракъ).

Если имѣть въ виду эти факты, нельзя не убѣдиться, что признаваніе закономъ брака за религиозный актъ есть чисто формальное, но не характеризуетъ безусловно дѣйствительнаго состоянія нашего брачнаго права. Впослѣдствіи мы будемъ имѣть случай видѣть, что вопросъ о характерѣ брака по нашему закону имѣетъ практическое значеніе и для предметовъ настоящаго изложенія. Теперь же перейдемъ къ юридическимъ послѣдствіямъ брака во время его существованія и остановимся на томъ вліяніи, которое оказываетъ бракъ на личное положеніе брачующихся.

Здѣсь предстоитъ разрѣшить вопросъ о томъ, какое вліяніе имѣетъ бракъ на опекуное состояніе лицъ вступающихъ въ оный?

<sup>1)</sup> Якубовскій въ *Zeitschrift f. Gesetzg. u. Rechtsw. d. Ausl.*, B. XV, s. 214.

<sup>2)</sup> «Правосл. Собесѣдникъ» 1859. кн. 2, 392.

Гражданское совершеннолѣтіе достигается на 21 году, а вступленіе въ бракъ возможно для мужчины по достиженіи 18-лѣтняго возраста, для женщины—16-лѣтняго. Спрашивается: если вступившіе въ бракъ не достигли 21 года, имѣетъ ли бракъ какое-нибудь вліяніе на ихъ подопечное состояніе, и если имѣетъ—то какое именно?

Здѣсь слѣдуетъ различать два вопроса: 1) относительно обоихъ супруговъ—не служитъ ли бракъ поводомъ къ эманципации ихъ изъ подъ опеки? 2) Относительно жены—если первый вопросъ разрѣшается отрицательно, то не переходитъ ли опекунское надъ ней право отъ прежняго опекуна къ мужу? Здѣсь мы будемъ говорить только о первомъ вопросѣ, а второй будетъ разсмотрѣнъ при изложеніи взаимныхъ отношеній супруговъ.

По французскому праву (code civil, art. 476) вступленіе въ бракъ несовершеннолѣтняго освобождаетъ его отъ опеки во всякомъ случаѣ, находился ли онъ подъ опекой родителей или постороннихъ лицъ. Постановленіе это мотивируется французскими юристами слѣдующимъ образомъ. 1) Родители и вообще восходящіе могутъ добровольнымъ актомъ эманципировать находящееся въ зависимости отъ нихъ лицо. 2) Согласіе этихъ лицъ на вступленіе въ бракъ необходимо, безъ него бракъ недействителенъ. 3) Слѣдовательно, если малолѣтній вступилъ въ бракъ, то не иначе, какъ съ согласія восходящихъ родственниковъ или опекуна. 4) Это согласіе законъ разсматриваетъ какъ актъ подразумеваемой эманципации. Согласившись на то, чтобъ малолѣтній устроилъ свой домашній очагъ, пріобрѣлъ хозяйственную самостоятельность, опекуны его тѣмъ самымъ изъявили согласіе на освобожденіе его изъ подъ опеки въ виду признанной ими его благонадежности и умственной развитости. 5) Относительно мужчины, который вступая въ бракъ пріобрѣтаетъ личную власть надъ женой и будущими дѣтьми, несообразно было бы допустить, что онъ, управляя другими, самъ долженъ еще находиться въ зависимости отъ опеки. 6) Женщина тоже со вступленіемъ въ бракъ пріобрѣтаетъ значительную долю самостоятельности; притомъ же она дѣлается зависимою отъ мужа, который играетъ по отношенію къ ней роль опекуна. Поэтому, нѣтъ основанія и практически неудобно было бы удержать прежнюю надъ нею власть опекунскую. Вообще семейство, которое признаетъ своего несовершеннолѣтняго члена достаточно зрѣлымъ для вступленія въ бракъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, хотѣло бы удержать его въ опекѣ, впадо бы въ необъяснимое противорѣчіе<sup>1)</sup>. Правило французскаго кодекса основано на исконныхъ германскихъ обычаяхъ и потому, по

<sup>1)</sup> Oudet, Du droit de famille, 1867. p. 387.

мнѣнію Краута, автора лучшаго до сихъ поръ сочиненія объ опекахъ, оно должно дѣйствовать и въ предѣлахъ т.-назв. общегерманскаго права <sup>1)</sup>).

Не трудно видѣть, что соображенія эти, а слѣдовательно и основанное на нихъ правило, мало примѣнимы къ русскому праву. 1) У насъ согласіе родителей и опекуновъ не есть условіе необходимое для дѣйствительности брака, стало быть нельзя сказать, что каждый бракъ предполагаетъ согласіе кого слѣдуетъ на эманципацію брачущагося. 2) Даже тамъ, гдѣ согласіе на бракъ дано самымъ торжественнымъ образомъ, нельзя видѣть въ немъ подразумѣваемой эманципаціи по той простой причинѣ, что у насъ совсѣмъ нѣтъ эманципаціи, вытекающей изъ доброй воли родителей или семейнаго совѣта. 3) Со вступленіемъ въ бракъ мужчина не пріобрѣтаетъ собственно опекунскаго права надъ женщиной (по крайней мѣрѣ въ отношеніи имущественномъ), а жена въ свою очередь не подпадаетъ подъ опеку мужа. Поэтому отпадаетъ часть соображеній изложенныхъ выше относительно французскаго права (sub. 5, 6). Такимъ образомъ остается одно то соображеніе, что есть несомнѣнное противорѣчіе между самостоятельностью, пріобрѣтаемой брачущимися въ своей семьѣ, и зависимостью ихъ на прежнемъ основаніи отъ опеки. Но этотъ логическій доводъ самъ по себѣ недостаточно силенъ, если не найти ему подтвержденій въ положительномъ законѣ. Мнѣ извѣстно рѣшеніе одного мирового судьи, который, вскорѣ по введеніи въ той мѣстности судебныхъ уставовъ, когда «внутреннее убѣжденіе» принималось еще многими за главный руководитель новаго суда по совѣсти, призналъ, что женщина малолѣтняя должна отвѣчать за выданное ею безъ согласія опеки обязательство на томъ основаніи, что она была замужемъ: лицо, признанное достаточно зрѣлымъ для принятія на себя столь серьезныхъ обязанностей, сопряженныхъ съ бракомъ, должно считаться и довольно зрѣлымъ для мелкихъ денежныхъ обязательствъ — таковъ былъ мотивъ этого рѣшенія. Разумѣется оно было отмѣнено съѣздомъ и юристы видѣли въ немъ верхъ несообразности. Но читатель можетъ видѣть, что въ мотивѣ этомъ есть серьезный юридическій смыслъ, который принимается во вниманіе болѣе развитыми законодательствами, чѣмъ наше. Если, однако же, обратиться къ закону, мы найдемъ слѣдующее:

Возьмемъ случай болѣе обыкновенный, когда малолѣтній вступающій въ бракъ, находится подъ опекой родителей. Родители суть естественные опекуны своихъ дѣтей, если по какой-нибудь причинѣ не

<sup>1)</sup> Видшейдъ Pandekten, 3 Aufl. В. II, s. 437, прим. 5.



назначены къ нимъ другіе опекуны. Замѣтимъ здѣсь кстати, что пунктъ этотъ не ясно понимается нѣкоторыми изъ нашихъ юристовъ. Такъ, г. Юреневъ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: родители управляютъ имѣніемъ дѣтей на правѣ опекуномъ. Одна родительская власть не даетъ еще права быть законнымъ представителемъ малолѣтняго: поэтому и на судѣ представителемъ малолѣтняго можетъ быть только его опекунъ. Между тѣмъ, ст. 19 Уст. Гражд. Суд. говоритъ: «за всѣхъ состоящихъ подъ опекой ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители или опекуны». Редакція этой статьи, по мнѣнію г. Юренева, ошибочна <sup>1)</sup>).

Разсужденіе это не вѣрно. Ст. 19 Уст. Гр. Суд. повторяетъ только въ болѣе сжатой формѣ содержаніе ст. 171 Т. X, ч. 2 («мѣсто малолѣтнихъ заступаютъ на судѣ опредѣленные къ нимъ опекуны, а мѣсто малолѣтнихъ, кои опекуновъ не имѣютъ, — родители ихъ и стряпчіе») и нисколько не противорѣчитъ правиламъ гражданскихъ законовъ. Дѣло въ томъ, что хотя родители управляютъ имуществомъ дѣтей на томъ же основаніи, какъ опекуны посторонніе, но они пользуются этимъ правомъ по естественному своему положенію, тогда какъ другой опекунъ долженъ быть созданъ завѣщаніемъ или распоряженіемъ опекунской власти. У родителя опекунское право *предполагается*, пока не будетъ доказано, что имѣется другой опекунъ, тогда какъ постороннее лицо, являющееся въ судѣ въ качествѣ опекуна, должно предварительно доказать свое званіе — таковъ смыслъ упомянутыхъ статей Т. X, ч. 1 и Уст. Гр. Суд., и ошибки въ редакціи тутъ никакой нѣтъ. Итакъ, родители имѣютъ естественное опекунское право относительно малолѣтнихъ дѣтей. Законъ различаетъ двѣ составныя части этого права: личную власть надъ дѣтьми и завѣдыванье ихъ имуществомъ. Относительно вліянія брака на первую часть опекунскаго права родителей имѣемъ указанія въ слѣдующихъ двухъ статьяхъ: по ст. 108 зак. гражд., жена обязана преимущественнымъ повиновеніемъ волѣ своего супруга, хотя притомъ и не освобождается отъ обязанностей въ отношеніи къ ея родителямъ. Такъ какъ не сказано, какія именно обязанности къ родителямъ остаются на дочери послѣ брака, и какъ разрѣшить столкновенія между двумя властями, мужа и родителей, то нельзя отсюда вывести никакого опредѣленнаго заключенія по нашему вопросу.

Ст. 179 ib. Личная родительская власть не прекращается, но ограничивается... вступленіемъ дочери въ замужество, поелику одно лицо двумъ неограниченнымъ властямъ, каковы: родительская и су-

<sup>1)</sup> Журн. «Гражд. и Торг. Права» за 1872 г., кн. 2, 352.

пружняя, совершенно удовлетворить не въ состояніи, и дочь, основавшая домъ свой и прильпившаяся къ мужу, не можетъ быть подвержена повиновенію родителей въ такой же мѣрѣ, какъ другія находящіяся при нихъ дѣти. Тутъ опять та же неопредѣленность выражений, изъ которыхъ нельзя сдѣлать никакого юридическаго вывода. Если спросимъ себя: продолжается ли послѣ брака дѣтей обязанность родителей заботиться объ ихъ пропитаніи, воспитаніи и пр. (ст. 172 — 74 Зак. Гр.), то не найдемъ ни въ упомянутыхъ статьяхъ, ни въ другихъ законахъ никакого указанія на разрѣшеніе этого вопроса. Съ одной стороны отсутствіе изъятія въ законѣ заставляетъ признавать, что малолѣтній сынъ напр. можетъ и по вступленіи въ бракъ требовать отъ родителей пропитанія. Точно также, дочь вышедшая замужъ можетъ требовать содержанія отъ родителей, хотя обязанность пропитанія ея лежитъ уже на мужѣ, ибо если обязанности ея къ родителямъ не прекратились (ст. 108 и 179), то и права должны существовать въ добрачномъ ея состояніи. Съ другой стороны, въ пользу освобожденія родителей отъ этихъ обязанностей, говоритъ то, что бракъ обыкновенно влечетъ за собой отдѣленіе дѣтей отъ родительскаго дома, обезпеченіе ихъ со стороны родителей выдѣломъ части имущества, подготовкой къ имущественной самостоятельности. Относительно освобожденія родителей отъ обязанности содержать малолѣтнюю дочь, вышедшую замужъ, можно представить два довода. Во-первыхъ при бракѣ дочерей обыкновенно имъ выдѣляется приданое, которое имѣетъ своимъ назначеніемъ замѣнить собой имущественныя претензіи ихъ къ родительской семьѣ и служить фондомъ обезпеченія ихъ въ замужствѣ. Если приданое можетъ даже замѣнить собой наследственныя права женщины въ имуществѣ родителей (ст. 1001 — 1005 Зак. Гр.), то тѣмъ болѣе въ полученіи приданого можно видѣть отказъ дочери отъ права на пособіе изъ имущества родителей при ихъ жизни. Во-вторыхъ, нѣтъ никакого смысла удерживать для женщины двойное право на пропитаніе изъ имѣнія родителей и мужа. Последнее должно считаться достаточнымъ для ея обезпеченія и нѣтъ основанія присвоивать одному лицу двойныя права одного и того же рода.

Въ томъ случаѣ, если бракъ состоялся безъ согласія родителей уничтоженіе обязанности, возложенной на нихъ въ ст. 172, по нашему мнѣнію, вытекаетъ изъ ст. 1566 Улож. о нак. На основаніи этой статьи, дѣти вступившія въ бракъ безъ согласія родителей могутъ быть послѣдними лишены наследства. Допустить, что при такомъ положеніи на родителяхъ лежитъ обязанность пропитанія дѣтей; вступившихъ въ бракъ безъ ихъ согласія, значило бы допустить

явную несообразность въ законѣ: большее право всегда заключаетъ въ себѣ меньшее, а лишеніе наслѣдства есть болѣе нарушеніе естественныхъ правъ дѣтей въ семьѣ, чѣмъ лишеніе права пропитанія.

Что касается опекунской власти родителей надъ имуществомъ дѣтей, то только относительно губерній: черниговской и полтавской есть положительное правило, что право это по отношенію къ дочерямъ прекращается выходомъ ихъ замужъ (ст. 295 Зак. Гр.). Изъ этой статьи нельзя вывести никакого заключенія ни pro, ни contra существованія такого же правила по общему закону. Затѣмъ есть еще правило относительно государственныхъ крестьянъ, что при выходѣ дѣвицъ замужъ опека надъ ними прекращается и питомицы вступаютъ сами во владѣніе своимъ имуществомъ (ст. 323 Зак. Гр.); но, какъ мы увидимъ послѣ, и этотъ законъ не даетъ надежной точки опоры по этому предмету. Никакихъ указаній нѣтъ на вліяніе брака на опеку не родителей, а постороннихъ лицъ. Въ суммѣ мы получаемъ слѣдующее: законъ нигдѣ не устанавливаетъ правила о томъ, какое вліяніе имѣетъ бракъ на подопечное состояніе брачующихся. Но, съ другой стороны, бракъ производитъ такую значительную перемѣну въ имущественномъ и личномъ положеніи малолѣтняго, что довольствоваться простымъ утвержденіемъ, будто онъ юридически не имѣетъ никакого значенія относительно опеки, невозможно. Тѣ самыя практическія потребности, которыя въ другихъ странахъ вызвали правила эманципации бракомъ, дѣйствуютъ у насъ и вызвали не общій принципъ, но нѣсколько частныхъ и мѣстныхъ правилъ. Правила эти касаются единственно малолѣтнихъ женщинъ по двумъ причинамъ. Во-первыхъ потому, что женщины гораздо чаще мужчинъ вступаютъ въ бракъ въ состояніи несовершеннолѣтія. Во-вторыхъ, въ виду того, что выходе замужъ женщина становится въ зависимость личную, а отчасти и имущественную отъ мужа; поэтому неизмѣненное состояніе опекунской надъ нею власти было бы вдвойнѣ неудобно. Остается желать только, чтобы идея, уже просвѣчивающая въ законѣ объ освобождающемъ значеніи брака, относительно опеки, была обобщена и принята во вниманіе при предстоящемъ въ непродолжительномъ времени пересмотрѣ нашихъ законовъ объ опекахъ.

Другой вопросъ, подлежащій разсмотрѣнію подъ этой рубрикой, заключается въ слѣдующемъ: какое вліяніе имѣетъ бракъ на опредѣленіе мѣста жительства (*domicilium*) жены, именно по отношенію къ подсудности? Дѣло въ томъ, что по закону супруги обязаны жить вмѣстѣ, т. е. жена предполагается закономъ живущей тамъ же, гдѣ и мужъ. Когда предположеніе это фактически вѣрно, тогда жена, конечно, будетъ подсудна тому же суду въ округѣ котораго живетъ

мужъ, уже по одной той причинѣ, что и она живетъ тамъ же. Но, какъ мы увидимъ послѣ, не только фактически, но и юридически возможны многіе случаи, когда жена живетъ отдѣльно отъ мужа. Спрашивается, продолжается ли и въ этомъ случаѣ ея подсудность по жительству мужа или тутъ имѣетъ значеніе мѣсто ея фактическаго пребыванія? По этому вопросу у насъ существуютъ два мнѣнія. Московская Судебная Палата по одному дѣлу установила слѣдующій взглядъ. По силѣ ст. 103 Зак. Гр., жена, по предъявленнымъ къ ней искамъ, подсудна тому суду, въ округѣ котораго мужъ имѣетъ дѣждность, хотя бы она въ то время не жила съ нимъ, а въ другомъ мѣстѣ <sup>1)</sup>).

Палата держится стало быть строго формальнаго взгляда, утверждая, что при опредѣленіи того постояннаго мѣста жительства, о которомъ говоритъ ст. 203 Уст. Гр. Суд. нужно имѣть въ виду не фактическое пребываніе, какъ единственное основаніе, но въ случаяхъ, когда законъ потому или другому поводу признаетъ жительство отвѣтчика въ данномъ мѣстѣ, подсудность должна опредѣляться именно этими законными презумпціями домициля.

Другаго мнѣнія г. Побѣдоносцевъ, утверждающій слѣдующія положенія: «Подсудность опредѣляется вообще дѣйствительнымъ, а не предполагаемымъ мѣстомъ жительства, хотя бы предположеніе основано было на законѣ, опредѣляющемъ признаки мѣста жительства... Поелику мужъ и жена раздѣльны въ правахъ по имуществу, то нѣтъ основанія въ искахъ по имуществу привлекать жену къ суду по мѣсту жительства мужа, если она живетъ отдѣльно, хотя бы жена и не могла оправдать предъ закономъ свое отдѣльное жительство» <sup>2)</sup>). Въ другихъ странахъ новые процессуальные законы склонны признавать подсудность жены независимою отъ мѣста жительства мужа и въ томъ случаѣ, когда раздѣльная жизнь супруговъ не имѣетъ легальнаго оправданія; между тѣмъ, какъ прежніе законы различали *domicilium voluntarium* и *necessarium* и къ послѣднему относили подсудность замужней женщины по жительству мужа. Это различіе между прежними и новыми законодательствами объясняется тѣмъ, что современное право по возможности избѣгаетъ фикцій всякаго рода и относительно подсудности придаетъ значеніе только фактическому пребыванію <sup>3)</sup>). Когда дѣло идетъ о гражданскомъ процессѣ, суду нѣтъ никакого дѣла до того, на какомъ основаніи отвѣтчикъ живетъ здѣсь, а не въ другомъ мѣстѣ, гдѣ ему можетъ быть слѣдовало бы жить по требованію закона; опредѣленіе подсудности имѣетъ одну

<sup>1)</sup> Опредѣленія Моск. Суд. Пал. за 1867 г. № 4.

<sup>2)</sup> Судебное руководство, тезисы 44 и 316.

<sup>3)</sup> Эндеманъ, *Deutsches Civilprocessrecht*, s. 203.

практическую задачу — облегчить отвѣтчику производство дѣла и обезпечить суду возможность удобныхъ сношеній съ сторонами, и потому дѣйствительное пребываніе отвѣтчика одно имѣть для него значеніе; — такова мысль руководящая новыми процессуальными законами, — мысль вполне примѣнимая и къ нашему праву въ виду отсутствія прямого разрѣшенія вопроса въ законѣ. Въ самомъ дѣлѣ, если третье лицо взыскиваетъ, положимъ, долгъ съ жены, какое суду дѣло до того, исполняетъ ли жена обязанности къ мужу и живетъ совместно съ нимъ или нѣтъ? Итакъ, несомнѣнно взгляды г. Побѣдоносцева на этотъ вопросъ правиленъ, но мотивъ имъ выбранный намъ кажется крайне неудачнымъ. Подсудность по мѣсту жительства относится къ личному; а не къ имущественному положенію лица; поэтому, раздѣльность имущества супруговъ не имѣетъ здѣсь никакого значенія, а въ личномъ отношеніи жена подчинена власти мужа, которую законъ называетъ неограниченною. Слѣдовательно, съ этой стороны скорѣе можно придти къ взгляду Московской Судебной Палаты, чѣмъ къ противоположному заключенію. И какъ быть въ тѣхъ имущественныхъ искахъ къ женѣ, гдѣ зависимость ея отъ мужа обнаруживается въ самомъ искѣ, напр. при искахъ, вытекающихъ изъ договора личного найма жены или выданнаго ею векселя, что возможно только съ согласія мужа? Единственное объясненіе взгляда г. Побѣдоносцева, заключается въ природѣ самихъ законовъ о подсудности и вотъ почему взглядъ этотъ проникаетъ въ новые кодексы европейскихъ народовъ, не смотря на то, что имущественная раздѣльность супруговъ не признается ни однимъ изъ нихъ въ томъ видѣ, какъ у насъ.

## § 2. Личныя права и обязанности, общія обоимъ супругамъ.

Разсмотрѣнные вопросы относятся къ перемѣнамъ въ личномъ состояніи супруговъ, составляющимъ результатъ брака. Но, главнѣйшимъ образомъ, бракъ производитъ цѣлый рядъ взаимныхъ между супругами обязанностей, распределенныхъ, однако же, неравномѣрно, сообразно особенностямъ положенія каждаго супруга въ семьѣ. Такимъ образомъ здѣсь можно различить три группы правоотношеній:

- 1) права и обязанности, общія обоимъ супругамъ;
- 2) принадлежащія исключительно мужу;
- 3) принадлежащія исключительно женѣ.

Остановимся прежде на первомъ отдѣлѣ. Вникая въ природу брака и отдѣльныя разбросанныя въ разныхъ мѣстахъ постановленія закона, находимъ слѣдующія относящіяся сюда правила.

а) Въ силу самой сущности брака супруги одинаково обязаны одинъ другому супружескимъ сожитіемъ (*debitum conjugale*). Въ нѣкоторыхъ кодексахъ (напр. итальянскомъ, ст. 130) обязанность эта прямо установлена закономъ. Въ другихъ (напр. французскомъ) она выводится юристами путемъ логическаго толкованія <sup>1)</sup>. По мнѣнію Штубенрауха, комментатора австрійскаго кодекса, хотя принужденіе къ исполненію этой обязанности немислимо, но нарушеніе ея можетъ быть предметомъ судебного иска, подобно тому, какъ допускается искъ по нарушенію ангажемента къ пѣнію, неисполненію музыкальной композиціи и т. под., хотя и тутъ прямаго принужденія быть не можетъ. Чтобъ понять практическое значеніе иска, о которомъ говорить Штубенраухъ, нужно имѣть въ виду постановленія прусскаго уложенія (титулъ о бракѣ §§ 178—80 и 694), въ силу которыхъ неисполненіе упомянутой обязанности безъ законной причины (напр. болѣзни, кормленія дѣтей) даетъ другому супругу право требовать развода. При такой положительной санкціи обязанность эта, хотя и недопускающая прямаго принужденія, получаетъ вполне юридическій характеръ. Весьма естественно допускать въ подобномъ случаѣ, въ виду безусловнаго нарушенія основнаго требованія брачнаго союза, для обиженнаго супруга право на юридическое расторгненіе брака, уже растергнутаго фактически. У насъ, однако, подобной причины развода не существуетъ, и самое положеніе вопроса о юридическомъ значеніи *debitum conjugale* у насъ совсѣмъ иное. Въ другихъ странахъ давно совершилась секуляризація брачнаго права, и гражданскіе законы разсматриваютъ бракъ исключительно съ правовой точки зрѣнія. У насъ же удержалась еще юрисдикція духовныхъ судовъ по семейнымъ дѣламъ, и потому вопросы въ родѣ того, о которомъ мы говоримъ теперь, если и возникаютъ на практикѣ, то относятся къ вѣдѣнію духовныхъ судовъ, гдѣ они разрѣшаются уже не по началамъ положительнаго права. Собственно говоря обязанность сожитія должна признаваться у насъ дѣйствующимъ закономъ, не смотря на молчаніе свода, въ силу того, что законъ признаетъ обязательнымъ постановленія восточной церкви по брачному праву, а постановленія эти говорятъ: «Оба супруга обязаны къ сожитію и могутъ отказаться отъ него только по уважительнымъ причинамъ» <sup>2)</sup>. Но, при отсутствіи всякой санкціи этого правила на случай его нарушенія (напр. возможности развода), оно теряетъ юридическій характеръ у насъ.

б) Супружеская вѣрность есть другая обязанность, которая по нашему праву лежитъ одинаково на обоихъ супругахъ. По французскому

<sup>1)</sup> Oudot, p. 58.

<sup>2)</sup> Цасманъ, das Eherecht der orientalischen Kirche, s. 719.

и итальянскому праву законъ строже относится къ нарушенію ея женой, чѣмъ мужемъ. У насъ такого различія нѣтъ (ст. 585 улож. о нак.). Санкція этой обязанности заключается въ правѣ обиженнаго супруга требовать развода (по прелюбодѣянію, ст. 45 т. X ч. 1). Невѣрность одного супруга — какъ оговариваетъ прусскій законъ (§ 181, 182 ib.) — не даетъ права другому измѣнить своему долгу. Такая оговорка необходима тамъ, гдѣ бракъ прямо признанъ однимъ изъ видовъ договора (какъ въ прусскомъ законѣ), а юриспруденція признаетъ за каждымъ контрагентомъ право нарушенія договора, неисполненнаго другою стороною (*exceptio non adimpleti contractus*).

в) Нравственная связь, лежащая въ основаніи брака, проявляется и въ области права многочисленными постановленіями, видоизмѣняющими взаимное отношеніе супруговъ согласно идеѣ брака и его требованіямъ. Нашъ законъ говоритъ только объ обязанности мужа любить жену (ст. 106 З. Гр.), но въ такой неопредѣленной формѣ выражений, что можно подумать, будто правило это имѣетъ только чисто нравственный характеръ, что, однако же, невѣрно. Такимъ образомъ въ ст. 1516 улож. о нак. читаемъ слѣдующее. «Къ наказаніямъ, въ ст. 1514 опредѣленнымъ, приговариваются тѣ, которые, будучи обязаны по званію или долгу природы или данному обѣщанію имѣть попеченіе... о больномъ или по иной причинѣ лишенномъ силъ или умственныхъ способностей человѣкѣ, съ намѣреніемъ оставить его безъ помощи и чрезъ то подвергнуть жизнь его опасности». Ни одинъ судъ не усомнится примѣнить эту статью къ тому, кто оставилъ въ безпомощномъ положеніи своего супруга, хотя законъ прямо о супругахъ не упоминаетъ. Толкуя такимъ образомъ ст. 1516, судъ можетъ имѣть въ виду только ту общую обязанность супруговъ къ взаимной любви, которая такъ неудачно выражена въ ст. 106 и 107 т. X ч. 1. Въ другихъ кодексахъ эта идея выражена гораздо яснѣе. Напр. по французскому закону: *les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance* (code civil art. 212). Послѣднія два выраженія замѣнены въ итальянскомъ кодексѣ (ст. 130) однимъ словомъ — *assistenza*, изъ котораго обязанность медицинской помощи и неоставленія въ безпомощномъ положеніи супруга вытекаетъ непосредственно, тогда какъ она у насъ выводится косвенно изъ ст. 1516 уложенія о нак.

г) Бракъ производитъ общеніе личностей обоихъ супруговъ, которое имѣетъ юридическимъ своимъ послѣдствіемъ установленіе общей чести семьи. По ст. 2091 улож. о нак. изд. 1857 г. произнесеніе при комъ-либо оскорбительныхъ для чести члена его семейства словъ признается личною обидой. Статья эта не вошла въ уложеніе

1866 года, но сенатъ призналъ, что правило это дѣйствуетъ и нынѣ, такъ какъ идея единства чести семьи удержана уложеніемъ во многихъ другихъ мѣстахъ (напр. ст. 1535 и 1499) <sup>1)</sup>.

д) Изъ нравственной связи супруговъ выводится еще взаимное право ихъ на хорошее обращеніе. По австрійскому праву нарушение этой обязанности даетъ право судебной жалобы и въ томъ случаѣ, когда оно состояло только въ обыкновенной личной обидѣ. У насъ вопросъ о наказуемости личныхъ обидъ между супругами возбуждалъ много споровъ по слѣдующей причинѣ. При разрѣшеніи этого вопроса представляются двоякаго рода соображенія, другъ другу противорѣчащія. Съ одной стороны бракъ возлагаетъ на супруговъ такіа взаимныя нравственныя и юридическія обязанности, изъ которыхъ можно вывести, что дурное обращеніе одного изъ нихъ съ другимъ болѣе преступно, чѣмъ между лицами другъ другу чуждыми. Если оскорбленіе лица, относительно котораго я не имѣю никакихъ особыхъ обязанностей, наказуемо, то тѣмъ болѣе должно подвергаться наказанію оскорбленіе, составляющее нарушение торжественно принятыхъ обязательствъ взаимной любви, уваженія и помощи. Но съ другой стороны бракъ производитъ такое единеніе личностей во всѣхъ интересахъ жизни и внутренняя жизнь семьи до такой степени ускользаетъ отъ посторонняго вмѣшательства, что третировать супруговъ какъ лицъ одно другому постороннихъ, примѣнять къ ихъ ссорамъ мѣрку индивидуализма и подчинять ихъ въ этомъ отношеніи контролю суда—какъ-то странно и противно природѣ брачныхъ отношеній. Борьба этихъ двухъ взглядовъ отражается на полемикѣ по вопросу о наказуемости обидъ между супругами. Большинство юристовъ склоняется въ пользу втораго мнѣнія. Гг. Неклюдовъ, Лохвицкій и Лихаревъ <sup>2)</sup> утверждаютъ, что обиды между супругами ненаказуемы. Они основываютъ свое мнѣніе на слѣдующихъ легальныхъ соображеніяхъ. Ст. 106 и 107 т. X ч. 1 устанавливаютъ общеніе личностей супруговъ, не оставляющее мѣста искамъ о личныхъ оскорбленіяхъ. По уложенію о нак. (ст. 1538 и др.) мужъ можетъ преслѣдовать оскорбителя жены, изъ чего видно, что честь у супруговъ общая и нераздѣльная. Ст. 369 т. XIV запрещаетъ полиціи вмѣшиваться въ домашнія ссоры между супругами, пока дѣло не доходитъ до уголовнаго преступленія. Ст. 1583 улож. о нак. караетъ только жестокое обращеніе и вообще обиду дѣйствіемъ, изъ чего видно, что другіе виды оскорбленій между супругами не признаются уголовно-преступ-

<sup>1)</sup> Рѣшеніе угол. касс. департ. сената за 1870 г. № 46.

<sup>2)</sup> Суд. Вѣстникъ 1869 г. № 31.



ными. Противоположное мнѣніе защищаетъ г. Суховъ <sup>1)</sup>. Статьи 106 и 107 т. X ч. 1 суть нравственные сентенціи, изъ которыхъ нельзя выводить юридическихъ заключеній. Ст. 1534 (прим.) улож. предоставляетъ самой женѣ право преслѣдовать нанесенныя ей оскорбленія и, слѣдовательно, признаетъ за каждымъ супругомъ самостоятельную личную честь. Ст. 369 т. XIV запрещаетъ вмѣшательство въ семейныя ссоры, когда нѣтъ жалобы обиженнаго, что согласно съ общими началами права. Затѣмъ представляется еще аналогія съ другими личными преступленіями, которыя наказуемы между супругами, напр. лишеніе свободы (ст. 1544 улож.), обиды дѣйствіемъ (ст. 1533 и 1583), угрозы. Къ доводамъ г. Сухова можно было бы прибавить еще ссылку на указъ 1826 г. о магометанскихъ духовныхъ дѣлахъ, гдѣ говорится, что дѣла о гражданскихъ послѣдствіяхъ брака, напр. похищенія имущества, *личныхъ обидъ* и пр. подвѣдомы свѣтскому суду; но фраза эта едва-ли что нибудь доказываетъ, такъ какъ подъ «личными обидами» здѣсь можетъ быть подразумѣваются личные преступленія вообще.

Какъ бы то ни было, вопросъ этотъ разрѣшенъ сенатомъ въ слѣдующемъ смыслѣ: личные обиды между супругами, собственно говоря, не наказуемы, но насиліе наказуется какъ самоуправство, по силѣ ст. 142 уст. о наказ. <sup>2)</sup>. Рѣшеніе это съ точки зрѣнія дѣйствующаго права намъ кажется вполнѣ правильнымъ. При несомнѣнно существующей тенденціи суживать какъ можно болѣе кругъ случаевъ, когда допускается вмѣшательство судебной власти въ семейныя дѣла, молчаніе закона о наказуемости обидъ между супругами нельзя считать случайнымъ. Съ этой стороны разсмотрѣнный теперь вопросъ примыкаетъ къ предыдущему тезису объ общности супруговъ въ личномъ отношеніи, о поглощеніи ихъ индивидуальности семьей, какъ лицомъ коллективнымъ, съ тѣмъ различіемъ, что здѣсь эта общность проявляется отрицательнымъ образомъ.

е) Дальнѣйшій результатъ той же основной идеи заключается въ слѣдующемъ. Общій законъ запрещаетъ буйство и нарушеніе чужаго спокойствія подъ страхомъ наказанія (ст. 38 уст. о наказ.), но запрещеніе это не относится до внутренней, домашней жизни супруговъ. Вступленіе въ бракъ, по мысли нашего закона, возлагаетъ на супруговъ взаимную обязанность безропотно сносить буйство, нарушеніе покоя и тому подобныя дѣйствія, пока они не переходятъ въ болѣе крупныя правонарушенія. Какъ справедливо замѣтилъ г. Безобразовъ, мировой уставъ не содержитъ ни одного правила, которое

<sup>1)</sup> Одесскій Вѣстникъ 1870 г. №№ 197 и 198.

<sup>2)</sup> Рѣшенія угод. касс. деп. сената 1869 г. №№ 550, 552 и 612.

могло бы быть примѣнено судьей къ «непристойному обращенію пьянаго человѣка съ своимъ семействомъ, безпорядочному домашнему поведенію, пропиванію домашнихъ вещей, буйству въ семьѣ, и т. под.» Всѣ эти домашнія и семейныя преступныя дѣйствія, которыя не всегда можно и должно оканчивать примиреніемъ и которыя могутъ быть въ нѣкоторой степени обузданы судебными приговорами, не находятъ для себя никакихъ опредѣленій въ уставѣ» <sup>1)</sup>. Г. Никитинъ рассказываетъ случай, изъ котораго можно видѣть, какіе практическіе результаты даетъ это молчаніе закона. Жена живетъ отдѣльно отъ мужа въ чужомъ семействѣ, мужъ приходитъ къ ней, буянить и производить безчинства. Ни полиція, ни мировой судья, къ которымъ обращались жильцы дома, не хотятъ принять никакихъ мѣръ, на томъ основаніи, что буйство учинено въ домѣ, а не въ публичномъ мѣстѣ, и что у себя, на квартирѣ жены, мужъ воленъ буйствовать сколько угодно <sup>2)</sup>. Итакъ, подобно личнымъ обидамъ, супруги обязаны сносить взаимно буйство всякаго рода, если оно не можетъ быть подведено подъ рубрику какого-нибудь другаго запрещеннаго дѣянія.

ж) Общеніе личныхъ интересовъ супруговъ даетъ еще поводъ къ признанію до нѣкоторой степени за каждымъ изъ нихъ права быть представителемъ другаго на судѣ, считаться какъ бы однимъ лицомъ въ процессѣ и при отсутствіи прямого полномочія. Такимъ образомъ сенатъ по одному дѣлу призналъ слѣдующее начало. Въ дѣлѣ по обвиненію въ преступленіи, не влекущемъ тюремнаго заключенія (гдѣ, стало бытъ, личное присутствіе обвиняемаго не требуется закономъ безусловно), жена можетъ быть представительницей мужа на судѣ и безъ довѣренности; по крайней мѣрѣ обстоятельство это въ данномъ дѣлѣ не признано сенатомъ за существенное нарушеніе <sup>3)</sup>. Есть много примѣровъ въ судебной практикѣ допущенія этого же начала. Такъ, въ одномъ случаѣ мировой съѣздъ допустилъ жену заключить мировую сдѣлку по иску съ ея мужа безъ его уполномочія (см. Гр. Касс. Рѣш. 1869, 1216). Въ другомъ жена ищетъ у мирового судьи наемныхъ денегъ по довѣренности мужа, и деньги присуждаются мужу. Въ съѣздѣ является повѣренный жены (по общей довѣренности на веденіе ея дѣлъ), и съѣздъ присуждаетъ искъ женѣ (ib. 1870, 16). Въ третьемъ случаѣ жена является истицей, отвѣтчикъ предъявляетъ встрѣчный искъ къ мужу ея; судья разбираетъ оба дѣла совмѣстно (ib. № 805). Эти и многіе другіе случаи показываютъ, что идея взаимнаго представительства супруговъ во многихъ

<sup>1)</sup> Мысли по поводу мировой судебной власти («Русскій Вѣстникъ» 1866, вн. 10), стр. 418.

<sup>2)</sup> Суд. Вѣстн. 1870, № 329.

<sup>3)</sup> Рѣш. угод. касс. деп. сената 1868 г. № 833.

случаяхъ такъ естественно вытекаетъ изъ самой природы брака, что суды не могутъ отказать въ нѣкоторомъ ея признаніи, не смотря на отсутствіе всякихъ постановленій объ этомъ въ законѣ.

в) Подобно тому какъ супруги обязаны другъ другу медицинскою и вообще личною помощью (пунктъ в), они должны также въ случаѣ нужды взаимно помогать одинъ другому имущественными средствами. Обязанность эта, въ силу экономическихъ условій современной жизни, падаетъ преимущественно на мужа въ отношеніи жены, и нашъ законъ поэтому упоминаетъ только о правѣ жены на содержаніе изъ имѣнія мужа. Но обстоятельство это—можно сказать—случайное, не входящее въ сущность понятія о брачныхъ правоотношеніяхъ. Идея брака требуетъ въ этомъ отношеніи полного равенства правъ и обязанностей со стороны обоихъ супруговъ, которое и признано многими законодательствами. Такъ, по прусскому уложенію (§ 174 титула о бракѣ) жена обязана содержать мужа въ случаѣ его бѣдности и имѣнія ею средствъ. Относительно австрійскаго права Штубенраухъ выводитъ существованіе такого права мужа изъ того, что по закону по смерти жены мужъ, въ случаѣ бѣдности, имѣетъ право на пропитаніе изъ оставленнаго ею имущества. Положительно установлено такое право въ итальянскомъ кодексѣ (ст. 132). Разсуждая относительно русскаго права такъ же, какъ Штубенраухъ относительно австрійскаго, можно сказать слѣдующее: по смерти жены мужъ имѣетъ право на указную часть изъ имѣнія жены такъ же, какъ жена изъ имѣнія мужа; указная же часть имѣетъ, какъ извѣстно, значеніе средства пропитанія, «кормленія, прожитка» овдовѣвшаго супруга. Стало бытъ вдовецъ-мужъ имѣетъ право на пропитаніе изъ имѣнія жены; не справедливѣ ли еще признать за нимъ такое же право при жизни жены, когда брачный союзъ еще существуетъ? Допустивъ одно, законъ тѣмъ болѣе долженъ допустить другое. Но такая аргументація, сама по себѣ слишкомъ тонкая, неосновательна уже потому, что указная часть въ дѣйствительности давно уже потеряла въ глазахъ закона характеръ «кормленія» и превратилась въ видъ обыкновеннаго права наслѣдованія. Но отсутствіе у насъ всякаго опредѣленія объ обязанности жены содержать мужа въ случаѣ крайности его есть, безъ сомнѣнія, важный недостатокъ русскаго семейнаго права. Этотъ недостатокъ тѣмъ менѣе можетъ быть оправданъ, что каноническое право восточной церкви, признаваемое нашимъ закономъ за основу семейнаго законодательства, признаетъ обязанность богатой жены содержать нуждающагося супруга <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> Цисманъ, с. 721.

i) Изъ особенности личныхъ отношеній супруговъ выводятся еще ограниченія относительно взаимнаго свидѣтельства на судѣ одного супруга по дѣлу другаго. Въ дѣлахъ гражданскихъ по прежнимъ законамъ упоминалось о недопущеніи жены къ свидѣтельству по дѣлу мужа (ст. 363, т. X, ч. II, п. 4). По всей вѣроятности законъ говорилъ только объ этомъ случаѣ потому, что онъ болѣе обыкновенный, такъ какъ мужчины чаще имѣютъ процессы, и потому болѣе обыкновенны случаи, когда жена можетъ быть призвана къ свидѣтельству по дѣлу мужа, чѣмъ наоборотъ. Доказательствомъ того, что статья эта вообще имѣла въ виду болѣе частые случаи, служитъ то, что въ ней говорится о свидѣтельствѣ жены «по ссылкѣ противной стороны», а между тѣмъ нѣтъ сомнѣнія, что по ссылкѣ самого мужа она еще менѣе можетъ быть допущена къ свидѣтельству. Такимъ образомъ уже въ силу стараго закона можно было признать общимъ правиломъ, что недопущеніе къ свидѣтельству распространяется одинаково на обоихъ супруговъ. Въ уст. гражд. судопр. это выражено опредѣлительно (ст. 371 п. 4). Другой нѣсколько характеръ имѣетъ это правило относительно дѣлъ уголовныхъ. Тогда какъ въ гражданскихъ дѣлахъ, гдѣ государство не заинтересовано прямо въ раскрытіи истины, нравственный интересъ, предписывающій щадить чувства супруговъ, а не вводитъ ихъ во искушеніе свидѣлствовать ложно, берутъ рѣшительное преобладаніе, и самъ судъ ex officio устраняетъ показанія супруговъ (ст. 371 уст. гр. суд.). Въ уголовныхъ дѣлахъ, напротивъ, общество заинтересовано въ раскрытіи матеріальной правды и, стало быть, умноженіи числа свидѣтелей. Поэтому здѣсь судъ не препятствуетъ супругу быть свидѣтелемъ, но онъ самъ можетъ себя устранить, а если не устранилъ, то показываетъ безъ присяги (ст. 705 уст. угол. судопр.). Кассационный сенатъ въ разрѣшеніи двухъ частныхъ вопросовъ правильно посмотрѣлъ на взаимное отношеніе двухъ противоположныхъ интересовъ по этому предмету и необходимость ограничить нравственное начало въ пользу общественнаго. Въ одномъ дѣлѣ онъ высказалъ слѣдующее: предоставленіе мужу или женѣ права устранять себя отъ свидѣтельства (по уголовному дѣлу) очевидно имѣетъ въ виду тѣ чувства любви и привязанности, которыя обыкновенно существуютъ между лицами, соединенными узами брака или родства, и послѣдствіемъ коихъ можетъ быть или жесвидѣтельство, или тяжелая необходимость уличать подсудимаго супруга; но всякое дальнѣйшее распространеніе этой льготы, напр. предоставленіе отвѣчать на вопросы защиты, клонящіяся къ оправданію обвиняемаго, безъ

свидѣтельствовапія о фактахъ ему неблагопріятныхъ, не можетъ быть допущено <sup>1)</sup>).

Въ другомъ дѣлѣ сенатъ установилъ слѣдующее. Супругъ, дававшій показаніе у судебного слѣдователя, дѣмъ самымъ высказалъ свое отреченіе отъ права, даннаго ему ст. 705, и потому въ случаѣ неявки его въ судъ по законной причинѣ показаніе его можетъ быть прочтено на основаніи ст. 626 уст. угол. суд. Нѣтъ основанія предполагать, что въ случаѣ его явки онъ воспользовался бы льготой ст. 705, и, слѣдовательно, его прежнее показаніе должно считаться несуществующимъ <sup>2)</sup>). Итакъ, въ виду необходимости способствовать раскрытію истины въ уголовномъ процессѣ, нравственныя соображенія отступаютъ на задній планъ и свидѣтельство супруговъ допускается въ болѣе широкихъ размѣрахъ, тогда какъ въ гражданскихъ дѣлахъ они устраняются безусловно. А между тѣмъ, казалось бы, въ гражданскихъ дѣлахъ, какъ затрогивающихъ менѣе серьезные интересы участвующихъ лицъ, скорѣе можно ожидать безпристрастнаго показанія со стороны супруга тяжущагося, чѣмъ въ дѣлахъ уголовныхъ. Безусловная обязанность суда устранять отъ свидѣтельства супруговъ и родственниковъ тяжущагося въ извѣстныхъ степеняхъ намъ кажется противорѣчіемъ съ основнымъ началомъ новаго процесса—правомъ суда оцѣнивать показанія свидѣтелей по ихъ достовѣрности и вѣроятности самихъ показаній (ст. 411 уст. гражд. суд.). Коль скоро судъ свободенъ въ оцѣнкѣ показаній, то нѣтъ основанія лишать его средства раскрытія истины при согласіи супруга быть свидѣтелемъ, тѣмъ болѣе, что, при незначительности предмета тяжбы и извѣстномъ общественномъ положеніи тяжущихся, свидѣтельство супруга могло бы быть допущено судомъ безъ серьезныхъ неудобствъ. Впрочемъ, для пониманія этого правила слѣдуетъ принять еще въ соображеніе слѣдующіе два пункта. Во-первыхъ, недѣйствіе закона вообще къ свидѣтельскимъ показаніямъ въ дѣлахъ гражданскихъ и стремленіе уменьшить по возможности случаи примѣненія этого способа доказательства. Во-вторыхъ, желаніе предупредить семейные раздоры, могущіе быть послѣдствіемъ показаній одного супруга противъ другаго. Въ видахъ сохраненія семейнаго мира законъ находитъ нужнымъ устранять супруговъ отъ свидѣтельства и въ тѣхъ случаяхъ, когда соображенія, указанные сенатомъ (см. выше), не имѣютъ мѣста и безпристрастность показаній не представляетъ сомнѣній.

<sup>1)</sup> Рѣш. угол. касс. деп. сен. 1869 г., 564.

<sup>2)</sup> Ibid. 1867, 501.

и) Изъ того же принципа вытекаетъ другое отступленіе въ отношеніи супруговъ отъ общихъ началъ права. Въ имущественномъ отношеніи супруги у насъ совершенно раздѣльны, а потому между ними возможны тяжбы по имуществу или договорамъ на общемъ основаніи, а слѣдовательно и исполненіе рѣшеній въ пользу одного супруга противъ другаго. Пока исполненіе это вращается въ сферѣ исключительно имущественныхъ интересовъ законъ разсматриваетъ тяжущихся супруговъ, какъ лицъ другъ другу чуждыхъ и не обращаетъ вниманія на разрушеніе семейнаго мира, которое обыкновенно будетъ послѣдствіемъ взысканія, напр. съ имущества мужа на удовлетвореніе претензій жены и наоборотъ. Но если исполненіе рѣшенія переходитъ въ сферу личнаго принужденія особенность личныхъ отношеній супруговъ выступаетъ наружу и законъ не допускаетъ личнаго задержанія одного изъ нихъ по требованію другаго (ст. 1226 уст. гр. суд.). Вопросъ можетъ возникнуть относительно того, примѣнимо ли это правило къ тому случаю, когда супругъ требуетъ личнаго задержанія другаго супруга не по собственному иску, а въ качествѣ повѣреннаго другаго лица. Законъ (ст. 246 уст. гр. суд.) не исключаетъ возможности случая, когда мужъ является повѣреннымъ истца по дѣлу, въ которомъ отвѣтчикомъ состоитъ его жена, или наоборотъ. Спрашивается: примѣнимо ли и къ этому случаю правило ст. 1226? Съ одной стороны можно утверждать отрицательное рѣшеніе вопроса, на томъ основаніи, что какъ повѣренный супругъ дѣйствуетъ не отъ своего имени и не въ своемъ интересѣ, а разсматривается въ данномъ дѣлѣ какъ то постороннее лицо, интересы котораго онъ представляетъ. Съ другой стороны однако-жъ буквальный смыслъ ст. 1226 («личное задержаніе должника не допускается по просьбѣ его супруга») говоритъ за распространеніе этого правила на всѣ случаи, когда мужъ проситъ о задержаніи жены и *vice versa* независимо отъ основаній такой просьбы. Еще болѣе говоритъ въ пользу этого мнѣнія *ratio legis*: желаніе охранить внутренній миръ въ семьѣ, отказъ суда отъ содѣйствія такой мѣрѣ, которая дѣлаетъ невозможнымъ дальнѣйшее существованіе брака въ томъ видѣ, какъ требуютъ ст. 106—108 зак. гр. Основанная на природѣ личныхъ отношеній супруга ст. 1226 не можетъ зависѣть отъ степени имущественнаго интереса требуемаго задержанія супруга, тѣмъ болѣе, что и повѣренный прямо заинтересованъ въ исполненіи рѣшенія. Дурныя же послѣдствія отъ допущенія задержанія одного супруга другимъ для будущаго состоянія семьи одинаковы во всѣхъ случаяхъ, дѣйствуетъ ли истецъ по собственному дѣлу, или какъ повѣренный другаго лица. Притомъ же такія ходатайства легко могли бы служить орудіемъ до-

стиженія противозаконныхъ цѣлей; напр. желая избѣгнуть обязанности совмѣстной жизни супругъ можетъ добиться задержанія другаго супруга въ качествѣ повѣреннаго его кредитора. По этимъ основаніямъ ст. 1226 должна быть толкуема въ обширномъ смыслѣ.

### § 3. Продолженіе. Совмѣстная жизнь супруговъ.

Важнѣйшая въ практическомъ отношеніи обязанность, вытекающая изъ брака и общая обоимъ супругамъ, заключается въ совмѣстной ихъ жизни. Важнѣйшая она потому, что исполненіе ея необходимо, какъ предположеніе возможности исполненія всѣхъ другихъ правъ и обязанностей, съ брачнымъ союзомъ связанныхъ. Притомъ практическое ея исполненіе возбуждаетъ гораздо больше сомнѣній, споровъ и недоумѣній, чѣмъ всѣ остальные обязательства супруговъ, отчасти болѣе простыя по своей природѣ, отчасти ускользящія во многихъ случаяхъ отъ контроля суда и сферы права. Необходимо поэтому остановиться нѣсколько подробнѣе на этомъ ученіи, у насъ еще во все не разработанномъ. Мы будемъ говорить объ этомъ предметѣ здѣсь, хотя частныя послѣдствія этой обязанности далеко неодинаковы для обоихъ супруговъ и потому они излагаются обыкновенно въ рубрикѣ отдѣльныхъ правъ мужа и жены. Мнѣ кажется болѣе удобнымъ разсмотрѣть все ученіе о совмѣстной жизни въ отдѣлѣ правоотношеній общихъ обоимъ супругамъ на томъ основаніи, что такимъ образомъ единство изложенія облегчаетъ возможность цѣлостнаго пониманія всего института, а слѣдовательно и отдѣльныхъ его частей.

Прежде всего необходимо вкратцѣ прослѣдить историческій ходъ развитія этого института у насъ, что, какъ увидимъ, имѣетъ большое значеніе для объясненія характера дѣйствующаго права. Дѣло въ томъ, что сквозь всю исторію постановленій русскаго права по этому предмету проходитъ борьба двухъ началъ: церковнаго и свѣтскаго, борьба, въ которой послѣднее начало все болѣе беретъ верхъ надъ первымъ. До Петра Великаго церковное начало рѣшительно преобладало вообще въ нашемъ семейномъ правѣ и результатомъ этого относительно занимающаго насъ теперь вопроса было провозглашеніе принципа безусловной обязанности супруговъ къ совмѣстной жизни, какія бы послѣдствія ни влекло за собою соблюденіе этого требованія. Поэтому и въ случаѣ вѣчной ссылки мужа невинная жена должна была раздѣлять его судьбу и слѣдовать въ ссылку. При Петрѣ это жестокое правило было отмѣнено. Но идея обязательности совмѣстной жизни по требованію церкви продолжала существовать. Синодскій указъ 1744, повторяетъ предписаніе, чтобъ мужья брали

къ себѣ отдѣльно живущихъ женъ и надзоръ за соблюденіемъ этого предписанія поручаетъ духовной власти. Впослѣдствіи вопросъ о томъ, въ какой степени возможны отступленія отъ принципа совместной жизни, на практикѣ возбуждался многократно относительно различныхъ случаевъ ссылки. Указомъ 1823 г. мая 19-го признано, что въ случаѣ ссылки крѣпостнаго человѣка жена его должна слѣдовать за нимъ. Тоже повторено въ указѣ 30 августа 1827 г. Въ силу указа 22-го марта 1832 г. жена свободнаго состоянія должна слѣдовать за ссылаемымъ ея мужемъ крѣпостнымъ, хотя бы она того не желала. Это правило распространено на мѣщанъ и казенныхъ поселенъ указомъ 18-го іюня 1837 г. Послѣдующее законодательство представляетъ поворотъ въ другую сторону — расширение случаевъ освобожденія супруга невиннаго отъ обязанности слѣдовать за ссылаемымъ. Сначала отступление это допускалось только въ видѣ частныхъ распоряженій на каждый отдѣльный случай. Указомъ 1842 г. 14-го апрѣля разрѣшено, въ случаѣ неизлечимой болѣзни невиннаго супруга освободить его отъ обязанности слѣдовать за ссылаемымъ крѣпостнымъ супругомъ, но съ тѣмъ, чтобъ каждый такой случай восходилъ на Высочайшее разсмотрѣніе чрезъ комитетъ министровъ. Такое огромное значеніе придавалось тогда нарушенію церковнаго начала ст. 103 зак. гр.! Но уже въ мнѣніи государственнаго совѣта, 3-го іюля 1850 г., мы встрѣчаемъ радикальное отступленіе отъ прежнихъ возрѣній законодательной власти. Здѣсь выражено слѣдующее: «ни въ ст. 45 зак. гр., ни въ другихъ законахъ не воспрещается супругамъ жить нѣкоторое время въ разныхъ мѣстахъ, безъ всякихъ формальныхъ условий, еслибъ того потребовали дѣла ихъ или особыя семейныя отношенія. Равномѣрно статьей 275 Т. XIV хотя и предписывается наблюдать, чтобъ при переселеніи въ Сибирь за порочное поведеніе мѣщанъ, крестьянъ удѣльныхъ и дворцовыхъ, мужья не были разлучаемы съ женами; но смыслъ сей статьи, по мнѣнію государственнаго совѣта, состоитъ въ томъ, что общества не должны препятствовать женѣ ссылаемаго слѣдовать за мужемъ, но не въ томъ, чтобы принуждать жену ссылаемаго непременно слѣдовать за мужемъ, даже и противъ желанія обоихъ и не взирая ни на какія обстоятельства, могущія побуждать ихъ къ временной разлукѣ, которая не составляетъ разрыва супружескаго союза и нисколько не препятствуетъ мужу воспользоваться предоставленнымъ ему законами правомъ требовать къ себѣ жену, когда онъ того пожелаетъ, а равно и женѣ отправиться къ мужу». Не подлежитъ сомнѣнію, что какъ толкованіе смысла дѣйствовавшихъ тогда законовъ, какимъ силится представить его государственный совѣтъ, мнѣніе это не вѣрно, въ



чемъ легко убѣдиться изъ упомянутыхъ выше указовъ. Мнѣніе это подъ видомъ толкованія дѣйствующихъ законовъ содержитъ новое правило, явленіе нерѣдкое у насъ, какъ и въ другихъ странахъ. Мнѣніе это распространено въ слѣдующемъ (1851) году на мѣщанъ и казенныхъ поселянъ, причемъ все еще удержано правило о необходимости испрашивать каждый разъ разрѣшеніе высшаго начальства на оставленіе женъ на прежнемъ мѣстѣ жительства (но требуется уже не Высочайшее разрѣшеніе, а согласіе министра внутреннихъ дѣлъ). Болѣе свободное начало выражено въ Уложеніи о наказаніяхъ 1845 г., въ случаѣ ссылки въ каторжную работу жена можетъ по своему произволу слѣдовать за мужемъ или нѣтъ. Весьма важныя перемѣны послѣдовали затѣмъ въ силу правилъ 17-го сентября 1862 г. (прилож. къ ст. 103 зак. гр. по прод. 1863 г.) Правила эти различаютъ ссылку по суду и административную. При первой слѣдованіе невиннаго супруга зависитъ исключительно отъ его собственнаго желанія. При второй жена освобождается отъ этой обязанности только по указаннымъ въ законѣ причинамъ, именно: тяжкой, неизлечимой болѣзни, жестокому обращенію мужа и явно развратному его поведенію, а мужъ во всякомъ случаѣ слѣдуетъ за женой только по собственному на то желанію. Жена можетъ остаться на прежнемъ мѣстѣ жительства также въ случаѣ согласія на то ссылаемаго мужа, хотя бы не было ни одной изъ упомянутыхъ выше причинъ. Дѣла о болѣзни рѣшаются окончательно губернскимъ правленіемъ (а не министромъ, какъ прежде, стало быть второй шагъ въ децентрализаціи производства этихъ дѣлъ, рассматривающихся прежде въ комитетѣ министровъ, потомъ въ министерствѣ внутреннихъ дѣлъ).

По дѣйствующему праву обязанность къ совмѣстной жизни супруговъ далеко не такъ безусловна, какъ можно было бы подумать, судя по буквальному смыслу ст. 46, 76 и 103 т. X ч. 1. Во-первыхъ, всѣ эти статьи говорятъ только о запрещеніи самовольнаго разлученія супруговъ по личному ихъ соглашенію. Но есть цѣлый рядъ случаевъ, когда въ силу самаго закона, независимо отъ воли супруговъ, совмѣстная жизнь дѣлается для нихъ навсегда или временно невозможной. Объ этихъ обстоятельствахъ, болѣе или менѣе отмѣняющихъ силу ст. 103, гражданскіе законы прямо почти не упоминаютъ, но путемъ логическаго толкованія и сопоставленіемъ различныхъ специальныхъ узаконеній можно вывести цѣлый рядъ исключеній изъ принципа ст. 103.

I. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ самъ отступаетъ отъ своего руководящаго начала по семейному праву вслѣдствіе столкновеній его съ другими болѣе важными, въ глазахъ законодателя, интересами

государственными, церковными или общественными. Сюда относится слѣдующее:

а) Въ 1866 году (14-го мая) изданъ законъ объ ограниченіи брака нижнихъ чиновъ состоящихъ на дѣйствительной службѣ <sup>1)</sup>. Въ законѣ этомъ, между прочимъ, встрѣчаемъ слѣдующее правило: «поступающимъ на службу женатымъ лицамъ запрещается брать съ собой ихъ семейства; ихъ предвараютъ также, что въ случаѣ нарушенія этого запрещенія казна не отведетъ помѣщеній для ихъ семействъ и не будетъ давать никакихъ пособій. То же правило постановлено нѣсколько позже по морскому вѣдомству <sup>2)</sup>. Оба закона, какъ видно изъ мотивовъ, основаны на томъ, что для казны затруднительно содержать семейства военнослужащихъ и находить для нихъ помѣщенія, а также на томъ, что вслѣдствіе сокращенныхъ сроковъ службы ограниченія подобнаго рода не такъ чувствительны для нижнихъ чиновъ. Такимъ образомъ, въ виду казеннаго интереса самъ законъ дѣлаетъ невозможнымъ для значительнаго числа лицъ соблюденіе ст. 103. Довольно страннымъ намъ кажется то, что г. Побѣдоносцевъ упустилъ изъ виду эти правила и утверждаетъ, на основаніи прежнихъ, теперь уже не дѣйствующихъ законовъ, будто въ мирное время слѣдованіе семействъ за нижними чинами не только не запрещается, но еще дается женамъ иногда пособіе на отправленіе къ мужьямъ <sup>3)</sup>. Станнымъ это кажется намъ потому, что въ другомъ мѣстѣ самъ онъ указываетъ на законы 1866 г. относительно другаго вопроса (стр. 26).

б) Въ случаѣ заключенія одного супруга въ тюрьму, другой, виновный супругъ безъ сомнѣнія не только освобождается отъ обязанности, но и лишается права на совмѣстное съ заключеннымъ жительство, уже по одному тому, что государство не можетъ отводить помѣщеній, назначенныхъ для подсудимыхъ или осужденныхъ, всякому желающему. Какъ извѣстно, у насъ, да и въ другихъ странахъ, бывають случаи, что лица, не имѣющія средствъ къ жизни, совершаютъ преступленія собственно для того, чтобъ попасть въ тюрьму на казенное содержаніе. Тѣмъ болѣе возможны случаи, напр., что жена, лишившаяся съ заключеніемъ мужа средствъ пропитанія, охотно пошла бы за нимъ въ тюрьму. Вопросъ этотъ и возникъ у насъ еще въ 1847 году, и указомъ этого года (12 февраля) постановлено, что жены арестантовъ какъ военнаго, такъ и гражданскаго

<sup>1)</sup> П. С. З. за 1866 г. № 43,303.

<sup>2)</sup> Тамъ же № 43,492.

<sup>3)</sup> Курсъ гражд. права, ч. 2, стр. 89, примѣч.

вѣдомства не могутъ жить съ мужьями во все время заключенія послѣднихъ. Неизвѣстно, почему, однако же, правило это въ сводѣ не вошло, хотя другая часть этого закона—о воспрещеніи холостымъ и вдовымъ арестантамъ вступать въ бракъ до выхода изъ заключенія—помѣщена въ сводѣ (ст. 19 Зак. Гр.). Несомнѣнно, однако же, что указъ 1847 г. имѣетъ полную силу и теперь, тѣмъ болѣе, что относительно арестантовъ военнаго вѣдомства правило это вошло и въ сводъ военныхъ постановленій.

в) Руководствуясь извѣстными религіозными и экономическими соображеніями, законъ воспрещаетъ, за немногими изъятіями, евреямъ постоянное пребываніе внѣ черты общей ихъ осѣдлости. Законъ этотъ одинаково распространяется на лицъ обоѣго пола; но такъ какъ предвидимая опасность для населенія отъ пребыванія въ средѣ его евреевъ имѣетъ въ виду преимущественно лицъ мужскаго пола этого исповѣданія, то, въ случаяхъ отступленія отъ общаго запрещенія, законъ снисходительнѣе относится къ лицамъ женскаго пола, чѣмъ мужскаго. Ссылка за преступленіе есть одно изъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя даютъ еврею право пребыванія въ Сибири. По общему закону (прилож. къ ст. 103 по прод. 1863 г., п. 1), въ случаѣ ссылки жены, мужъ имѣетъ право слѣдовать за нею по своему желанію. Но относительно евреевъ законъ запрещаетъ подобное слѣдованіе мужей за женами (ст. 104 т. X ч. I). Въ силу религіозно-общественныхъ соображеній, законъ ставитъ здѣсь свое veto совмѣстной жизни супруговъ, не смотря на ихъ желаніе продолжать брачную жизнь по прежнему. Можно серьезно усумниться въ томъ, имѣетъ ли ст. 104 силу и понынѣ, такъ какъ по продолженію 1863 г. она значится замѣненною правилами приложенія къ ст. 103, а въ этихъ правилахъ никакого изъятія для евреевъ не существуетъ. Но при этомъ надо принять въ соображеніе, что въ уставѣ о ссыльныхъ (ст. 40, прим. 1) правило ст. 104 находится въ первоначальномъ видѣ до сихъ поръ. Это—одинъ изъ нерѣдкихъ случаевъ противорѣчія между различными томами, свода вслѣдствіе того, что правило, повторенное въ нѣсколькихъ мѣстахъ, отмѣнено въ одномъ томѣ, тогда какъ въ другихъ отмѣна не указана.

г) Вообще у насъ бываютъ случаи, когда по разнымъ административнымъ соображеніямъ члены одного семейства разлучаются при переселеніяхъ и т. под. случаяхъ и это считается до такой степени естественнымъ, что даже представители церкви не особенно удивляются подобнымъ нарушеніямъ требованій семейнаго права. Такъ, напр., бывший камчатскій епископъ Веніаминъ, въ отчетѣ о дѣйствіяхъ миссіонеровъ у корейцевъ, рассказываетъ о принудительномъ пересе-

лений русскими властями болѣе 400 корейцевъ на Амуръ. «Мѣра эта, можетъ быть политически и основательная (?), исполнена была такъ неискусно, что нѣсколько семействъ при этомъ переселеніи были раздѣлены, одни члены семейства переселены на Амуръ, другіе оставлены на мѣстѣ»<sup>1)</sup>). Другой болѣе общій и любопытный фактъ въ этомъ родѣ представляютъ правила о порядкѣ ссылки арестантовъ въ Сибирь. На основаніи официальныхъ данныхъ о ссылкѣ можно вывести, что случаи слѣдованія женъ за мужьями, ссылаемыми въ Сибирь, довольно рѣдки, и это объясняется не только неизвѣстностью жизни въ Сибири и дальнимъ разстояніемъ, но также суровою обстановкою ссылки, бритьемъ головъ, заковываньемъ въ кандалы и т. п., внушающими страхъ и отвращеніе невинному супругу, который при другихъ условіяхъ не прочь былъ бы слѣдовать въ ссылку<sup>2)</sup>). Такимъ образомъ законъ, поощряющій во многихъ отношеніяхъ продолженіе брачнаго сожителства по ссылкѣ, съ другой стороны парализуетъ свои стремленія слишкомъ суровыми мѣрами относительно ссыльныхъ во имя уголовной репрессіи, какъ интереса государственнаго.

д) Такъ какъ семейное право находится у насъ подъ вліяніемъ религіозныхъ идей, и обязанность совмѣстной жизни супруговъ тоже выводится преимущественно изъ соображеній религіозной природы брака, то неудивительно, что, при столкновеніи этого требованія съ другими, болѣе важными въ глазахъ законодателя, интересами церкви, принципъ ст. 103, легко нарушается закономъ. Такимъ образомъ законодательство о расколѣ представляетъ множество примѣровъ нарушеній ст. 103 то въ видѣ наказанія за принадлежность къ ереси, то для охраненія и преобладанія православныхъ членовъ семьи надъ раскольниками, то по другимъ основаніямъ этого рода. Въ прежнее время даже бывали нерѣдко случаи насильственнаго разлученія, вслѣдствіе требованій духовенства, членовъ раскольничьихъ семействъ полицейскою властью, безъ всякаго къ тому повода; это запрещено было въ 1826 г. Но только въ 1858 г., когда вообще направленіе законодательства у насъ существенно измѣнилось, сенатъ, въ противность мнѣнія св. синода, высказалъ совершенно другой взглядъ на этотъ предметъ (опасеніе возможности совращенія не должно служить основаніемъ къ «нарушенію естественной связи между членами одного семейства, служащей основаніемъ благосостоянія гражданскаго»<sup>3)</sup>). Подробности объ этомъ предметѣ здѣсь не у мѣста.

<sup>1)</sup> См. «Московскія Вѣдом.» 1873 г. № 186.

<sup>2)</sup> См. «Псковскія Губер. Вѣдом.» 1871 г. № 25.

<sup>3)</sup> Собр. Постан. по части раскола, ч. I, стр. 67; II, прилож., стр. 46.

е) Вообще во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда исполненіе правила ст. 103 можетъ повлечь за собою прямое нарушеніе обязанности, возложенной такъ или иначе закономъ на одного изъ супруговъ относительно его мѣстопробыванія, правило это уступаетъ мѣсто данной обязанности. Поэтому въ томъ случаѣ, когда, при переселеніи одного супруга, другой находится подъ судомъ или слѣдствіемъ, такъ что не можетъ оставить мѣста своего пребыванія до окончанія дѣла, то эта легальная невозможность приравнивается закономъ невозможности физической (напр. тяжелой болѣзни) и освобождаетъ отъ исполненія ст. 103 или тѣхъ невыгодныхъ послѣдствій, которыя можетъ навлечь ея неисполненіе при отсутствіи извиняющихъ обстоятельствъ. Такое правило мы имѣемъ на одинъ частный случай—ссылки (прил. къ ст. 103, п. 3), но по самой сущности своей оно имѣетъ общее примѣненіе. То же слѣдуетъ сказать о случаяхъ, когда супругъ обязанъ подпиской о невыѣздѣ по правиламъ судопроизводства въ коммерческихъ судахъ, и т. под.

II. Въ другой категоріи случаевъ законъ признаетъ, что право требованія совмѣстной жизни теряется однимъ изъ супруговъ въ видѣ наказанія за преступное дѣяніе или дурной образъ жизни. Сюда относятся слѣдующіе случаи:

а) недозволенное оставленіе отечества (ст. 325 Улож. о наказ.) безъ сомнѣнія отнимаетъ у мужа право требовать къ себѣ жену. Законъ, обязывая жену при всякой перемѣнѣ жительства мужа слѣдовать за нимъ, имѣетъ въ виду только переселеніе законное. Если же самая перемѣна мѣста жительства есть дѣяніе законопротивное (что возможно не только при самовольномъ оставленіи отечества, но и во многихъ другихъ случаяхъ), то изъ нея не могутъ вытегать никакія легальныя послѣдствія. Лицо, которое живетъ въ данномъ мѣстѣ вопреки законному распоряженію судебной или административной власти, не можетъ требовать къ себѣ супруга; по крайней мѣрѣ въ случаѣ указанія отвѣтчика на это обстоятельство судъ не можетъ признать статьи 103.

б) При ссылкѣ лица податнаго состоянія по приговору его общества за развратное поведеніе жена можетъ не слѣдовать за мужемъ по слѣдующимъ двумъ причинамъ: 1) жестокому его съ нею обращенію; 2) явно развратному его поведенію. Въ этихъ двухъ случаяхъ допускается уничтоженіе главнаго основанія семейнаго права—обязанности совмѣстной жизни супруговъ, несмотря на то, что ссылка по приговору общества не уничтожаетъ правъ состоянія, и, стало быть, семейственныя права ссылаемаго должны бы остаться нетронутыми. Конечно, распространять эти постановленія на другіе случаи невоз-

можно. Но замѣчательно то, что сознание необходимости освободить жену отъ совмѣстной съ мужемъ жизни, въ случаѣ дознаннаго его жестокаго обращенія съ нею, присуще было нашей старой судебной практикѣ. При рѣшеніи дѣлъ о жестокомъ обращеніи старые суды воспрещали мужьямъ въѣздъ въ имѣнія женъ или освобождали женъ отъ обязанности жить съ мужьями <sup>1)</sup>. Отсюда видно, въ какой степени подобное правило есть дѣйствительная потребность нашего правоваго быта, хотя законъ удовлетворилъ этой потребности только въ одномъ частномъ случаѣ.

в) Ссылка, какъ судебная, такъ и административная, отнимаетъ у ссылаемаго супруга право требовать, чтобъ другой, невинный супругъ слѣдовалъ за нимъ, въ виду того, что данная переменная жительства есть результатъ преступленія, хотя бы и такого, которое не влечетъ за собой разрушенія правъ семейственныхъ, а преступленіе должно лечь всеми своими послѣдствіями только на лицо виновное въ его совершеніи, и ни на кого больше. По прежнимъ нашимъ законамъ, какъ мы видѣли, совмѣстная жизнь супруговъ понималась какъ обязанность болѣе строгая, но правила приложенія къ ст. 103 стоять на почвѣ упомянутаго болѣе гуманнаго воззрѣнія.

III. Есть другіе случаи, когда обязанность совмѣстной жизни уступаетъ мѣсто различнымъ обстоятельствамъ, которыя дѣлаютъ временное нарушеніе ея необходимымъ физически или нравственно. Это имѣлъ въ виду государственный совѣтъ въ упомянутомъ выше мѣншіи его отъ 3-го іюля 1850 г. (въ законахъ не содержится запрещенія супругамъ жить нѣкоторое время въ разныхъ мѣстахъ, если бы того потребовали дѣла ихъ или особыя семейныя отношенія). «Особыя семейныя отношенія» должны быть принимаемы въ соображеніе, напр., въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда между супругами производится дѣло о разводѣ, 2) когда по обвиненію одного супруга другимъ производится уголовное дѣло (напр. о кражѣ). Допускать, что и при этихъ условіяхъ ст. 103 продолжаетъ дѣйствовать съ прежнею силой, было бы очевидно несообразностью въ виду фактическаго нарушенія нормальныхъ условій семейной жизни при данныхъ обстоятельствахъ. Невозможно допустить также, чтобы судъ обязанъ былъ понуждать жену къ совмѣстной жизни съ мужемъ, какія бы основательныя причины противъ этого требованія ни были ею представлены. Вспомнимъ при этомъ, что греческая Церковь, авторитетъ не маловажный въ вопросахъ русскаго семейнаго права, признаетъ жену свободною отъ обязанности слѣдовать за мужемъ въ томъ случаѣ,

<sup>1)</sup> См. Любавскаго, «Русскіе уголовные процессы», Т. II, стр. 468 и 470.

когда переменна жительства произведена имъ по безнравственнымъ мотивамъ <sup>1)</sup>.

IV. Наконецъ, законъ признаетъ возможность соглашения между супругами, клонящагося къ отмѣнѣ правила ст. 103. Вообще подобныя соглашения строго запрещены закономъ (ст. 46, 76 и 103 Зак. Гражд.), но, въ случаѣ ссылки лица податнаго состоянія по приговору общества, соглашение супруговъ можетъ освободить жену отъ обязанности слѣдовать за мужемъ, хотя бы не было никакой къ этому законной причины. Въ упомянутомъ мнѣнii государственнаго совѣта также признана возможность подобныхъ соглашенiй, съ тѣмъ условiемъ, чтобы не было совершаемо никакихъ «формальныхъ актовъ», направленныхъ къ разрыву супружескаго союза.

Итакъ, четыре категории причинъ могутъ въ тѣхъ или другихъ случаяхъ отмѣнить силу правила объ обязательной совмѣстной жизни супруговъ: 1) постановленiя закона; 2) преступленiе одного изъ супруговъ; 3) взаимное соглашенiе; 4) физическая или моральная невозможность или затруднительность исполненiя въ данный моментъ требованiя ст. 103. Въ иностранныхъ законодательствахъ, вообще признающихъ обязанность совмѣстной жизни подобно нашему закону, вопросъ объ изъятiяхъ изъ этого общаго правила представляется въ иномъ видѣ, чѣмъ у насъ. Такъ, по прусскому закону хотя добровольныя соглашенiя не уничтожаютъ этой обязанности, но мужъ можетъ до брака освободить жену отъ обязанности повсюду слѣдовать за нимъ и такое условiе предбрачнаго договора имѣетъ обязательную силу. Государственные и важныя личныя дѣла оправдываютъ раздѣльную жизнь. Жена должна слѣдовать за мужемъ только при переменнѣ его *постояннаго* мѣста жительства, но не обязана вести съ нимъ кочующую жизнь. Когда онъ удалился изъ государства вслѣдствiе преступленiя и вообще противозаконно, жена можетъ оставаться гдѣ ей угодно (§§ 175—7 и 677—693 земскаго уложенiя титула о бракѣ). По австрiйскому праву каждый супругъ имѣетъ право требовать неоставленiя его другимъ супругомъ безъ основательныхъ причинъ, каковыми признаются государственная или частная служба и другiя обстоятельства по усмотрѣнiю суда. Жена обязана слѣдовать за мужемъ, если нѣтъ важныхъ причинъ противъ этого. Сюда относятся: недозволенное оставленiе отечества, ссылка, тюремное заключенiе, вступленiе въ военную службу, а также неосновательное переселенiе въ другое мѣсто, чѣмъ то, которое условлено въ предбрачномъ договорѣ. Французскiй законъ болѣе строгъ въ этомъ от-

<sup>1)</sup> Висманъ, s. 720.

ношеніи: «жена обязана жить съ мужемъ и слѣдовать за нимъ вездѣ, гдѣ онъ находитъ удобнымъ имѣть пребываніе (ст. 214 code civil). Но ошибочно было бы думать, что законъ этотъ примѣняется такъ безусловно на практикѣ. Суды во Франціи освобождаютъ жену отъ обязанности слѣдовать за мужемъ въ случаѣ жестокаго его обращенія съ нею или распутной его жизни, и т. п.<sup>1)</sup> По мнѣнію французскихъ юристовъ, взаимнымъ соглашеніемъ супруги могутъ установить и раздѣльную жизнь, но соглашеніе это не отнимаетъ ни у одного изъ нихъ права требовать совместной жизни во всякое время<sup>2)</sup>. Итальянскій законъ хотя и повторяетъ буквально приведенное правило французскаго кодекса, но съ тою важною оговоркой, что невыгодныя послѣдствія отъ нарушенія этой обязанности наступаютъ для виновнаго супруга только тогда, если судъ признаетъ, что раздѣльная жизнь не имѣла никакой основательной причины (ст. 131 и 133 итал. улож.). Впослѣдствіи мы будемъ говорить о сравнительномъ значеніи этихъ постановленій другихъ законодательствъ, а теперь перейдемъ къ характеру разсматриваемаго института по русскому праву.

### Оршанскій.

(Окончаніе слѣдуетъ).

<sup>1)</sup> Frey, Lehrbuch d. franz. civilrechts, B. I, s. 520.

<sup>2)</sup> Oudot, p. 58.



## КРИТИКА И БИБЛИОГРАФІЯ.

### I.

#### Древніе города Россіи.

Историко-юридическое изслѣдованіе Самоковсова 1873 г. ст. 1—165 и 1—25 приложений.

Сочиненіе Самоковсова посвящено древнѣйшей исторіи Русскаго города. Въ немъ содержится разсмотрѣніе слѣдующихъ вопросовъ: а) современное состояніе въ наукѣ историческихъ вопросовъ о русскомъ городѣ и его причина; б) историческое развитіе понятія о городѣ; в) количество городовъ до татарскаго времени; г) историческое значеніе сохранившихся городищъ; д) время первоначальнаго появленія городовъ въ Россіи и *ихъ политическое значеніе въ древнѣйшій періодъ русской исторіи*; е) теорія историческаго развитія народныхъ поселеній въ Россіи.

Разсматривая первый вопросъ, авторъ сгруппировалъ мнѣнія ученыхъ историковъ и юристовъ относительно времени основанія древне-русскихъ городовъ, числа ихъ и, наконецъ, значенія въ составѣ политическихъ учрежденій древней Россіи. Это изложеніе онъ оканчиваетъ слѣдующимъ заключеніемъ: «Такъ запутанно разрѣшены въ современной ученой литературѣ элементарнѣйшіе вопросы исторіи русскаго города.»

Причину *«запутанности, недоразумѣній, противорѣчій, сомнительныхъ выводовъ, заблужденій»* которыя, по мнѣнію автора, встрѣчаются у его предшественниковъ, авторъ видитъ не столько въ недостаткѣ источниковъ, сколько въ невѣрномъ пониманіи свидѣтельствъ имѣющихся источниковъ, въ трудности отрѣшиться при ихъ толкованіи отъ современныхъ авторамъ представленій и усвоить понятія древнихъ народовъ (стр. 19).

Въ главѣ объ историческомъ развитіи понятія о городѣ, (стр. 33—73), авторъ перечисляетъ различныя значенія, которыя соотвѣтствуютъ въ древнѣ-русскомъ языкѣ слову городъ. Значеній этихъ авторъ насчитываетъ болѣе пятнадцати. Нельзя не замѣтить, что онъ во-первыхъ приводитъ значенія новѣйшаго происхожденія подъ именемъ значеній древне-русскаго языка, во-вторыхъ находитъ больше значеній, чѣмъ сколько ихъ существуетъ, повторяя подъ разными рубриками въ сущности одно и то-же значеніе, и въ-третьихъ смѣшиваетъ значеніе слова городъ съ качествами его, приданными позднѣйшими законодателями. Ав-

торъ, вслѣдъ за перечисленіемъ значеній слова городъ, переходить къ разъясненію какъ исторически развивалось и образовалось то или другое понятіе, какимъ образомъ значеніе города, какъ огороженного для защиты населенія мѣста, перешло въ понятіе города какъ извѣстной области, земли, княжества, административнаго пункта и т. п.

Вопросъ о количествѣ городовъ въ Россіи до-татарскаго періода очень обстоятельно изслѣдованъ въ разсматриваемомъ сочиненіи. Авторъ убѣдительно доказываетъ, что въ Россіи въ древнѣйшій періодъ городовъ было несравненно больше, чѣмъ обыкновенно думаютъ. Погодинъ и Неволинъ насчитывали ихъ до 350, С. М. Соловьевъ слишкомъ 300. Нашъ авторъ приходитъ къ тому заключенію, что въ періодъ до-татарскаго ига на территоріи Россіи существовало громадное количество городовъ, что ихъ было *несколько тысячъ*. Это положеніе авторъ подтверждаетъ а) свидѣтельствомъ лѣтописей, упоминающихъ не только о городахъ съ извѣстными названіями, но и о множествѣ другихъ городовъ безъ названій; б) свидѣтельствомъ актовъ; в) свидѣтельствомъ иностранныхъ писателей; г) свидѣтельствомъ вещественныхъ памятниковъ—сохранившимися городищами. Нѣкоторые доказательства автора или крайне малосильны, или не могутъ считаться состоятельными. Такъ свидѣтельства актовъ собственно ничего прямого касательно количества городовъ не говорятъ: авторъ изъ разсмотрѣнія уставныхъ грамотъ смоленскаго князя Ростислава, выводитъ только заключеніе, что въ нихъ говорится о такихъ городахъ, о которыхъ нѣтъ упоминанія въ нашихъ лѣтописяхъ за то-же самое время. Слѣдовательно это выводное доказательство, касается только смоленскаго княжества. Затѣмъ можно считать несостоятельнымъ доказательство, на которомъ онъ основываетъ свое положеніе, что городовъ въ древней Россіи было столько, сколько было *мировъ*, то есть общинъ. Доказательство этого онъ видитъ въ томъ, что выраженіе троицкаго списка Русской Правды: *а послѣ познаетъ въ своемъ городѣ*, замѣняется въ академическомъ выраженіи: *а познаетъ въ своемъ миру*. Такимъ образомъ на замѣнѣ слова городъ словомъ миръ, на замѣнѣ, которая могла быть сдѣлана совершенно случайно, или произвольно переписчикомъ, авторъ строитъ такое капитальное положеніе, какъ вышеуказанное, которое вмѣстѣ съ тѣмъ гласитъ, что внѣ міра—города въ древней Россіи не существовало міра-села. Положеніе опять крайнее, которое основывается на одномъ смѣломъ гаданіи. Гораздо убѣдительнѣе доказательства, почерпнутыя имъ изъ лѣтописей и сопоставляемыя съ остатками городищъ. Дѣйствительно въ лѣтописяхъ говорится о множествѣ городовъ безъ обозначенія именемъ и притомъ разныхъ мѣстностей такихъ, которыя не совпадаютъ съ подменно

упоминаемыми въ лѣтописяхъ. Затѣмъ покрывающія всю обширную территорію Россіи многія тысячи насыпей съ рвами, извѣстные подъ именемъ городищъ и городковъ, какъ своимъ именемъ, такъ и своею конструкціею указываютъ на существованіе въ древней Россіи огромнаго количества городовъ. Вообще если нѣкоторыя изъ частныхъ доказательствъ, приводимыя авторомъ въ доказательство существованія въ домонгольской Россіи нѣсколькихъ тысячъ городовъ вовсе несостоятельны, то нельзя не сказать, что совокупность ихъ довольно убѣдительно подтверждаетъ высказанное авторомъ положеніе.

Вопросъ о городищахъ есть предметъ спеціальнаго изслѣдованія автора. Г. Самоквасовъ не только разсматриваетъ вопросъ о городищахъ по результатамъ, добытымъ другими изслѣдователями, его предшественниками, но и по матеріаламъ, собраннымъ имъ самимъ, на основаніи изслѣдованій и наблюденій сдѣланныхъ имъ лично. Для изслѣдованія самихъ городищъ онъ сдѣлалъ два путешествія по Россіи: одно въ 1871 г., а другое 1872 г. и въ оба раза онъ обозрѣлъ болѣе 45 городищъ въ Петербургской, Новгородской, Московской, Курской и преимущественно Черниговской губерніи. Кромѣ этого, онъ приступилъ къ собранію матеріаловъ для составленія общей географической карты сохранившихся городищъ. Для сей цѣли онъ обратился къ статистическимъ комитетамъ восьми губерній съ просьбою собрать свѣдѣнія чрезъ волостныя правленія о мѣстонахожденіи городищъ въ этихъ губерніяхъ. Собранныя свѣдѣнія о городищахъ Черниговской губерніи составляютъ прибавленіе къ его изслѣдованію о древнихъ городахъ. Затѣмъ, для выполненія своей программы онъ снабженъ содѣйствіемъ центральнаго статистическаго комитета по собранію подобныхъ матеріаловъ, относящихся до цѣлой Россіи. Въ этомъ отношеніи работы автора приняли чисто археологическое направленіе, которое однакожъ не только не мѣшаетъ историко-юридической сторонѣ ихъ, но еще болѣе ей содѣйствуетъ. Вообще работы г. Самоквасова, какъ избравшаго своею спеціальностью русскую археологію, и состоящія, кромѣ изслѣдованія городищъ, въ раскопкахъ кургановъ, обѣщаютъ дать богатые результаты, судя по найденнымъ имъ вещамъ.

Вопросъ о городищахъ имѣетъ уже свою исторію. Въ двадцатыхъ годахъ вопросомъ этимъ занимался извѣстный Ходаковскій. Но мнѣніе Ходаковскаго о городищахъ, какъ «*святыя ограда или приходскія мѣста, гдѣ свадьбы и другіе обряды языческіе совершались*», было опровергнуто еще Калайдовичемъ, какъ крайнее. Съ тѣхъ поръ писатели, не отвергая теоріи Ходаковскаго въ общемъ, высказывали мнѣніе, что городища въ тоже время могли служить и другимъ цѣлямъ, какъ-то были огражденіями городовъ, селеній и крѣпостей (Калайдовичъ), служили мо-

„Суд. Журн.“ 1874 г. кн. I.

гильниками для усопшихъ (Котляревскій), были мѣстами убѣжища для народонаселенія во время войнъ (Даниловичъ). Авторъ первый рѣшительно высказалъ положеніе, недопускающее исключеній, что всѣ городища суть остатки городовъ, существовавшихъ до татарскаго времени—памятники тѣхъ городовъ, о которыхъ свѣдѣтельствуется выше приведенные источники (стр. 98.)

Нельзя не признать за доказательствами автора въ пользу вышеприведеннаго мнѣнія извѣстной доли остроумія и убѣдительности, хотя въ общемъ его мнѣніе есть также гипотеза, какъ и теорія Ходаковскаго, впрочемъ много болѣе вѣроятная. Мнѣніе Самоквасова о городищахъ требуетъ дальнѣйшаго подтвержденія посредствомъ изслѣдованія самыхъ городищъ. Если будущія изслѣдованія подтвердятъ, что всѣ городища суть остатки городовъ, то могутъ ли они подтвердить смѣлое предположеніе, что это есть остатки исключительно городовъ до татарскаго нашествія и притомъ городовъ славянскихъ племенъ, какъ утверждаетъ Самоквасовъ, а не вмѣстѣ съ тѣмъ и городовъ или другихъ народовъ жившихъ до славянъ, или городовъ періода позднѣйшаго.

Можно вполнѣ согласиться съ мнѣніемъ автора, что эпоха начального образованія городовъ должна совпадать съ однимъ изъ столѣтій между временемъ первоначальнаго поселенія славянъ въ Россіи и временемъ призванія варяговъ (стр. 128.) Но когда авторъ, на основаніи легендарнаго сказанія о посѣщеніи апостоломъ Андреемъ береговъ озера Ильменя, строитъ предположеніе о возможности основанія Новгорода въ первомъ вѣкѣ по Рожд. Христ., то нельзя не замѣтить, что онъ строитъ предположеніе на томъ сказаніи, которое было сочинено, вѣроятно, спустя тысячу или полторы тысячи лѣтъ послѣ Рожд. Христова, слѣдовательно лишено исторической достовѣрности.

Установивъ положеніе, что города славяно-русскихъ племенъ основаны были гораздо раньше пришествія варяговъ, и что въ періодъ до нашествія татаръ города въ Россіи слѣдуетъ считать тысячами, г. Самоквасовъ высказываетъ за тѣмъ одну изъ самыхъ смѣлыхъ и въ тоже время наименѣе доказательныхъ гипотезъ, что народныя поселенія славянъ, вошедшихъ въ составъ Россіи начались не съ дворовъ, хуторовъ и селъ, а съ городовъ, что слѣдовательно не города развились изъ селъ, а села изъ городовъ. Въ доказательство этого авторъ ссылается на то, что будто бы начальный лѣтописецъ говоритъ только о городахъ и умалчиваетъ о селахъ, и что колонизація востока и юго-востока Россіи въ XVII стол. сначала именно совершилась путемъ основанія только городовъ. Оба эти доказательства косвенныя и потому они крайне малосильны, чтобы служить серьезнымъ основаніемъ для такой смѣлой и большой гипотезы.

Вопросъ о политическомъ значеніи городовъ въ древнѣйшій

періодъ русской исторіи менѣе другихъ разработанъ авторомъ. Авторъ болѣе говоритъ въ своемъ сочиненіи о городѣ, какимъ онъ является въ періодъ послѣ того, какъ выступилъ на историческую сцену княжескій родъ Рюриковичей, и какимъ онъ былъ затѣмъ въ позднѣйшіе періоды, чѣмъ о томъ древне-русскомъ городѣ, остатками котораго онъ считаетъ многія тысячи городовъ. Общій характеръ древне-русскихъ городовъ, говоритъ онъ, тотъ, что, будучи укрѣпленными пунктами народнаго поселенія, они соединяли населеніе древнѣйшей Россіи въ нѣсколько тысячъ маленькихъ общинъ, отдѣльные члены которыхъ связывались въ виду потребности противодѣйствовать общими усиліями нападеніямъ внѣшнихъ враговъ» (стр. 125). Когда же онъ говоритъ о значеніи этихъ древне-русскихъ городовъ, то онъ то считаетъ ихъ мѣстомъ пребыванія рода (стр. 48), то общины неродоваго характера, то говоритъ, что города съ глубокой древности имѣли значеніе не только военныхъ центровъ, но и центровъ администраціи, были мѣстами соприкосновенія народа съ властію, средоточіями гражданскаго управленія, суда, финансовъ, народной промышленности, что русскіе города всегда были мѣстами жительства благороднѣйшихъ, богатѣйшихъ и образованнѣйшихъ людей въ государствѣ (стр. 28, 30, 58). Изъ этихъ словъ автора и изъ того, что въ древнѣйшій періодъ русской исторіи существовало нѣсколько тысячъ городовъ, выходитъ, что уже до возникновенія династіи Рюрика русская территорія была покрыта городами, какъ центрами такой дѣятельности, которая свидѣтельствуетъ о высокомъ и даже болѣе высокомъ развитіи государственности, чѣмъ спустя два, три, четыре столѣтія. Тутъ невольно склоняешься на сторону тѣхъ критикуемыхъ авторомъ писателей, каковы Погодинъ, Соловьевъ и другіе, которые утверждаютъ, что *наши древніе города были не болѣе какъ огороженные села*. Конечно, только при томъ предположеніи, что нашъ древній городъ главнымъ образомъ потому считался городомъ, что онъ былъ огороженъ, а не потому что будто бы онъ былъ центромъ всяческихъ, свидѣтельствующихъ о высокой цивилизаціи, дѣятельностей, можно допустить гипотезу о совпаденіи древнихъ городовъ и нынѣшнихъ городищъ. При такомъ предположеніи съ другой стороны гипотеза о томъ, что колонизація пошла отъ городовъ къ селамъ, можетъ приобрести нѣкоторый видъ вѣроятности.

Не смотря на то, что многія изъ положеній автора суть смѣлыя, а иногда даже очень смѣлыя гипотезы, что историческое его изслѣдованіе содержитъ въ себѣ много теоретическихъ построеній, что вопросъ о томъ, что такое были тѣ тысячи городовъ, существованіе которыхъ можно допустить въ домонгольской Россіи, остался даже гипотетически неразрѣшеннымъ, *хотя онъ былъ и поставленъ авторомъ для разрѣшенія*, изслѣдованіе его содер-

жить и новизну матеріала, старательно собраннаго, и толковую его разработку, и умѣніе автора устремлять свой изслѣдовательскій взглядъ на существенное. Нѣтъ сомнѣнія, что наука исторіи Русскаго права имѣетъ право записать г. Самоквасова въ число солидныхъ изслѣдователей.

Сочиненіе это было представлено г. Самоквасовымъ на степень магистра, и защита его только подтвердила тотъ выводъ, который можно сдѣлать проанализировавши самую работу.

А. Кистяковскій.

## II.

### Обозрѣніе польской юридической литературы за 1872 г., преимущественно по уголовному праву.

Хотя библиографическіе указатели польской литературы за 1872 г. несравненно полнѣе указателей за 1871 г., — хотя, кромѣ перечисленныхъ нами въ обзорѣ за 1871 г. изданій «*Warszawski Rocznik Literacki, poświęcony literaturze, oświacie, bibliografii i księgarstwu*», подъ редакцію Станислава Чарновскаго за 1872 г., — *Na dziś, pismo zbiorowe*. III томъ. Краковъ 1872 г. и каталоговъ, печатанныхъ книгопродавцами, — вышли еще: *Estreicher*. «*Bibliografia polska XIX stulecia. Wydanie komisyyi bibliograficznej przy C. K. Akademii Umiejętności. Kraków 1873 г.*» и «*Prtóra statystyki piśmiennictwa polskiego*», помѣщенная въ газетѣ, «*Wiek*» за 1873 г. № 69, 70, 73, 75, 76, — хотя нѣкоторые періодическія издарія, к. н. «*Niwa*», помѣщаютъ довольно полныя библиографическія замѣтки, — не смотря, однако, на все это — установить съ точностью общую цифру публикацій за 1872 г. мы не можемъ. Въ каждомъ изъ сказанныхъ изданій упоминаются публикаціи, не обозначенныя въ другихъ, и общая цифра въ каждомъ изъ нихъ различна. «*Варшавскій Ежегодникъ*», напр. обозначаетъ цифру публикацій въ 1871 г. на 681, а въ 1872 г. на 899; «*Na dziś*» опредѣляетъ общую цифру изданій въ 1871 г. на 749, «*Wiek*» въ 1872 г. указываетъ, кромѣ 107 періодическихъ изданій, 750 сочиненій въ 835 томахъ, между тѣмъ какъ и Эстрайхеръ въ своей библиографіи обозначаетъ общую цифру изданій за 1871, 1872, по 1-ое Апрѣля 1873 г. суммою 3,160, изъ которыхъ на 1871 и 1872 г. приходится 2700 публикацій. Ни одна, однако, изъ этихъ цифръ не можетъ быть признана вѣрною или полною, такъ какъ въ каждый изъ библиографическихъ указателей вошли тѣ только публикаціи, которыя были извѣстны или доступны составителю списка. Этимъ объясняется, что по Эстрайхеру въ Галиціи вышло несравненно болѣе публикацій, чѣмъ въ Царствѣ Польскомъ, между тѣмъ, какъ по варшавскимъ указателямъ отношеніе это совершенно противоположно.

Эстрайхеръ объявляетъ, что по его библиографіи 1392 публикаціи было издано въ Галиціи и Силезіи, 347 въ княжествѣ Познанскомъ и западной Пруссіи, 960 въ Царствѣ Польскомъ и западныхъ губерніяхъ, 171 за границу. Между тѣмъ «Wiek» замѣчаетъ, что въ Царствѣ Польскомъ въ 1872 г. издано 367 сочиненій, въ Австріи 278, въ Пруссіи 78, въ другихъ мѣстностяхъ 27, итого 750 сочиненій, состоящихъ изъ 835 томовъ.

Такія же различія мы встрѣчаемъ и въ отношеніи общей цифры сочиненій по отдѣлу правовѣднія. Эстрайхеръ насчиталъ 370 такихъ изданій, изъ которыхъ 150 приходится на 1872 г.; между тѣмъ Варшавскій Ежегодникъ обозначаетъ только 44 публикаціи, а «Wiek» замѣчаетъ, что въ 1872 г. было опубликовано: юридическихъ сочиненій, изданныхъ въ Царствѣ Польскомъ—13, изданныхъ въ Австріи—9, въ другихъ мѣстностяхъ—1; экономическихъ сочиненій, изданныхъ въ Царствѣ Польскомъ—9, въ Австріи—3; сочиненій политическаго содержанія, изданныхъ въ Царствѣ Польскомъ—2, въ Австріи—2; итого 39 сочиненій, состоящихъ изъ 43 томовъ.

Не считая пока мѣстъ возможнымъ удовлетворительно разрѣшить вопросъ о количествѣ публикацій, составляющихъ польскую литературу за 1872 г., мы остановимся на приведеніи вышеуказанныхъ числовыхъ данныхъ и по примѣру прошлаго года представимъ нашимъ читателямъ краткій отчетъ о книгахъ и статьяхъ, составляющихъ польскую литературу уголовного права въ 1872 г. и затѣмъ назовемъ только важнѣйшія сочиненія, касающіяся другихъ отраслей законовѣднія.

По важности избраннаго вопроса, по добросовѣстности и тщательности разработкѣ, по серіозно-научному изложенію—первое мѣсто въ ряду книгъ, составляющихъ польскую юридическую литературу по уголовному праву въ 1872 г., занимаютъ два сочиненія:—«Zasady nauki o poczycaniu, zestawil, historycznie i krytycznie objasnil D-r Aleksander Bojarski, Professor Uniwersitetu Jagiellonskiego Krakow 1872. (Начало ученія о вѣнненіи, составилъ Д-ръ Александръ Боярскій, профессоръ Ягеллонскаго университета) и «Moc prawna dowodu ze swiadców w postępowaniu karném przez Józefa Ostrowskiego. Rozprawa, napisana dla pozyskania stopnia kandydata prawa Cesarskiego Uniwersytetu Warszawskiego. Berlin. 1872». (Законная сила свидѣтельскихъ показаній въ уголовномъ судопроизводствѣ. Юсіа Островскаго. Диссертация, представленная для полученія степени кандидата въ Императорскомъ Варшавскомъ университетѣ. Берлинъ. 1872.)

Указавъ въ предисловіи на мотивы, побудившіе его къ разработкѣ вопроса о вѣнненіи, а именно: материалистическое направленіе, отрицающее существованіе свободной воли, неудовлетворительность постановленій различныхъ законодательствъ по этому

вопросу, неустойчивость польской терминологии,—и на желание содѣйствовать устраненію этихъ недостатковъ разработкою этого, въ теперешнее время, самаго важнаго вопроса въ уголовномъ правѣ, Боярскій раздѣлялъ свое сочиненіе на двѣ части:—общую и особенную.

Первую часть Боярскій начинаетъ съ историческаго очерка ученія о вѣнненіи, въ которомъ онъ замѣчаетъ, что въ древности это ученіе не существовало, что только христіанство вводитъ его основанія, которыя начали осуществляться въ каноническомъ правѣ и стали развиваться съ примѣненія философіи Канта знаменитымъ криминалистомъ Фейербахомъ. Затѣмъ, установивъ философское понятіе свободы воли, онъ разсматриваетъ различныя теории, отрицающія свободу воли, и сочиненія главнѣйшихъ представителей этого направленія. Далѣе, установивъ понятіе вѣннености, объяснивъ предполагаемую имъ новую терминологию, Боярскій, согласно съ Бернеромъ («Lehrbuch» 1871 г. стр. 116), обусловливаетъ вѣнненость: самосознаніемъ (Selbstbewusstsein), сознаніемъ вѣшняго міра (Bewusstsein der Aussenwelt) и сознаніемъ обязанностей (Pflichtbewusstsein), и, указавъ на то, что только человѣкъ способенъ совершить преступленіе, т. е. что только человѣку содѣянное можетъ быть вѣннено въ вину, онъ объясняетъ подраздѣленіе причинъ невѣннености и невѣнненія, которое положено въ основаніе всего дальнѣйшаго изложенія. Затѣмъ авторъ разсматриваемаго нами сочиненія приводитъ три главные метода вывода понятія вѣннености и разсматриваетъ теории Бернера («Grundlinien der criminalistischen Imputationstheorie. Berlin 1843». — Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. Leipzig 1857». — «Grundsätze des preussischen Strafrechtes Leipzig 1861»), Гейба («Lehrbuch des deutschen Strafrechtes» 1862 § 70) и Вальберга («Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege» Wien 1869) Далѣе, онъ опредѣляетъ существо и границы вѣннености, полагая, что понятіе неполной вѣннености (verminderte Zurechnungsfähigkeit) лишено всякаго основанія. Наконецъ, въ заключеніи первой части своего сочиненія, Боярскій старается доказать, что рѣшеніе медицинскаго вопроса о невѣннености обязательно для суда, который, однако, долженъ предварительно разсматривать вопросъ о вѣннености въ данномъ случаѣ и, въ сомнительныхъ случаяхъ, обращаться за мнѣніемъ къ врачамъ-экспертамъ, сообщая имъ всѣ необходимыя для нихъ свѣдѣнія, касающіяся изслѣдуемаго дѣла и лица обвиняемаго.

Вторую часть своего сочиненія Боярскій дѣлитъ на три раздѣла и въ первомъ изъ нихъ, въ трехъ отдѣлахъ, разсматриваетъ причины невѣннености. Въ первомъ изъ этихъ отдѣловъ онъ говоритъ о состояніяхъ, въ которыхъ человѣкъ не приобрѣлъ еще свободы воли, т. е. о малолѣтствѣ. Разсмотрѣвъ постановленія рим-



скаго, каноническаго, древне-германскаго и древне-польскаго права, касающіяся этого вопроса, а преимущественно подвергнувъ разбору положенія австрійскаго кодекса и уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ 1847 г., имѣющаго обязательную силу въ Царствѣ Польскомъ, онъ приходитъ къ заключенію, что законодательства должны обозначать три періода малолѣтства, а именно:

а) періодъ безусловной неотвѣтственности, обозначеніе котораго зависитъ отъ климатическихъ и общественныхъ условій каждаго народа;

б) періодъ относительной отвѣтственности, въ которомъ судья долженъ прежде всего опредѣлить, дѣйствовалъ ли виновный сознательно и, наконецъ,

в) періодъ безусловной отвѣтственности, въ которомъ человѣкъ обыкновенно отвѣчаетъ за содѣянное имъ.

О престарѣлости и глухонѣмотѣ Боярскій говоритъ ниже, не считая возможнымъ зачислить эти причины невмѣняемости въ эту категорію.

Второй отдѣлъ перваго раздѣла посвященъ объясненію тѣхъ состояній, въ которыхъ свобода человѣка временно уничтожена, а именно:

а) Порывы (*Gemüthstauemel*), которые Боярскій желаетъ строго отличать отъ сильныхъ волненій ума (*Gemüthsbewegungen*). Хотя Боярскій и сознаетъ, что точныхъ научныхъ границъ между этими понятіями установить невозможно, но все-таки критеріумомъ этого различія онъ считаетъ: причину, вызвавшую умственное волненіе; обстоятельства, сопутствующія дѣянію, и свойства самаго дѣянія; умственные свойства дѣйствующаго и, наконецъ, его поведеніе послѣ совершенія дѣянія. Порывы онъ считаетъ причиною, исключяющею отвѣтственность лица, сильныя волненія ума—обстоятельствомъ, уменьшающимъ вину, а въ сомнительныхъ случаяхъ даже исключяющею отвѣтственность; по началу *in dubiis in mitius*.

б) Сонъ, сонность, сомнамбулизмъ,—оцѣнку которыхъ Боярскій оставляетъ за психіатрами-спеціалистами, возлагая на судью обязанность руководствоваться ихъ мнѣніемъ.

в) Опьянѣніе, въ отношеніи котораго, разсмотрѣвъ постановленія различныхъ законодательствъ, начиная съ римскаго, и мнѣнія ученыхъ,—указавъ на обязанность государства противодѣйствовать распространенію пьянства и на новѣйшія по этому предмету постановленія во Франціи и въ Англии, авторъ разсматриваемаго нами сочиненія высказываетъ мнѣніе, что полное опьянѣніе исключаетъ сознаніе, а потому и отвѣтственность.

г) Временныя болѣзненные состоянія. Боярскій зачисляетъ здѣсь и свѣтъ луны, которая въ извѣстныхъ обстоятельствахъ очень вредно дѣйствуетъ на человѣческой организмъ, но доволь-

ствуется замѣчаніемъ, что при оцѣнкѣ такихъ состояній свѣдущими могутъ быть только врачи-эксперты, отъ которыхъ судья можетъ требовать возможно-точного мнѣнія, составляющаго основаніе судебного рѣшенія.

Наконецъ третій отдѣлъ разсматриваемаго нами раздѣла посвященъ объясненію состояній, которыя лишаютъ свободы постоянно, а именно:

а) Душевные болѣзни. Боярскій отвергаетъ мономаніи различныхъ названій, напр. *Necrophiles*, *Mutomonomania*, *Logomania*, *Erotomania*, *Kleptomania*, *Pyromania* и пр., а также *amentia occulta* и бѣшенство безъ бреда (*mania sine delirio*). Онъ требуетъ настойчиво, чтобы юристы, а въ особенности криминалисты, точно знакомились съ результатами естественныхъ наукъ, а преимущественно медицины. Далѣе, указавъ на дѣленія душевныхъ болѣзней различными ученіями, онъ принимаетъ дѣленіе проф. Гринингера, которое приводитъ подробно. Затѣмъ онъ старается опровергнуть вмѣняемость дѣяній, совершенныхъ во время свѣтлыхъ промежутковъ (*lucida intervalla*), и указываетъ на характеристическія черты, по которымъ можно разузнать притворныя душевные болѣзни (*simulatio*). Наконецъ, онъ разсматриваетъ постановленія прежнихъ и новыхъ законоположеній по этому предмету и высказываетъ мнѣніе, что законодатель долженъ, въ теперешнемъ состояніи науки, довольствоваться только общимъ опредѣленіемъ этого предмета и избѣгать исчисленія формъ душевныхъ болѣзней, даже въ видѣ примѣровъ.

б) Недостатокъ чувствъ, а преимущественно зрѣнія, и глухонѣмота. Послѣднія при отсутствіи образованія исключаютъ отвѣтственность.

Наконецъ Боярскій упоминаетъ здѣсь о престарѣлости и полной одичалости, которыя, по его мнѣнію, при извѣстныхъ условіяхъ тоже исключаютъ отвѣтственность.

Во второмъ раздѣлѣ второй части, подъ заглавіемъ: «Формальная сторона воли человѣка», Боярскій разсматриваетъ всѣ степени умысла и различныя его дѣленія, не упуская изъ виду и тѣхъ, которыя уже оставляются въ наукѣ, напр. *dolus praemeditatus et impetus vel dolus repentinus*, *dolus determinatus et dolus indeterminatus*, *dolus alternativus et dolus eventualis*, *dolus directus et dolus indirectus*, *dolus antecedens concomitans et subsequens*, *dolus generalis et dolus specialis*, —приводя въ оправданіе, что и эти дѣленія изошряютъ вниманіе судей и содѣйствуютъ справедливой оцѣнкѣ виновности.

Послѣдній, третій раздѣлъ, подъ заглавіемъ: «Осуществленіе человѣческой воли», Боярскій дѣлитъ на два отдѣла.

Въ первомъ изъ нихъ авторъ говоритъ о дѣяніяхъ, не подлежащихъ вмѣненію, а именно: по недостатку самаго дѣянія (*cogita-*

tionis poenam nemo patitur, delicta putativa), по недостатку воли (vis major, vis absoluta, vis compulsiva) и по недостатку связи между дѣйствіемъ и волею (error facti, aberratio actus vel ictus.) Въ эту категорію онъ не зачисляетъ: заблужденія по отношенію къ предмету (error in objecto, in persona), считая оное не имѣющимъ вліянія на наказуемость дѣянія, если поврежденный предметъ тѣхъ же свойствъ, которыми отличался намѣренный, — и незнанія закона (ignorantia seu error juris criminalis), потому что оно можетъ относиться только къ delicta juris civilis, а въ уложеніяхъ о наказаніяхъ должны быть обозначены только delicta juris naturalis. На счетъ вопроса, на сколько незнаніе закона можетъ освобождать отъ наказанія, Боярскій совѣтуетъ избѣгать въ уложеніи всякихъ опредѣленій и оставить рѣшеніе этого вопроса судьямъ, который, соображая обстоятельства изслѣдуемаго дѣла, разрѣшитъ его по совѣсти.

Во второмъ отдѣлѣ послѣдняго раздѣла, Боярскій говоритъ о дѣйствіяхъ ненаказуемыхъ и рассматриваетъ отвѣтственность дѣйствующаго въ случаяхъ: когда лице, на которомъ совершается дѣяніе, соглашается на оное (volenti non fit injuria) и когда общество лишило предметъ, на которомъ совершено дѣяніе, юридическихъ свойствъ; затѣмъ упоминаетъ о состояніи крайней необходимости и необходимой оборонѣ и заключаетъ свое сочиненіе указаніемъ на поводы, исключяющіе наказаніе, а именно — смерть преступника, давность, помилованіе, примиреніе съ обиженнымъ и силу рѣшеннаго дѣла.

Добросовѣстный трудъ Боярскаго, хотя содержитъ въ себѣ много новаго, но основанъ на тщательномъ изученіи литературы и законодательства по столь важному въ уголовномъ правѣ предмету, и составляетъ хотя краткое, но весьма полезное руководство для юристовъ, практиковъ и для изучающихъ уголовное право молодыхъ людей.

*Лосифъ Островскій* раздѣляетъ свое сочиненіе, «Законная сила свидѣтельскихъ показаній въ уголовномъ судопроизводствѣ. Берлинъ 1872 года» на 22 §§, изъ которыхъ первые пять объемлютъ введеніе, и объясняютъ слѣдующіе вопросы: о доказательствѣ вообще, о судебномъ-уголовномъ доказательствѣ, значеніе свидѣтельскихъ показаній вообще и судебного доказательства изъ свидѣтельскихъ показаній въ особенности, значеніе свидѣтельскихъ показаній въ уголовномъ и гражданскомъ судопроизводствѣ, краткій очеркъ историческаго развитія значенія свидѣтельскихъ показаній въ уголовномъ судопроизводствѣ.

Первый § авторъ начинаетъ съ вывода понятія правды и замѣчаетъ, что правда существуетъ независимо отъ того, сознаетъ ли ее человекъ или нѣтъ; въ послѣднемъ случаѣ она составляетъ существо предмета, въ первомъ же — согласіе убѣжденія субъ-

екта съ существомъ объекта (2 стр.) Убѣжденіемъ авторъ называетъ такое состояніе ума, въ которомъ субъектъ сознаетъ основанія, на которыхъ опирается правда. Такъ какъ основанія эти могутъ быть различной силы, то слѣдуетъ различать—достоверность и вѣроятность. Достоверность существуетъ тогда, когда эти основанія столь сильны, что исключаютъ возможность полагать противное. Вѣроятность же—тогда, когда они допускаютъ предполагать противное. Для изслѣдованія правды служатъ два источника человеческого познанія, а именно—опытъ и разумъ, которые можно разсматривать въ слѣдующихъ формахъ: внутреннее самосознаніе, непосредственный чувственный опытъ, посредственный чувственный опытъ, выводъ (*deductio*) и наведеніе (*inductio*). Источники эти сами по себѣ не представляютъ еще достоверности, но они составляютъ необходимыя условія, посредствомъ которыхъ субъектъ можетъ изслѣдовать правду. Основанія достоверности, происходящія изъ дѣятельности источника познанія, называются доказательствами. Доказательство—это основаніе достоверности (3 и 4 стр.)

Во второмъ § авторъ опредѣляетъ значеніе судебного доказательства, различаетъ доказательства гражданскія отъ уголовныхъ, формальныя отъ матеріальныхъ, и разсматриваетъ три главные системы изслѣдованія объективной достоверности, а именно—теорію законныхъ доказательствъ, систему внутреннего убѣжденія (*intime conviction*) и наконецъ англійскую систему (*Law of evidence*). Первую изъ этихъ системъ—теорію законныхъ доказательствъ—онъ подвергаетъ обстоятельной критикѣ (9—17 стр.) и высказывается въ пользу системы внутреннего убѣжденія.

Познакомивъ читателя съ этими общими понятіями, Островскій переходитъ въ 3 § къ объясненію значенія свидѣтельскихъ показаній вообще и судебного доказательства изъ свидѣтельскихъ показаній въ особенности. Указавъ, что свидѣтельскія показанія—это одинъ изъ самыхъ важныхъ и обильныхъ источниковъ познанія, Островскій сводитъ всѣ условія достоверности свидѣтельскихъ показаній къ слѣдующимъ тремъ:

- 1) свидѣтель долженъ быть способенъ правильно наблюдать и передавать свои наблюденія;
- 2) свидѣтель долженъ желать передать свои наблюденія правдиво;
- 3) самая передача наблюденій должна отличаться такими качествами, которыя бы убѣждали въ томъ, что свидѣтель дѣйствительно удовлетворяетъ предыдущимъ двумъ условіямъ.

Въ заключеніе этого § авторъ даетъ такое опредѣленіе судебного свидѣтеля: «Судебный свидѣтель—это постороннее лицо, показывающее предъ судомъ по собственному наблюденію о существованіи или несуществованіи извѣстнаго дѣянія».

Въ 4 § авторъ разсматриваемаго нами сочиненія опредѣляетъ значеніе свидѣтельскихъ показаній въ уголовномъ и гражданскомъ

судопроизводствѣ и подвергаетъ подробному разбору постановленія 1341 и слѣд. стат. гражданского кодекса, а въ 5 § представляетъ самый краткій, но ясный очеркъ историческаго развитія значенія свидѣтельскихъ показаній въ уголовномъ судопроизводствѣ, въ которомъ упоминается и о переходныхъ формахъ свидѣтельства, а именно—о судахъ божьихъ и о соприсяжникахъ (*conjuratores. Eideshelfer.*)

Послѣ такого введенія, Островскій переходитъ къ изложенію законной силы свидѣтельскихъ показаній въ уголовномъ судопроизводствѣ и, обозначивъ въ 6 § этотъ вопросъ вообще, разсматриваетъ въ 7 § различное значеніе свидѣтельскихъ показаній, смотря по системѣ судопроизводства. Здѣсь авторъ обращаетъ вниманіе, что слѣдственная система, примѣняя аналитическій методъ изслѣдованія правды, заставляетъ приглашать и допрашивать въ качествѣ свидѣтелей всѣхъ лицъ, которыя, по мнѣнію суда, могутъ содѣйствовать изъясненію правды,—обвинительная же система, примѣняя синтетическій методъ изслѣдованія правды, возлагаетъ на судъ обязанность допрашивать въ качествѣ свидѣтелей только тѣ лица, которыя обозначены въ обвинительномъ актѣ. Затѣмъ авторъ замѣчаетъ, что теорія законныхъ доказательствъ, свойственная слѣдственной системѣ, при оцѣнкѣ доказательной силы свидѣтельскихъ показаній раздѣляетъ свидѣтелей на неспособныхъ (*testes inhabiles*), подозрительныхъ (*testes suspecti*) и классическихъ или достовѣрныхъ (*testes classici*) и опредѣляетъ, что только на показаніяхъ свидѣтелей послѣдней категоріи можно основывать юридическую достовѣрность, а также что теорія внутренняго убѣжденія, свойственная обвинительной системѣ, не придаетъ особеннаго значенія этому подраздѣленію, и потому, хотя въ нѣкоторыхъ законодательствахъ исчисляются иногда категоріи лицъ, неспособныхъ приносить свидѣтельскія показанія, но такое исчисленіе имѣетъ только значеніе руководства для суда, не ограничивая его убѣжденія. Наконецъ, въ томъ же 7 § Островскій говоритъ о свидѣтеляхъ, допрашиваемыхъ для справки (*pro informatione,—pour renseignement*, 269 ст. Code d'instruction criminelle). Указавъ, что эта послѣдняя категорія свидѣтелей, свойственная теоріи законныхъ доказательствъ, совершенно противорѣчитъ основнымъ началамъ теоріи внутренняго убѣжденія, авторъ замѣчаетъ, что свидѣтели для справки явились вслѣдствіе опредѣленій, что списокъ лицамъ, которыя слѣдуетъ допросить въ судебномъ слѣдствіи, долженъ быть препровожденъ сторонамъ, дѣйствующимъ въ процессѣ, заблаговременно (315 ст. Code d'instruc. criminel., 577 ст. устава уголов. судопроизводства), а затѣмъ что председателю суда была ввѣрена дискреціонная власть (*pouvoir discrétionnaire*), съ цѣлью обезпечить возможность воспользоваться, для изъясненія дѣла, и вновь

открытыми доказательствами, послѣ сообщенія списка лицамъ, которые должны быть допрошены въ судебномъ слѣдствіи.

Островскій указываетъ на слѣдующіе способы разрѣшенія затрудненія, проистекающаго отъ опредѣленія 315 ст. Code d'instruction criminelle и 577 ст. устава уголов. судопроиз.:

а) или вовсе не пользоваться показаніями новыхъ свидѣтелей, не внесенныхъ въ списки, сообщаемые сторонамъ. Это рѣшеніе авторъ считаетъ противорѣчающимъ главной цѣли уголовного судопроизводства — изслѣдованію правды;

б) или, подражая французскому образцу, признать за предсѣдателемъ суда дискреціонную власть, а показанія новыхъ свидѣтелей признавать только за renseignement. Это рѣшеніе авторъ считаетъ болѣе подходящимъ, чѣмъ предыдущее, но не выдерживающимъ критики, по поводу смѣшенія свидѣтельскихъ показаній для справки съ системою внутренняго убѣжденія;

в) или признать за предсѣдателемъ суда дискреціонную власть, а показанія вновь допрошенныхъ свидѣтелей сравнить съ показаніями тѣхъ лицъ, которые были обозначены въ спискѣ, сообщаемомъ, по 315 ст. Code d'instruc. criminel. и 577 ст. устава уголов. судопроиз., сторонамъ. Это рѣшеніе авторъ признаетъ еще болѣе правильнымъ, но на столько неудовлетворительнымъ, на сколько дискреціонная власть нарушаетъ безпристрастіе предсѣдателя суда;

г) или, наконецъ, подражая англійскому образцу, признать за показаніями свидѣтелей, не обозначенныхъ въ спискахъ, препровождаемыхъ сторонамъ, значеніе юридическихъ доказательствъ на столько, на сколько обѣ стороны, дѣйствующія въ процессѣ, согласятся на допросъ этихъ свидѣтелей. Это послѣднее рѣшеніе авторъ считаетъ самымъ правильнымъ, ибо оно не противорѣчитъ цѣлямъ уголовного судопроизводства, ни системѣ внутренняго убѣжденія, и освобождаетъ предсѣдателя отъ пагубнаго вліянія дискреціонной власти.

Намъ кажется, что и послѣднее рѣшеніе не вполне удовлетворительно, ибо оно вводитъ начало произвола сторонъ, чуждое уголовному судопроизводству. Имѣя въ виду причины, вызвавшія постановленіе, обозначенное въ 315 ст. Code d'instruc. crimin. и 577 ст. устава уголов. судопроиз., можно бы рѣшить подлежащій вопросъ такимъ образомъ: о новомъ свидѣтелѣ стороны должны быть извѣщены, и если онъ готовъ допрашивать его, то допросъ происходитъ немедленно, а если нѣтъ — то допросъ происходитъ черезъ двадцать четыре часа; показанію же такого свидѣтеля въ обоихъ случаяхъ придается значеніе юридическаго доказательства. (Срав. 733 и 734 ст. устава уголов. судопроиз.)

Порѣшивъ такимъ образомъ теоретическій вопросъ, Островскій разсматриваетъ затѣмъ: пользуется ли предсѣдатель суда по уставу уголовного судопроизводства 1864 г. дискреціонною

властью? въ какомъ порядкѣ могутъ быть допрошены свидѣтели, не обозначенные въ спискѣ, препровождаемомъ сторонамъ? и какое значеніе показаній свидѣтелей, допрашиваемыхъ въ судебномъ слѣдствіи на основаніи 733 и 734 ст. устава угол. судопроизводства?

Первый изъ этихъ вопросовъ авторъ рѣшаетъ отрицательно, хотя онъ полагаетъ, что по 612, 614, 766, 804 ст. устава уголов. судопроиз. можно бы думать, что законодатель имѣлъ въ виду даровать предсѣдателю суда дискреціонную власть.

Второй вопросъ онъ рѣшаетъ на основаніи 733 и 734 ст. устава уголов. судопроиз., такъ, что если сторона потребуетъ представленія новаго доказательства, то судъ долженъ дать противной сторонѣ возможность приготовиться къ опроверженію этого доказательства, отсрочивая въ случаѣ надобности засѣданіе, если эта послѣдняя не изъявитъ своего согласія на представленіе этого новаго доказательства.

Наконецъ третій вопросъ, авторъ, на основаніи 766, 804, 614 ст. устава уголов. судопроиз. рѣшаетъ въ пользу допущенія новыхъ свидѣтелей къ присягѣ и признаетъ за такими свидѣтелями значеніе юридическаго доказательства, такъ какъ въ уставѣ уголов. судопроиз. не упоминается о свидѣтеляхъ для справки, а безъ *lex specialis* невозможно предполагать ихъ существованіе. Категоріи лицъ, исчисленныхъ въ 705—708 ст. устава уголов. судопроиз., которыя не допускаются къ присягѣ, нельзя тоже считать свидѣтелями для справки, такъ какъ по 803 ст. устава уголовнаго судопроиз. объясненія предсѣдателя суда, касающіяся общихъ основаній къ сужденію о силѣ доказательствъ, имѣютъ значеніе только предостереженія отъ всякаго увлеченія къ обвиненію или оправданію подсудимаго, а по рѣшенію кассационнаго департамента по дѣлу Короткова (1869 г. № 535), «оцѣнка доказательной силы какъ присяжныхъ, такъ и безприсяжныхъ показаній вполне зависитъ отъ суда, и стороны нисколько не стѣснены въ опроверженіи свидѣтельскихъ показаній, данныхъ подъ присягой.»

Въ 8 § авторъ разсматриваемаго нами сочиненія говоритъ объ общей обязанности давать свидѣтельскія показанія въ судѣ и о лицахъ, освобожденныхъ отъ этой обязанности. Въ послѣднемъ отношеніи авторъ говоритъ сперва о ближайшихъ родственникахъ и разсматриваетъ теоріи: освобождающую родственниковъ отъ обязанности свидѣтельствовать, и обусловливающую допросъ такихъ свидѣтелей изъявленіемъ согласія со стороны допрашиваемаго родственника. Послѣднюю теорію онъ считаетъ болѣе правильною, а даже не отвергаетъ допущенія такихъ свидѣтелей къ присягѣ, по примѣру баварскаго законодательства, требуетъ только, чтобы судья осторожно принималъ свидѣтельскія показанія родственниковъ подсудимаго, и всегда старался разслѣдовать причины, побудившія ихъ показывать въ судѣ. Затѣмъ

онъ упоминаетъ о священникахъ, которыхъ, по примѣру Bonnier. § 269, желаетъ освободить отъ обязанности показывать не только о тѣхъ обстоятельствахъ, о которыхъ они узнали при исповѣди, но даже о тѣхъ, которыя были имъ сообщены подъ тайною. Далѣе онъ исчисляетъ въ этой же категоріи государственныхъ чиновниковъ, защитниковъ, врачей и повивальныхъ бабокъ, требуя отъ нихъ присяги въ томъ, что объ обстоятельствахъ извѣстныхъ имъ, они узнали при отправленіи своихъ обязанностей, подъ условіемъ тайны, и только послѣ принесенія такой присяги освобождаетъ ихъ отъ обязанности свидѣтельствовать. Наконецъ, авторъ говоритъ объ освобожденіи отъ обязанности отвѣчать на извѣстные вопросы и разсматриваетъ постановленія дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ законодательствъ: прусскаго 11 декабря 1805 и австрійскаго 3 сентября 1803 г., а затѣмъ устава уголовного судопроизводства 20 ноября 1864 г.

Въ 9 § Островскій исчисляетъ и разсматриваетъ общія условія, которыя служатъ основаніемъ оцѣнки достовѣрности свидѣтельскаго показанія, а именно:

- а) физическое развитіе свидѣтеля;
- б) умственное его развитіе;
- в) полъ;
- г) нравственность свидѣтеля;
- д) его вѣроисповѣданіе;
- е) промежутокъ времени между наблюденіемъ и показаніемъ;
- ж) расположеніе духа свидѣтеля во время наблюденія;
- з) внутреннія качества показанія;
- и) внѣшнюю форму показанія, т. е. поведеніе свидѣтеля предъ судомъ.

Хотя эти общія условія должны всегда руководить судьбою, но законодатель, кромѣ того, долженъ опредѣлить и опредѣляетъ еще различныя ручательства достовѣрности свидѣтельскихъ показаній, которыя Островскій раздѣляетъ на непосредственныя и посредственныя.

Непосредственныя ручательства опираются на условія, требуемыхъ отъ свидѣтельскаго показанія (§ 3). Первые два изъ этихъ условій,—а именно: чтобы свидѣтель обладалъ способностью правильно наблюдать и передавать свои наблюденія, и чтобы онъ желалъ показать правдиво,—относятся къ личности свидѣтеля, и потому ручательства имъ соответствующія, носятъ названіе *субъективныхъ*, и содержатъ исчисленіе категорій лицъ, которыя не удовлетворяютъ онымъ (неспособные и подозрительные свидѣтели). Третье условіе, а именно—чтобы сама передача наблюденій, соединяла въ себѣ качества, которыя бы доставляли убѣжденіе относительно существованія двухъ первыхъ условій,—касается



самого показанія, и потому соответствующія ему ручательства носятъ названіе *объективныхъ* а именно:

- а) присяга и наказаніе за лжеприсягу;
- б) собственное наблюденіе;
- в) внѣшнія качества показанія;
- г) внутреннія качества показанія;
- д) согласіе съ другими доказательствами;
- е) число свидѣтелей.

Изъ исчисленныхъ объективныхъ ручательствъ, первыя два можно бы назвать субъективно-объективными, но такъ какъ элементъ объективный имѣетъ въ нихъ перевѣсъ, то Островскій зачисляетъ оныя къ объективнымъ

Подробное изложеніе указанныхъ ручательствъ составляетъ содержаніе всей остальной части разсматриваемаго нами сочиненія, авторъ котораго, переходя къ разбору субъективныхъ ручательствъ, опредѣляетъ сперва въ 10 § общее значеніе неспособности и подозрительности. Неспособнымъ свидѣтелемъ онъ считаетъ такого, который не можетъ правильно наблюдать или вѣрно показывать; подозрительнымъ-же такого, въ отношеніи котораго существуетъ болѣе или менѣе вѣроятное предположеніе, что онъ не можетъ правильно наблюдать и правдиво показать. При этомъ онъ замѣчаетъ, что всѣхъ неспособныхъ и подозрительныхъ свидѣтелей въ уставахъ исчислить нельзя, что стремленіе къ такому исчисленію нужно оставить за наукою, руководствуясь указаніями которой, судья въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ оцѣнить, къ какой категоріи отнести даннаго свидѣтеля.

Затѣмъ въ 11 § Островскій группируетъ неспособныхъ свидѣтелей въ три отдѣла: неспособныхъ по физическимъ и умственнымъ недостаткамъ, по особенному отношенію свидѣтеля къ дѣлу, и по личнымъ его особенностямъ, не состоящимъ въ связи съ дѣломъ,—и замѣчаетъ, что неспособность можетъ быть: общая или особенная и постоянная или временная.

Къ категоріи неспособныхъ по физическимъ и умственнымъ недостаткамъ онъ зачисляетъ:

а) дѣтей, считая опредѣленіе въ законѣ возраста, до котораго дѣти безусловно неспособны показывать, невозможнымъ, и потому предлагаетъ оставить разрѣшеніе вопроса о возможности допрашивать ребенка въ качествѣ свидѣтеля на благоусмотрѣніе суда;

б) безумныхъ и сумасшедшихъ;

в) лицъ, которымъ недостаетъ чувствъ, соответствующихъ извѣстнымъ явленіямъ;

г) необразованныхъ глухонѣмыхъ, у которыхъ нѣтъ средствъ сообщаться съ другими людьми.

Ко второй категоріи неспособныхъ свидѣтелей по особенному ихъ отношенію къ дѣлу, авторъ зачисляетъ:

а) подкупленныхъ свидѣтелей, къ которымъ причисляетъ и доносчика, который за доносъ получаетъ по закону денежное вознагражденіе;

б) стороны, дѣйствующія въ процессѣ съ тѣмъ, что подсудимый не можетъ считаться свидѣтелемъ, если онъ показываетъ въ свою пользу; что прокуроръ вообще не можетъ показывать;—что потерпѣвшій отъ преступленія даже тогда, когда онъ является гражданскимъ истцемъ, не можетъ быть зачисленъ въ категорію неспособныхъ, а только подозрительныхъ свидѣтелей;—такъ что въ эту категорію собственно слѣдуетъ зачислить только частныхъ обвинителей;

в) ближайшихъ родственниковъ подсудимаго.

Къ третьей категоріи неспособныхъ по личнымъ особенностямъ свидѣтеля, не состоящимъ въ связи съ дѣломъ, имѣя въ виду постановленія законодательства, Островскій относитъ: лица извѣстнаго вѣроисповѣданія, и лица, приговоренныя къ гражданской смерти или другому опозоривающему наказанію, хотя онъ и не считаетъ этихъ лицъ неспособными свидѣтелями *in thesi*.

Въ заключеніи этого изложенія, Островскій опровергаетъ причисленіе къ категоріи неспособныхъ свидѣтелей—лицъ, исполняющихъ въ томъ же дѣлѣ обязанность прокурора, защитника, судьи или присяжнаго, ибо всѣ эти лица могутъ показывать, и быть признаны достовѣрными свидѣтелями, если они устраняютъ себя отъ исполненія исчисленныхъ обязанностей по этому дѣлу.

Въ 12 §, подраздѣливъ подозрительность на общую и особенную, касающуюся способности хорошо наблюдать и показывать и касающуюся доброй воли сказать правду, Островскій къ категоріи подозрительныхъ свидѣтелей по физическимъ и умственнымъ недостаткамъ зачисляетъ:

а) дѣтей, предлагая оставить за судомъ оцѣнку степени подозрительности такихъ свидѣтелей и разрѣшеніе вопроса, когда отъ нихъ можно принимать присягу;

б) слабоумныхъ и сумасшедшихъ, а также пьяныхъ во время наблюденія, на сколько они не принадлежатъ къ категоріи неспособныхъ;

в) лицъ, у которыхъ слабы чувства, соотвѣтствующія извѣстнымъ явленіемъ;

г) глухихъ, нѣмыхъ, глухонѣмыхъ.

Затѣмъ къ категоріи подозрительныхъ свидѣтелей по особенному отношенію къ дѣлу, авторъ зачисляетъ:

1) лицъ, имѣющихъ интересъ въ исходѣ дѣла, а именно:

а) лицъ, имѣющихъ имущественный интересъ въ дѣлѣ, напр.

наслѣдниковъ подсудимаго, уплачивающихъ подсудимому ренту, если ему угрожаетъ гражданская смерть, и пр.

б) потерпѣвшихъ отъ преступленія, которые, хотя-бы и не имѣли имущественнаго интереса въ исходѣ дѣла; все таки уже по ненависти къ подсудимому и по желанію отомстить ему становятся подозрительными;

в) доносчиковъ, насколько они получаютъ денежное вознагражденіе за донесеніе, хотя и ненависть къ подсудимому, стремленіе освободить себя отъ отвѣтственности за ложный доносъ можетъ составлять поводъ подозрительности дощика.

2) Соучастниковъ преступленія.

3) Родственниковъ и свойственниковъ подсудимаго.

4) Лицъ, состоящихъ въ особенныхъ отношеніяхъ къ подсудимому а именно:

а) въ дружбѣ или ненависти;

б) въ зависимости отъ подсудимаго;

в) въ отношеніяхъ, вызывающихъ особенную благодарность или привязанность къ подсудимому;

г) состоящихъ въ той же политической партіи.

5) По отношенію къ другимъ лицамъ, участвующимъ въ дѣлѣ:

а) лицъ, находящихся въ зависимости отъ обвинителя;

б) лицъ, находящихся въ близкихъ отношеніяхъ съ потерпѣвшимъ отъ преступленія, хотя они имѣютъ очень мало интереса показывать ложно, такъ, что ихъ собственно къ категоріи подозрительныхъ свидѣтелей зачислять не слѣдуетъ;

в) лицъ, находящихся въ отношеніи зависимости отъ свидѣтеля, показаніе котораго они подтверждаютъ, если изъ самаго содержанія показанія можно заключать, что свидѣтель заучилъ показываемыя обстоятельства наизусть.

Наконецъ по личнымъ особенностямъ свидѣтеля, не состоящимъ въ связи съ дѣломъ, Островскій зачисляетъ въ категорію подозрительныхъ свидѣтелей:

а) лица извѣстнаго вѣроисповѣданія;

б) лица, подвергшіяся наказанію за преступленія, указывающія на ихъ испорченный характеръ и безнравственность, напр. клятвопреступники, клеветники, ложные донощики, злостные банкроты, мошенники и нарушившія довѣріе другихъ лицъ;

в) лица дурнаго поведенія напр. безбожныя, безнравственныя, и проч.

Сторона, во вредъ которой долженъ показывать свидѣтель, принадлежащій къ одной изъ исчисленныхъ категорій, пользуется правомъ отвести его, и если законъ это опредѣлилъ, судъ такого свидѣтеля не допуститъ къ присягѣ,—въ противномъ же случаѣ, если судьи и присяжные оцѣниваютъ достоинство представленныхъ доказательствъ по внутреннему убѣжденію, то они могутъ

не повѣрить показанію такого свидѣтеля, а при оцѣнкѣ достовѣрности его показанія должны руководствоваться указаніями науки, опытомъ жизни и судебной практики.

Послѣ такого теоретическаго изложенія субъективныхъ ручательствъ, авторъ разсматриваемой нами книги въ 13 § подвергаетъ тщательному разбору постановленія дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ уставовъ уголовного судопроизводства: прусскаго 1805 г. и австрійскаго 1803 г., а также судебныхъ уставовъ 20 Ноября 1864 г., пользуясь рѣшеніями кассационныхъ департаментовъ правительствующаго сената и новѣйшею литературою.

Во второмъ отдѣлѣ Островскій переходитъ къ разбору объективныхъ ручательствъ достовѣрности свидѣтельскихъ показаній и въ 14 § говоритъ о присягѣ и наказаніи за лжеприсягу. Указавъ на религіозное значеніе присяги, онъ высказываетъ мнѣніе, что присяга только тогда будетъ составлять дѣйствительное ручательство, когда она не превратится въ пустую формальность, и предлагаетъ слѣдующія законодательныя мѣры, которыя содѣйствуютъ сохраненію достоинства присяги:

а) съ цѣлью ограничить употребленіе этого ручательства можно не требовать присяги отъ свидѣтелей, показывающихъ маловажныя обстоятельства или по маловажнымъ дѣламъ, или оставляя за судомъ рѣшеніе, долженъ ли свидѣтель въ данномъ случаѣ принести присягу, или же обусловливая исполненіе этого дѣйствія требованіемъ сторонъ, дѣйствующихъ въ процессѣ;

б) слѣдуетъ освободить отъ присяги и довольствоваться торжественнымъ обѣщаніемъ со стороны лицъ, вѣроисповѣданіе которыхъ не допускаетъ клятвоприношенія;

в) далѣе тѣхъ, которыя уже принесли общую присягу напр. эксперты, исполняющіе свои обязанности по долгу службы.

г) наконецъ слѣдуетъ требовать отъ свидѣтеля присяги только одинъ разъ, именно въ судебномъ слѣдствіи. Въ предварительномъ слѣдствіи можно принимать присягу только въ чрезвычайныхъ случаяхъ. Разсмотрѣвъ затѣмъ всесторонне мотивы, Островскій приходитъ къ заключенію, что присягу слѣдуетъ принимать послѣ допроса свидѣтеля, обращая однако до допроса его вниманіе на то, что онъ долженъ присягнуть послѣ допроса, и что отказъ его, при ложномъ показаніи, подвергнетъ его наказанію за лжесвидѣтельство. Наконецъ авторъ разсматриваетъ постановленія дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ уставовъ уголовного судопроизводства и устава уголовного судопроизводства 1864 г.

Съ религіознымъ ручательствомъ достовѣрности свидѣтельскихъ показаній, Островскій сопоставляетъ въ томъ же § уголовную санкцію, именно: наказаніе за лжеприсягу, требуя опредѣленія въ законодательствахъ наказанія за ложное показаніе даже въ томъ случаѣ, если свидѣтель не принесъ присяги.

Въ 15 § авторъ разсматриваетъ значеніе втораго объективнаго ручательства-достоверности свидѣтельскихъ показаній т. е. собственного наблюденія, и высказываетъ мнѣніе, что только очевидцы могутъ считаться достоверными свидѣтелями въ уголовномъ судопроизводствѣ, и что слышавшіе могутъ быть допрашиваемы только въ исключительныхъ случаяхъ.

Въ 16 § Островскій говоритъ о внѣшнихъ качествахъ свидѣтельскаго показанія и объясняетъ значеніе требованія, чтобы свидѣтель показывалъ передъ судомъ и словесно.

Въ 17 § авторъ исчисляетъ и разсматриваетъ внутреннія качества свидѣтельскаго показанія, а именно:

а) показаніе должно быть продуктомъ убѣжденія и свободной воли свидѣтеля, а потому принужденіе, угрозы, просьбы, общаніе вознагражденія, наводящіе вопросы и пр. должны быть запрещены;

б) показаніе должно быть правдоподобно;

в) наконецъ оно должно быть ясно, подробно и свободно отъ внутреннихъ противорѣчій.

Въ 18 § авторъ разсматриваемаго нами сочиненія говоритъ о согласіи съ другими доказательствами, считая оное важнымъ ручательствомъ достоверности и наконецъ въ 19 § о послѣднемъ объективномъ ручательствѣ именно—о числѣ свидѣтелей. Въ послѣднемъ отношеніи, разсмотрѣвъ подробно значеніе требованія—не менѣ двухъ согласныхъ свидѣтельскихъ показаній, чтобы основать на нихъ юридическую достоверность, обративъ вниманіе на историческое развитіе этого требованія законодательствъ, Островскій высказываетъ мнѣніе, что показаніе одного свидѣтеля, удовлетворяющее всемъ субъективнымъ и объективнымъ ручательствамъ, можетъ служить основаніемъ юридической достоверности, а показанія другихъ свидѣтелей, подтверждающихъ оное, только укрѣпляетъ наше убѣжденіе.

Наконецъ въ заключеніе этого втораго отдѣла въ 20 §, Островскій подробно разсматриваетъ условія полнаго доказательства изъ свидѣтельскихъ показаній по теоріи законныхъ доказательствъ прусскаго 1805 и австрійскаго 1803 г. судопроизводства.

Третій и послѣдній отдѣлъ своего сочиненія Островскій посвятилъ изложенію посредственныхъ ручательствъ достоверности свидѣтельскихъ показаній, къ которымъ онъ зачисляетъ: устность, перекрестный допросъ, публичность, формы допроса, уголовное судопроизводство вообще и наконецъ уложеніе о наказаніяхъ.

Въ отношеніи формъ допроса авторъ указываетъ на необходимость предлагать свидѣтелю прежде всего общій вопросъ—что ему извѣстно по изслѣдуемому дѣлу?—на что мы уже неоднократно обращали вниманіе читателей Судебнаго Вѣстника \*)

\*) Сравни. Судебный Вѣстникъ 1872 г. № 180 и 1873 № 14 и 16.

Уложение о наказаніяхъ Островскій считаетъ посредственнымъ ручательствомъ потому, что каждый свидѣтель, сознавая, что преступленіе нарушаетъ общественный порядокъ, сознаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ свой долгъ содѣйствовать возстановленію нарушенныхъ правъ. Уложение однако составляетъ ручательство достовѣрности свидѣтельскихъ показаній только тогда, когда оно исключительно содержитъ въ себѣ постановленія, согласныя съ понятіями общества о преступленіи и наказаніи. Если свидѣтель долженъ показывать противъ обвиняемаго въ дѣяніи, которое по общественному мнѣнію не должно считаться преступленіемъ (напр. поединокъ, нѣкоторыя государственныя преступленія) то онъ находится въ весьма затруднительномъ положеніи; онъ долженъ избирать между своею обязанностию вѣрно показывать и чувствомъ состраданія и абсолютной справедливости, и нерѣдко даетъ перевѣсъ послѣднему. Вотъ почему уложение о наказаніяхъ должно быть непременно согласно со взглядами народа и запрещать подъ страхомъ наказанія, только такія дѣянія, которыя признаются преступными въ данное время, у извѣстнаго народа, и тогда только оно будетъ составлять ручательство достовѣрности свидѣтельскихъ показаній.

Доколѣ въ уголовномъ судопроизводствѣ существовала теорія законныхъ доказательствъ, научныя изслѣдованія оснований, на которыя опирается юридическая достовѣрность, были необходимы не только для правильнаго примѣненія буквы закона, но и какъ руководство разумнаго и правильнаго пониманія смысла этихъ постановленій. Съ отмѣною теоріи законныхъ доказательствъ, съ минуты, когда судьи стали рѣшать уголовныя дѣла, т. е. оцѣнивать юридическую достовѣрность,—по внутреннему убѣжденію, съ введеніемъ суда присяжныхъ,—научныя изслѣдованія, касающіяся этого вопроса, потеряли ли свое значеніе? Нисколько. Островскій, по нашему мнѣнію, совершенно вѣрно, въ заключеніи своего сочиненія, замѣтилъ, что съ отмѣною теоріи законныхъ доказательствъ, задача, которой прежде удовлетворялъ законодатель, перешла теперь на науку. Несомнѣнно.—Начала оцѣнки юридической достовѣрности не зависятъ отъ опредѣленія закона. они всегда одни и тѣ же, ибо они основаны на общихъ источникахъ человѣческаго познанія и принаровлены только прежними законными постановленіями къ опредѣленной, специальной цѣли. Съ устраненіемъ этихъ опредѣленій закона, основанія остались тѣ же, а необходимость изученія ихъ сдѣлалась еще осозательнѣе, такъ какъ законъ пересталъ руководить судьбою въ этомъ отношеніи.

Кто же долженъ удовлетворить этимъ потребностямъ судей?—Кто долженъ руководить ими? Разумѣется—наука. Она и лучше исполнитъ эту задачу, чѣмъ законодательныя постановленія, потому, что она свободнѣе и подвижнѣе, что она можетъ поль-

зоваться приобрѣтеніями новыхъ изслѣдованій и открытій со дня на день, а не выставляя непреложныхъ аксіомъ, которыя судья *долженъ* примѣнять, руководитъ его убѣжденіе и указываетъ ему на ошибочные источники познанія, предостерегая его отъ неправильныхъ умозаключеній.

Англійская судебная практика и англійская литература, касающаяся этого предмета, служитъ лучшимъ доказательствомъ правильности нашихъ замѣчаній.

При такомъ значеніи научныхъ изслѣдованій по вопросамъ, касающимся теоріи доказательствъ, разсмотрѣнное нами сочиненіе Островскаго становится очень важнымъ приобрѣтеніемъ для юридической литературы, тѣмъ болѣе, что правильность языка, ясность, полнота и систематичность изложенія, дѣлають эту книгу доступною для каждаго мыслящаго человѣка, не чуждающагося научной литературы, и составляетъ важное руководство для каждаго юриста-практика.

В. Мигляшевскій.

### III.

#### Иностранные юридическіе журналы за 1873 годъ.

- 1) *Révue de droit international et de législation comparée*, publiée par M. C. Asser, G. Rolin-Jacquemyns et I. Westlake. 5-me Année. 1873 № 1—IV.—
- 2) *Révue critique de législation et de jurisprudence*, par M. M. L. Wolowski, Paul Pont, Faustin-Hélie etc. 1873. Tome II № 1—XII.—
- 3) *The Law Magazine and Review*, vol II, № VII—X.—
- 4) *Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, herausg. v. Brinz u. Pözl. München 1873. Bd. XV. Hft. III—IV.—
- 5) *Archiv für gemeines deutsches und für preussisches Strafrecht*, v. Dr. Goldammer, fortg. v. Hahn. Bd. XXI, Hfte III—VI.—
- 6) *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, herausg v. Dr. L. Goldschmidt und Dr. P. Laband. Bd. XVIII, Hefte III—IV. Erlangen.—
- 7) *Allgemeine deutsche Strafrechtszeitung*, herausg. v. Dr. Franz v. Holtzendorff, Lpz. 1873. Hft. V—X.

#### I.

Журналу г. Ролень Жакмэна, издаваемому въ Гентъ \*), принадлежитъ, безъ сомнѣнія, одно изъ самыхъ почетныхъ мѣстъ въ современной юридической журналистикѣ; на этомъ изданіи мы должны поэтому остановиться съ большою подробностью, чѣмъ на другихъ, заглавія которыхъ приведены нами выше.

Большая часть статей, помѣщенныхъ въ четырехъ книжкахъ этого журнала за прошлый годъ, касается международнаго права;

\*) Въ прошломъ обзорѣ («Суд. Журналъ» 1873, кн. IV), сказано, по ошибкѣ, что «*Révue de droit international*» издается въ Голландіи (вм. Бельгіи).

другимъ отдѣламъ правовѣдѣнія отведено сравнительно меньше мѣста. Въ первой книжкѣ вопросамъ международно-юридическаго характера посвящены двѣ обширныя статьи, составляющія, впрочемъ, продолженіе прежнихъ статей тѣхъ-же авторовъ. Первая изъ нихъ имѣетъ своимъ предметомъ разсмотрѣніе и оцѣнку дѣйствій нѣмецкой администраціи въ Эльзасѣ во время послѣдней прусско-французской войны. Говоря объ «уголовномъ правѣ войны», авторъ (профессоръ страсбургскаго университета Эдгаръ Ленигъ) указываетъ на тѣ условія, которыя необходимо должны быть соблюдаемы какъ оккупационною арміею, такъ и населеніемъ занятой мѣстности, для того, чтобы война могла быть свободна отъ тѣхъ варварскихъ жестокостей, которыми обыкновенно сопровождалась войны прежнихъ временъ. Извѣстно, что въ старину не существовало никакихъ рѣшительно гарантій для жителей страны, подвергшейся нашествію: судьба послѣднихъ зависѣла всецѣло отъ произвола побѣдителя. Граждане побѣжденнаго государства раздѣляли нерѣдко участь арміи; между частными лицами и органами государства не дѣлалось вообще строгаго различія. Только въ новѣйшее время стали устанавливаться въ этомъ отношеніи извѣстныя правила, положившія отчасти нѣкоторый предѣлъ прежнимъ злоупотребленіямъ; но, какъ замѣчаетъ Ленигъ, война 1870—71 года доказала какъ нельзя яснѣе недостаточность и безсиліе этихъ правилъ, равно какъ и другихъ началъ международнаго права. По мнѣнію Ленига, оккупация создаетъ между непріятельскою арміею и населеніемъ извѣстную, хотя и временную только, общность правъ и обязанностей; общность эта, съ одной стороны, предполагаетъ, что жители, оставаясь подданными своего національнаго государства, подчиняются, тѣмъ не менѣе, власти занявшаго ихъ страну непріятели и не нарушаютъ условій его безопасности. Съ другой стороны на непріятели переходятъ обязанности, относящіяся къ сохраненію порядка и безопасности въ занятой имъ мѣстности, такъ-что для мирнаго населенія оккупация должна имѣть значеніе только перемѣны правительства. Понятно, что въ виду важности интересовъ, зависящихъ отъ безопасности арміи, необходимы строгія карательныя мѣры противъ какихъ-бы то ни было враждебныхъ покушеній со стороны жителей; совокупность этихъ мѣръ и составляетъ такъ называемое уголовное право войны. Понятно также, что эти карательныя постановленія, основанныя главнымъ образомъ на началѣ устрашенія, не могутъ не отступать во многихъ существенныхъ пунктахъ отъ основныхъ принциповъ уголовного права въ собственномъ смыслѣ; такъ, напр., за проступки отдѣльныхъ лицъ отвѣчаютъ не только они сами, но и общины, къ которымъ они принадлежатъ, а также все мѣстное населеніе, что, по мнѣнію Ленига, служитъ весьма дѣйствительнымъ средствомъ для предотвращенія гибельныхъ для



мирныхъ жителей столкновений. Между прочимъ авторъ утверждаетъ, что со стороны французскаго правительства было большою ошибкою образованіе отрядовъ вольныхъ стрѣлковъ и что эта ошибка тяжелымъ бременемъ легла на населеніе, такъ какъ она именно сообщила войнѣ тотъ варварскій характеръ, при которомъ немислимо было соблюденіе не только нормъ международнаго права, но и самыхъ элементарныхъ предписаній челоувѣколюбія и гуманности.

Авторъ приводитъ далѣе нѣкоторые довольно интересные факты относительно дѣятельности судебныхъ мѣстъ въ мѣстностяхъ, занятыхъ нѣмецкими войсками. Германскія власти требовали сначала, чтобы судъ отправлялся отъ имени нѣмецкаго правительства, но потомъ отказались сами отъ этой претензіи, признавъ всю ея несновательность; затѣмъ, съ паденіемъ имперіи, настаивали на томъ, чтобы суды дѣйствовали по-прежнему отъ имени императора или, по крайней мѣрѣ, не упоминали-бы въ своихъ приговорахъ о республикѣ. Нѣкоторыя судебныя мѣста, находя невозможнымъ продолжать свою дѣятельность при такихъ условіяхъ, приостановили свои занятія; другія-же сочли болѣе удобнымъ, въ интересахъ французскаго населенія, подчиниться требованіямъ непріятеля, что впоследствии однако не было одобрено турскимъ правительствомъ.

Не останавливаясь на другихъ данныхъ, сообщаемыхъ Ленигомъ, перейдемъ къ дальнѣйшимъ статьямъ той же книжки (заключающей въ себѣ собственно два нумера за первое полугодіе), хотя о нихъ придется сказать очень мало. Изслѣдованіе Брошера о «теоріи частнаго международнаго права» настолько богато содержаніемъ, что мы должны здѣсь ограничиться только указаніемъ на этотъ трудъ. Слѣдующая за тѣмъ статья Делуана посвящена разсмотрѣнію французскаго департаментскаго закона 1871 года; авторъ подробно приводитъ и разбираетъ пренія, происходившія по поводу этого закона въ версальскомъ собраніи, причемъ подвергаетъ мѣткой критикѣ нѣкоторыя особенности французской административной системы. Остается затѣмъ указать еще на статью Гейера (объ австрійскомъ законодательствѣ за 1871 г.), Камилла Ре (о наследствѣ по закону по португальскому кодексу), Дорелли (о швейцарскомъ законодательствѣ) и, наконецъ, на письмо Гольцендорфа къ Шарлю Люка, направленное къ тому, чтобы съ юридической и съ нравственной точки зрѣнія оправдать дѣйствія нѣмецкой арміи и вообще Германіи въ послѣднюю войну. Среди этихъ въ высшей степени дѣльныхъ и солидныхъ статей вносить какую-то дисгармонію замѣтка Горнунга о значеніи римскаго права, обличающая въ авторѣ больше самоувѣренности, чѣмъ солидности. Принимаясь поучать брюссельскаго профессора Ривіера, по поводу его «историческаго введенія въ римское право»,

авторъ говоритъ замѣчательно-докторальнымъ тономъ, совѣмъ не соответствующимъ блѣдности и произвольности его собственныхъ разъясненій. По мнѣнію автора, напр., коренная причина превосходства римскихъ юристовъ заключается въ свойственномъ римлянамъ чувствѣ «легальности»; но что это за легальность и отчего она развилась у римлянъ—остается безъ объясненія. Слѣдуя краткій историческій обзоръ римскаго права и высказавъ нѣсколько мыслей, отчасти общезвѣстныхъ, отчасти же крайнетуманныхъ, г. Горнунгъ въ концѣ своей статейки выражается такимъ образомъ, какъ будто его замѣчанія должны имѣть величайшій вѣсъ какъ въ глазахъ Ривіера, такъ и въ глазахъ всѣхъ вообще читателей.

Третья книжка начинается статьею Анри Брошэ «Объ естественныхъ принципахъ права войны». Стараясь опредѣлить тѣ юридическіе предѣлы, которыми должны ограничиваться военныя операціи, авторъ сознаетъ, конечно, всю шаткость относящихся къ этому предмету нормъ; «вопросъ о законности или незаконности насилій, совершаемыхъ во время войны»—говоритъ онъ—«есть скорѣе вопросъ факта, чѣмъ права: все зависитъ отъ поведенія и настроенія жителей». Тѣмъ не менѣе авторъ находитъ возможнымъ примѣнять къ суровымъ проявленіямъ международныхъ столкновеній начала юридической справедливости, руководствуясь при этомъ главнымъ образомъ опытомъ новѣйшихъ войнъ. Разумѣется, авторъ въ своихъ разсужденіяхъ касается преимущественно отрицательной стороны предмета; онъ говоритъ болѣе о томъ, чего не слѣдуетъ дѣлать, чѣмъ о положительномъ содержаніи военныхъ дѣйствій.

За статьей Брошэ идетъ «Новое изложеніе начала невмѣшательства» катанскаго профессора Карнаца Амари, содержащее въ себѣ интересные факты и соображенія относительно взаимныхъ отношеній европейскихъ государствъ. Въ прежнее время, при господствѣ теоріи политическаго равновѣсія, ни одинъ народъ не могъ считаться обезпеченнымъ отъ вмѣшательства стороннихъ державъ во внутреннія дѣла его, такъ какъ не было вопроса, которому не приписывали бы болѣе или менѣе отдаленнаго вліянія на систему международныхъ отношеній. «Властители міра,—говоритъ Амари,—пользуясь и злоупотребляя по своему произволу принципомъ равновѣсія, имѣли легкой предлогъ ко всевозможнымъ интервенціямъ, ссылаясь въ подобныхъ случаяхъ на необходимость соблюденія того принципа, который они сами постоянно колебали, стремясь подчинить своему игу автономію народовъ». Особенно сильное развитіе получило начало вмѣшательства въ концѣ прошлаго и началѣ нынѣшняго столѣтія, въ періодъ великой революціи и наполеоновскихъ войнъ; дѣйствія и тенденціи Священнаго Союза извѣстны всякому. Совершенно другого направле-

нiя держится современная политика: въ настоящее время—говорить авторъ—признано уже въ принципѣ, что всякое государство должно жить въ своемъ домѣ вполне самостоятельно и оставаться независимымъ отъ какихъ бы то ни было постороннихъ влiянiй. Никто уже не предъявляетъ нынѣ притязанiй на роль руководителя политическаго и, тѣмъ менѣе, умственнаго движенiя народовъ; вся всемирная исторiя, по словамъ автора, представляетъ собою непрерывное доказательство того, что никакая матеріальная сила не въ состоянiи остановить теченiя идей, которыя, имѣя за собою какъ бы неизсякаемый источникъ, распространяются, не смотря ни на какiя препятствiя, и, рано или поздно, одерживаютъ верхъ надъ употребляемыми для ихъ подавленiя мѣрами.

Объ этюдахъ Шарля Броше, окончанiе которыхъ помѣщено въ разсматриваемой книжкѣ, мы упомянули уже выше. Трактуютъ о различныхъ вопросахъ, входящихъ въ составъ теорiи частнаго международнаго права, авторъ, между прочимъ, замѣчаетъ, что существующiе въ отдѣльныхъ государствахъ гражданскiе кодексы служатъ весьма сильною помѣхой въ дѣлѣ установленiя общихъ нормъ, сила которыхъ не стѣснялась бы границами той или другой страны и зависѣла бы единственно только отъ основательности и пригодности самихъ этихъ нормъ. Излагаемая авторомъ область права нуждается, по его словамъ, въ общихъ правилахъ, вырабатываемыхъ наукою и распространяющихся свободно, безъ всякихъ ограниченiй или препятствiй, тогда какъ кодификацiя стремится индивидуализировать извѣстные принципы, давая имъ въ различныхъ странахъ разнообразную форму и различное положенiе. Устранить это неудобство можетъ, по мнѣнiю автора, только наука, которая должна придти къ доктринѣ настолько могущественной, чтобы преодолѣть всевозможныя преграды и вызывать цѣлый рядъ дипломатическихъ трактатовъ, направленныхъ къ ослабленiю національнаго индивидуализма въ сферѣ частнаго права. Авторъ считаетъ ошибочнымъ тотъ довольно распространенный взглядъ, что будто бы всякое изслѣдованiе въ области теорiи международнаго права должно неизбежно вести къ результатамъ совершенно безплоднымъ, вслѣдствiе абсолютной независимости государствъ; онъ доказываетъ, что «эта зависимость существуетъ только фактически и подчиняется высшему закону, возлагающему на человечество общую обязанность осуществлять и охранять право». «Если—говоритъ Броше въ заключенiе—хотятъ найти какой нибудь единый принципъ или, по крайней мѣрѣ, гармоническую связь въ области юридическихъ явленiй, то не на подвижной и зыбкой поверхности положительнаго законодательства долженъ останавливаться изслѣдователь: нужно проникнуть во внутрь и убѣдиться, нѣтъ ли тамъ естественнаго и первоначальнаго типа, остающагося неизмѣннымъ подъ различными,

смотря по обстоятельствамъ, формами и дающаго начало извѣстному количеству правилъ совершенно общихъ и абстрактныхъ». Шарль Брошэ, очевидно, свободенъ отъ предубѣжденій тѣхъ теоретиковъ, которые не знаютъ и не хотятъ ничего знать внѣ положительныхъ законодательствъ.

Статью Гейера о проектѣ устава германскаго уголовного судопроизводства, равно какъ слѣдующій за тѣмъ отчетъ Гипперта о рѣчахъ, говоренныхъ въ судебныхъ мѣстахъ Франціи, при возобновленіи въ нихъ занятій въ 1871 и 1872 гг., мы можемъ оставить безъ разсмотрѣнія; зато нельзя не сказать нѣсколько словъ по поводу статьи Ролень-Жакмэна «О необходимости организовать постоянное научное учрежденіе съ цѣлью содѣйствовать изученію и прогрессу международнаго права». До сихъ поръ—говоритъ авторъ—международныя отношенія регулировались и изучались только дипломатіей и отчасти отдѣльными учеными; къ этимъ двумъ факторамъ авторъ предлагаетъ присоединить третій,—коллективную научную дѣятельность, которая могла бы принести плоды болѣе осязательные, чѣмъ какія-либо общія неопредѣленныя заявленія или проклятія противъ войны. Бесплодныя мечтанія о вѣчномъ мирѣ оставлены уже, какъ извѣстно, новѣйшими публицистами, уступивъ мѣсто положительному стремленію къ преобразованію международно-юридическихъ нормъ; въ послѣднее время, благодаря стараніямъ нѣкоторыхъ государственныхъ людей и ученыхъ, сдѣлано уже многое въ этомъ смыслѣ. Разрѣшеніе англо-американскаго спора путемъ третейскаго разбирательства означаетъ собою, безъ сомнѣнія, весьма важный шагъ впередъ въ международномъ правѣ; не менѣе важное, хотя и нравственное только, значеніе принадлежитъ состоявшемуся недавно рѣшенію англійскаго парламента, одобрившему внесенное Генри Ричардомъ предложеніе о принятіи мѣръ къ организациі постоянной международнаго судилища. Ту же цѣль преслѣдуетъ цѣлая серія ученыхъ трудовъ, каковы труды Дэдди Фильда, Лоримера, Лавлея и другихъ; особеннымъ успѣхомъ пользуется пропаганда этихъ идей въ Америкѣ. Такъ, въ посланіи президента Гранта, обнародованномъ въ мартѣ 1873 года, высказаны о будущихъ судьбахъ чедовѣчества столь смѣлыя и оригинальныя мысли, что въ устахъ какого либо европейскаго публициста онѣ должны бы показаться чрезвычайно странными; между прочимъ, Грантъ выражаетъ увѣренность, что «Творецъ вселенной готовитъ миръ сей къ сліянію всѣхъ народовъ воедино, что сдѣлаетъ лишними войска и флоты», причемъ президентъ съ своей стороны беретъ «поддерживать всякое начинаніе, направленное къ этой цѣли». Не придавая серьезнаго значенія подобнаго рода мечтамъ и отвергая вообще идею вѣчнаго мира, Ролень-Жакмэнъ справедливо находитъ, что наступило время, въ видахъ болѣе интензивной научной дѣятельности, «основать по-

стоянное учрежденіе, чисто научное, которое, не задаваясь никакими утопическими цѣлями или какими либо капитально-реформаторскими планами, могло бы служить въ области международного права органомъ юридическаго сознанія цивилизованнаго міра». Проектъ этотъ былъ еще прежде предложенъ авторомъ на разсмотрѣніе извѣстнѣйшихъ европейскихъ публицистовъ и политическихъ дѣятелей; получивъ съ ихъ стороны полнѣйшее одобреніе и сочувствіе, авторъ рѣшился наконецъ приступить къ осуществленію своего плана. Объясняя весь ходъ переговоровъ, веденныхъ имъ по этому предмету съ разными выдающимися лицами, Ролень-Жакмэнъ подробно развиваетъ сущность своего проекта и указываетъ вкратцѣ на тѣ задачи, которыя придется разрѣшить предполагаемому институту. Извѣстно, что вслѣдъ за тѣмъ состоялась въ Гентѣ, согласно предложенію Ролень-Жакмэна, международная конференція, результатомъ которой было учрежденіе «института международного права»; президентомъ избранъ итальянскій профессоръ Манчини, вице-президентами: Блунчли и де-Парьё, а генеральнымъ секретаремъ—Ролень-Жакмэнъ. Журналъ послѣдняго назначенъ органомъ института; девизомъ служатъ слова: *justitia et pax*. Считаемо нелишнимъ прибавить, что въ числѣ лицъ, принимавшихъ дѣятельное участіе въ осуществленіи проекта Ролень-Жакмэна, значится имя покойнаго проф. Каченовскаго, по поводу смерти котораго помѣщена въ той-же (третьей) книжкѣ весьма лестная для его памяти некрологическая замѣтка. Другой соотечественникъ нашъ, академикъ Безобразовъ, принадлежитъ также къ числу учредителей института; онъ участвовалъ также въ гентской конференціи.

Въ послѣдней четвертой книжкѣ «*Revue de droit international*» за истекшій годъ находимъ, во-первыхъ, продолженіе упомянутыхъ выше статей: Карнаци, Амари, Анри Броше и Гейера; далѣе обращаетъ на себя вниманіе небольшая замѣтка парижскаго адвоката Монлюка «О правѣ завоеванія», вызванная брошюрой Гольцендорфа о томъ же предметѣ; затѣмъ идутъ еще статьи Ассера—о гражданскомъ кодексѣ аргентинской республики и Видари—о первомъ юридическомъ конгрессѣ въ Италіи. Замѣтимъ еще, что въ каждой изъ разсмотрѣнныхъ нами книжекъ занимаютъ много мѣста библиографическія замѣтки; этотъ отдѣлъ ведется въ журналѣ Ролень-Жакмэна съ замѣчательною полнотою и добросовѣстностью.

## II.

«*Revue critique de législation et de jurisprudence*» издается цѣлою компаніей юристовъ, въ числѣ пятнадцати лицъ, имена которыхъ обозначены на заглавномъ листкѣ каждой книжки; не смотря, однако же, на такое обиліе сотрудниковъ, журналъ этотъ не можетъ похвалиться особеннымъ богатствомъ или разнообра-

зіємъ содержанія. Если, впрочемъ, принять во вниманіе миниатюрные, можно сказать, размѣры журнала, выходящаго ежемѣсячно книжечками въ три печатныхъ листа, то нельзя не признать, что редакція повидимому весьма разборчива по отношенію къ предлагаемому публикѣ матеріалу и умѣетъ давать хорошаго по немножку, какъ увидятъ сами читатели изъ послѣдующаго нашего изложенія.

Въ первой книжкѣ «*Revue critique*» за прошлый годъ помѣщены статьи: «О совѣтахъ префектуры» Миньерэ и «О пенитенціарно-земледѣльческихъ колоніяхъ» Шарля Люка; первая, посвященная критическому разбору докладовъ различныхъ комиссій, занимавшихся во Франціи вопросомъ децентрализаціи и связанными съ нимъ административными вопросами, имѣетъ интересъ чисто мѣстный, а вторая заключаетъ въ себѣ описаніе колоніи Вальд-Йевръ, находившейся въ продолженіе семи лѣтъ въ завѣдываніи Люка-сына.

Въ замѣткѣ о «курсѣ гражданского кодекса» Валетта авторъ, Бонье, дѣлаетъ нѣсколько весьма мѣткихъ замѣчаній по поводу своеобразности и обширности трудовъ, предпринятыхъ французскими юристами для истолкованія Наполеонова кодекса; труды Тулье, Маркадэ, Тролона и другихъ не были приведены къ окончанію, будучи предприняты въ слишкомъ обширныхъ размѣрахъ; такая же судьба постигнетъ, быть можетъ, великій трудъ Демоломба. Бонье ставитъ въ упрекъ французской юриспруденціи чрезмѣрное преобладаніе исключительно-практическаго направленія, выражающееся обиліемъ трактатовъ, приноровленныхъ къ цѣлямъ судебной практики, и сравнительнымъ недостаткомъ учебныхъ руководствъ и сочиненій, пригодныхъ для цѣлей обще-юридическаго образованія. Книга Валетта, по словамъ Бонье, восполняетъ отчасти указанный пробѣлъ.

Далѣе, критическая статейка Леспинасса о книгѣ Розы, вышедшей въ 1871 г. подъ заглавіемъ: «Собственность, капиталъ и трудъ», представляетъ собою наборъ красивыхъ фразъ и мыслей, большею частью давно извѣстныхъ и избитыхъ; оканчивается, наконецъ, книжка отчетомъ Габріеля Дебака объ «Исторіи генеральныхъ штатовъ» Джоржа Пикд.

Вторая книжка начинается практическими замѣтками Жалабера, касающимися нѣкоторыхъ довольно интересныхъ юридическихъ контроверзъ. Стараясь выяснитъ условія уничтоженія брака въ случаѣ ошибки относительно пола одного изъ супруговъ, авторъ утверждаетъ, между прочимъ, что всякое заявленіе о подобной ошибкѣ должно давать право подвергнуть лицо освидѣтельствуванію помимо его согласія; онъ полагаетъ также, что для объявленія брака недѣйствительнымъ недостаточно еще констатировать фактъ ненормальнаго устройства половыхъ органовъ, а не-

обходимо, именно, чтобы въ брачующихся обнаружено было тождество пола, такъ какъ только въ такомъ случаѣ оказывается немислимымъ осуществленіе основной цѣли брака.

Слѣдующая за тѣмъ статья г. Вальрожé о «реформѣ морскаго права» посвящена, между прочимъ, разсмотрѣнію работъ комиссіи, учрежденной въ 1865 г. для изготовленія новаго морскаго устава, взамятъ устарѣвшей уже второй книги торговаго кодекса. Новый уставъ былъ уже оконченъ и представленъ государственному совѣту, когда имперія и всѣ ея начинанія были унесены страшнымъ потокомъ событій 1870 года. Впослѣдствіи, въ половинѣ 1872 года, выработанный былъ въ одной изъ комиссій національнаго собранія частный проектъ, имѣющій цѣлью удовлетворить одну изъ потребностей морскаго дѣла, именно—вести и гарантировать въ странѣ начало морской ипотеки. Авторъ подробно излагаетъ и оцѣниваетъ содержаніе этого проекта, преимущественно въ той части его, которая относится къ вопросу о страхованіи грузовъ.

Въ замѣткѣ Андрé Морельо разбираются различные случаи и вопросы, вытекающіе изъ установленной французскимъ кодексомъ необходимости правительственнаго утвержденія завѣщаній и отказовъ въ пользу общественныхъ заведеній; въ частности авторъ останавливается на вопросѣ: можетъ-ли правительство уменьшать размѣръ подобнаго отказа и будетъ-ли дѣйствительнымъ распоряженіе завѣщателя, отнимающее у государства это право, если даже принять, что послѣднее имѣетъ силу по закону? По мнѣнію автора, преобладающій въ судебной практикѣ взглядъ, признающій за правительствомъ безусловное право утверждать легаты не только въ цѣломъ, но и въ части, независимо отъ воли завѣщателя, и опирающійся, между прочимъ, на правило: «кто имѣетъ право на большее, можетъ сдѣлать и меньшее»,—не выдерживаетъ критики съ юридической точки зрѣнія; авторъ приводитъ весьма вѣскіе историческіе и логическіе доводы въ пользу того, что государственная власть въ правѣ только утверждать или отказывать въ утвержденіи легата, не измѣняя никоимъ образомъ воли завѣщателя, и что, слѣдовательно, послѣдній можетъ распорядиться назначеніемъ субститута на случай отказа правительства дать свое согласіе на исполненіе завѣщанія *ex tunc*.

Въ концѣ книжки помѣщены библиографическія замѣтки Эрнеста Дюбуа о нѣкоторыхъ произведеніяхъ итальянской юридической литературы.

Въ мартовской книжкѣ находимъ прежде всего статейку Леспинасса о комиссіонерствѣ при перевозкѣ товаровъ, объ аваріяхъ и объ отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ за происшедшее по винѣ дорожной администраціи поврежденіе перевозимыхъ предметовъ. Затѣмъ идетъ статья г. Гонса «О морской ипотека», содержащая

въ себѣ, между прочимъ, тѣ же указанія и свѣдѣнія, что и упомянутое выше разсужденіе г. Вальрожé. Съ интересомъ читается, далѣе, статья г. Робинé-де-Клери «О вопросахъ, касающихся національности жителей Эльзаса-Лотарингіи», хотя въ настоящее время вопросы эти не имѣютъ уже практическаго значенія и могутъ быть поучительны только для будущаго. Болѣе теоретическій интересъ представляютъ замѣчанія Габріеля Дебака о наследственномъ правѣ по поводу книги г. Корнюльé «О свободѣ завѣщаній». Въ противоположность теоріямъ г. Леплé и подобныхъ ему приверженцевъ безусловной свободы въ имущественной сферѣ, авторъ доказываетъ, что если уже измѣнять постановленія Наполеонова кодекса, относительно наследственной части, оставляемой въ свободномъ распоряженіи завѣщателя, то развѣ только въ смыслѣ ограниченія и даже полной отмѣны ея въ тѣхъ случаяхъ, когда наследодатель оставляетъ послѣ себя дѣтей и вообще нисходящихъ. Дебакъ хвалитъ г. Корнюльé за то, что тотъ объявляетъ завѣщательное право противнымъ началамъ естественнаго права и философіи и допустимымъ только въ видѣ простаго совѣта наследникамъ; по мнѣнію Корнюльé, раздѣляемому рецензентомъ, слѣдуетъ вообще отвергнуть завѣщанія и по возможности сзудить свободу, предоставленную въ этомъ отношеніи гражданамъ.

Библиографическія замѣтки Дюбуа и Лейонъ-Кана дополняютъ собою содержаніе мартовской книжки.

Четвертая (апрѣльская) книжка заключаетъ въ себѣ двѣ дѣльныя и прекрасно написанныя статьи: г. Рози «О значеніи договора о страхованіи жизни для кредиторовъ страхователя» и г. Зелигмана «Объ изученіи права и въ частности римскаго во французскихъ факультетахъ». Рози ставитъ слѣдующій вопросъ: если кто-либо застраховалъ свою жизнь, съ тѣмъ чтобы по смерти его выдана была наследникамъ извѣстная сумма, и затѣмъ умираетъ въ долгахъ, то могутъ-ли наследники получить эту сумму въ ущербъ кредиторамъ, т. е., другими словами, входитъ-ли страховая сумма въ счетъ наследственного имущества или нѣтъ? Большинство юристовъ-практиковъ держится того мнѣнія, что договоръ о страхованіи жизни не имѣетъ никакого отношенія къ долгамъ наследодателя, и что слѣдующія по такому договору деньги не должны быть обращаемы на удовлетвореніе вѣрителей; Рози старается доказать неосновательность и произвольность этого мнѣнія. Представлять страховые договоры, какъ легальный способъ создавать цѣнности, которыя могутъ быть скрываемы отъ вѣрителей, значитъ, по словамъ автора, безъ нужды усиливать и безъ того существующее во многихъ предубѣжденіе противъ подобныхъ договоровъ.

Авторъ другой статьи, г. Зелигманъ, указываетъ на существенные недостатки и нужды юридическаго образованія во Фран-



цій, имѣя притомъ въ виду докладъ комиссіи, учрежденной по этому предмету въ февралѣ 1872 года. Въ французскихъ факультетахъ—говоритъ авторъ—исключительнымъ занятіемъ, со времени кодификаціи, является комментированіе статей закона въ порядкѣ и по системѣ самаго законодательства; преобладающій методъ—экзегетическій, какъ-будто дѣло идетъ только объ ознакомленіи слушателей съ положительнымъ законодательствомъ въ видахъ ежедневнаго практическаго примѣненія его. Точно такъ же поступаютъ и съ римскимъ правомъ: изученіе пандектъ состоитъ главнымъ образомъ въ истолкованіи одного или нѣсколькихъ титуловъ Юстиніанова кодекса. Профессоръ тщательно объясняетъ текстъ и проникаетъ во внутренней смыслъ его; онъ съ большимъ искусствомъ выставляетъ на видъ и разрѣшаетъ различныя контроверзы, останавливаясь, такимъ образомъ, преимущественно на деталяхъ и оставляя въ сторонѣ общую связь этого образцоваго права—права римскаго. Авторъ полагаетъ, согласно указанію докладчика упомянутой выше комиссіи, что для преподаванія пандектъ слѣдовало-бы учредить спеціальную кафедру, независимо отъ кафедры римскаго права; но прежде всего необходимо, по мнѣнію автора, чтобы это право изучаемо было при помощи метода болѣе систематическаго, освѣщаемаго, къ тому, свѣтомъ исторіи. Въ подробномъ историческомъ очеркѣ г. Зелигманъ приводитъ весьма любопытныя свѣдѣнія о судьбахъ римской юриспруденціи во Франціи. Вплоть до XVIII вѣка, французская школа была, какъ извѣстно, господствующая; если-же съ начала текущаго столѣтія Германія превзошла въ этомъ отношеніи Францію, то она, по замѣчанію автора, въ сущности продолжала только историческія изысканія французской школы и, притомъ, достигла превосходства преимущественно только благодаря замѣчательнымъ трудамъ двухъ ученыхъ французскаго происхожденія—Савиньи и Тибб. Причина сравнительнаго упадка теоретической юриспруденціи во Франціи кроется, по мнѣнію г. Зелигмана, въ томъ умственномъ движеніи, которое предшествовало первой революціи и которое стремилось къ совершенному разрыву съ прошедшимъ. Послѣдовавшая затѣмъ кодификація, при всей своей громадной пользѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ остановила отчасти дальнѣйшее развитіе науки права, направивъ лучшія юридическія силы на истолкованіе постановленій закона. Съ тѣхъ поръ юридическое образованіе получило преимущественно практическій характеръ, могущій содѣйствовать подготовленію стряпчихъ, адвокатовъ и чиновниковъ, способныхъ понимать и примѣнять законы, но безсильный поднять существующій уровень научныхъ занятій въ области правовѣдѣнія.

Кромѣ продолженія статьи Робинѣ-де-Клерк, въ разсматриваемой книжкѣ напечатанъ еще отчетъ Шарля Люка о лондон-

скомъ тюремномъ конгрессѣ, не содержащій въ себѣ ничего особенно интереснаго или новаго.

Юньская книжка составлена изъ слѣдующихъ статей: Вавасера де-Прекура о поземельномъ налогѣ и о кадастровомъ распределеніи земель застроенныхъ и незастроенныхъ; Робинѣ-де-Клери о національности эльзасцевъ; Поля Тренкара—о правѣ прямого иска, предоставленномъ по закону рабочимъ противъ собственника, хотя-бы послѣдній не находился съ ними въ непосредственныхъ юридическихъ отношеніяхъ; Накѣ—о вступленіи третьихъ лицъ въ дѣло, и, наконецъ, «Итальянской юридической библиографіи» Эрнеста Дюбуа.

Содержаніе юльской книжечки столь-же разнообразно и имѣеть столь-же мало обще-теоретическаго значенія, какъ и предъидущей; практическія замѣтки Леспинасса и Драмара, равно какъ и статья Робинѣ де-Клери, касаются различныхъ вопросовъ судебной казуистики, а «итальянская библиографія» Дюбуа и краткій отчетъ Дебака о курсахъ гражданскаго права Обри-Рау, Бернараи Шарье-Жюнье могутъ быть интересны скорѣе для упоминаемыхъ въ нихъ авторовъ, чѣмъ для публики, такъ какъ изъ этихъ замѣтокъ трудно извлечь какое-либо опредѣленное понятіе о достоинствахъ вызвавшихъ ихъ книгъ. Остается еще статья Сериньи, посвященная весьма важному монетному вопросу и имѣющая своею цѣлью доказать, между прочимъ, что принятіе золота, какъ единаго мѣрила цѣнности, заслуживаетъ предпочтенія предъ системой двойныхъ монетныхъ единицъ—золотой и серебряной. Авторъ рекомендуетъ также чеканить двадцатипятифранковыя золотыя монеты для того, чтобы приблизить французскую монетную систему къ системамъ другихъ государствъ.

Въ августовской книжкѣ обращаетъ на себя вниманіе статья Теофиля Базо: «Объ обратномъ дѣйствіи законовъ о подсудности и о вліяніи ихъ на приговоры по дѣламъ, находящимся уже въ производствѣ». Относительно этого вопроса существуетъ нѣсколько различныхъ теорій; первая изъ нихъ стоитъ за то, что законы, измѣняющіе подсудность, имѣють всегда обратное дѣйствіе, ибо они относятся къ сферѣ общественнаго порядка, не знающей пріобрѣтенныхъ правъ; другая теорія, поддерживаемая Шово и Фостаномъ-Эли, рѣшительно не допускаетъ, въ пользу законовъ о подсудности, исключенія изъ того общаго правила, что новый законъ не долженъ быть примѣняемъ къ предшествующему времени; есть еще среднія системы, признающія за законами о подсудности обратное дѣйствіе въ болѣе или менѣе ограниченныхъ предѣлахъ. Вторую изъ указанныхъ теорій авторъ отвергаетъ безусловно, такъ же какъ отчасти и первую; онъ утверждаетъ, что законъ о подсудности, какъ и всякій другой законъ, вліяетъ вообще только на будущее, и захватываетъ прошедшее лишь въ тѣхъ случаяхъ,

когда проступки, совершенные до обнародованія новаго закона, не начались еще производствомъ по прежнимъ правиламъ юрисдикціи.

Въ той же книгѣ находимъ еще письмо неутомимаго труженника Шарля Люкà «О международномъ судѣ», адресованное къ американскому проповѣднику мира, Джемсу Майльсу, — затѣмъ окончаніе статьи Драмара и въ концѣ небольшую библиографическую замѣтку.

Девятая книжка (за сентябрь и октябрь) довольно богата содержаниемъ, но въ теоретическомъ отношеніи въ ней мало интереснаго. Статьи Парадана—о субституціяхъ; Миньерé—о правѣ общественныхъ заведеній наследовать по завѣщанію и принимать легаты съ благотворительною цѣлью; Драмара—о способѣ осуществленія легальной ипотеки—имѣютъ значеніе исключительно практическое и казуистическое. Небольшая статейка Ш. Люкà даетъ нѣкоторыя свѣдѣнія о современномъ движеніи въ пользу кодификаціи международнаго права и установленія третейскаго разбирательства для извѣстныхъ категорій международныхъ столкновеній.

Замѣтка Леспинасса о принятіи даровъ между живыми рассматриваетъ тотъ случай, когда согласіе принять даръ выражено лицомъ, лишеннымъ надлежащей дѣеспособности, и когда можетъ возникнуть вопросъ—какое значеніе имѣетъ это согласіе для дарителя, т. е. можетъ ли послѣдній отозвать свою волю обратно, какъ будто никакого дара съ его стороны не было; авторъ, въ противоположность Демоломбу, Маркадè и другимъ юристамъ, полагаетъ, что въ этомъ случаѣ воля лица недѣеспособнаго безусловно недѣйствительна и никакимъ образомъ не можетъ связывать дарителя.

Далѣе, статья Леонсъ-де-Кастельно касается вопроса о томъ, можетъ ли владѣлецъ, лишенный владѣнія болѣе года и затѣмъ возстановившій свои нарушенныя права искомымъ порядкомъ, присоединить къ сроку своего владѣнія это промежуточное, чужое владѣніе; вопреки мнѣнію большинства юристовъ, авторъ рѣшаетъ вопросъ отрицательно.

Слѣдуетъ еще указать на замѣтки: г. Никола́ о раздѣленіи наследствъ; Миньерé—о совѣтахъ префектуры; Дюбуа—о сборникѣ римскаго права, Жирд и Дебака—объ этюдѣ Ортолана по поводу уголовныхъ наказаній въ «Божественной комедіи» Данта.

Наконецъ, послѣдняя изъ вышедшихъ понынѣ книжекъ «Revue critique» за истекшій годъ содержитъ въ себѣ, во-первыхъ, замѣтку Леспинасса о нѣкоторыхъ юридическихъ послѣдствіяхъ публичной продажи національныхъ имуществъ во время революціи; затѣмъ, статью Ласферьера объ уничтоженіи или отнятіи должностей и о способѣ вознагражденія заинтересованныхъ лицъ; отчетъ Лейонъ-

Капа о вѣнскомъ международномъ конгрессѣ для обсужденія вопроса о патентахъ; статью Фовеля о декретѣ 1870 г., установившемъ новыя правила обнародованія законовъ, и, наконецъ, библиографическую замѣтку Лаферьера объ «Опытѣ ревизіи гражданского кодекса» Жубера.

Такое вкратцѣ содержаніе «Revue critique de législation et de jurisprudence» за 1873 годъ.

### III.

Въ прежнемъ обзорѣ (см. «Суд. Журналъ» 1873, № 4) мы уже представили краткій отчетъ о первыхъ шести книжкахъ журнала «Law Magazine and Review» за истекшій годъ; теперь мы имѣемъ предъ собою остальные шесть книжекъ, составленныя съ такимъ же умѣніемъ, какъ и предъидущія. Въ іюльской книжкѣ Бальфоръ-Браунъ продолжаетъ свои размышленія объ основныхъ принципахъ юриспруденціи, примѣняя ихъ въ частности къ теоріи уголовного права. Существующія теоріи наказанія кажутся автору несостоятельными и непрактичными; съ особенною рѣзкостью нападаетъ онъ на ту близорукую филантропію, которая во всякомъ преступникѣ видитъ только слѣпое орудіе вѣншихъ обстоятельствъ и непреодолимыхъ естественныхъ вліяній. Сущность преступленія, по Брауну, состоитъ въ нарушеніи всеобщей, сознательной воли (free-will); нарушеніе же частной воли отдѣльнаго лица есть правонарушеніе гражданское. Если понимать наказаніе въ его обычномъ практическомъ смыслѣ, въ смыслѣ воздаянія за зло, то оно, по мнѣнію автора, оказывается совершенно нераціональнымъ; если преступленіе уже и безъ того есть зло, то создавать для него новое зло, въ видѣ наказанія, значитъ не вылечивать недугъ, а усиливать его. Ни власть, ни соображенія пользы или удобства, ни теорія государственнаго договора, ни чувство мести не въ состояніи объяснить собой, по мнѣнію Брауна, права наказанія, ибо, по его теоріи, подобные факты не могутъ служить источникомъ права. Государство, говоритъ онъ, наказываетъ не по чувству мести или по злобѣ, а наоборотъ, съ нѣкотораго рода состраданіемъ; «оно должно провести всеобщую волю сквозъ дѣйствіе преступника, сквозъ его отрицаніе свободной воли, сквозъ самого этого человѣка, который утверждаетъ свою собственную волю и отрицаетъ волю другихъ людей». Это не только необходимое требованіе общей воли, но и право преступника; онъ имѣетъ право быть исправленнымъ, и исправленіе можетъ имѣть мѣсто только посредствомъ обратнаго утвержденія общей воли, т. е. посредствомъ уничтоженія или отрицанія выраженнаго преступникомъ отрицанія. Наказаніе, говоритъ авторъ, есть необходимое послѣдствіе собственныхъ дѣйствій преступника, который, въ строгомъ смыслѣ этого, слова самъ себя наказываетъ; это для него не зло, а благодѣяніе. Такія и подобныя имъ мысли, заимствованныя, очевидно, у нѣмецкихъ мета-

физиковъ, какъ-то мало гармонируютъ съ свойственной англичанамъ положительностью и трезвостью.

Въ статьѣ «О долговѣчности», по поводу книги Томса, высказано нѣсколько мыслей о неосновательности фактовъ, приводимыхъ нерѣдко для доказательства возможности необыкновенно продолжительной жизни; такъ, легальное предположеніе жизни, въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія, продолжается до истеченія ста лѣтъ со времени рожденія лица, что основано, между тѣмъ, на лишенныхъ почвы данныхъ. Рецензентъ вообще сильно хвалитъ трудъ Томса (*Human longevity, by William I. Thoms, London 1873*).

Исслѣдованіе Финлеzona о дѣйствующихъ въ Англіи судебныхъ порядкахъ содержитъ въ себѣ, между прочимъ, любопытныя замѣчанія о судѣ присяжныхъ. Безусловная привязанность англійскихъ юристовъ къ этому институту побуждаетъ ихъ смотрѣть на него, какъ на высшее олицетвореніе правосудія; этому взгляду по мнѣнію Финлеzona, рѣзко противорѣчитъ предоставленное судьямъ и часто примѣняемое ими право отмѣнять рѣшенія присяжныхъ съ передачею дѣла другому составу жюри. Старый институтъ присяжныхъ выродился, такимъ образомъ, изъ суда предъ жюри, съ участіемъ судьи, въ производство предъ судьей при участіи присяжныхъ; основная идея института извращается, не смотря на видимую общую приверженность къ нему. Въмѣстѣ съ тѣмъ авторъ находитъ, что въ примѣненіи къ гражданскимъ дѣламъ судъ присяжныхъ составляетъ аномалію, подлежащую отмѣнѣ.

Очень бойко написана далѣе статья о «Біографіи англійскихъ судей» Фосса; въ ней приводятся многія крайне интересныя и характеристичныя данныя о судьяхъ прежняго времени. Чтобы обойти тотъ или другой законъ, судьи прибѣгали нерѣдко къ довольно оригинальнымъ выходкамъ. Однажды, женщина, обвиняемая въ колдовствѣ, созналась судѣ Поуелю, что она дѣйствительно обладаетъ приписываемымъ ей искусствомъ летать; тогда судья предложилъ ей показать ему свое искусство, такъ какъ законъ не возбраняетъ летать. Это предложеніе судьи спасло несчастную женщину отъ смерти. Предъ другимъ судьей, Моттомъ, одна мнимая колдунья заявила, что найденный у нея талисманъ полученъ ею уже очень давно отъ какого-то молодого человѣка, вылечившаго, между прочимъ, ея дочь. Въ виду такого объясненія обвиняемой, судья замѣтилъ присяжнымъ, что этотъ юноша, о которомъ говорить обвиняемая, былъ не иной, кто какъ онъ, судья, и что въ молодости онъ дѣйствительно сыгралъ съ нею штуку, передавъ ей какую-то ни куда негодную вещь въ качествѣ талисмана. Послѣ этого присяжные, конечно, оправдали обвиняемую. — Многіе судьи славились своею замѣчательною ученостью; съ ними

соперничали въ этомъ отношеніи адвокаты. Судья Джефрайзъ замѣтилъ однажды извѣстному барристеру Майнару, что, вѣроятно, по старости лѣтъ онъ уже забылъ свои законы; «это правда, сэръ Джорджъ», — возразилъ тотъ — «я забылъ права больше, чѣмъ сколько вы когда-либо знали». — Авторъ приводитъ также, со словъ Фосса, имена судей, отличавшихся удивительною памятью и находчивостью.

Остальные статьи — «Жизнь лорда Кеньона», «О лондонскомъ полицейскомъ судѣ» и «О нѣкоторыхъ недостаткахъ судебного билля» — могутъ быть интересны только для англійской публики.

Содержаніе августовской книжки уже не столь разнообразно; кромѣ продолженія статей Финлезона и Брауна, о которыхъ мы говорили выше, и биографій шотландскаго юриста Стѣра и лорда Вестбюри, въ ней помѣщены только двѣ практическія замѣтки о случаяхъ «недолжнаго вліянія» и «объ обхожденіи съ подслѣдственными арестантами». Въ послѣдней изъ названныхъ замѣтокъ проводится та мысль, что подслѣдственные арестанты должны быть не только содержимы отдѣльно отъ преступниковъ, но вообще они должны быть свободны отъ всѣхъ тѣхъ стѣсненій, которымъ подвергаются обвиненные; по мнѣнію автора, для подслѣдственныхъ должно существовать совершенно особое тюремное зданіе, не имѣющее ничего общаго съ тюрьмою въ собственномъ смыслѣ. Большая или меньшая отдаленность или близость этихъ зданій одно отъ другого имѣеть, по словамъ автора, не маловажное значеніе; не даромъ говорятъ, что существующее нынѣ въ англійскомъ правѣ различіе между закономъ и справедливостью установилось только благодаря тому обстоятельству, что суды общаго права находились въ Вестминстерѣ, а суды справедливости — въ Линкольнсѣ-Иннѣ. Въ концѣ статьи авторъ упоминаетъ о внесенномъ недавно въ палату общинъ биллѣ, направленномъ къ улучшенію нынѣшняго печальнаго положенія подслѣдственныхъ арестантовъ.

Въ сентябрьской книжкѣ заслуживаетъ вниманія статья Дэдди-Фильда о страстномъ умоизступленіи и вліяніи его на вмѣняемость. Причиной, исключающею вмѣненіе, авторъ признаетъ исключительно лишь умственное разстройство въ смыслѣ мозговой болѣзни, не придавая никакого значенія простымъ страстнымъ порывамъ и аффектамъ. При рѣшеніи вопроса о психическомъ состояніи обвиняемаго слѣдуетъ, по мнѣнію Фильда, требовать отъ присяжныхъ отвѣта только на два слѣдующіе вопроса: 1) способенъ ли былъ обвиняемый понимать противозаконность своего дѣянія и 2) въ состояніи ли онъ былъ противоdѣйствовать искушенію нарушить законъ? Ни умственное, ни чувственное помѣшательство не могутъ сами по себѣ вести къ освобожденію обвиняемаго; они освобождаютъ отъ уголовной отвѣтственности

только въ томъ случаѣ, когда разумъ потерялъ или возможность выбора или возможность контроля надъ волею.

Статьи: «О пожизненномъ пэрствѣ», «О военномъ правѣ», «О заключеніи судебного билля», «О дѣлѣ Тагора», равно какъ и продолженіе статьи Финлезона, касаются предметовъ, лишенныхъ обще-юридическаго значенія.

Въ составъ октябрьской книжки входятъ статьи: «О турецкихъ и консульскихъ судахъ» (по поводу книги Мак-Коана), «О личномъ задержаніи должниковъ судьями графствъ», «О судебной системѣ» Финлезона, «О капиталѣ и трудѣ» (по поводу книги судьи Терреля), «О нынѣшнемъ значеніи закона о лжеприсягѣ», «О замѣчаніяхъ Аустина на комментаріи Блякстона», «Обозрѣніе судебного билля» и наконецъ, «О легальныхъ древностяхъ Шотландіи». Всѣ эти статьи мы можемъ, безъ ущерба для читателей, оставить безъ ближайшаго разсмотрѣнія, такъ же точно, какъ и библиографическія замѣтки и разныя извѣстія, находящіяся въ достаточномъ изобиліи въ каждой изъ книжекъ «Law Magazine».

Въ ноябрьской книжкѣ мы встрѣчаемся прежде всего съ довольно интересною рѣчью, произнесенною на конгрессѣ социальныхъ наукъ въ Норвичѣ (въ октябрѣ прошлаго года) президентомъ юридическаго отдѣла Джозефомъ Брауномъ. Говоря объ усовершенствованіи законодательства, ораторъ не могъ конечно обойти молчаніемъ вопросъ о судебной реформѣ, интересующій въ настоящее время болѣе чѣмъ когда-либо англійскій юридическій міръ, такъ какъ билль лорда Сельборна, о которомъ такъ много спорили и толковали, прошелъ уже черезъ обѣ палаты парламента и долженъ еще въ ноябрѣ текущаго года получить практическое примѣненіе. Указывая на существующія въ судопроизводствѣ аномаліи, авторъ выражаетъ сожалѣніе о томъ, что нѣкоторые изъ нихъ не затронуты реформой; такъ, внесенный генеральнымъ атторнеемъ билль о судѣ присяжныхъ, а также другой, не менѣе важный билль объ установленіи публичныхъ обвинителей, — не имѣли успѣха, хотя предложенныя авторами этихъ биллей преобразованія столь же необходимы, какъ и тѣ, которыя удалось осуществить лорду Сельборну. Недостатокъ публичныхъ обвинителей ведетъ, по словамъ Брауна, къ послѣдствіямъ, крайне невыгоднымъ для честныхъ гражданъ, равно какъ и для интересовъ общественной безопасности, и удобнымъ для однихъ только преступниковъ. Въ видѣ примѣра авторъ приводитъ любопытный казусъ, случившійся недавно съ однимъ русскимъ, временно пребывавшимъ въ Лондонѣ. Этотъ русскій подвергся на улицѣ нападенію со стороны какого-то мазурика, который былъ тотчасъ же задержанъ и представленъ въ судъ; затѣмъ, представивъ за себя поручителя, обвиняемый былъ отпущенъ на волю, съ обязательствомъ явиться на судебное разбирательство по первому тре-

бованію власти. Въ то же время потерпѣвшій заявилъ, что онъ долженъ возвратиться въ отечество; тогда отъ него потребовали поручительства въ томъ, что онъ явится къ назначенному сроку чтобы поддерживать обвиненіе. Не имѣя въ Лондонѣ никакихъ знакомствъ, злосчастный россиянинъ долженъ былъ просидѣть подъ арестомъ до тѣхъ поръ, пока очередь не дошла до его дѣла; между тѣмъ, обвиняемый, какъ оказалось, успѣлъ уже исчезнуть куда-то, избѣгнувъ такимъ образомъ угрожавшей ему кары. Этотъ русский—замѣчаетъ Браунъ—не могъ не вынести отсюда весьма нелестнаго для англичанъ понятія объ англійской юстиціи, заключающей невиннаго въ тюрьму и дающей свободу виновному. По мнѣнію Брауна, англійскіе законы совсѣмъ не соответствуютъ потребностямъ правосудія; во многихъ случаяхъ они несравненно репрессивнѣе относительно мелкихъ преступленій, нежели относительно крупныхъ. Далѣе, авторъ находитъ ненормальнымъ нынѣшнее положеніе суда присяжныхъ, основанное на принципѣ единогласія: этотъ принципъ, говоритъ онъ, превращаетъ жюри въ нѣчто похожее на древнія ордалии или на судебный поединокъ, ибо дѣла рѣшаются не какими либо рациональными соображеніями, а большею или меньшею выносливостью и настойчивостью того или другаго изъ присяжныхъ. Въ заключеніе Браунъ высказываетъ нѣсколько мыслей по вопросу о кодификаціи англійскаго законодательства, причемъ совѣтуетъ заботиться не о краткости, а напротивъ, о возможно большей пространнысти и подробности кодексовъ.

Кромѣ статьи Брауна и продолженія очерковъ Финлезона, въ той-же книжкѣ помѣщены еще замѣтки «О вѣроятныхъ послѣдствіяхъ судебного билля», «О сліяніи закона и справедливости въ Индіи», «О преслѣдованіи Тичборна», о первомъ юридическомъ конгрессѣ въ Италіи, и, наконецъ, замѣтка Лауренса Біеля объ одномъ изъ вопросовъ наследственнаго права по индійскому законодательству сравнительно съ англійскимъ.

Въ послѣдней (декабрьской) книжкѣ «Law Magazine» за прошлый годъ находимъ, кромѣ неизмѣнныхъ «очерковъ» Финлезона, еще пять статей или, собственно, замѣтокъ, изъ которыхъ три касаются вопросовъ международнаго права. Первая изъ нихъ,—Томаса Вебстера, посвящена вопросу «о международномъ издательскомъ правѣ въ отношеніи къ англійскимъ авторамъ». Известно, что актъ 1842 года обезпечиваетъ за всякимъ авторомъ произведенія, публикуемаго въ предѣлахъ соединеннаго королевства, пожизненное право изданія и затѣмъ еще посмертное право въ теченіи семилѣтняго срока; наименьшій срокъ авторскаго права полагается срокъ два года со времени перваго изданія книги. По словамъ автора актъ этотъ, имѣющій силу во всѣхъ вообще британскихъ владѣніяхъ, оказывается весьма стѣснительнымъ для



колоній; такъ напр., въ Соединенныхъ Штатахъ англійскія книги перепечатаются безпрепятственно, но сосѣдняя Канада должна пользоваться лишь отечественными изданіями, которыя, конечно, обходятся для нея значительно дороже мѣстныхъ.

Слѣдующая затѣмъ статейка содержитъ въ себѣ краткій отчетъ о совѣщаніяхъ брюссельской конференціи, по предмету реформы и кодификаціи международного права; конференція эта, получившая, какъ извѣстно, прочную организацію въ октябрѣ прошлаго года, поставила себѣ цѣлью пропаганду тѣхъ-же идей, во имя которыхъ учрежденъ былъ извѣстный гентскій институтъ. Однимъ изъ главныхъ дѣятелей является здѣсь неутомимый Дэдди Фильдъ.

Статья «О правахъ воюющихъ относительно нейтральныхъ» указываетъ на нѣкоторыя аномаліи въ характерѣ и въ дѣятельности призовыхъ судовъ, опираясь при этомъ на отзывъ Бичъ-Лауренса, представленный имъ смѣшанной комиссіи, учрежденной для разсмотрѣнія взаимныхъ жалобъ и претензій американскаго и англійскаго правительствъ. Замѣтка о старомъ полицейскомъ судѣ въ Боу-стритъ, перемѣщенномъ нынѣ (еще только на бумагѣ, впрочемъ) въ другой участокъ Лондона, переноситъ читателя въ то доброе старое время, когда организованныя шайки воровъ и мошенниковъ свободно занимались своимъ промысломъ, безъ всякаго вмѣшательства со стороны полиціи, и когда въ средѣ такъ называемыхъ высшихъ сословій, при значительномъ распространеніи пьянства и разврата, интересовались общественными дѣлами главнымъ образомъ въ видахъ полученія какой-либо выгодной синеюры. Предстоящее перенесеніе полицейскаго суда изъ стараго зданія, съ которымъ соединяется столько историческихъ воспоминаній, въ новое, воздвигаемое нынѣ по довольно-грандіозному плану, удовлетворяетъ, по мнѣнію автора, потребности, чувствуемой уже съ давняго времени.

Наконецъ, замѣтка «О юристахъ-чиновникахъ короны» даетъ нѣкоторыя свѣдѣнія о Генри Джемсѣ и Вернонѣ Гаркурѣ, назначенныхъ недавно—первый генеральнымъ атторнеемъ, а послѣдній—генеральнымъ солиситоромъ.

#### IV.

Третья книжка, «*Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*» за 1873 годъ начинается прекрасною статьею Бринца объ извѣстномъ романистѣ Рудорфѣ, скончавшемся въ февралѣ того года. Судя по нѣкоторымъ трудамъ Рудорфа, можно подумать, что онъ принадлежалъ къ числу тѣхъ послѣдователей исторической школы, направленіе которыхъ есть въ сущности болѣе антиварное, чѣмъ научно-историческое; но такое заключеніе было бы, по словамъ Бринца, не совсѣмъ вѣрно. «Среди этихъ архивныхъ древностей—говоритъ авторъ—и воз-

буждаемые жизнью, вѣющею на насъ съ этихъ мертвыхъ камней и бумагъ, спрашиваемъ мы себя: дѣйствительно-ли былъ Рудорфъ антикваріемъ? По свойству и отдаленности значительной части свѣдѣній, которыми онъ владѣлъ и которыя распространялъ, мы отвѣчаемъ: да, онъ былъ имъ; но по универсальности и по основному духу его стремленій, отражающихся въ его изслѣдованіяхъ, мы говоримъ: нѣтъ, онъ не былъ имъ. Изъ подъ его пера не появлялось работы, которая не открывала-бы свободнаго простора уметственному взору читателя. Никто не былъ менѣе абстрактенъ и несубъективенъ, чѣмъ Рудорфъ; будучи столь же великимъ догматикомъ, какъ и историкомъ, онъ возвышался нерѣдко до пророчества». Бринцъ чрезвычайно высоко цѣнитъ научную дѣятельность Рудорфа, не скрывая притомъ и слабыхъ ея сторонъ.

Затѣмъ слѣдуютъ замѣчанія Ваха на проектъ устава гражданского судопроизводства, упомянутыя нами уже въ прежнемъ обзорѣ; далѣе—изслѣдованіе Поля Лабанда объ одной изъ древнегерманскихъ формъ владѣнія (по поводу книги Neussler'a), критическія замѣтки Прантля объ уголовныхъ теоріяхъ и о разсужденіяхъ Гейнце и Лайстнера, и, наконецъ, «Краткія указанія» бібліографическія, по поводу книгъ Беккера, Ауэрбаха, Оливеркрони и другихъ, принадлежащія перу Мутера, Маурера, Гейера и Ранды.

Въ четвертой и послѣдней книжкѣ «Vierteljahrsschrift» помѣщено, во-первыхъ, обширное разсужденіе Гейера о проектѣ устава германскаго уголовного судопроизводства. По вопросу о шеффенахъ, авторъ въ началѣ статьи высказывается противъ тѣхъ французофобовъ, которые ратуютъ за замѣну «французскаго» жюри національно-германскимъ институтомъ шеффеновъ. «Мы, нѣмцы—говоритъ авторъ—слава Богу, не на столько заражены народнымъ самолюбіемъ, чтобы прославлять извѣстное учрежденіе только потому, что оно свое, домашнее, и на столько свободны отъ національной ненависти, что французское происхожденіе института не можетъ само по себѣ служить въ нашихъ глазахъ Кайновымъ пятномъ». Къ сожалѣнію, въ концѣ статьи Гейеръ говоритъ уже нѣчто совершенно другое. Во многихъ частяхъ проекта онъ находитъ слѣды «того вреднаго вліянія, которое нашъ западный сосѣдь такъ долго оказывалъ на наши нравы и понятія». Тогда какъ прежде было въ обычаѣ сравнивать безсильную, раздробленную Германію съ древнею Греціею — продолжаетъ Гейеръ—теперь французы начинаютъ ставить нѣмцевъ на одну доску съ «побѣдоноснымъ Римомъ античнаго міра»; «будемъ-ли мы поэтому все еще подражать старому Риму и въ томъ отношеніи, что станемъ заимствовать культуру у тѣхъ, которыхъ мы побѣдили? Именно въ области юридическаго развитія римляне сохранили свою самостоятельность и своеобразность». Въ силу та-

кихъ соображеній, авторъ, соглашаясь во многомъ съ замѣчаніями Вальберга и Бара, требуетъ принципиальной переработки проекта.

Критическія замѣтки Беккера о книжкахъ Экснера (о закладномъ правѣ), Шотта (о договорахъ между отсутствующими), Цительмана (о юридическихъ лицахъ) и Каро (о покупкѣ для пробы) изложены весьма бойко и читаются съ интересомъ; еще большими достоинствами отличается подробный разборъ странной книги Карла Виндинга (о нормахъ и ихъ нарушеніи), написанный извѣстнымъ криминалистомъ Баромъ. Остается еще указать на отчетъ Блунчли о новѣйшихъ сочиненіяхъ по государс венному праву и на отдѣлъ «краткихъ указаній», занимающій вообще видное мѣсто въ книжкахъ журнала Бринца и Пёцля и придающій ему тотъ интересъ и то разнообразіе содержанія, которыя дѣлають его однимъ изъ лучшихъ нѣмецкихъ юридическихъ изданій.

У.

«Архивъ» Гольтдаммера, при своемъ преимущественно-практическомъ направленіи, представляетъ мало матеріала общенаучнаго свойства; поэтому здѣсь достаточно будетъ только привести заглавія статей, напечатанныхъ въ послѣднихъ трехъ книжкахъ названнаго журнала за истекшій годъ. Въ третьей книжкѣ помѣщены: замѣтка «О перерывѣ давности предварительнымъ полицейскимъ изслѣдованіемъ» (случай изъ практики); статья Типелькирха «О характерѣ апелляціонной инстанціи по прусскому уставу уголовнаго судопроизводства»; практическія замѣтки и извлеченія изъ судебныхъ рѣшеній, а также нѣсколько библиографическихъ и литературныхъ замѣтокъ. Въ четвертой книжкѣ—«Культъ старокатоликовъ съ точки зрѣнія закона» (случай изъ практики); «Къ ученію объ уголовно-частныхъ проступкахъ» Тессендорфа, и, затѣмъ, такого же рода замѣтки, какъ и въ предъидущей; въ пятой и шестой книжкахъ—«Противники суда шеффеновъ» Гуго-Мейера; о прусскомъ уставѣ уголовнаго судопроизводства 1867 г. по позднѣйшимъ измѣненіямъ—Франке; «О прекращеніи дѣлъ, возникшихъ по частнымъ жалобамъ»—Занда, и, наконецъ, масса разнаго рода тезисовъ и замѣтокъ.

Третій томъ журнала торговаго права Гольдшмита, обнимающій собою второе полугодіе 1873 г., содержитъ въ себѣ пять догматическихъ статей: «О передачѣ въ смыслѣ закона» проф. Фитинга; «Объ отношеніяхъ авторовъ драматическихъ сочиненій къ театрамъ и къ ихъ дирекціямъ» проф. Ниссена; «О мѣстѣ исполненія при договорѣ купли-продажи по торгово-юридическимъ началамъ» Шталя; «О взаимныхъ расчетахъ между нѣсколькими векселедателями» проф. Бёлау, и «О хлѣбныхъ складахъ» Закса. Остальная, болѣе обширная часть тома посвящена обзору законо-

дательствъ, практики и литературы различныхъ государствъ, преимущественно нѣмецкихъ.

Наконецъ, въ имѣющихся у насъ трехъ книжкахъ журнала Гольцендорфа (составляющихъ собственно шесть номеровъ за второе полугодіе) помѣщены: «Замѣчанія на проектъ угол. судопроизводства» д-ра Иона, замѣтка «о недостаточномъ сознаніи противозаконности объективно-наказуемаго дѣянія» д-ра Бельмонте, разсужденіе Пѣцпера, «объ обманѣ въ обязательственныхъ отношеніяхъ»; снова замѣчанія на проектъ угол. судопр. — проф. Ульмана; литературныя замѣтки Бецольда и Феликса Дана; монографія Мевеса «Германскій уголовный кодексъ и мореплаваніе» и, кромѣ того, обзоръ практики и литературы, составленныя Мевесомъ, Бецольдомъ, Таубе и нѣкоторыми другими не менѣе вѣстными юристами.

Л. Слонимскій.

или въ этомъ послѣднемъ случаѣ, если частныя опредѣленія не были постановлены публично (arrêt Teuillé, 26 août 1858, — В. 240 и законъ 10 апрѣля 1810 г. ст. 7. § 2).

Рѣшеніемъ Therrin (19 juillet 1855, В. 255) признано, что публичность засѣданія достаточно удостовѣряется тѣмъ, что на рѣшеніи есть надпись, указывающая, что рѣшеніе постановлено и объявлено въ публичномъ засѣданіи. Отсутствие удостовѣренія публичности засѣданія не служитъ поводомъ кассации, если въ засѣданіи обсуждались процессуальные вопросы, не подлежавшіе оспариванію сторонъ, какъ, напр., вопросъ о допущеніи въ дѣлѣ участія гражданскаго истца, противъ котораго не заявлено спора (Arrêt Degouts, 8 décembre 1864, — В. 278).

Отсутствие удостовѣренія о присутствіи секретаря въ засѣданіи также служитъ поводомъ кассации (arrêts des 1-er décembre 1855, Custodes В. 382, и 8 décembre 1866).

То же относится и къ отсутствію подписи судьи и секретаря на протоколъ допроса (arrêts Ollaunier 14 octobre 1856, — В. 338) къ отсутствію удостовѣренія въ принятіи свидѣтелемъ присяги, удостовѣренія въ принятіи ея по установленнымъ правиламъ (arrêt Delamarre, 30 mai 1857, В. 215), къ допущенію давать показанія такого свидѣтеля, который не можетъ быть имъ, какъ, напр., въ нѣкоторыхъ случаяхъ — гражданскаго истца (arrêt Durand, 14 octobre 1856, — В. 339).

Признается ничтожнымъ протоколъ допроса, который не содержитъ въ себѣ отвѣтовъ подсудимаго (arrêt Abd-el-Kader, 21 août 1856, — В. 292).

То же можно сказать и о тѣхъ рѣшеніяхъ, въ которыхъ содержится лишь неопредѣленное указаніе на то, что свидѣтели приняли установленную присягу; такого указанія недостаточно для удостовѣренія буквального исполненія обряда присяги, предписаннаго ст. 155 уст. угол. суд. (arrêt Niquel 13 août 1858, — В. 229), также о тѣхъ рѣшеніяхъ, основаніемъ которыхъ служитъ осмотръ мѣстности, произведенный въ отсутствіи обвинительной власти, причемъ отсутствіе это произошло или влѣдствіе несвоевременнаго назначенія осмотра, или влѣдствіе того, что сторонамъ не было дано возможности присутствовать при немъ (arrêt Maunier, 27 septembre 1833, — В. 411. Chorgnon, 14 septembre 1830, — В. 309 и Gaillard 29 mars 1855, — В. 114).

Поводомъ кассации служитъ и то, что одинъ и тотъ же судья или одни и тѣ же судьи, въ количествѣ требуемомъ закономъ, не присутствовали во всѣхъ засѣданіяхъ суда. Но, если ст. 7 закона 20 апрѣля 1860 и требуетъ, подъ страхомъ недействительности рѣшенія, чтобы одни и тѣ же судьи участвовали во всѣхъ засѣданіяхъ по одному и тому же дѣлу, то это касается лишь тѣхъ засѣданій, въ которыхъ обсуждалось дѣло по существу, но не относится

къ предшествовавшимъ засѣданіямъ по процессуальнымъ вопросамъ (arrêt Collier 4 decembre 1857, не напечат.).

Очень часто поводомъ кассациі служить отсутствіе въ рѣшеніи мотивовъ, на которыхъ оно основано и которые требуются ст. 7 закона 20 апрѣля 1810. Поводомъ кассациі признается даже невнесене въ рѣшеніе одного мотива, имѣвшагося въ виду суда: такъ, напр., при отказѣ въ жалобѣ на контрафакцію необходимо, чтобы въ рѣшеніи содержалось указаніе не только на то, что предметы, произведенные до выдачи привиллегіи на производства, были схожи съ предметами, на которые дана привиллегія, но что они и совершенно подобны съ ними или что контрафакція не имѣла мѣста потому что на предметы эти не было дано привиллегіи (arrêt Gavoty et Martin, 6 août 1858, В. 225). Рѣшеніе во всякомъ случаѣ должно содержать въ себѣ всѣ указанія, необходимыя для того, чтобы удостовѣрить верховное судилище въ томъ, что судъ точно выполнилъ законъ о привиллегіяхъ (arrêt Joly 21 juin. 1852, J. P. 1853 стр. 686). Точно такъ же въ рѣшеніи по подобнымъ дѣламъ должно содержаться указаніе на тѣ стороны производства, которыя послужили основаніемъ къ возникновенію новыхъ способовъ производства, и распространенность которыхъ послужила къ прекращенію привиллегіи (arrêt Delaunay, 24 avril 1857,—В. 169). (См. anal. № 72 и 77).

Есть еще основаніе для признанія недѣйствительности рѣшенія, по недостаточности мотивовъ, если изъ постановленія суда нельзя усмотрѣть и вывести заключеніе, почему подсудимый былъ освобожденъ, на основаніи ли закона, или же за отсутствіемъ факта преступленія (arrêt commissaire de police de Laferté-Macé, 25 janvier 1857, не напечат.).

То же самое нужно сказать и относительно постановленія, которое хотя и не лишено мотивовъ, но мотивировано столь кратко и въ выраженіяхъ на столько неопредѣленныхъ и общихъ, что кассационному суду не представляется возможности усмотрѣть тѣ данныя, на которыхъ оно основано. На томъ же основаніи признается недѣйствительнымъ оправдательный приговоръ, въ которомъ не разсматриваются доводы обвиненія, а единственнымъ мотивомъ котораго является недостаточность уликъ противъ обвиняемаго. Arr. proc. gén. Douai 5 novembre 1847,—В. 265; proc. gén. d'Alger, 2 février 1854,—В. 2). См. о недостаточности мотивовъ arrêts Drome et Duez, 5 avril et 22 novembre 1860 (В. 94 и 248); Cintré, 9 novembre 1861 (В. 222); Mirès, 28 decembre 1861 (В. 28), J. P. 1862, р. 341 и Loir, 3 juillet 1863 (В. 189). См. также ном. 63.

Одна неправильность изложенія мотива, который самъ по себѣ законенъ, не служитъ поводомъ къ кассациі (art. 411 et 414 С.

d'inst. crim. и arrêt Roussel 22 février 1856, ненапеч.; proc. gén. de Montpellier, 23 février 1867).

Также не служитъ поводомъ къ кассациі и то обстоятельство, что судъ невѣрно квалифицировалъ преступленіе, если и по другимъ основаніямъ за это преступленіе налагается то же наказаніе (arr. Abd-er-Haman, 25 janvier 1839,—В. 27).

Также недостаточно, чтобы мотивы къ судебнымъ постановленіямъ были написаны на томъ же самомъ листѣ, гдѣ и постановленія, а слѣдуетъ, чтобы они были написаны во время засѣданія по дѣлу, въ противномъ случаѣ рѣшеніе недѣйствительно. (arr. Magnoucourt, 29 août 1830,—В. 207).

Рѣшенія и постановленія, въ которыхъ не приняты во вниманіе все требованія сторонъ или обвинителя точно также, согласно ст. 408 и 413 С. d'inst. crim., подлежатъ отмѣнѣ, если будетъ доказано, что эти требованія были формальнымъ образомъ заявлены суду (arr. Morhange, 2 juin 1855.—В. 198, и Raspail, 7 décembre 1861,—В. 270).

Отмѣна имѣеть мѣсто и въ томъ случаѣ, если судья примѣняетъ такія постановленія, которыя не имѣютъ силы закона, какъ напр. распоряженія меровъ или префектовъ, взятые внѣ вѣдомства этихъ лицъ. Такъ, рѣшеніемъ по дѣлу Роланъ (13 août 1858,—В. 233) было признано незаконнымъ и необязательнымъ постановленіе муниципальнаго совѣта, которымъ запрещалось публичное собраніе милостыни по домамъ, на томъ основаніи, что этотъ предметъ не подвѣдомственъ муниципальной власти; также и другимъ рѣшеніемъ отъ 28 августа 1858 (В. 247, aff. Leroy) было признано незаконнымъ распоряженіе одного префекта, который вошелъ въ права мера и такимъ образомъ преступилъ предѣлы своей компетентности.

Наконецъ, суды не должны захватывать правъ административныхъ властей, а равно правъ и прерогативъ обвинителя; въ противномъ случаѣ ихъ рѣшенія подлежатъ отмѣнѣ (arr. commissaires de police de Lillebonne, 31 juillet 1856,—В. 271 и Luzarches, 7 mars 1857,—В. 103).

По этимъ же основаніямъ многими рѣшеніями было признано, что полицейскій трибуналъ не можетъ, не превышая власти, предписать полицейскому комиссару представить на судъ тѣхъ лицъ, противъ которыхъ послѣдній не находитъ нужнымъ начинать преслѣдованіе, такъ какъ обвинитель можетъ получать предписаніе лишь отъ своей высшей власти (С. d'inst. crim. art. 1) и что трибуналъ не можетъ постановить, несмотря на несогласіе обвинителя, объ освобожденіи оправданнаго подсудимаго, такъ какъ это было бы посягательствомъ на независимость и на свободу дѣйствій обвинителя.

Равнымъ образомъ считается недѣйствительнымъ рѣшеніе,

которымъ отказывается обвинителю въ отсрочкѣ разсмотрѣнія дѣла, для дополненія такового свидѣтельскимъ показаніемъ, за недостаточностью протокола, удостовѣряющаго проступокъ. (arr. Pullen, 2 mai 1857,—В. 178).

58. Кассационный судъ признаетъ рѣшеніе недѣйствительнымъ за несоблюденіе существенныхъ формъ производства даже и въ томъ случаѣ, если эта недѣйствительность и не предугавлена закономъ. (См. гл. III, ном. 26).

Несоблюденіемъ существенныхъ формъ признается, если судьи опустили какой либо обрядъ судопроизводства или отказали принять во вниманіе требованіе, заявленное въ интересахъ защиты; такъ, если апелляціонный судъ, разсматривая дѣло въ качествѣ суда исправительнаго, не выслушалъ бы предварительно докладъ члена, которому было поручено разсмотрѣніе этого дѣла, или въ случаѣ удостовѣренія, что эта формальность была выполнена, если о томъ нѣтъ указанія въ рѣшеніи, или же наконецъ, если окончательному рѣшенію дѣла предшествовало предварительное его разсмотрѣніе, во время котораго членъ-докладчикъ былъ выслушанъ. (Arr. Cavy, 22 mai 1856,—В. 190 и Delatre, 2 décembre 1854,—В. 331).

Все сказанное по отношенію къ апелляціонному суду примѣняется къ такимъ же неправильностямъ, допущеннымъ судомъ первой инстанціи, съ тою только разницею, что если апелляціонный судъ не можетъ обойтись безъ разъясненія при посредствѣ доклада одного изъ своихъ членовъ, зато онъ можетъ отказать во вторичномъ допросѣ свидѣтелей, если найдетъ, что данныя, переданныя ему судомъ первой инстанціи, достаточны (Arr. Gaudret, 12 juin 1852,—В. 103; Geffrouses, 13 novembre 1856,—В. 351).

Рѣшеніемъ отъ 6 декабря 1862 (Abderrahman-Ben-Kalifa,—В. 268) также постановлено, что невозможность представить кассационному суду вопросный листъ, предложенный присяжнымъ, если кассационный судъ предварительнымъ опредѣленіемъ постановилъ о представленіи такового, ведетъ за собою положительную недѣйствительность рѣшенія.

59. Также существеннымъ поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія служить и то обстоятельство, если его мотивы не имѣютъ правильного основанія; такъ, если судья принялъ за основаніе личное знаніе факта преступленія, вмѣсто того, чтобы основываться на законныхъ доказательствахъ, каковы: показаніе свидѣтелей, протоколы и пр.; или же если, разсматривая дѣло послѣ отмѣны перваго рѣшенія, судья приметъ за основаніе доказательства, добытыя при первомъ отмѣненномъ рѣшеніи за опровергающія достовѣрность протокола или же какъ основанія для преслѣдованія, вмѣсто того, чтобы искать улики въ слѣдствіи или другомъ законномъ доказательствѣ. (Arr. Bourdrel, 21 mars, 1833,—В. 106; Navard,



24 juillet 1835,—В. 303; Bouret, 9 août 1838,—В. 270; veuve Yous, 19 octobre 1839,—В. 341; Bouet, 30 avril 1840,—В. 122; Camperot, 30 moi suivant,—В. 154; Joseph, 19 août 1841,—В. 246; Cardebelle, 15 novembre 1844,—В. 372, et min. pub. de Périgueux, 27 août 1858,—В. 342).

60. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ поводы къ отмѣнѣ рѣшенія могутъ быть относительными и подлежать разсмотрѣнiю кассационнаго суда, лишь въ томъ случаѣ, если они имѣлись въ виду первыхъ инстанцій, другіе же общіе и эти послѣдніе могутъ быть заявлены во всякомъ положеніи дѣла.

Непринятіе жалобы въ первомъ случаѣ основывается на законѣ 29 го апрѣля 1806 г., который гласитъ: «Осужденный рѣшеніемъ суда полиціи исправительной не можетъ представлять, какъ поводъ къ отмѣнѣ рѣшенія тѣ неправильности постановленія суда первой инстанціи, которыя онъ не обжаловалъ апелляціонному суду, принося жалобу лишь на неправильность рѣшенія по отношенію къ вопросу о подсудности» (Arr. Navu. 8 juillet 1853,—В. 350; Vosc, 8 mai 1854,—В. 189). Кромъ того, надо, чтобы эта неподсудность не была чисто личная, а по роду дѣла (Arr. Bussiére, 24 décembre 1840,—В. 366; Ricord, 30 décembre 1859,—В. 298; Sarron, 13 mai 1853,—В. 164).

Выше мы видѣли, что обрядныя неправильности, каковы: отсутствіе доказательствъ гласности засѣданія, или отсутствіе заключенія прокурора и другія, касающіяся существенныхъ формъ рѣшенія могутъ быть представлены во всякомъ положеніи дѣла и возбуждены самимъ судомъ (Arr. Tessié, 9 mars 1854,—В. 84), лишь бы эти новые доводы согласовались съ мнѣніемъ государственнаго совѣта отъ 12-го ноября 1812, т. е. что если новый доводъ, представленный обвинителемъ въ интересахъ закона, повлечетъ за собою отмѣну рѣшенія, то отъ этого не можетъ послѣдовать отягченія участи подсудимаго (Arr. de Gonetz, 3 mai 1866,—В. 129. См. гл. II, XII и XVII, нум. 23, 257 и 302).

Случай неподсудности и превышенія власти принадлежатъ къ числу таковыхъ, которые могутъ быть заявлены во всякое время и возбуждены самимъ судомъ, по выслушаніи заключенія обвинителя (Arr. Grangou, 31 juillet 1847,—В. 170; Maurin, 17 septembre 1847, не напеч.; Petit Blot, 30 janvier 1852,—В. 45; Sarron, 13 mai 1853,—В. 164; Perrot, 5 décembre 1862.—В. 267. См. Ф. Эли, t. IX, p. 455 и 471).

61. Аксіома *unâ electâ via recursus non datur ad alteram* примѣняется также рѣдко въ дѣлахъ уголовныхъ, какъ и въ гражданскихъ. Для того, чтобы она получила примѣненіе, нужно, чтобы два иска, предъявленные однимъ и тѣмъ же лицомъ, были бы вчинены на одномъ основаніи и по одному предмету (Arr. Julien, 18 novembre 1854,—В. 318). Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда

гражданскій истецъ, которому предоставлены два пути, выбираетъ уголовный. Онъ не можетъ искать убытки въ гражданскомъ порядкѣ, если ему было отказано въ этомъ уголовнымъ судомъ. Напротивъ того, онъ имѣетъ полное право обратиться съ искомъ въ гражданскій судъ, если уголовный судъ призналъ, что дѣяніе не составляетъ преступленія, ни проступка, ни полицейскаго правонарушенія, такъ какъ въ то же время это дѣяніе могло причинить убытки. Право гражданского взысканія остается за гражданскимъ истцомъ и въ томъ случаѣ, если судъ отказывается по неподсудности (см. Ф. Эли, t. II. p. 68, 2 edit).

Правило *non bis in idem* примѣняется, какъ въ уголовныхъ, такъ и въ гражданскихъ дѣлахъ. Рѣшеніе отъ 26-го ноября 1842 (aff. Fabus, V. 308) примѣняетъ это же правило и къ постановленіямъ военныхъ судовъ.

62. Хотя въ принципѣ и нельзя обжаловать ту часть рѣшенія, которая входитъ въ оцѣнку самаго факта преступленія и намѣренія виновныхъ, но это не относится къ тѣмъ случаямъ, когда законъ требуетъ, чтобы вмѣняемый въ преступленіе фактъ соединилъ бы въ себѣ извѣстные признаки, для того, чтобы онъ составлялъ преступленіе или проступокъ. Въ этомъ случаѣ недостаточно, чтобы судъ или трибуналъ констатировалъ фактъ преступленія, но слѣдуетъ, чтобы онъ основывалъ свое рѣшеніе на всѣхъ обстоятельствахъ, сопровождавшихъ таковой, такъ какъ составъ преступленія подлежитъ обсужденію кассационнаго суда. Такъ, въ случаѣ мошенничества, кассационный судъ имѣетъ право войти въ обсужденіе вопроса о томъ, заключаетъ ли въ себѣ дѣяніе всѣ признаки, указанные въ ст. 405 С. Рén. (Arr. Bouhomme, 6 février 1857, —V. 49; Ozou, 20 novembre 1862, —V. 250; Salles, 9 janvier 1863, —V. 12; Jacquet, 18 février 1864, —V. 45; Marchetich, 15 juillet 1864, —V. 186.

То же самое и въ дѣлахъ о диффамачіи въ газетахъ, кассационный судъ можетъ войти въ оцѣнку, дѣйствительно ли статья содержитъ въ себѣ диффамачію или нѣтъ и трактуетъ ли извѣстная газета о политикѣ (Arr. Dupin, 31 janvier 1855, —V. 25; Labaume, 11 novembre 1865, —V. 196; Hummel, 21 novembre 1862, —V. 252; Hallez-Claparède, 31 décembre 1863, —V. 314).

Когда законъ не соединяетъ существованія проступка съ тѣми обстоятельствами факта, которые подлежатъ оцѣнкѣ кассационнаго суда, такіа признанія факта не подлежатъ обжалованію: такъ рѣшеніемъ по дѣлу П... постановленному 6-го мая 1833 (V. 153) опредѣлено, что судъ ограничиваясь заявленіемъ, что доказательства прелюбодѣянія были извлечены изъ документовъ, находящихся въ дѣлѣ, не нарушаетъ этимъ закона, такъ какъ не существуетъ ни одной статьи, которая обязывала бы судъ, входить въ

спецификацію тѣхъ доказательствъ, которыя послужили къ убѣжденію судей (см. стр. 34).

## ГЛАВА V.

### О кассационныхъ жалобахъ на постановленія обвинительныхъ камеръ.

63. Вообще обвиняемый, обвинитель и гражданскій истецъ могутъ обжаловать постановленія обвинительныхъ камеръ. Жалобы на постановленія о преданіи ассизному суду регулируются ст. 299 C. d'inst. crim., которая предусматриваетъ специально три слѣдующіе случая недействительности постановленія: во 1-хъ, если дѣяніе не разсматривается закономъ какъ преступленіе, во 2-хъ, если обвинитель не былъ выслушанъ и въ 3-хъ, если рѣшеніе не было постановлено законнымъ числомъ судей (и притомъ компетентныхъ судей) (см. Ф. Эли, t. VI, p. 504).

Къ этимъ случаямъ недействительности рѣшенія законъ 10-го іюня 1853 г. присоединилъ еще случай неподсудности, уже предусмотрѣнный ст. 408 и 413 C. d'inst. crim., а наука права прибавляетъ еще тотъ случай, когда обвинительный актъ не заключаетъ въ себѣ изложенія вѣняемаго въ вину дѣянія, составныхъ частей, которыя его характеризуютъ, обстоятельствъ увеличивающихъ вину, убытковъ отъ преступленія и указанія на тѣ лица, которыя ихъ понесли.

Обвинительный актъ достаточенъ въ этомъ смыслѣ, если онъ подтверждаетъ указъ о взятіи подъ стражу, который излагаетъ сущность дѣла, какъ этого требуетъ ст. 134 C. d'inst. crim. или когда этотъ указъ включенъ въ текстъ акта и образуетъ его составную часть (Arr. Dequeviller, 22 avril 1847, В.—80; Soulié, 12 septembre 1856, —В. 312); но если постановленіе обвинительной камеры отмѣняетъ прежній и предписываетъ новый арестъ, согласно ст. 231 C. d'inst. crim., то это постановленіе, подъ угрозою недействительности, должно содержать въ себѣ изложеніе вѣняемыхъ въ преступленіе дѣяній, такъ какъ содержаніе этого постановленія, которое сообщается подсудимому, должно дать такому возможность возражать противъ квалификаціи тѣхъ фактовъ, которые ему вѣняются въ вину, а кассационному суду — возможность удостовѣриться въ законности постановленія. Такъ было постановлено рѣшеніями по дѣлу Тера отъ 8-го января 1839 (В. 8) и по дѣлу Пеншо отъ 23-го февраля 1860 (В. 53). Это послѣднее рѣшеніе и другое по дѣлу Ларашъ отъ 4-го апрѣля 1862 (В. 203) признаютъ недействительными тѣ постановленія обвинительныхъ камеръ, которыя ограничиваются указаніемъ, что по дѣлу оказались достаточныя доказательства совершенія пре-

ступленія, безъ объясненія въ чемъ заключаются эти доказатель-ства (см. anal. p. 55 и 77).

Рѣшеніе по дѣлу Кальвъ отъ 15-го декабря 1856 г. опредѣляетъ, что постановленія обвинительныхъ камеръ не исключены изъ общаго правила, въ силу котораго каждое рѣшеніе или опредѣленіе должно быть мотивировано, подъ угрозой недействительности.

Существуетъ правило, что предсѣдатель ассизнаго суда не долженъ ставить на разрѣшеніе другихъ вопросовъ, кромѣ тѣхъ, которые истекаютъ изъ обвинительнаго акта и изъ видоизмѣненныхъ во время судебныхъ преній обстоятельствъ дѣла. Тѣмъ не менѣе рѣшеніе, постановленное по протесту генеральнаго прокурора въ Дуэ отъ 29-го ноября 1866 г. (В. 250) по поводу того, что въ обвинительномъ актѣ былъ пропущенъ одинъ пунктъ, опредѣлило, что предметъ обвиненія, его предѣлы и законная сила не заключаются въ самой формулѣ обвинительнаго акта и что всѣ изъясненія, находящіяся въ изложеніи факта преступленія, въ ихъ квалификаціи и въ приведеніи уголовного закона, разъясняясь и допояняясь взаимно, составляютъ въ соединеніи обвиненіе, на основаніи котораго подсудимый допрашивается, это даетъ, въ извѣстныхъ случаяхъ, право ассизному суду, если не измѣнить, то по крайней мѣрѣ дополнить обвиненіе (см. F. Hélie t. VI, p. 602).

64. Неправильности, совершенныя при предварительномъ слѣдствіи, или допущенныя въ обвинительномъ актѣ, покрываются ли онѣ неподачею въ срокъ кассационной жалобы на таковыя постановленія или же ихъ можно обжаловать въ жалобѣ на окончательное рѣшеніе ассизнаго суда?

По общему правилу онѣ покрываются, какъ это видно изъ рѣшенія по дѣлу Ледье отъ 19-го января 1853 г. (В. 17). Однако же изъ рѣшенія по дѣлу Бернаръ отъ 6-го декабря 1832 г. (не напеч.), мы видимъ, что была принята, послѣ рѣшенія ассизнаго суда по существу, кассационная жалоба, основанная на некомпетентности слѣдственнаго судьи и признана уважительною, на томъ основаніи, что теряютъ права на разсмотрѣніе лишь жалобы, основанныя на ст. 299 C. d'inst. crim., которая предусматриваетъ лишь три случая недействительности.

Постановленіе по дѣлу Бюсьеръ отъ 24-го декабря 1840 г. (В. 364) оставляетъ безъ послѣдствій кассационную жалобу, которая основана не на подсудности абсолютной, а на относительной и кромѣ того на томъ основаніи, что она вмѣсто того, чтобы заключать въ себѣ лишь обжалованіе постановленія о преданіи суду, обжаловываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и рѣшеніе ассизнаго суда.

Наконецъ рѣшеніе по дѣлу Лавель отъ 3-го октября 1844 г. (В. 334) требуетъ, какъ и предъидущее, отдѣльныхъ кассацион-

ныхъ жалобъ на постановленіе о преданіи суду и окончательное рѣшеніе и подтверждаетъ собою то ученіе, что неправильности предварительнаго преданія суду производства, покрываются непринесеніемъ на эти постановленія кассационной жалобы къ законный срокъ (см. F. Hélie t. VI, p. 491 и посл.).

Согласно этимъ рѣшеніямъ нѣтъ другихъ причинъ кромѣ абсолютной неподсудности, по которымъ допускается подача кассационной жалобы, основанной на неправильностяхъ предварительнаго преданія суду производства.

65. Неправильности, допущенныя при предварительномъ слѣдствіи погашаются, согласно вышесказанному, неприсланіемъ кассационной жалобы на постановленіе о преданіи суду. Изъ этого слѣдуетъ говорить Фосманъ Эли (t. VI, p. 492), что неправильности оконченнаго слѣдствія, обсуждаются постановленіемъ обвинительной камеры и что если этимъ постановленіемъ таковыя пропущены или же неправильно устранены, то представляется поводъ къ кассаци. Но для того, чтобы постановленіе обвинительной камеры было недѣйствительно, надо, чтобы неправильности слѣдствія были серьезнаго свойства. Такъ что, прибавляетъ Ф. Эли (стр. 496), обвиняемый не можетъ просить объ отмівѣ рѣшенія на томъ основаніи, что слѣдствіе было не полно, что оно клонилось къ его освобожденію, что онъ не имѣлъ ни времени, ни средствъ приготовиться къ защитѣ. Это всецѣло зависитъ отъ обвинительной камеры, которая облечена на этотъ случай дискреціонною властью (F. Hélie, t. VI, p. 271) оцѣнять, въ этомъ смыслѣ слѣдственное производство и рѣшать вопросъ о необходимости переисслѣдованія; все сказанное не относится къ тому случаю, если бы было допущено нарушеніе существенныхъ правъ обвиненія или защиты (F. Hélie, t. VI, p. 498). Въ этомъ случаѣ слѣдствіе было бы не дѣйствительно.

66. На постановленія о преданіи суду можно приносить жалобы лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиняемый предается ассизному суду. Если же постановленіе, не предрѣшая ничего, ограничивается преданіемъ подсудимаго суду исправительному или полицейскому трибуналу, по обвиненію въ проступкѣ или полицейскомъ нарушеніи (contravention), то такое постановленіе не можетъ быть обжаловано; такимъ образомъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ рѣшеніе по дѣлу Тшбѣфъ отъ 5-го декабря 1836 г. (В. 389), по слѣдующимъ соображеніямъ:

«Судъ, на основаніи ст. 135, 299, 408 и 413 C. d'inst. crim. постановилъ:

«Принимая во вниманіе, что обвиняемый не имѣя права, согласно 135 ст. C. d'inst. crim. обжаловать въ апелляціонномъ порядкѣ распоряженія, которымъ онъ предается суду трибунала полиціи исправительной, не можетъ, на томъ же основаніи, обжало-

вать вышесказанное постановленіе путемъ кассационной жалобы; что одно запрещеніе необходимо влечетъ за собою другое; что наконецъ его защита не терпитъ никакого стѣсненія, права его остаются неприкосновенными предъ судомъ, которому поручено его преслѣдованіе.

«Принимая во вниманіе, что подача кассационной жалобы возможна лишь въ томъ случаѣ, если постановленіе обвинительной камеры разрѣшаетъ возраженіе о неподсудности, сдѣланное обвиняемымъ или же заключаетъ въ себѣ такіа окончательныя опредѣленія, которыхъ не можетъ имѣнить трибуналь, суду котораго онъ преданъ.

«Принимая во вниманіе, что въ данномъ случаѣ подсудимые не сдѣлали никакого возраженія предъ обвинительною камерою, что постановленіе ограничивается лишь преданіемъ ихъ суду полиціи исправительной, по обвиненію въ проступкѣ, предусмотрѣнномъ ст. 4-ю С. pénal; что поэтому они не могутъ быть допущены въ обжалованію сказаннаго постановленія, которое оставляетъ неприкосновеннымъ, во всѣхъ отношеніяхъ, ихъ право защиты, — просителямъ отказать (см. также arrêts Duval. 14 juin 1851, — В. 223; Migeon, 3 septembre 1817, — В. 331; Fiseau, 3 avril 1862, — не напеч.).

Но если постановленіе обвинительной камеры не ограничилось исключительно преданіемъ суду полиціи исправительной, если возникаетъ вопросъ о подсудности, если разрѣшаются другіе вопросы, кассационная жалоба имѣетъ мѣсто (arrêt Fraboulet, 17 août 1839, — В. 267). Также рѣшеніемъ по дѣлу Филиппъ отъ 31-го декабря 1856 г. (В. 327) признана подлежащею разсмотрѣнію жалоба на постановленіе обвинительной камеры, которая одновременно постановила о преданіи суду по законности возраженія гражданскаго истца и другимъ — по дѣлу Пелланъ отъ 11-го октября 1855 г. (В. 346), равнымъ образомъ, признана подлежащею разсмотрѣнію жалоба на постановленіе обвинительной камеры, которое предѣлило вопросъ рѣшеннаго дѣла, поднятый обвинителемъ.

67. Чтобы не замедлять открытіе судебныхъ преній по известному дѣлу, ст. 300 С. d'inst. crim. требуетъ, чтобы кассационный судъ разматривалъ жалобы на постановленія обвинительныхъ камеръ о преданіи суду внѣ очереди, но новое распоряженіе приняло еще болѣе сильныя мѣры противъ того, чтобы слушаніе дѣла не откладывалось вслѣдствіе кассационныхъ жалобъ, цѣль которыхъ замедлить разсмотрѣніе дѣла.

Ст. 301 С. d'inst. crim., измененная закономъ 10-го іюня 1853 г. гласитъ: «Не смотря на просьбу объ отмѣнѣ, производство продолжается исключительно до назначенія дѣла къ слушанію. Но если жалоба подана по окончаніи формальностей и по истече-

нии срока, указанныхъ ст. 296, то дебаты открываются и постановляется рѣшеніе. Просьба объ отмѣнѣ и поводы на которыхъ она основывается подлежатъ разсмотрѣнію кассационнаго суда лишь послѣ окончательнаго рѣшенія ассизнаго суда. То же самое и по отношенію ко всякой жалобѣ, поданной послѣ истеченія законнаго срока или до истеченія таковаго, но послѣ выбора присяжныхъ.

Этотъ законъ имѣлъ въ виду предупредить жалобы, которыя будутъ поданы исключительно съ намѣреніемъ замедлить ходъ дѣла (см. гл. IV, ном. 49 и 50).

68. Постановленія обвинительныхъ камеръ подлежатъ обжалованію не только въ предѣлахъ ст. 299 C. d'inst. crim., но и по всеѣмъ общимъ основаніямъ, предусмотрѣннымъ ст. 408 того же Устава (arrêt Saint-Priest, 7 septembre 1831, — В. 341; proc. gén. de Besançon, 28 décembre 1854, — В. 354), но въ такомъ случаѣ срокъ на подачу жалобы, вмѣсто пяти дней, какъ это предусмотрено 299 C. d'inst. crim., считается трехдневный, какъ для обыкновенныхъ жалобъ (arr. Basset, 4 février 1864, — В. 28).

Вышеприведенное рѣшеніе отъ 28-го декабря 1854 г. говоритъ, что хотя законъ 10-го іюня 1853 г. и прибавилъ къ тремъ случаямъ отмѣны рѣшенія, предусмотрѣннымъ ст. 299, еще случай неподеудности, но это нисколько не измѣнило распорядка закона, а лишь распространило на подачу жалобы на неподсудность пятидневный срокъ вмѣсто прежде бывшаго трехдневнаго, установленнаго ст. 373 C. d'inst. crim.

69. Возможность обжаловать постановленія о преданіи суду въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 299 C. d'inst. crim., или по причинамъ, указаннымъ въ ст. 407 и 408 того же устава, допущена во избѣжаніе нарушеній закона или формы судопроизводства, предписанныхъ закономъ въ интересахъ правосудія или правъ защиты; такимъ образомъ обвинителю не предоставлено право обжалованія тѣхъ постановленій, въ которыхъ не принято во вниманіе одно или нѣсколько увеличивающихъ вину обстоятельствъ, если постановленіе о преданіи суду ограничилось передачею на разсмотрѣніе ассизнаго суда главнаго факта преступленія.

Причина этого та, что этотъ пропускъ увеличивающихъ вину обстоятельствъ въ постановленіи, можетъ быть исправленъ въ ассизномъ судѣ. Какъ скоро эти обстоятельства вытекаютъ изъ судебныхъ преній, они въ силу этого могутъ быть предметомъ вопросовъ, предлагаемыхъ присяжнымъ (arrêt Altauzin, 19 juin 1845, — В. 199).

70. Другое дѣло, если постановленіе обвинительной камеры не признало существованіе увеличивающаго вину обстоятельства, законнымъ образомъ и формальнымъ опредѣленіемъ. Въ этомъ случаѣ обвинитель, который, согласно 271 ст. d'inst. crim., не мо-

жетъ требовать отъ ассизнаго суда другаго обвиненія, кромѣ какъ въ предѣлахъ постановленія о преданіи суду, долженъ обжаловать вышесказанное постановленіе. Онъ долженъ достигнуть отмѣны той части постановленія, которая не признаетъ существованіе увеличивающаго вину обстоятельства, для того, чтобы имѣть право ссылаться на таковое во время дебатовъ (*arrêt Migent, 11 juin 1841—В. 174*).

71. Вообще оцѣнка фактовъ и ихъ нравственнаго значенія, которыя содержатся въ постановленіи обвинительной камеры не подлежатъ обжалованію и находится внѣ провѣрки кассационнаго суда (*arrêt Chatard, du 28 décembre 1850,—В. 103; Tourneyron, du 23 mars 1854,—В. 80*).

Другое дѣло, если между приведенными въ постановленіи фактами и тѣмъ слѣдствіемъ, которое изъ нихъ выведено, было бы явное противорѣчіе (*arrêt proc. gén. d'Angers, du 16 novembre 1850—В. 390. См. гл. VI, нум. 62*).

72. Но, если въ отношеніи констатированія фактовъ и обстоятельствъ съ ними связанныхъ, а равно и нравственной ихъ оцѣнки обвинительная камера, исправительные суды и ассизный судъ не подлежатъ провѣркѣ, то это совершенно иначе относительно примѣненія къ этимъ дѣяніямъ и обстоятельствамъ статей закона. Кассационный судъ можетъ войти самъ въ оцѣнку и рассмотреть не нарушило ли, въ этомъ отношеніи закона то постановленіе, которое представлено на его усмотрѣніе; онъ даже можетъ отмѣнить постановленіе, если за отсутствіемъ указанія или недостаточностью таковаго, онъ не найдетъ возможнымъ войти въ оцѣнку качества этого послѣдняго; такъ рѣшеніемъ по дѣлу Монтель судъ отмѣнилъ постановленіе обвинительной камеры, которая ограничилась въ своихъ мотивахъ квалификаціею факта безъ указанія на тѣ обстоятельства, которыя могли ему придать значеніе преступленія или проступка (*arret Orcel, 11 octobre 1860, В. 244, et Lesimple, 13 mars 1863,—В. 87.—См. anal. p. 55, нум. 57*).

73. Постановленіе, которое передаетъ ассизному суду за подлогъ въ частной бумагѣ, не можетъ быть обжаловано кассационному суду, на томъ основаніи, что подлогъ былъ совершенъ не въ частной бумагѣ а въ официальномъ документѣ, такъ какъ окончательное разрѣшеніе этого вопроса подлежитъ суду присяжныхъ. (*arret Blot, du 20 septembre 1851, non imp.; См. нум. 79*).

Не подлежатъ обжалованію обвинительные акты, которые не составляютъ постановленія, и ограничиваются изложеніемъ факта, обвинительныхъ пунктовъ, и заключенія въ томъ же смыслѣ какъ и постановленіе о преданіи суду; если бы въ нихъ оказались не-правильности, то ихъ можно было бы обжаловать лишь тогда, когда они вошли бы въ рѣшеніе.



74. Постановленія обвинительныхъ камеръ бываютъ или указывающія (*indicatifs*) или предписывающія (*attributifs*) юрисдикціи.

Они имѣютъ лишь значеніе указывающее, когда, согласно ст. 129, 130 и 131 *Code d'inst. crim.*, обвинительная камера предасть обвиняемаго суду полицейскаго трибунала или трибунала полиціи исправительной; для этихъ трибуналовъ не обязательно сказанное постановленіе, и если они найдутъ, что дѣланіе имѣеть совершенно другой характеръ, нежели указанный въ постановленіи, они могутъ отказаться и передать преслѣдованіе кому слѣдуетъ по принадлежности (См. ст. 160, 182 и 193 *Code d'inst. crim.*); но, если обвиняемый преданъ ассизному суду, въ этомъ случаѣ постановленіе обвинительной камеры имѣеть значеніе предписательное. Ассизный судъ не можетъ вопреки этому постановленію признать себя некомпетентнымъ на томъ основаніи, что дѣло — характера исправительнаго, а не уголовнаго (*arr. Boulin, 14 septembre 1827, — В. 240. См. F. Hélie, t. VI p. 581 и послѣд.*).

Но, если постановленія о преданіи суду, не обжалованныя въ срокъ, имѣютъ для ассизнаго суда законную силу, то это исключительно только въ томъ смыслѣ, что они ему предписываютъ юрисдикцію по этому дѣлу. Для ассизнаго суда не обязательны, въ силу этого предписанія, пункты обвиненія, указанные въ постановленіи, такъ какъ въ этомъ отношеніи онъ имѣеть свободу юрисдикціи (*arr. proc. gén. de Metz, 17 janvier 1828, — В. 12*). Онъ можетъ поставить всѣ вопросы объ увеличеніи или уменьшеніи вины, которые вытекаютъ изъ судебныхъ преній; онъ можетъ смягчить или измѣнить квалификацію фактовъ, которые, хотя бы и констатированные обвинительною камерою, не имѣютъ для него никакого значенія (См. *Faustin Hélie, t. VI, p. 600 и послѣд. t. VIII, p. 787; t. IX, p. 455*).

Если, съ одной стороны, ассизный судъ рѣшительно принужденъ, вслѣдствіе постановленія обвинительной камеры, къ принятію на разсмотрѣніе дѣла, то, съ другой стороны, обвинительная камера послѣ постановленія лишается всякой связи съ дѣломъ, до такой степени, что если бы она не опредѣлила точно предметовъ обвиненія, то она уже болѣе не можетъ исправить неправильности такого опредѣленія. Въ этомъ случаѣ предоставляется обвиняемому или обвинителю это обжаловать, а кассационному суду постановить о передачѣ этого дѣла другому однородному судебному мѣсту, чтобы возстановить обвиненіе въ тѣхъ выраженіяхъ, которые требуются закономъ (*arr. Louis 3 mars 1853, — В. 75*).

75. Въ дѣлахъ по проступкамъ прессы постановленія о преданіи суду полиціи исправительной подлежали обжалованію въ кассационномъ порядкѣ, наравнѣ съ тѣми, которыми обвиняемый предавался ассизному суду, при тѣхъ же самыхъ обстоятельствахъ, и не смотря на выраженія, на первый взглядъ ограничительныя

(restrictifs) ст. 299 C. d'inst. crim., и, въ особенности, если къ этому присоединялся вопросъ о подсудности. См. ст. 416 C. d'inst. crim.; arrêt Fraboulet, 17 août 1839, — В. 267). Послѣ органическаго декрета отъ 17 февраля 1852, обвинительная камера болѣе не занимается дѣлами этого рода, которыя признаны подвѣдомственными не ассизнымъ судамъ, а исправительнымъ трибуналамъ, и подчинены формальностямъ и срокамъ, предписываемымъ уставомъ уголовного судопроизводства (См. ст. 25, 26 и 27 декрета). Законоположеніе 17 февраля 1852 г. примѣняется не только къ проступкамъ, совершеннымъ путемъ прессы, но оно регулируетъ и всѣ тѣ, которые совершены другими видами печати, указанными въ ст. 1 зак. 17 мая 1809. (Arr. Guillôt et Guillecouvette, des 21 mai 1853 et 23 février 1854, S. 54, 1, 344).

76. Относительно преданія алжирскимъ ассизнымъ судамъ, которые принимаютъ къ разсмотрѣнію дѣла не какъ французскіе, по постановленію обвинительной камеры, а по указу предсѣдателя, который, въ виду обвинительнаго акта, назначаетъ день слушанія дѣла, и никакая кассационная жалоба не можетъ имѣть мѣста, ни на обвинительный актъ, ни на указъ предсѣдателя. Кассационная жалоба, въ подобномъ случаѣ, не допускается ни королевскимъ указомъ отъ 26 сентября 1842, ни декретомъ отъ 19 августа 1854, который примѣняетъ къ Алжиру извѣстные отдѣлы C. d'inst. crim. (arr. Forget, 22 juin 1855, — В. 223), во пятидневный срокъ предъ слушаніемъ дѣла долженъ быть все-таки же предоставленъ подсудимому для приготовленія защиты, подъ угрозю недействительности рѣшенія. (См. гл. X о срокахъ).

77. Постановленія о преданіи суду могутъ быть, какъ мы это видѣли, обжалованы обвиняемымъ и обвинителемъ; но постановленія объ отсутствіи доводовъ къ обвиненію, обжаловывать которыя не въ интересахъ подсудимаго, такъ какъ они его освобождаютъ отъ обвиненія и предписываютъ его освобожденіе отъ ареста, въ случаяхъ указанныхъ ст. 220 Code d'inst. crim., могутъ ли они быть представлены на разсмотрѣніе кассационнаго суда обвинителемъ? Нѣтъ сомнѣнія, что тѣ, въ которыхъ является нарушеніе, закона могутъ быть обжалованы, и они признаются недействительными съ назначеніемъ новаго слѣдствія надъ обвиняемымъ. Эти постановленія не могутъ быть сравниваемыми съ указами объ освобожденіи, изложенными въ ст. 358 и 409 Code d'inst. crim., которые могутъ быть признаны недействительными лишь въ интересахъ закона. Тѣмъ болѣе не слѣдуетъ ихъ смѣшивать въ отношеніи порядка обжалованія съ постановленіями о преданіи суду, относительно которыхъ предписаны особыя правила въ ст. 296 и послѣд. того же устава.

Рѣшеніе отъ 7 іюня 1822 (proc. gén. de Colmar, ненапеч.) гласитъ: «Принимая во вниманіе, что постановленія обвинительныхъ

камеръ, которыми онъ признають невозможнымъ слѣдствіе надъ обвиняемымъ, постановляются письменно въ отсутствіи обвиняемаго; что такія рѣшенія не могутъ приравниваться къ оправдательнымъ приговорамъ, для которыхъ необходимымъ основаніемъ служить вердиктъ присяжныхъ засѣдателей, какъ результатъ словеснаго состязанія сторонъ, и недѣйствительность котораго можетъ быть обжалована обвинителемъ лишь въ интересахъ закона; что эти постановления, къ которымъ не примѣняются распоряженія ст. 296 и послѣд. C. d'inst. crim., остаются въ предѣлахъ общаго права, и что, подчиненныя общимъ правиламъ, они могутъ быть обжалованы обвинителемъ, если нарушаютъ законъ».

Но постановленіе объ отсутствіи доказательствъ виновности бываетъ мотивировано чаще всего лишь только относительно факта; оно не можетъ быть обжаловано съ успѣхомъ, если оно невѣрно понимаетъ отношеніе факта къ уголовному закону, или если оно ограничивается лишь оцѣнкою доказательствъ виновности, такъ какъ въ этомъ случаѣ эта оцѣнка ускользаетъ отъ проверки кассационнаго суда (arr. proc. gén. de Poitiers, 23 novembre 1837, В. 408). Другое дѣло если бы въ постановленіи неясно или не полно было объяснено о существованіи или несуществованіи фактовъ, или о ихъ квалификаціи, такъ какъ судъ не можетъ, не нарушая закона, лишить кассационный судъ способовъ проверки, которые онъ долженъ найти въ текстѣ рѣшеній, чтобы удостовѣриться какъ въ правильности, такъ и законности постановленныхъ опредѣленій. (См. стр. 34).

Также рѣшеніе отъ 27 іюня 1828, постановленное по рапорту ген. прок. въ Гренобль (В. 187), постановляетъ въ принципѣ, что хотя обвинительныя камеры и облечены правомъ безконтрольнаго рѣшенія относительно дѣйствительнаго существованія дѣяній и ихъ нравственной оцѣнки, но онѣ не пользуются этимъ же правомъ относительно оцѣнки законной стороны этихъ фактовъ; что въ этомъ отношеніи онѣ дѣйствительно разрѣшаютъ вопросы права, и такъ какъ ихъ постановленія подлежатъ обжалованію, то кассационный судъ долженъ найти въ таковыхъ постановленіяхъ мотивы, по которымъ онѣ признали или отказали въ признаніи извѣстныхъ фактовъ, составляющихъ преступленія или проступки. (См. нум. 72 этой главы).

Гражданскій истецъ, который считаетъ свои права нарушенными постановленіемъ о прекращеніи слѣдствія, можетъ ли обжаловать это постановленіе, какъ обвинитель?

Постановленіе отъ 30 сентября 1841 (aff. Bidel) развиваетъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ тѣ принципы, которыми слѣдуетъ руководствоваться въ такихъ случаяхъ:

«Принимая во вниманіе, говорить это постановленіе, что ходатайство о примѣненіи наказанія, т. е. публичное обвиненіе, при-

надлежитъ лишь должностнымъ лицамъ, которымъ оно ввѣрено закономъ; что таковое не принадлежитъ жалующемуся гражданскому истцу (ст. 1 и 3 C. d'inst. crim.).

«Принимая во вниманіе, что если, согласно ст. 3. C. d'inst. crim., гражданскій искъ можетъ производиться, или одновременно, или же предъ тѣми же судьями, какъ и публичное обвиненіе, или же наконецъ отдѣльно, во всякомъ случаѣ рѣшеніе гражданскаго иска, въ этомъ послѣднемъ случаѣ и по выраженію той же статьи, остается въ зависимости до тѣхъ поръ, пока послѣдуетъ окончательное постановленіе по обвиненію; что изъ этого слѣдуетъ, что первый находится въ зависимости отъ послѣдняго; что онъ можетъ быть присоединенъ къ обвиненію и сдѣлаться его принадлежностью; но что какъ искъ, такъ и обвиненіе, изъ которыхъ послѣднее имѣетъ исключительную цѣль публичный интересъ и наказаніе проступка, а первый—исключительно интересы жалующагося и возстановленіе понесеннаго ущерба, существенно отличаются и разнятся одинъ отъ другаго.

«Принимая во вниманіе, что ст. 135 C. d'inst. crim. даетъ гражданскому истцу право представлять возраженіе на постановленіе совѣта объ освобожденіи; это исключеніе изъ общихъ правилъ уголовного судопроизводства должно быть примѣняемо исключительно въ этомъ случаѣ и не должно быть распространяемо на постановленія, которыми обвинительныя камеры признаютъ необходимымъ прекратить слѣдствіе надъ обвиняемыми, которые имъ преданы.

«Принимая во вниманіе, что въ случаѣ, если бы самъ обвинитель потребовалъ признанія недѣйствительными этихъ постановленій, то гражданскій истецъ могъ бы, какъ сторона присоединенная къ обвиненію, согласно 3 ст. C. d'inst. crim., въ свою очередь жаловаться принадлежно (accessoirement) на это постановленіе, но что если, напротивъ того, публичный обвинитель сохраняетъ молчаніе, если онъ отказывается отъ обвиненія, которое онъ одинъ имѣетъ право начать и поддерживать, въ такомъ случаѣ обвиненіе прекращается и не можетъ быть возбуждено вновь лишь однимъ гражданскимъ истцемъ, который, по словамъ ст. 408 и 412 того же устава, можетъ жаловаться на постановленіе лишь гражданскаго взысканія.

«Приходя къ убѣжденію, что гражданскій искъ объ убыткахъ не можетъ болѣе производиться путемъ уголовного преслѣдованія, который ему запрещенъ; что гражданская сторона не имѣетъ права приносить кассационную жалобу, результатомъ которой можетъ быть лишь передача дѣла на разсмотрѣніе другаго ассизнаго суда и т. д. и т. д. (Arrêts Jonner et Bruinau, 14 juillet et 8 septembre 1859, B. 178 и 223).

Тотъ же принципъ былъ примѣненъ и къ случаю преслѣдова-

нія мужемъ жены за прелюбодѣяніе. Рѣшеніе отъ 26 іюля 1828 (aff. P. c. P., В. 222) опредѣляетъ, что ст. 413 С. d'inst. crim., согласно которой:

«Въ дѣлахъ исправительныхъ и полицейскихъ путь къ признанію случаевъ недѣйствительности, выраженныхъ въ ст. 408, равнымъ образомъ открытъ для преслѣдуемаго за проступокъ, для обвинителя и для гражданскаго истца, если таковой имѣется, относительно постановлений и рѣшеній послѣдней инстанціи, освобождающихъ или осуждающихъ—безразлично»,—эта статья примѣняется лишь къ опредѣленіямъ и рѣшеніямъ, которыя постановляются послѣ того, какъ дѣло перешло въ судъ полиціи исправительной, а не къ постановленіямъ обвинительной камеры, опредѣляющей о недостаточности доказательствъ виновности (arrêt Caussade, 17 août 1849, В. 208).

Гражданская сторона, даже и въ томъ случаѣ, если она воспользовалась правомъ возраженія, предоставленнымъ ст. 135 С. d'inst. crim., можетъ обжаловать постановленіе объ отсутствіи доказательствъ виновности лишь въ томъ случаѣ, когда на это жалуется обвинитель (arrêt Bienvenu, 7 mars 1844, В. 88); эта ст. 135 есть исключеніе изъ общаго права и потому должна примѣняться лишь къ тому случаю, для котораго она установлена (Arrêts Mazarin, 11 mars 1843, В. 55; Budel 30 septembre 1851, В. 294; Labory, 17 août 1849, В. 208. J. P. 51. 1262). Въ этомъ случаѣ, неудовлетворенная сторона, должна обратиться съ искомъ въ гражданскій судъ (См. arrêt Arlincourt 4 mai. 1851, В. 102).

Но хотя въ принципѣ гражданскій истецъ имѣетъ право жаловаться на постановленіе о недостаточности доказательствъ виновности лишь принадлежно, когда обвинитель протестуетъ, тѣмъ не менѣе изъ этого правила есть исключеніе, согласно ст. 373, 299, 408 и 416 С. d'inst. crim. въ тѣхъ случаяхъ, если эти рѣшенія заключаютъ въ себѣ постановленіе о подсудности (Arrêt Vaugeron 29 septembre 1843, В. 234; Hubert, 22 juillet 1859, В. 186; ст. 529, 531, 533, 539 С. d'inst. crim.; Faustin Hélie, t. VI. p. 544 и посл.).

Во всякомъ случаѣ, гражданскій истецъ, даже и въ томъ случаѣ, если онъ жалуется вмѣстѣ съ обвинителемъ, можетъ приносить жалобу лишь на то постановленіе, въ которомъ онъ участвуетъ. Онъ участвуетъ въ таковомъ, не только въ томъ случаѣ, когда онъ предъявилъ возраженіе на постановленіе слѣдственнаго судьи, но и тогда, когда, не дѣлая возраженія на это постановленіе, принималъ участіе въ производствѣ дѣла въ этой инстанціи, такъ напримѣръ, если онъ былъ гражданскимъ истцемъ въ теченіи судебныхъ преній, и даже послѣ оправдательнаго приговора, если онъ заявлялъ объ опредѣленіи убытковъ (Arrêt Parot, 27 novembre 1857, В. 381; ст. 63 и 66 С. d'inst. crim.).

Гражданская сторона, которая не предъявляла возраженія на постановленіе о недостаточности доказательствъ виновности или не присоединилась къ протесту публичнаго обвинителя, можетъ, какъ это было сказано выше, обратиться съ искомъ въ гражданскій судъ по поводу дѣянія, которое причинило ей убытокъ (arr. Marcelle, 3 déc. 1825, ненапеч. См. ном. 53).

78. Подсудимый о которомъ за неявку было постановлено заочное рѣшеніе о преданіи его ассизному суду, можетъ не иначе обжаловать таковое, какъ предварительно подвергнувшійся аресту. (Arrêts Terwagne, 23 avril 1846, В. 100; Lahousse-Dellmotte, 23 mai 1846, В. 129; Venel, 28 juin 1856, В. 230.—См. ном. 85).

79. Все вышеуказанные способы находятся въ распоряженіи обвиняемаго, который пожелаетъ обжаловать постановленіе о преданіи суду, но онъ можетъ отказаться отъ своего права, съ непремѣннымъ однако же условіемъ, чтобы его отказъ былъ достоверно извѣстенъ и данъ при разборѣ дѣла. Такъ, если онъ будетъ представленъ въ ассизный судъ до истеченія срока, который ему предоставленъ на обжалованіе, то такое обстоятельство, что онъ ссылаясь на свидѣтелей, могущихъ дать показаніе въ его пользу и другія аналогичныя съ этимъ обстоятельства не могутъ быть разсматриваемы, какъ отказъ съ его стороны отъ права обжалованія. (Arr Pradel, 26 décembre 1850, ненапеч.; Recoussier, 24 décembre 1857, В. 410; Syboulet, 23 septembre 1858, В. 25.)

Онъ разсматривается какъ отказавшійся отъ права на срокъ, если до истеченія таковаго согласился на открытіе судебныхъ преній (Arr. Lelius Cassamata, 6 juin 1867), или если онъ далъ на это согласіе при допросѣ; въ этомъ случаѣ онъ не имѣетъ права ни обратно взять своего согласія, ни жаловаться на то, что ему не былъ предоставленъ надлежащій срокъ для защиты (arr. Marty et Guerinot, 7 et 13 décembre 1855, В. 318, 319; 1 juillet 1858, В. 187). Слѣдуетъ, во всякомъ случаѣ, когда онъ отказывается такимъ образомъ, чтобы постановленіе и обвинительный актъ были ему объявлены, затѣмъ была дана ему возможность дѣйствовать при производствѣ дѣла (arr. Sauchon, 14 mars 1846, В. 73).

80. Недѣйствительность слѣдствія можетъ сохранить за нимъ право обжаловать постановленіе о преданіи суду даже и послѣ срока. Такъ ст. 297 С. d'inst. crim. даетъ ему право обжаловать, до окончательнаго приговора, если онъ не былъ предупрежденъ председателемъ о срокѣ, въ который онъ можетъ подать жалобу, даже и въ томъ случаѣ, если онъ молчалъ въ продолженіи всего производства, такъ это разрѣшаетъ постановленіе по дѣлу Дюкло отъ 29 марта 1860 (В. 87), которымъ отмѣняется постановленіе ассизнаго суда за то, что на допросномъ протоколѣ не было подписи секретаря. (См. ном. 93).

Необъявление подсудимому постановления о предании суду и обвинительного акта передъ допросомъ, не даютъ ему права просить о признаніи недействительными судебныхъ преній, если таковыя были открыты не ранѣе пяти дней послѣ объявленія. (Arr. Constant, 13 octobre 1843, В. 265).

Рѣшеніе по дѣлу Марсель отъ 24 іюля 1859 (В. 184) отъ этого отличается. Согласно этому рѣшенію, истечение пятидневнаго со времени допроса срока, повлекло бы за собою потерю права обжалованія, если постановление о предании суду было бы объявлено прежде и отдѣльно отъ обвинительнаго акта, который былъ объявленъ позже, но въ этомъ случаѣ, обвиняемый имѣлъ бы еще, для приготовления къ защитѣ новый срокъ въ пять дней со времени объявленія обвинительнаго акта, что подало бы поводъ сдѣлать предположеніе, что обвиняемый отказываясь отъ срока на обжалованіе, не лишаетъ себя пятидневнаго срока, на который онъ имѣетъ право для приготовления къ защитѣ, до открытія судебныхъ преній.

81. Объявление постановления и обвинительнаго акта можетъ заключать въ себѣ неправильность. Въ этомъ случаѣ, срокъ на обжалованіе для подсудимаго не истекаетъ.

Рѣшеніемъ по дѣлу Кретьенъ отъ 14 сентября 1855 (В. 326), постановлено, что если мѣстожителство подсудимаго во Франціи неизвѣстно, то объявление постановления и обвинительнаго акта недействительно и влечетъ за собою недействительность всего послѣдующаго, если оно сдѣлано лишь генеральному прокурору, и не было выставлено у дверей залы засѣданія ассизнаго суда, въ исполненіе ст. 241, 242, 408 C. d'inst. crim. и 69 и 70 C. de proc. civ. Тѣмъ же рѣшеніемъ постановлено, между прочимъ, что если два дѣла, касающіяся двухъ лицъ, были соединены и рѣшены въ одно время, эта недействительность распространяется даже и на то дѣло, по которому объявление было правильно, если не дѣлимость судебныхъ преній не допускаетъ отдѣльной частной кассации.

Постановленіе по дѣлу Мартъ отъ 28 декабря 1854 (В. 356) опредѣляетъ, что когда подсудимый не явился въ судъ и постановление о предании его было объявлено только генеральному прокурору, не будучи выставлено у дверей ассизнаго суда, согласно ст. 69 § 8 и 70 C. de proc. civ. производство недействительно, если предсѣдатель не предупредилъ обвиняемаго, во время его допроса, что ему слѣдуетъ получить копію, на столько существенно для права защиты, чтобы обвиняемому была доставлена возможность провѣрить, правильно ли все произведенное надъ нимъ слѣдствіе.

Объявление постановления о предании суду недействительно также, если оно, вмѣсто того, чтобы быть переданнымъ обвиняемому лично, какъ это предписываетъ ст. 242 C. d'inst. crim. было

вручено привратнику того дома, гдѣ находится подсудимый (arr. Alix, 7 juin 1855, В. 199). Тоже самое нужно сказать и объ объявленіи, которое не содержитъ обращенія къ лицу обвиняемаго, хотя бы и было доказано, что оно было ему сообщено. (Arrêt Bebars, 7 février 1867).

Наконецъ, объявленіе не дѣйствительно и въ томъ случаѣ, если оно содержитъ лишь вступленіе и заключеніе обвинительнаго акта, а относительно изложенія фактовъ отсылаетъ къ постановленію о преданіи суду. (Arr Poirier, 17 décembre 1858, В. 309).

82. Объявленіе постановленія и обвинительнаго акта, совершенное такимъ образомъ, что нельзя провѣрить его содержанія, не можетъ быть дополнено указаніемъ, на таковое въ описи документовъ, составленной и завѣренной секретаремъ, оно все таки же разсматривается, какъ не существующее. Равнымъ образомъ нельзя замѣнить подлиннаго утраченнаго объявленія, извлеченіемъ изъ списка судебного пристава, удостовереннымъ регистратурою. (Arrets Jaaubert, 14 septembre 1850, В. 378; Perrot, 10 décembre 1857, В. 392. См. нум. 58).

По отношенію къ обвиняемому, копія съ объявленія замѣняетъ подлинное на столько, что если эта копія окажется неправильною, то эти неправильности не могутъ быть исправлены написаніемъ новаго согласнаго съ копіею оригинала.

83. Признаніе недѣйствительнымъ перваго постановленія о преданіи суду вызываетъ собою необходимость объявленія втораго состоявшагося постановленія. Но отмѣна рѣшенія ассизнаго суда и признаніе недѣйствительными судебныхъ преній не дѣлаютъ необходимымъ ни вторичнаго объявленія постановленія о преданіи суду и обвинительнаго акта (arr. Perin, 9 juin 1831, ненапеч.), ни новаго прочтенія этихъ актовъ предъ судебными преніями въ ассизномъ судѣ (arr. Tourette, 10 novembre 1849, В. 298).

84. Постановленіе, которымъ оставляется безъ послѣдствія кассационная жалоба обвиняемаго на постановленіе о преданіи его ассизному суду, не должно быть сообщено обвиняемому, или по крайней мѣрѣ отсутствіе такого объявленія не влечетъ за собою отмѣны. (Arr. Favelas, 27 août 1847, В. 200); достаточно, чтобы рѣшеніе, отосланное въ канцелярію суда было приобщено къ производству и объ этомъ было дано знать обвиняемому.

## ГЛАВА VI.

О КАССАЦИОННЫХЪ ЖАЛОБАХЪ НА ПОСТАНОВЛЕНІЯ АССИЗНЫХЪ СУДОВЪ И ОПРАВДАТЕЛЬНЫЕ И ОСВОБОЖДАЮЩІЕ ОТЪ НАКАЗАНІЯ ПРИГОВОРЫ.

### § 1. Обжалованіе постановленій ассизныхъ судовъ.

85. Ст. 262 С. d'inst. crim. гласитъ: «Постановленія ассизныхъ судовъ могутъ быть обжалованы лишь путемъ кассации и



въ законѣмъ указанныхъ формахъ». Осужденный, обвинитель и гражданская сторона обжаловываютъ рѣшеніе заявленіемъ въ канцелярію ассизнаго суда, въ трехдневный срокъ, указанный ст. 373 С. d'inst. crim. Они могутъ также жаловаться и въ случаяхъ, указанныхъ ст. 408 и послѣд. того же устава.

«Заочные приговоры могутъ быть обжалованы въ кассационномъ порядкѣ, согласно ст. 473 С. d'inst. crim. лишь генеральнымъ прокуроромъ и гражданской стороною въ тѣхъ частяхъ, которыя до нея касаются.»

Подсудимый, не явившійся въ судъ, не можетъ подавать кассационную жалобу, прежде нежели онъ докажетъ законную причину своей неявки, и это даже въ томъ случаѣ, если бы онъ ссылался, какъ это было постановлено рѣшеніемъ по дѣлу Рошъ Жакелинъ отъ 28 декабря 1833 (Bull. 522), на неподсудность своего дѣла тому судебному мѣсту, которое постановило рѣшеніе. Мы видѣли, что то же правило примѣняется и въ случаяхъ обжалованія постановленія о преданіи суду, состоявшихся объ отсутствующемъ подсудимомъ, или о такомъ который скрылся изъ подъ ареста. Его жалоба подлежитъ разсмотрѣнію лишь въ томъ случаѣ, когда онъ сядетъ подъ арестъ. (Arrêt Venel, 28 juin 1856, В. 230 и друг. См. гл. V, нум. 78).

86. Кассационная жалоба на постановленіе ассизнаго суда, въ интересахъ преслѣдованія преступленія, можетъ быть подана лишь генеральнымъ прокуроромъ императорскаго суда мѣстнаго округа. Постановленіемъ по дѣлу Пьеръ Коласъ отъ 25 мая 1832 (Bull. 189), оставлена безъ разсмотрѣнія жалоба, поданная императорскимъ прокуроромъ, произносившимъ обвиненіе въ ассизномъ судѣ, на основаніи котораго и было постановлено обжалуемое рѣшеніе.

87. Мы укажемъ тѣ изъ случаевъ обжалованія постановленій ассизныхъ судовъ, которые чаще всего встрѣчаются.

Поводы къ обжалованію постановленій ассизныхъ судовъ, первыхъ суть тѣ, которые предусмотрѣны ст. 408 С. d'inst. crim. Можно указать главнѣйшимъ образомъ на неподсудность, превышеніе власти, нарушеніе и неправильное примѣненіе уголовного закона; нарушеніе или упущеніе закономъ предписанныхъ, подъ угрозою недѣйствительности, формальностей, а также и всѣхъ тѣхъ которыя влекутъ за собою существенную недѣйствительность, даже и въ томъ случаѣ, если на это нѣтъ формальнаго указанія закона (см. нум. 58), нарушенія формальностей, относящихся до права защиты, которыя предшествуютъ или слѣдуютъ за допросомъ обвиняемаго, а также касающихся до правильности протокола, которымъ назначается подсудимому защитникъ; правильнаго объявленія постановленія о преданіи суду и обвинительнаго акта; предупрежденія, которое должно быть сдѣлано подсудимому относительно срока, въ который онъ можетъ обжаловать это по-

становленіе; соблюденія этого срока для назначенія открытія судебных преній; составленія списка присяжных засѣдателей, ихъ выбора, правильнаго состава присяжныхъ, права отвода; предупрежденія, дѣлаемаго присяжнымъ, принятія ими присяги, присутствія обвиняемыхъ, ихъ защитниковъ и публичнаго обвинителя; правильнаго сообщенія списка свидѣтелей; принятія таковыми присяги; принятія присяги свѣдущими людьми, если таковыя имѣются; правильнаго состава суда; гласности засѣданія, а въ случаѣ засѣданія при закрытыхъ дверяхъ, гласности постановленийъ вводныхъ, приготовительныхъ и окончательныхъ; а что касается до неявившихся къ суду, — то относительно прочтенія показаній свидѣтелей, данныхъ на предварительномъ слѣдствіи, кромѣ того случая, если подсудимый ихъ не отвергаетъ (arr. Lacoste, 1 avril 1838, В. 113); гласности и правильности судебныхъ преній; компетентности суда, присяжныхъ и предсѣдателя; дискретіонной власти таковаго; постановки вопросовъ; предупрежденія дѣлаемаго присяжнымъ, ихъ вердикта, который долженъ давать отвѣтъ по каждому главному дѣянію и по каждому изъ увеличивающихъ вину обстоятельствъ; утвержденія этого вердикта, согласно ст. 349 C. d'inst. crim.; связи между вопросами и отвѣтами; правильности протокола судебныхъ преній; сообщенія подсудимому о томъ, что ему предоставлено право обжалованія и въ какой срокъ; утвержденія въ постановленіи требованій обвинителя, соблюденія правилъ, относящихся къ защитѣ подсудимаго, именно тѣхъ, которыя предписываются ст. 327 и 363 C. d'inst. crim.; подписи предсѣдателя и секретаря подъ каждымъ протоколомъ судебныхъ преній, въ которомъ должно быть точно подтверждено выполненіе всѣхъ формальностей.

Таковы, главнымъ образомъ, формальности, несоблюденіе которыхъ чаще всего даетъ поводъ къ кассаци, и вопросъ о которыхъ какъ принадлежащихъ большею частію къ обряду судопроизводства можетъ быть въ этомъ случаѣ, возбужденъ по инициативѣ кассационнаго суда. (Arr. Tessié, 9 mars 1850, В. 84; см также объ этомъ Ф. Ели тл. IX, стр. 456 и слѣд.)

Есть и другіе случаи недѣйствительности, касающіеся до формальной и матеріальной сторонъ, которыя мы можемъ указать только примѣрами — на столько они сложны.

88. Ст. 252 и 253 C. d'inst. crim. ничего не говорятъ относительно недѣйствительности рѣшенія, въ случаѣ неправильнаго состава ассизнаго суда, тѣмъ не менѣе недѣйствительность по этому поводу возможна во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда въ составъ суда не вошли существенные его элементы, а именно: предсѣдатель, двое судей-засѣдателей, обвинитель и секретарь; просторъ, который представляютъ эти статьи къ признанію или не признанію недѣйствительности рѣшенія можетъ распространяться толь-

ко на такія второстепенныя формальности, какъ способъ избранія судебного персонала; такъ напримѣръ, если старшіе судьи были замѣщены младшими или запасными, существуетъ законное предположеніе (*presomption*) даже и въ томъ случаѣ, если на это нѣтъ никакого указанія въ протоколѣ, что замѣна произошла вследствие неявки замѣннаго (*arrêt Martel*, 1 octobre 1830, D. 13. 1. 9; *Charon*, 16 septembre 1847, D. 47. 4. 128).

Необходимо подлежить отмене такое постановленіе ассизнаго суда, въ которомъ принимало участіе, въ качествѣ засѣдателя, такое должностное лице, которое подавало голосъ въ пользу преданія суду (*arrêt Bailli*, 9 septembre 1858, B. 251; *Guichard*, 5 août 1858, 222), или которое, въ качествѣ публичнаго обвинителя, требовало преданія суду (*arrêt Marx Weill et Levy*, 29 avril 1864, B. 119; и J. P., 1864, p. 1107).

Достаточно, чтобы въ постановленіи были указаны имена засѣдавшихъ должностныхъ лицъ, даже и въ томъ случаѣ, если объ этомъ не упомянуто въ протоколѣ, чтобы законный составъ ассизнаго суда былъ доказанъ, и чтобы его постановленіе не подлежало отмене (*arrêts Violeau et Reynaud*, 26 janvier 1832, D. 33, 1, 57 и B. 27).

Если тѣ судьи, для замѣны которыхъ были приглашены запасные, продолжали засѣдать, то присутствіе запасныхъ засѣдателей не можетъ служить поводомъ къ признанію рѣшенія недѣйствительнымъ, такъ какъ существуетъ законное предположеніе, что хотя они и присутствовали при судебныхъ преніяхъ, но не принимали участія ни въ окончательномъ рѣшеніи, ни въ другихъ частныхъ опредѣленіяхъ, постановленныхъ во время судебныхъ преній (*arrêt Demiannay*, 3 décembre 1836, D. 37, 1, 473).

Рѣшеніемъ по дѣлу Рикю отъ 5 іюня 1856, постановлено, что председатель ассизнаго суда, въ главномъ городѣ того департамента, въ которомъ находится императорскій судъ, не можетъ собственною властью сдѣлать распоряженіе о замѣненіи неявившагося засѣдателя, но что онъ долженъ представить объ этомъ первому председателю или же пригласить совѣтника, самаго старшаго, по выраженію ст. 252 и 254 C. d'inst. crim.; законъ отъ 21 марта 1855, иначе разрѣшаетъ этотъ случай, но онъ примѣняется лишь къ ассизнымъ судамъ, находящимся въ главныхъ городахъ тѣхъ департаментовъ, въ которыхъ не находится императорскій судъ.

Постановленія ассизнаго суда не могутъ быть признаны не правильными, если председательствовалъ не назначенный совѣтникъ; а председатель палаты (*chambre*) или первый председатель; первому председателю предоставлено это право ст. 1 декрета 30 марта 1806, ст. 16 закона 20 апрѣля 1807 и ст. 39 декрета 16 іюля того же года, и для того, чтобы воспользоваться этимъ пра-

вомъ онъ не обязанъ давать знать указомъ о таковомъ своемъ рѣшеніи, въ особенности же если онъ принимаетъ предсѣдательство лишь по одному дѣлу (arrêt Verger, 29 janvier 1857, В. 37).

Когда рѣшеніе постановлено указаннымъ числомъ судей, существуетъ презумпція, если противное не будетъ доказано, что составъ судебного мѣста былъ правильный; такъ, если для пополненія судебного состава былъ приглашенъ адвокатъ, старшій по списку, безъ всякихъ доказательствъ, что онъ дѣйствительно принесъ присягу или отказался отъ принесенія таковой, и если не послѣдовало никакого протеста противъ состава судебного мѣста, предполагается, что все эти законныя формальности были выполнены (arrêt Charreaux, 5 novembre 1853, rej. n. i. См. стр. 32).

89. Отсутствие доказательствъ нахождения публичнаго обвинителя въ засѣданіи ассизнаго суда составляетъ самую существенную причину недѣйствительности постановленія (arrêt Lambert, 26 fevrier 1857, В. 79), и недостаточно ссылки на то, что эта формальность была выполнена, если постановленіемъ не доказывается, что публичный обвинитель представилъ объясненіе или же былъ въ этомъ приглашаемъ, то это упущеніе ведетъ за собою недѣйствительность рѣшенія (arrêt Brelet et Caillet, 22 janvier 1857, В. 31 и 32), и это даже и въ томъ случаѣ, если дѣло идетъ лишь объ интересахъ гражданскихъ сторонъ (arrêt Oudet, 7 octobre 1853, В. 499). Та же недѣйствительность простирается и на постановленіе, въ которомъ нѣтъ указанія на заключеніе публичнаго обвинителя (arrêt Dubourg, 22 janvier 1852, В. 27); но, какъ уже сказано выше, надо чтобы актъ, на который подается кассационная жалоба, имѣлъ характеръ рѣшенія (jugement) (см. нум. 42), такъ нельзя было бы обжаловать какого либо распоряженія суда относительно принятія мѣръ въ видахъ порядка и надзора, какъ напр., еслибы судъ воспретилъ сообщать, чтобы то ни было о какомъ либо дѣлѣ (arrêt Combe, 23 avril 1857, В. 163). Равнымъ образомъ, еслибы вопросъ касался какого либо дѣйствія, относящагося до избранія сессіи присяжныхъ (arrêt Legentil, 16 mars 1854, В. 73): невыслушаніе публичнаго обвинителя не можетъ быть въ этомъ случаѣ поводомъ къ кассации, такъ какъ въ этомъ случаѣ дѣло идетъ скорѣе о мѣрѣ административной, чѣмъ о судебномъ дѣйствіи.

90. Отсутствие доказательствъ гласности засѣданія, а также присутствія и дачи заключенія обвинителемъ составляютъ собою положительную причину недѣйствительности постановленія (arrêt Cornieux, 28 novembre 1856, В. 383).

Если судъ постановилъ слушать дѣло при закрытыхъ дверяхъ на какую часть преній должно распространяться это запрещеніе? Рѣшеніемъ по дѣлу Геренъ отъ 1 октября 1857 (В. 355) постановлено, что прочтеніе обвинительнаго акта составляетъ часть

судебныхъ преній и потому, если общественный порядокъ и нравственность требуютъ, чтобы этотъ актъ былъ прочтенъ не публично, то этотъ документъ можетъ быть прочтенъ при закрытыхъ дверяхъ. Кассационный судъ также постановилъ по дѣлу Жуавенъ отъ 25 августа 1853 (В. 426), когда ассизный судъ, допустивъ судебныя пренія и выслушавъ въ публичномъ засѣданіи свидѣтелей, допрошенныхъ относительно различныхъ пунктовъ обвиненія, постановилъ допросить относительно послѣдняго пункта, имѣвшаго предметомъ изнасилованіе, при закрытыхъ дверяхъ, что ассизный судъ, не подвергая своего рѣшенія отмѣнѣ, могъ выслушать все дѣло при закрытыхъ дверяхъ, не входя въ разсмотрѣніе, которые изъ пунктовъ обвиненія могутъ разбираться гласно и какіе нѣтъ.

Если по сущности дѣла постановлено слушать таковое при закрытыхъ дверяхъ, то все побочныя постановленія относительно формальностей, подсудности, а также по поводу возраженія относительно прочтенія нѣкоторыхъ документовъ, или же таковыя которыми опредѣляется, не смотря на отсутствіе свидѣтеля, начатіе судебныхъ преній и вообще все тѣ постановленія, которыми разрѣшается спорное обстоятельство, должны быть провозглашаемы публично (arrêt Lagardère, 31 juillet 1856, В. 269). Это не относится къ постановленіямъ, касающимся исключительно судебного слѣдствія или къ таковымъ, которыя ограничиваются разрѣшеніемъ третьему лицу вступить въ дѣло (arrêt Goby, 12 juin 1856, В. 210).

Если въ рѣшеніи или опредѣленіи не указано, что ему предшествовало совѣщаніе судей, то эта формальность предполагается выполненною (arrêt Gauché, 25 novembre 1837, В. 411).

Поводомъ къ кассациіи является также и тотъ случай, если вмѣсто судьи часть или все слѣдствіе производилъ публичный обвинитель, исключая преступленій съ поличнымъ, предусмотрѣнныхъ ст. 32 и 46 С. d'inst. crim., но судъ можетъ постановить, чтобы отмѣненное по такому обстоятельству производство оставалось приобщеннымъ къ дѣлу, въ качествѣ полезнаго свѣдѣнія для открытія истины, не нарушая этимъ закона (arrêt proc. gén. С. Cabrol, 29 avril 1855, В. 130).

91. Неправильное веденіе дѣла защитникомъ подсудимаго, назначеннымъ отъ суда, не можетъ служить поводомъ къ кассациіи (arrêt Guichard, 5 août 1858, В. 222).

92. Рѣшеніемъ по дѣлу Грелле отъ 22 января 1857 (В. 31), постановлено, что отсутствіе подписи на одномъ изъ протоколовъ судебныхъ преній, если ихъ было постановлено нѣсколько по одному и тому же дѣлу, не можетъ быть замѣнено подписями председателя и секретаря, совершенными правильно на протоколъ послѣдняго засѣданія ассизнаго суда.

Если протоколъ судебныхъ преній подтверждаетъ, что председатель прочиталъ присяжнымъ вопросы, вытекающіе изъ обвинительнаго акта, безъ указанія, что та же формальность была выполнена и относительно вопросовъ, вытекающихъ изъ судебныхъ преній, по которымъ послѣдовало осужденіе, эта послѣдняя часть можетъ быть обжалована (Arr. Rodumbrauer, 11 septembre 1856, В. 311).

93. Отсутствие секретаря или отсутствие подтвержденія въ протоколѣ о его присутствіи во время исполненія какой либо существенной формальности, какъ напр., предоставленія председателемъ послѣдняго слова подсудимому или его защитнику составляетъ также поводъ къ кассаци (arr. Fargues, 17 juillet 1856, В. 251).

94. Другія причины недействительности относятся до нарушенія правилъ о компетентности ассизнаго суда, председателя и присяжныхъ. Разрѣшенію ассизнаго суда подлежатъ всѣ спорные вопросы права и факта, все, что относится до его состава и состава присяжныхъ, постановленія о слушаніи дѣла при закрытыхъ дверяхъ, требованіе публичнаго обвинителя и подсудимаго, желающаго воспользоваться предоставленнымъ ему правомъ (см. объ этомъ Ф. Эли, т. VIII, р. 475). Компетентность председателя обнимаетъ собою все, что касается до направленія судебныхъ преній и наблюденія за порядкомъ засѣданія, мѣры, относящіяся до возстановленія порядка и должнаго уваженія къ суду, вмѣстѣ съ другими, которыя онъ признаетъ полезными для раскрытія истины, согласно ст. 266, 267, 268, 269 и 270 C. d'inst. crim. Председательствовать онъ можетъ или самъ, или же назначить за себя должностное лице и его право простирается до того, что онъ правомъ данной ему дискреціонной власти можетъ вызвать свидѣтелей во время закрытія дебатовъ и даже послѣ заключенія прокурора и рѣчи защитника (arr. Delavier, 1 février 1839, D. 39, J. 178). Въ постановленіи по дѣлу Реньо, отъ 23 апрѣля 1863 (В. 126) высказано, что дискреціонная власть председателя простирается на столько, что онъ можетъ измѣнить порядокъ судебныхъ преній, вслѣдъ указанный въ уставѣ уголовного производства (C. d'inst. crim.) и ствѣе того приступить къ допросу свидѣтеля даже ранѣе допроса подсудимаго. Въ другомъ постановленіи отъ 28 іюля 1864 (Reu, В. 200) сказано, что онъ можетъ послѣ того какъ опредѣлено слушать дѣло при закрытыхъ дверяхъ, сдѣлать засѣданіе публичнымъ по требованію обвинителя или подсудимаго, а третье постановленіе по дѣлу Гишаръ отъ 5 августа 1858 (В. 222) постановило даже, что председатель можетъ признать недействительными судебныя пренія, начиная отъ выбора присяжныхъ исключительно до допроса свидѣтелей включительно, еслибы онъ замѣтилъ, что одинъ изъ засѣдателей исполнялъ по этому дѣлу обязанности слѣдственнаго судьи.

Но компетентность председателя приостанавливается всякий разъ, какъ скоро судебное дѣйствіе возбуждаетъ споръ, какъ на-примѣръ, если подсудимый возражаетъ противъ допроса свидѣтеля (arg. Bonnet, 26 mai 1842, ненапеч.), противъ экспертизы или дознанія на мѣстѣ (arg. Dussault, 20 septembre 1845, D. 45, J, 407) и вообще, когда оспаривается направленіе дебатовъ въ тѣхъ пунктахъ, которые касаются интересовъ защиты, или другаго какого либо существеннаго акта. (Arg. Jeurent, 23 décembre 1858, В. 316). Такъ рѣшеніемъ по дѣлу Годей отъ 23 сентября 1858 (В. 256) постановлено, что если присяжнымъ было предложено возвратиться въ комнату для совѣщанія, чтобы дополнить свой вердиктъ, не судомъ, а только председателемъ, то это служитъ причиною недействительности рѣшенія. (См. Ф. Эли, t. VIII, p. 442 и послѣд.)

Компетентность суда присяжныхъ обнимаетъ собою признаніе факта, по преступности, признаніе обстоятельствъ увеличивающихъ, уменьшающихъ или вовсе уничтожающихъ вину подсудимаго. Рѣшеніемъ по дѣлу Рибероль отъ 3 сентября 1858 (В. 249) постановлено, что если присяжнымъ предложено возвратиться въ совѣщательную комнату для дополненія или исправленія рѣшенія, то они имѣютъ полное право измѣнить какъ по формѣ, такъ и по существу свое первоначальное постановленіе, спеціально въ томъ отношеніи, что могутъ уничтожить въ своемъ вердиктѣ признаніе смягчающихъ вину обстоятельствъ.

Неправильность въ составѣ присяжныхъ засѣдателей, нарушение формальностей при выборѣ такового, нарушение ими начертанныхъ закономъ обязанностей, пропускъ или противорѣчіе въ рѣшеніяхъ могутъ послужить поводомъ къ обжалованію; но рѣшеніе присяжныхъ недействительно, если оно разрѣшаетъ вопросъ о самоличности или несамоличности подсудимаго, такъ какъ этотъ вопросъ долженъ разрѣшить ассизный судъ, до разсмотрѣнія дѣла по существу (arg. Aubert, 29 juin 1854, В. 210). Точно также если присяжные, разрѣшивъ, согласно своей обязанности, вопросъ о томъ, что подсудимый приходится тестемъ, дядею или попечителемъ своей жертвы, пойдутъ далѣе и разрѣшатъ вопросъ о томъ, что онъ имѣлъ надъ нею власть, вердиктъ становится недействительнымъ, такъ какъ этотъ послѣдній вопросъ можетъ быть разрѣшенъ только ассизнымъ судомъ (arg. Leroi, 22 novembre 1866).

Вмѣшательство одной изъ трехъ вышеуказанныхъ властей въ предѣлы другой, при отправленіи ихъ различныхъ обязанностей, можетъ повлечь за собою недействительность и послужить основаніемъ къ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ.

## § 2. Обжалованіе оправдательныхъ приговоровъ и постановленій объ освобожденіи отъ суда.

95. Оправданіе, т. е. признаніе подсудимаго не виновнымъ въ томъ преступленіи въ которомъ его обвиняли, постановляется предсѣдателемъ ассизнаго суда, но освобожденіе всегда предполагаетъ совѣщаніе суда и можетъ быть постановлено только судомъ.

По дѣлу Генекъ, по которому предсѣдатель одинъ сдѣлалъ постановленіе объ оправданіи, вслѣдствіе вердикта присяжныхъ, который признавъ подсудимаго виновнымъ въ убійствѣ, прибавилъ « въ невольномъ », что образовало собою два противорѣчивыхъ рѣшенія, кассационный судъ, постановленіемъ отъ 2 іюля 1813 (В. 142), согласно ст. 360 C. d'inst. crim. разъяснилъ, что только въ томъ случаѣ, когда подсудимый объявленъ присяжными просто невиновнымъ, принадлежитъ предсѣдателю ассизнаго суда право одному постановлять объ оправданіи, и что недействительность этого постановленія можетъ быть признана лишь въ интересахъ закона, но что, если напротивъ того подсудимый признанъ виновнымъ, то постановленіе должно быть сдѣлано пѣлымъ судомъ, а не однимъ имъ. (Arr. Dupart, 2 juillet 1813, В. 143).

96. Въ случаѣ оправданія, говоритъ ст. 409 C. d'inst. crim. недействительность постановленія объ этомъ и того, что такому постановленію предшествовало, можетъ быть обжаловано публичнымъ обвинителемъ лишь въ интересахъ закона и безъ вреда для оправданной стороны. Такъ что эта статья примѣняется только въ томъ случаѣ, когда отвѣтъ присяжныхъ заключаетъ въ себѣ одно только оправданіе и если рѣшеніе не имѣетъ въ себѣ другихъ неправильностей, относящихся до неподсудности или превышенія власти. Если же имѣется неподсудность или вопросъ о превышеніи власти, то это дѣлается совершенно иначе, и мы приводили много тому примѣровъ въ главѣ IX, посвященной протестамъ обвинительной власти. Такъ въ дѣлѣ Штерна, рѣшенномъ 12 февраля 1812 (Sirey, 1813, I. 232), въ которомъ военный комендантъ велѣлъ силою привести изъ тюрьмы обвиняемаго, преданнаго обвинительною камерою спеціальному суду, и велѣлъ его судить военному совѣту, который его оправдалъ, кассационный судъ, отмѣнилъ оправдательный приговоръ по неподсудности и превышенію власти и передалъ дѣло спеціальному суду для новаго разсмотрѣнія.

97. Изъ сопоставленія ст. 409 и 413 C. d'inst. crim. оказывается, что первая изъ нихъ, предоставляющая обвинителю право обжалованія оправдательныхъ приговоровъ, лишь въ интересахъ закона, примѣняется лишь только къ таковымъ, которые постановлены предсѣдателемъ ассизнаго суда и не распространяются на постановленія судовъ исправительныхъ, ни равно на постановленія обвинительныхъ камеръ, которыя освобождаютъ



обвиняемаго отъ преслѣдованія. Въ этомъ случаѣ обвинитель можетъ жаловаться не только въ интересахъ закона, но и въ интересахъ преслѣдованія преступленія (Arr. proc. gén. de Lion, 22 mars 1862, В. 91.—См. нум. 56).

98. «Если недействительность постановленія, говоритъ ст. 10 С. d'inst. crim., происходитъ отъ того, что таковымъ назначено наказаніе иное нежели указано въ законѣ для этого рода преступленій, просьба объ отмѣнѣ таковаго постановленія можетъ быть подана какъ обвинителемъ, такъ и обвиненнымъ.

«То же право принадлежитъ обвинителю и относительно постановленій объ освобожденіи, указанныхъ ст. 364, если освобожденіе было произнесено, по несуществованію уголовного закона, который между тѣмъ существовалъ.

Подсудимый освобождается, какъ говоритъ ст. 364 С. d'inst. crim., если онъ признается виновнымъ въ такомъ дѣяніи, которое не запрещено никакимъ уголовнымъ закономъ. Если же этотъ законъ существуетъ и ассизный судъ по ошибкѣ его не примѣнилъ, то только одинъ обвинитель имѣетъ право обжаловать это постановленіе и не только въ интересахъ закона, но и преслѣдованія преступленія, такъ какъ въ этомъ случаѣ, если рѣшеніе отмѣняется, то дѣло передается на разсмотрѣніе другого ассизнаго суда (Arrét Pavie, 26 avril 1851, В. 158, и Дюбрель, 20 janvier 1853, В. 22.)

Неправильное цитированіе въ постановленіи уголовного закона, если окажется, что текстъ примѣняемаго для осужденія закона иной; эта неправильность не можетъ служить поводомъ къ отмѣнѣ рѣшенія (Ст. 411 С. d'inst. crim.—См. выше.)

99. Ст. 412 С. d'inst. crim. гласитъ: «Ни въ какомъ случаѣ гражданскій истецъ не можетъ ходатайствовать объ отмѣнѣ оправдательнаго или освобождающаго отъ суда приговора, но если рѣшеніе заключаетъ въ себѣ гражданскія постановленія противъ гражданскаго истца, превышающія требованія оправданной или освобожденной стороны, то эта часть рѣшенія можетъ быть отмѣнена по требованію гражданской стороны» (См. нум. 56 и 77).

Гражданскій истецъ имѣетъ право самостоятельнаго обжалованія лишь по поводу понесенныхъ убытковъ, или же онъ можетъ присоединиться къ обвинителю, если таковой со своей стороны приноситъ жалобу (Arr. Durand, 1 février 1834, J. P. того же числа; arr. Berthol, 8 mai 1841, В. 137.)

Кромѣ того, для того, чтобы имѣть право подать самостоятельную жалобу, гражданскій истецъ долженъ принимать участіе въ инстанціи, иначе онъ долженъ особо обратиться съ искомъ въ гражданскій судъ. Постановленіемъ по дѣлу Жалюзе отъ 6 октября 1853 (В. 494) опредѣлено, что если ассизный судъ, разсматривавшій дѣло, не сдѣлалъ постановленія относительно требованій

гражданскаго истца, а отложилъ таковое до другаго срока, то гражданскій истецъ можетъ обратиться въ другой ассизный судъ который, не смотря на то, что будетъ состоять изъ другихъ лицъ, имѣть право рассмотреть его требованія во время сессіи.

100. Если гражданскій истецъ заявилъ свои требованія ассизному суду послѣ заключенія обвинителя и даже послѣ оправдательнаго приговора, то судъ все-таки же можетъ рассмотреть его требованія, не нарушая этимъ закона и не давая повода къ кассации, хотя по общему правилу и въ кассационномъ судѣ сторона не можетъ заявлять новыхъ требованій, послѣ заключенія прокурора. (arg. Parot, 27 novembre 1857, В. 381.)

100. Хотя ассизный судъ и имѣть право входить, съ точки зрѣнія гражданскаго интереса, въ оцѣнку убытковъ, происшедшихъ отъ дѣянія подсудимаго, по которому онъ оправданъ или освобожденъ, тѣмъ не менѣе его постановленіе не можетъ противорѣчить приговору присяжныхъ, не подвергаясь отмѣнѣ (arg. Souesme, 24 juillet 1841, ненапеч. и Armand, 7 mai 1864, В. 124.)

101. Если кассационная жалоба обвинителя повлечетъ за собою отмену рѣшенія, и если новый судъ, признавъ существованіе закона, примѣнимаго къ преступному дѣянію, осудить освобожденнаго предъ тѣмъ подсудимаго, то этотъ послѣдній, хотя и не имѣлъ права обжаловать первое постановленіе, какъ не причинявшее ему никакого ущерба, имѣть положительное право обжаловать второе постановленіе, которое его присудило къ наказанію (Arg. Dubreuil, 20 janvier 1853, В. 22.—См. ном. 25.)

## ГЛАВА VII.

**О кассационныхъ жалобахъ на судебныя рѣшенія, постановленныя въ колоніяхъ.**

102. Кассационныя жалобы на рѣшенія, постановленныя въ колоніяхъ до обнародованія устава уголовнаго судопроизводства (С. d'inst. crim.), должны согласоваться съ формами, начертанными регламентомъ совѣта отъ 28 іюня 1738. (Arg. Rougon, 22 juillet 1825, S. 25, J, 389.—См. Тарбе, стр. 398 и послѣд.) Во всякомъ случаѣ, рѣшеніемъ по дѣлу Бизето отъ 30 сентября 1826. (В. 195) постановлено, что кассационный судъ не на столько замѣнилъ собою совѣтъ короля, чтобы ему принадлежало право ревидовать уголовныя дѣла, рѣшенныя въ колоніяхъ, гдѣ остается въ силѣ указъ 1670 г., который предоставляетъ государственному совѣту право ревизій, и что декретъ 17 августа 1792 былъ въ этомъ отношеніи исключеніемъ, вызваннымъ обстоятельствами и имѣющимъ временное значеніе.

Со времени эдикта 1664 г., утвержденного королевскими патентами, отъ 1679 и закономъ 24 апрѣля 1833, которые постано-

вили, что колоніи по прежнему будутъ управляться особыми законами; законы метрополи не были обязательны, кромѣ случаевъ спеціального обнародованія (arr. 11 décembre 1846, aff. Chalvin), но какъ скоро эта формальность выполнена, говорить рѣшеніе отъ 1 мая 1852 (дѣл. Фигаро, — В. 143), то нѣтъ необходимости, чтобы новый законъ кромѣ того еще былъ внесенъ въ бюдетень законовъ (Bulletin des lois).

Два другія рѣшенія по дѣламъ Кустора и Комъ отъ 21 и 27 сентября 1850 (В. 328 и 335) постановили, что послѣ хартіи 1830 и конституціи 4 ноября 1848, ст. 109, колоніи перестали быть управляемы указами, а подчинены особымъ законамъ и регламентамъ, изъ чего слѣдуетъ, что правительство не можетъ, своею властію, примѣнить къ нимъ законы, написанные для метрополи. Тѣмъ не менѣе, рѣшеніемъ по дѣлу Согадоръ отъ 3 іюня 1859 (S. 59, J. 717) постановлено, что административный декретъ можетъ объявить дѣйствующимъ въ колоніяхъ учрежденіе уголовныхъ судовъ, именно полѣваго суда, и что ст. 3 сенатусконсульта 3 мая 1854, которая гласитъ, что уголовное законодательство въ колоніяхъ можетъ быть измѣнено лишь только сенатусконсультомъ, имѣетъ въ виду лишь уголовныя постановленія,

103. Сенатусконсультъ 3 мая 1854 подтверждаетъ ст. 2 дѣйствующіе законы и указы, или декреты, имѣющіе силу закона, въ колоніяхъ: Мартиникъ, Гваделупъ и на островахъ Реюніонъ, спеціально, въ отношеніи: 1) гражданскихъ и уголовныхъ законовъ и 2) учрежденія судебныхъ установленій.

Ст. 3 прибавляетъ: «Законы, декреты и указы, имѣющіе силу закона, могутъ быть измѣнены только сенатусконсультами, именно въ томъ, что относится до 6) института присяжныхъ и 7) уголовного законодательства».

Ст. 6 говоритъ, что декреты императора, постановленные въ формѣ административныхъ регламентовъ, могутъ имѣть предметомъ 1) законы гражданскіе, исправительные и полицейскіе, кромѣ указанныхъ въ ст. 3 изъятій, и 2) учрежденіе судебныхъ установленій.

Ст. 9 и послѣдующія регулируютъ права тайныхъ совѣтовъ.

104. Ст. 18 гласитъ: «Колоніи, кромѣ Мартиники, Гваделупы и острововъ Реюніонъ, будутъ управляемы декретами императора до тѣхъ поръ, пока не будетъ постановлено о нихъ сенатусконсультомъ».

По словамъ ст. 19, «дѣйствующіе законы, указы, декреты и регламенты продолжаютъ сохранять въ этихъ колоніяхъ силу во всемъ, что не противно настоящему сенатусконсульту».

Эти законы преимущественно суть указы отъ 30 сентября и 19 декабря 1827, имѣющіе предметомъ судоустройство и судоправленіе на островахъ Реюніонъ, и указы отъ 24 сентября и

12 октября 1828, которые постановляют о томъ же для Мартиники и Гваделупы.

§ I. Кассационныя жалобы на опредѣленія и рѣшенія, постановленныя на островахъ Реюнионъ.

105. До изданія указа 30 сентября 1827, кассационныя жалобы на постановленія суда и трибуналовъ острова Реюнионъ были допущены лишь по гражданскимъ дѣламъ. Ст. 42 и 61 этого указа допускали подачу кассационныхъ жалобъ по дѣламъ уголовнымъ, исправительнымъ и полицейскимъ, только въ интересахъ закона и въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 441 и 442 С. d'inst. crim. (Arr. proc. gen. contre Fontaine, 31 août 1850, ненапеч.).

Статьею 440 и послѣдующими указа 19 декабря 1827 они точно опредѣлены. Ст. 440 гласитъ: «Кассационная жалоба въ интересахъ закона можетъ быть подана на всѣ рѣшенія и опредѣленія, постановленныя по дѣламъ уголовнымъ и исправительнымъ, по поводу нарушенія распоряженій ст. 4 указа 30 сентября 1827 объ учрежденіи судебныхъ установленій, во всемъ, что касается гласности и обязанности мотивировать рѣшенія и опредѣленія, а также относительно нарушенія или невѣрнаго примѣненія общихъ законовъ».

Эта статья присовокупляетъ: «Равнымъ образомъ можетъ быть принесена въ интересахъ закона кассационная жалоба, по поводу неисполненія формальностей, предписанныхъ ст. 154, 155, 163, 184 и 190 настоящаго устава»;

«Въ дѣлахъ уголовныхъ: по поводу нарушенія ст. 234 и 271 настоящаго устава о преданіи суду; ст. 255 и 257 о составѣ ассизныхъ судовъ; ст. 387, о предъявленіи обвиняемымъ списка засѣдателей; ст. 398 и 401 о правѣ отвода; ст. 294 объ избраніи защитника, а въ случаѣ неизбранія о назначеніи такового отъ суда; ст. 317 о присягѣ, требуемой отъ свидѣтелей; ст. 332 о назначеніи переводчика, и ст. 369 о включеніи въ рѣшеніе выраженій примѣняемаго закона».

Указъ 30 сентября 1827, говоритъ Тарбе (стр. 395), обнаруженный на о. Бурбонъ 17 іюня 1828, былъ списанъ для Гваделупы, Мартиники, Гвианы, Индіи и для острововъ С. Пьеръ и Микелонъ.

106. Декретъ 28 іюня 1862 (В. 1032, 10313) измѣнилъ отчасти это положеніе вещей. Онъ говоритъ: «Въ виду указовъ 30 сентября и 19 декабря 1827 и 12 октября 1828, опредѣляющихъ примѣненіе С. d'inst. crim. къ Антильскимъ островамъ, и въ виду ст. 16 сенатусконсульта 3 мая 1854 мы постановили и т. д.

«Ст. 1. Допускается обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ рѣшеній, постановленныхъ на о. Реюнионъ ассизными судами и императорскими по дѣламъ исправительнымъ; вслѣдствіе этого

признаются дѣйствующими въ этой колоніи ст. 216, 262, 298 — 301, 371, 373, 374, 417 — 431, 432. § 2 и 3, 433 — 439, 441 и 442 указа 12 октября 1828, вводящаго въ дѣйствие C. d'inst. crim. на Мартиникъ и Гваделупъ.

«Ст. 2. Если кассационный судъ отмѣнилъ рѣшеніе императорскаго суда по дѣлу исправительному, то онъ можетъ передать таковое тому же суду, но въ другомъ составѣ, или же другому суду.

«Ст. 3. Если же послѣ первой отмѣны второе постановленіе будетъ обжаловано по тѣмъ же основаніямъ, то слѣдуетъ поступать согласно закону 1 апрѣля 1837.

«Ст. 4. Считаются отмѣненными тѣ постановленія указовъ 30 сентября и 10 декабря 1827, которыя будутъ несогласны съ настоящимъ декретомъ».

Ст. 441 и 442 указа 19 декабря 1827 регулируютъ форму кассационныхъ жалобъ, приносимыхъ въ интересахъ закона, и тѣхъ, которыя приносятся по распоряженію министровъ юстиціи и морскаго.

## § II. Жалобы на опредѣленія, постановленныя на Мартиникъ и Гваделупъ и во французской Гвіанѣ.

107. Указъ 12 октября 1828 и другой 10 мая 1829 (ст. 399 и 400) опредѣляютъ въ однихъ выраженіяхъ для Мартиники, Гваделупы и Гвіаны случаи отмѣны рѣшенія въ порядкѣ апелляціонномъ и поводы къ кассациіи.

108. Относительно отмѣны въ порядкѣ кассационномъ указъ 12 октября 1828 опредѣляетъ:

Ст. 216. «Гражданскій истецъ, обвиняемый, обвинительная власть и лица, отвѣтственные въ гражданскомъ порядкѣ за проступокъ, могутъ обжаловать въ кассационномъ порядкѣ рѣшенія императорскаго суда въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 179». Изъ сопоставленія ст. 179 и 216 оказывается, что кассационная жалоба можетъ имѣть мѣсто въ случаяхъ, когда законъ назначаетъ наказаніе, максимумъ котораго превышаетъ пятнадцать дней ареста и штрафъ во 100 фр.

Такимъ образомъ, рѣшенія по дѣламъ исправительнымъ, какъ и рѣшенія ассизныхъ судовъ (Ordonne, 21 décembre 1828, ст. 60), могутъ быть обжалованы сторонами, прямо въ кассационномъ порядкѣ (arr. Douthé, 9 novembre 1865, ненапеч.).

109. Относительно постановленій о преданіи ассизному суду, ст. 48 указа 24 сентября 1828 опредѣляетъ, что таковыя могутъ быть обжалованы кассационному суду лишь въ интересахъ закона.

Ст. 298 указа 12 октября 1829 содержитъ то же постановленіе; она опредѣляетъ: «Генеральный прокуроръ обязанъ въ мѣсячный срокъ со времени допроса объявить, намѣренъ ли онъ обжаловать

рѣшеніе», и если онъ протестуетъ, то его протестъ можетъ быть лишь въ интересахъ закона. По словамъ рѣшенія отъ 13 іюля 1833 (proc. gén. de la Martinique, ненапеч.), право на подачу жалобы утрачивается, если таковая не была подана въ мѣсячный срокъ со времени допроса обвиняемаго, если таковой былъ преданъ ассизному суду, или же въ мѣсячный срокъ со времени рѣшенія, если обжалованію подлежатъ постановленія о недостаточности уликъ.

Согласно ст. 299 того же указа, въ заявленіи генеральнаго прокурора должно быть указано основаніе просьбы объ отмінѣ. Таковая просьба можетъ быть принесена на постановленіе о преданіи ассизному суду лишь въ трехъ слѣдующихъ случаяхъ: 1) если дѣяніе не разсматривается закономъ, какъ преступленіе, 2) если обвинитель не былъ выслушанъ и 3) если рѣшеніе не было постановлено законнымъ числомъ судей.

Не допускается кассационная жалоба по поводу неправильностей, предшествовавшихъ постановленію о преданіи суду (arr. Pain, 20 juillet 1843, ненапеч.). Стороны не могутъ обжаловать постановленія о преданіи суду; это право предоставлено лишь генеральному прокурору. (arr. Ferdinand, 18 juillet 1844, В. 268).

110. Тѣмъ не менѣе рѣшеніе по дѣлу Пенъ отъ 20 іюля 1843 опредѣляетъ, что нѣтъ никакого постановленія, которое бы запрещало осужденнымъ обжаловать, послѣ окончательнаго рѣшенія, постановленія о преданіи суду въ тѣхъ частяхъ, которыя клонились къ ихъ вреду; эти постановленія должны быть уподоблены постановленіямъ о подсудности, которыя могутъ быть обжалованы, согласно ст. 484 (чит. 424) Code colonial отъ 12 октября 1828, послѣ постановленія окончательнаго приговора (см. ном. 48).

111. Генеральные прокуроры этихъ колоній не могутъ, въ интересахъ закона, обжаловать рѣшеній ассизныхъ судовъ; это право предоставлено исключительно генеральному прокурору кассационнаго суда (arr. Louisy-Lefrère, 4 janvier 1839, — В. 2). Равнымъ образомъ и постановленія обвинительныхъ камеръ, если онѣ пропускаютъ предоставленный имъ мѣсячный срокъ. Въ такомъ случаѣ это право остается только за генеральнымъ прокуроромъ кассационнаго суда (ст. 298, вышеприведенная и arr. Moras, 24 avril 1829, В. 88.—См. ниже ном. 118).

112. Въ томъ же указѣ отъ 12 октября 1828 сказано, ст. 300: «Жалоба подается въ канцелярію, какъ скоро секретарь таковую приметъ, пересылка постановленія предоставляется генеральному прокурору, который передаетъ таковое губернатору, для доставленія нашему министру мореплаванія и колоній, который чрезъ посредство нашего министра юстиціи препровождаетъ таковую къ генеральному прокурору кассационнаго суда».

113. Ст. 301. «Не смотря на просьбу объ отмінѣ, производ-

ство продолжается и приступаютъ къ судебнымъ преніямъ и постановленію рѣшенія». (См. ниже ном. 116.)

### § III. Кассационныя жалобы на постановленія ассизныхъ судовъ.

114. Ст. 216 указа 12 октября 1828 допускаетъ обжалованіе рѣшеній ассизнаго суда лишь въ кассационномъ порядкѣ и съ соблюденіемъ закономъ предписанныхъ формальностей.

115. Ст. 371 того же указа опредѣляетъ относительно этихъ рѣшеній: «Предсѣдатель долженъ сообщить осужденному о предоставленномъ послѣднему правѣ обжаловать рѣшеніе въ кассационномъ порядкѣ и о срокѣ, въ который онъ можетъ воспользоваться этимъ правомъ».

Слѣдующая за тѣмъ ст. 372 говорить:

«Секретарь долженъ составить протоколъ засѣданія съ тѣмъ, чтобы констатировать исполненіе предписанныхъ формальностей».

116. Послѣдующая ст. 373 присовокупляетъ: «Осужденному предоставляется трехдневный срокъ для заявленія въ канцелярію о намѣреніи обжаловать рѣшеніе».

«Генеральный прокуроръ можетъ въ тотъ же срокъ заявить, что онъ требуетъ кассации рѣшенія».

«Гражданскому истцу предоставленъ тотъ же срокъ, но онъ можетъ обжаловать лишь тѣ постановленія, которыя касаются его гражданскихъ интересовъ».

«Въ продолженіе этихъ трехъ дней и если послѣдуетъ кассационная жалоба, то до полученія рѣшенія кассационнаго суда рѣшеніе ассизнаго суда не приводится въ исполненіе».

117. Ст. 374 предоставляетъ, въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 418 и 421 (оправданія или освобожденія), генеральному прокурору и гражданскому истцу лишь суточный срокъ на подачу кассационной жалобы.

По словамъ ст. 375, если не послѣдовало кассационной жалобы, рѣшеніе приводится въ исполненіе въ двадцать четыре часа, слѣдующіе за истеченіемъ указаннаго ст. 373 срока.

118. Если генеральный прокуроръ не воспользовался правомъ обжалованія въ срокъ, предоставленный ему указомъ, то рѣшеніе можетъ быть представлено на разсмотрѣніе кассационнаго суда только генеральнымъ прокуроромъ этого суда и притомъ въ интересахъ закона. (Arr. Moras et Gayol, 24 avril et 11 décembre 1829, V. 88 et 273.—См. выше ном. III.)

### § IV. Общіе случаи, въ которыхъ допускается обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ:

119. Указъ 12 октября 1828, относящійся до острововъ Мартиники и Гваделузы, и указъ 10 мая 1829, примѣняемый къ Гвіа-

нѣ, указываютъ поводы кассациі въ ст. 417 и послѣдующихъ, которыя приводятся ниже:

Ст. 417. «Если подсудимый будетъ осужденъ и если въ предварительномъ слѣдствіи или послѣдующемъ затѣмъ производствѣ въ ассизномъ судѣ или въ постановленіи обвиненія окажется нарушение и опущеніе, вопреки ст. 253 и 257 настоящаго устава о составѣ ассизнаго суда; ст. 335 относительно неспособности засѣдателей; ст. 385 о предъявленіи обвиняемымъ списка засѣдателей; ст. 390 и 393 о пользованіи правомъ отвода; ст. 294 о выборѣ защитника и, въ случаѣ неизбранія, о назначеніи такового отъ суда; ст. 387 о присягѣ, требуемой отъ свидѣтелей; ст. 332 о назначеніи и присягѣ переводчика; ст. 344 о необходимомъ большинствѣ для объявленія виновности, и ст. 369 о включеніи въ рѣшеніе выраженной примѣняемаго уголовного закона—такое нарушение или опущеніе предоставляетъ право осужденному или обвинителю ходатайствовать въ кассационномъ порядкѣ о признаніи недействительности постановленія объ осужденіи и всего того, что такому предшествовало, начиная съ самаго перваго акта. (См. о примѣненіи этой ст. 417 *arrêt* Рауга, 15 février 1867, относящееся до состава ассизнаго суда въ Гвіанѣ.)»

«Тѣ же послѣдствія являются и въ случаѣ неподсудности, нарушения или неправильнаго примѣненія уголовныхъ законовъ, или же нарушения распоряженія ст. 4 нашего указа отъ 24 сентября 1828 объ учрежденіи судебныхъ установленій, въ томъ, что касается до гласности и обязанности мотивировать рѣшенія». (См. указъ 21 декабря 1829, относящійся до Гвіаны.)»

Ст. 418. «Въ случаѣ оправданія подсудимаго, постановленіе о такомъ и все предшествовавшее производство можетъ быть обжаловано только обвинителемъ и лишь въ интересахъ закона, но безъ предварительныхъ мѣръ для оправданной стороны» \*).

Ст. 419. «Если поводомъ къ обжалованію послужитъ то обстоятельство, что въ приговорѣ назначено не то наказаніе, которое назначаетъ предусматривающій этотъ родъ преступленія законъ, то обжалованіе этого рѣшенія можетъ послѣдовать, какъ со стороны обвинителя, такъ равно и со стороны осужденнаго».

«То же самое право принадлежитъ обвинителю и относительно постановленій объ освобожденіи, указанныхъ въ ст. 364, если таковыя основываются на несуществованіи такого закона, который въ дѣйствительности существуетъ».

Ст. 420. «Если назначенное наказаніе будетъ то же, которое

\*) Эта ст. 418 не примѣняется къ дѣламъ исправительнымъ (*arr. P. G.*, 21 février 1852, ненапеч.).



опредѣляетъ примѣнимый къ преступленію законъ, никто не можетъ требовать кассациі рѣшенія подъ предлогомъ ошибки въ цитированіи текста закона».

Ст. 421. «Ни въ какомъ случаѣ гражданскій истецъ не можетъ требовать отмѣны оправдательнаго приговора или постановленія объ освобожденіи, но если рѣшеніе постановило противъ него гражданское взысканіе, большее, нежели требовала оправданная сторона или освобожденная, то эта часть рѣшенія можетъ быть отмѣнена по просьбѣ гражданского истца».

Ст. 422. «Кассационные пути, указанные въ ст. 417, въ дѣлахъ исправительныхъ открыты равнымъ образомъ какъ для стороны, обвиняемой въ проступкѣ, такъ равно для обвинителя и гражданского истца, если таковой имѣется, по отношенію ко всѣмъ рѣшеніямъ безъ различія, постановили ли таковыя объ оправданіи сторонъ или объ осужденіи».

«Тѣмъ не менѣе, если сторона будетъ оправдана, никто не можетъ обжаловать рѣшенія на основаніи нарушенія формальностей, установленныхъ въ пользу защиты».

«Правило, выраженное въ ст. 420, примѣняется и къ постановленіямъ по дѣламъ исправительнымъ».

Ст. 424. «Обжалованіе постановленій подготовительныхъ и свѣдственныхъ допускается лишь послѣ окончательнаго приговора; добровольное исполненіе такихъ подготовительныхъ постановленій ни въ какомъ случаѣ не можетъ служить причиною къ принятію жалобы».

«Это же правило примѣняется и къ тѣмъ постановленіямъ ассизнаго или императорскаго суда по дѣламъ исправительнымъ, которыя, разрѣшивъ вопросъ о подсудности, принимаютъ къ разсмотрѣнію дѣло».

Ст. 425. «Постановленія настоящаго устава относительно обжалованія въ кассационномъ порядкѣ рѣшеній ассизныхъ судовъ примѣнимы и къ обжалованію рѣшеній императорскихъ судовъ по дѣламъ исправительнымъ».

Ст. 426 и посл. резюмируютъ форму кассационныхъ жалобъ и представленіе документовъ, а ст. 525 и посл. относятся къ регламенту судей. (См. ниже ном. 128.)

120. Указы отъ 4 и 20 іюля и 21 декабря 1828 и отъ 10 мая 1829 примѣнили выше разобранныя постановленія, составляющія законы острововъ Бурбона, Мартиники и Гваделупы, къ Гвіанѣ во всемъ, что относится до жалобъ объ отмѣнѣ окончательныхъ приговоровъ полицейскаго суда, постановленій исправительныхъ, ассизныхъ судовъ и обвинительныхъ камеръ, а равно до формы и сроковъ на подачу жалобъ.

121. По словамъ указа отъ 30 сентября 1827, дѣйствующаго на островахъ Реюніонъ и въ другихъ колоніяхъ (ст. 132), поста-

новленія суда по дѣламъ дисциплинарнымъ не могутъ быть обжалованы въ кассационномъ порядкѣ. Право это, говоритъ Тарбе, принадлежитъ лишь генеральному прокурору при кассационномъ судѣ. (Arr. Moulin-Dufresne, 13 septembre 1832, В. 482.)

122. Постановление по дѣлу Маркъ отъ 25 апрѣля 1842 (ненапеч.) опредѣляетъ, что постановленія гвианскаго дисциплинарнаго совѣта милиціи приравнены ст. 55 указа 24 мая 1840 къ приговорамъ трибуналовъ простой полиціи и что на таковыя могутъ быть поданы просьбы объ отмѣнѣ, но не въ кассационный судѣ, а въ императорскій судъ колоніи.

## § V. Кассационныя жалобы на рѣшенія, постановленныя въ Сенегалѣ.

123. Указъ 24 мая 1837, дѣйствующій въ Сенегалѣ, гласитъ: Ст. 26: «Обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ допускается по дѣламъ гражданскимъ, коммерческимъ и таможеннымъ, а также по дѣламъ исправительнымъ — на постановленія апелляціоннаго суда».

Ст. 35. «Обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ рѣшеній ассизныхъ судовъ допускается согласно постановленіямъ С. d'inst. crim., измѣненнымъ для Сенегала. (См. указъ 14 февраля 1838.)

Указъ 14 февраля 1838, который вводитъ въ дѣйствіе уставъ угол. судопр. въ Сенегалѣ, предоставляетъ ст. 216 гражданскому истцу, императорскому прокурору и лицамъ граждански отвѣтственнымъ обжаловать въ кассационномъ порядкѣ всякое рѣшеніе по поводу проступка или преступленія.

124. Обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ по дѣламъ полицейскимъ является невозможнымъ за пропускомъ въ колоніальномъ уставѣ ст. 177 С. d'inst. crim. Право жаловаться императорскому суду на рѣшенія этого рода предоставляется ст. 414 только публичному обвинителю въ интересахъ закона.

125. Ст. 408 и 413 сказаннаго указа опредѣляютъ случаи обжалованія по дѣламъ уголовнымъ и исправительнымъ. Редакція ихъ, равно какъ и послѣдующихъ статей, мало разнится отъ устава метрополіи въ распоряженіяхъ, относящихся до права обжалованія, формы кассационныхъ жалобъ, представленія документовъ и рѣшенія.

126. По словамъ ст. 373 этого указа осужденному предоставляется трехдневный срокъ на подачу кассационной жалобы, какъ по дѣламъ уголовнымъ, такъ равно и исправительнымъ. (Arr. St.-Just, 29 août 1865, ненапеч.)

127. Публичный обвинитель, даже и въ интересахъ закона, не можетъ обжаловать опредѣленія обвинительныхъ камеръ, поста-

новленныхъ въ Сенегаль. (Arr. Lisboa, 26 février 1847, S. 47. J. 240.)

Право обжалованія въ интересахъ закона оставлено лишь за министромъ и генеральнымъ прокуроромъ при кассационномъ судѣ. 128. Ст. 29 указа 27 марта 1844 гласить: «Въ случаѣ отмѣны постановленія сенегальскаго ассизнаго суда, кассационный судъ можетъ передать дѣло или тому же суду въ другомъ составѣ, или же, если обстоятельства того требуютъ, ассизному суду другой колоніи, или же ассизному суду метрополіи.

По словамъ ст. 415 указа 14 февраля 1838, кассационный судъ можетъ возложить на слѣдственнаго судью издержки отмѣненнаго слѣдствія, если упущеніе было важно.

То же самое постановленіе существуетъ и въ указахъ 12 октября 1828 и 10 мая 1829, относящихся къ Гваделупъ, Мартиникъ и Гвіанъ (ст. 423).

## § VI. Обжалованіе рѣшеній, постановленныхъ въ Пондишери.

129. Согласно ст. 72 указа 7 февраля 1812, содержащей въ себѣ устройство судейскаго сословія и администрацію французскихъ судебныхъ установленій въ Индіи, обжалованіе рѣшеній судовъ послѣдней инстанціи и приговоровъ, постановленныхъ въ Пондишери и въ Индіи, допускается лишь въ дѣлахъ гражданскихъ.

«Въ дѣлахъ уголовныхъ, согласно ст. 73 того же указа, рѣшенія и приговоры не подлежатъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ, за исключеніемъ слѣдующихъ случаевъ, въ которыхъ предоставлено:

«1) Генеральному прокурору апелляціоннаго суда право довести губернатору о рѣшеніяхъ и приговорахъ, которыя ему кажутся противными закону;

«2) Правительству и генеральному прокурору кассационнаго суда право обжалованія въ интересахъ закона, согласно ст. 441 и 442 устава уголовного судопроизводства, метрополіи».

130. По словамъ ст. 69, генеральный прокуроръ представляетъ на усмотрѣніе апелляціоннаго суда постановленія мировыхъ и полицейскихъ установленій, а также гражданскихъ и исправительныхъ трибуналовъ, которыя противны закону или несогласны съ обрядами судопроизводства, или же въ которыхъ судьи превысили свою власть.

Вопросы о порядкѣ сношенія судей французскихъ судовъ и трибуналовъ въ Индіи по дѣламъ уголовнымъ разрѣшаются кассационнымъ судомъ, а не административнымъ совѣтомъ (Conseil d'administration). (Arr. du conseil d'État, 23 août 1843, S. 44, 2, 112).

## § VII. Обжалованіе рѣшеній, постановленныхъ на островахъ св. Петра и Микелонѣ.

131. На островахъ св. Петра и Микелонѣ существуютъ мировыя установленія, трибуналь первой инстанціи и апелляціонный совѣтъ (*conseil d'appel*), который исполняетъ обязанности императорскаго суда. (*Ordonn.*, 26 juillet 1833; 6 avril 1835.)

Этотъ апелляціонный совѣтъ вѣдаетъ, по словамъ ст. 40 указа 26 іюля 1833 г., просьбы объ отмѣнѣ рѣшеній послѣдней инстанціи полицейскихъ трибуналовъ, по неподсудности, превышенію власти или нарушенію закона, по протесту прокурора или по жалобѣ сторонъ. Постановленія этого совѣта по дѣламъ такого рода, согласно ст. 42 того же указа, не подлежатъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ.

132. Но, по словамъ ст. 38 и 130 того же указа, обжалованіе допускается по всѣмъ рѣшеніямъ, какъ въ дѣлахъ гражданскихъ, такъ равно исправительныхъ и уголовныхъ, подсудныхъ апелляціонному совѣту, въ томъ порядкѣ, который указанъ въ предыдущихъ статьяхъ.

133. Обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ постановленій этихъ совѣтовъ по дѣламъ исправительнымъ и уголовнымъ опредѣляется ст. 407 и послѣд. кн. II, тит. 3 *C. d'inst. crim.* Но ст. 422, 423 и 424 этого устава замѣнены ст. 131, 132, 133, 134 и 135 вышеприведеннаго указа 26 іюля 1833, которыя указываютъ форму заявленія кассационной жалобы въ канцеляріи, представленіе документовъ, образецъ рѣшенія и право обжалованія генеральнымъ прокуроромъ кассационнаго суда въ интересахъ закона, по неподсудности или превышенію власти, по распоряженію министра юстиціи. Что же касается до срока, въ который должно быть сдѣлано заявленіе о кассационной жалобѣ, то, по отсутствію объ этомъ точнаго указанія въ указѣ, слѣдуетъ примѣнять въ этомъ случаѣ срокъ, указанный уставомъ уголовного судопроизводства, т. е. трехдневный. (*См. réquisitoire du proc. gén. и arr.* 16 décembre 1858, В. 306, S. 59, J. 178.)

Случаи отмены апелляціоннымъ судомъ постановленій низшихъ трибуналовъ и кассаций рѣшеній опредѣлены ст. 38, 39, 40, 41, 42, 47, 126, 128, 130, 131, 132, 133, 134 и 135 указа, также какъ для острова Бурбона, ст. 43 указа 30 сентября 1827.

Согласно ст. 135 указа 26 іюля 1833, генеральный прокуроръ кассационнаго суда требовалъ, во исполненіе 441 ст. *C. d'inst. crim.*, въ интересахъ закона, отмены рѣшенія апелляціоннаго суда острововъ св. Петра и Микелона, который предалъ обвиняемаго въ обманномъ похищеніи съѣстныхъ припасовъ съ корабля уголовному трибуналу, вмѣсто того, чтобы предать его морскому суду. (*arr. Nomad.* 16 décembre 1858, В. 304.)

§ VIII. Обжалованіе постановленій тайныхъ совѣтовъ.

134. Постановленія тайныхъ совѣтовъ колоній также подлежатъ обжалованію въ случаяхъ, указанныхъ въ ст. 160 и 161 указа 21 августа 1825 г. (В. № 64), который опредѣляетъ компетентность этихъ тайныхъ совѣтовъ, сначала по дѣламъ административнымъ, указывая въ то же время случаи обжалованія государственному совѣту, а затѣмъ по дѣламъ судебнымъ, указывая случаи обжалованія кассационному суду.

Случаи обжалованія въ кассационномъ порядкѣ постановленій тайныхъ совѣтовъ, по словамъ ст. 162, суть: нарушеніе законовъ и правилъ: о торговлѣ неграми, о заграничной торговлѣ, таможенныхъ и объ откупѣ на Маледивскихъ островахъ.

Указъ 22 августа 1833 г. выпустилъ изъ вышесказаннаго перечня торговлю неграми, присоединивъ таковую къ общей юрисдикціи, но онъ сохранилъ ст. 167 указа 27 августа 1828 г., которая гласитъ: «Тайный совѣтъ постановляетъ, кромѣ обжалованія въ кассационномъ порядкѣ, объ апелляціи рѣшеній, постановленныхъ трибуналомъ первой инстанціи, относительно нарушеній законовъ, указовъ и правилъ объ иностранной торговлѣ и таможенныхъ», а его ст. 162 прибавляетъ: «и правилъ объ откупахъ на Маледивскихъ островахъ, но лишь въ случаѣ обмана».

135. Указъ 31 августа 1818 опредѣлилъ случаи обжалованія постановленій тѣхъ же тайныхъ совѣтовъ, учрежденныхъ на островѣ Бурбонѣ, Мартиникѣ, Гваделупѣ и во французской Гвіанѣ.

Ст. 178 этого указа гласитъ: «Рѣшеніе апелляціонной комисіи, а также слѣдствіе, которое ему предшествовало, могутъ быть отмѣнены въ кассационномъ порядкѣ: 1) Нарушеніемъ и упущеніемъ какихъ либо формальностей, предписываемыхъ подъ угрозою недѣйствительности дѣйствующимъ уголовнымъ законодательствомъ или настоящимъ указомъ. 2) По причинамъ неподсудности. 3) Въ случаѣ отказа или упущенія постановить по одному или нѣсколькимъ требованіямъ обвиняемаго, или публичнаго обвинителя, желающихъ воспользоваться предоставленнымъ имъ закономъ правомъ, хотя въ законѣ и не было буквально сказано, что отсутствіе формальности, исполненіе которой требовалось, ведетъ за собою недѣйствительность рѣшенія. 4) Въ случаѣ нарушенія или неправильнаго примѣненія дѣйствующихъ уголовныхъ законовъ».

Просьбы объ уничтоженіи слѣдствія и объ отмѣнѣ рѣшенія судовъ первой инстанціи могутъ быть представлены на разсмотрѣніе кассационнаго суда лишь въ томъ случаѣ, когда дѣло было въ производствѣ апелляціонной комисіи.

136. Ст. 182. «Указанные въ ст. 178 кассационные пути равнымъ образомъ открыты для публичнаго обвинителя, осужденнаго

и гражданского истца и притомъ относительно всѣхъ приговоровъ безъ различія случая оправданія или обвиненія и безъ предрѣшенія могущаго послѣдовать въ интересахъ закона протеста со стороны генеральнаго прокурора кассационному суду, собственною властію или по требованію морского министра.

137. Сроки и форма кассационныхъ жалобъ на постановленія тайныхъ совѣтовъ колоній опредѣляются ст. 183 и послѣд. указа 31 августа 1828 г., которыя заключаютъ въ себѣ слѣдующее:

Ст. 183. «Осужденному предоставляется трехдневный срокъ со времени постановленія рѣшенія для заявленія въ секретариатъ тайнаго совѣта о томъ, что онъ подаетъ кассационную жалобу.

«Колоніальный контролеръ въ тотъ же срокъ можетъ заявить тому же секретариату, что онъ требуетъ отмѣны рѣшенія.

«Гражданскому истцу предоставляется тотъ же срокъ; но онъ можетъ обжаловать лишь тѣ распоряженія суда, которыя касаются его гражданскихъ интересовъ».

Ст. 184. «Приговоръ приводится въ исполненіе въ теченіе двадцати четырехъ часовъ, слѣдующихъ за указанными въ предидущей статьѣ сроками, если нѣтъ кассационной жалобы, или, въ случаѣ жалобы, въ теченіе двадцати четырехъ часовъ со времени полученія постановленія кассационнаго суда, которымъ жалоба оставляется безъ послѣдствія, кромѣ случая жалобы, указаннаго въ ст. 192, т. е. кромѣ случая отсрочки исполненія на время жалобы, подъ обезпеченіе, въ случаѣ достовѣрности осужденія, какъ это предусмотрено этою статьею и согласно указываемой ею формѣ.

Ст. 185. «Заявленіе объ обжалованіи дѣлается въ канцеляріи тайнаго совѣта и объявляется противной сторонѣ въ недѣльный срокъ, согласно ст. 186, въ формѣ, указанной этою статьею».

Ст. 187. «Жалующійся долженъ представить засвидѣтельствованную копию рѣшенія и 300 фр. пошлины или половину, если обжалуемое постановленіе—*si la décision attaquée est par défaut, à moins que le demandeur...* кромѣ того случая, когда истецъ дѣйствуетъ въ интересахъ правительства или пользуется правомъ бѣдности».

Ст. 90. «Колоніальный контролеръ долженъ представить документы безъ замедленія чрезъ канцелярію въ кассационный судъ».

Ст. 193 и 194 того же указа говорятъ о временной свободѣ и передачѣ дѣла послѣ кассации.

## § IX. Просьбы объ указаніи надлежащаго суда.

138. Указъ 12 октября 1828, вводящій въ дѣйствіе уставъ уголовного судопроизводства на Гваделуцъ и Мартиникъ, сходный съ

указомъ 19 декабря 1827, относящимся къ островамъ Реюнионъ, гласить: ст. 541. «Если возникнетъ пререканіе о подсудности между слѣдственнымъ судьей и офицеромъ военной полиціи или между однимъ изъ колониальныхъ трибуналовъ съ одной стороны съ слѣдственнымъ судьей, офицеромъ военной полиціи, или съ однимъ изъ трибуналовъ Франціи или другой французской колоніи съ другой стороны, то просьба подается въ кассационный судъ, который разсматриваетъ это дѣло согласно правиламъ, предписаннымъ законами, дѣйствующими на континентальной территоріи государства».

Но согласно рѣшенію кассационнаго суда отъ 12 марта 1847 (aff. Forin, В. 60), въ случаѣ постановленія антильскаго судебного мѣста, отказывающаго по неподсудности, просьба объ указаніи надлежащаго суда должна быть подана въ тайный совѣтъ.

Ст. 525 и послѣд. указа 14 февраля 1838 г., примѣняющаго уставъ уголовнаго судопроизводства метрополіи къ Сенегалу, вводятъ въ дѣйствіе для этой колоніи, за весьма малымъ исключеніемъ, почти всѣ распоряженія этого устава, какъ относительно просьбъ объ указаніи надлежащаго суда, такъ и просьбъ о передачѣ дѣла изъ одного трибунала въ другой.

По отношенію къ Индіи и именно къ Пондишери, рѣшеніемъ по дѣлу Эссонъ отъ 27 ноября 1851 (В. 496.) было опредѣлено, что разрѣшеніе столкновенія, возникшаго между полицейскимъ трибуналомъ и исправительнымъ въ Пондишери лежитъ на обязанности кассационнаго суда, и судъ мотивировалъ это положеніе ст. 526 и 540 устава метрополіи, обнародованнаго въ 1825, во французскихъ установленіяхъ въ Индіи, который не былъ измѣненъ въ этой части ни указами отъ 23 декабря 1827, 29 марта 1836 и 7 февраля 1842, ни законодательными распоряженіями губернаторовъ, въ эпоху предшествующую закону 24 августа 1833.

Наконецъ, рѣшеніемъ по дѣлу Белле отъ 31 января 1845 (В. 28) опредѣлено, что право, предоставленное генеральному прокурору закономъ 4 марта 1831, просить кассационный судъ о передачѣ дѣла отъ одного судьи другому распространяется на всѣ колоніи, и что въ тѣхъ колоніяхъ, гдѣ нѣтъ генеральнаго прокурора, императорскій прокуроръ пользуется этимъ правомъ. (См. arr. proc. gen., 16 janvier 1845, В. 22).

Если столкновеніе возникаетъ между властями судебными и агентами правительства, то просьба о разрѣшеніи пререканія должна быть подана въ государственный совѣтъ (arr. Récolet 27 août 1841, В. 309), но если пререканіе возникаетъ между французскими судами и трибуналами въ Индіи, то таковое вѣдаетъ кассационный судъ. (arr. du conseil d'Etat 23 août 1843. aff. Annapoullé, J. 44, II, 114).

## § X. Просьбы о передачѣ по поводу законнаго подозрѣнія и общественной безопасности.

139. Рѣшеніемъ по дѣлу Алленъ отъ 20 іюня 1822 (непеч.) постановлено, что кассационному суду неподсудны просьбы о передачѣ дѣла по поводу законнаго подозрѣнія, составляемыя въ колоніяхъ; ст. 542 указа 19 декабря, спеціально относящаяся къ о. Реюніонъ, гласитъ: «Въ дѣлахъ уголовныхъ и полицейскихъ, просьбы о передачѣ дѣла изъ одного ассизнаго суда въ другой, или изъ одного полицейскаго трибунала въ другой того-же разряда, должны быть подаваемы тайному совѣту, согласно ст. 163 нашего указа отъ 21 августа 1825.

«Когда генеральный прокуроръ найдетъ, что общественная безопасность или законное подозрѣніе требуютъ передачи дѣла, то онъ обязанъ подать объ этомъ рапортъ губернатору, который и разрѣшаетъ слѣдуетъ ли предложить колоніальному директору представить по этому предмету просьбу въ тайный совѣтъ».

«Таковая передача можетъ быть также предписана тайнымъ совѣтомъ по ходатайству заинтересованныхъ сторонъ, но лишь по поводу законнаго подозрѣнія» (См. указъ 30 сентября 1827, ст. 62).

Сообразно выше прописанному, рѣшеніе по дѣлу Сенекаль отъ 3 января 1852 (В. 2) опредѣляетъ: «Что, когда дѣло идетъ не о пререканіи о подсудности, а о передачѣ дѣла по поводу законнаго подозрѣнія, то просьба о таковой передачѣ подается въ тайный совѣтъ колоніи и что кассационная жалоба въ этомъ случаѣ не имѣетъ останавливающей силы.

## § XI. Кассационныя жалобы на рѣшенія и опредѣленія, постановленныя въ Алжирѣ.

140. Указы отъ 10 августа 1834 (ст. 46) и 28 февраля 1841 (ст. 53) допускали кассационныя жалобы въ Алжирѣ лишь по дѣламъ уголовнымъ и исправительнымъ, такъ что по дѣламъ полицейскимъ снѣ были исключены.

Указъ 26 сентября 1842 измѣнилъ этотъ порядокъ вещей. Его ст. 53 гласитъ: «кассационныя жалобы на постановленія и опредѣленія суда второй инстанціи разрѣшаются по всемъ дѣламъ».

Такъ какъ, по выраженію вышеприведенныхъ указовъ и именно отъ 10 августа 1834, ст. 46, подача кассационной жалобы и дальнѣйшій ея ходъ опредѣляется правилами, дѣйствующими во французскихъ владѣніяхъ, находящихся внѣ континентальной территоріи, то изъ этого оказывается, что въ этомъ случаѣ, какъ и на Гваделупѣ и Мартиникѣ, кассационная жалоба на рѣшеніе по дѣлу



уголовному, исправительному или полицейскому должна быть подаваема при посредствѣ заявленія въ канцелярію, въ трехдневный срокъ послѣ рѣшенія. Въ этомъ смыслѣ разрѣшаетъ этотъ вопросъ постановленіе по дѣлу Давидъ отъ 14 мая 1846 (ненапеч.), которое, разрѣшая вопросъ о срокѣ, приводитъ ст. 62 указа 26 сентября 1842, который подчиняетъ уголовныя и исправительныя дѣла, производящіяся въ Алжирѣ правиламъ, начертаннымъ, въ колониальномъ уставѣ уголовного судопроизводства.

Императорскій декретъ 16 декабря 1858 сдѣлалъ нѣкоторыя измѣненія въ этомъ указѣ 26 сентября 1842, не относящіяся къ кассационному производству и статью 6 объявилъ таковой подлежащими исполненію въ остальныхъ частяхъ.

Рѣшеніемъ по дѣлу Мустафа-бень-Салемъ отъ 3 мая 1845 (S. 45, J, 480), опредѣлено, что обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ приговоровъ полевыхъ совѣтовъ по поводу неподсудности и превышенія власти (стр. 77 зак. 27 вентоза, VIII г.) было примѣнимо и къ Алжиру, но съ изданія указа 26 сентября 1842 (ст. 38 и 42), это право обжалованія предоставлено только европейцамъ; эти послѣдніе равно какъ и евреи (декретъ 15 марта 1860) подсудны общимъ судебнымъ установленіямъ за преступленія, проступки и полицейскія нарушенія, совершенныя даже на военной территоріи. (arg. Piazetta, 1 mars 1866.). Изъ этого слѣдуетъ, что евреи и европейцы могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ, если они не принадлежатъ къ арміи и если они приведутъ причину неподсудности, указанную въ ст. 80 и 81 новаго воинскаго устава. Но если обвиняемый — туземецъ или принадлежитъ къ арміи, или же разсматривается какъ таковой, то онъ можетъ жаловаться лишь ревизионному совѣту (arg. Abd-el-Kader, 12 mai 1859, ненапеч.). Рѣшеніемъ по дѣлу Абдалла отъ 5 апрѣля 1860 (B. 93), постановлено, что ст. 80 устава военной юстиціи не отмѣнила ст. 42 указа 26 сентября 1842, согласно которой туземные жители Алжира, подсудны полевымъ совѣтамъ, не могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ; наконецъ, постановленіемъ по дѣлу Мисхудъ-эль-Арби отъ 7 декабря 1865 (B. 217) опредѣлено, что, если мѣсто, въ которомъ было совершено преступленіе, изъ военной территоріи обращается въ гражданскую — ранѣе, чѣмъ воспослѣдуетъ приговоръ, то совершившіе преступленіе туземцы, не принадлежащіе къ военному сословію, отдаются на судъ общихъ судебныхъ установленийъ.

Законъ 28 сентября 1848, который объявляетъ колонистовъ, водворенныхъ въ предѣлахъ гражданской территоріи сравненными въ отношеніи подсудности съ европейцами не былъ введенъ въ дѣйствіе, и обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ, какъ сказано выше, было предоставлено лишь европейцамъ, не принадлежащимъ

къ арміи, по преступленіямъ и проступкамъ, совершеннымъ въ гражданской территоріи (arr. Nicaïsse, 31 mars 1850, В. 180.).

Если преступленіе было совершено арабомъ на гражданской территоріи и если военная власть и общія судебныя мѣста начали по этому дѣлу преслѣдованія, то лишь путемъ пререканія о подсудности обвиняемый отдается суду компетентныхъ судей. (Arr. Ali-ben-Salah et El-Mekki, 28 août et 6 novembre 1862, В. 222 et 243).

Рѣшеніемъ по дѣлу Могамедъ отъ 25 февраля 1847 (ненапеч.) опредѣлено, что ст. 2 закона 29 апрѣля 1806, которая гласитъ, что обвиняемый, въ дѣлахъ уголовныхъ, не можетъ представлять какъ поводъ къ кассациіи неправильности, допущенныя въ первой инстанціи, которая онъ не обжаловалъ въ аппелляціонномъ порядкѣ, что статья эта примѣнима къ тому, кто преданъ суду алжирскихъ трибуналовъ, вслѣдствіе распоряженій ст. 62 указа 26 сентября 1842 г.

Относительно допроснаго протокола обвиняемаго, на которомъ не было помѣчено число, что и послужило поводомъ къ жалобѣ, рѣшеніе по дѣлу Ферради-бенъ Саидъ отъ 9 марта 1865 (В. 581) опредѣлило, что, по словамъ ст. 12 декрета 19 августа 1854 о судебной организаціи въ Алжирѣ, распоряженія устава уголовного судопроизводства, касающіяся производства въ ассизныхъ судахъ, примѣнимы во всемъ, что не противорѣчитъ сказанному декрету или распоряженіямъ законовъ и указовъ, которые таковымъ не отмѣнены и что по этому формальности, предписанныя ст. 293 С. d'inst. crim. для правильности допроса являются существенными и должны быть соблюдаемы подъ угрозою недействительности рѣшенія. (См. выше).

Слѣдуетъ прибавить, что пятидневный срокъ, предусмотрѣнный ст. 296. С. d'inst. crim. предъ открытіемъ судебныхъ преній, долженъ быть соблюдаемъ подъ угрозою недействительности рѣшенія. (Arr. Meuvielle et Mohamed ben Saïd, 29 avril et 10 novembre 1858. В. 263 et J. P. 1859, p. 411 и посл.).

Другимъ рѣшеніемъ по дѣлу Тубуль отъ 9 августа 1845 (ненапеч.) опредѣлено, что предписывая полевымъ совѣтамъ вѣдѣніе общихъ преступленій и проступковъ, совершенныхъ въ округовъ общихъ судебныхъ мѣстъ, ст. 42 указа, 26 сентября 1842 не освободило осужденныхъ, по дѣламъ исправительнымъ, пошлинъ, подъ угрозою не принятія кассационныхъ жалобъ.

141. Постановленія дисциплинарныхъ совѣтовъ алжирской милиціи (conseils de discipline des milices algériennes) не могутъ быть обжалованы кассационному суду ни по поводу неправильнаго состава совѣта для пересмотра (conseil de recensement), ни ревизионнаго жюри (jury de révision); этотъ составъ, по словамъ ст. 29

органическаго декрета этой милиціи, можетъ быть обжалованъ лишь государственному совѣту.

Изъ этого слѣдуетъ, что осужденный, который не жаловался этимъ путемъ, не можетъ основывать кассационной жалобы на неправильностяхъ, послужившихъ причиною неправильнаго состава совѣта пересмотра или ревизіоннаго совѣта (Arr. Verap, 16 février 1867).

## ГЛАВА VIII.

### КАССАЦИОННЫЯ ЖАЛОБЫ НА ПОСТАНОВЛЕНІЯ ВОЕННЫХЪ И МОРСКИХЪ СУДОВЪ.

#### § 1. Обжалованіе постановленій военныхъ судовъ.

142. Если въ другихъ дѣлахъ обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ является общимъ правиломъ, то въ дѣлахъ военныхъ таковое составляетъ исключеніе и можно сказать, что исключеніе болѣе распространено нежели правило, въ чемъ можно убѣдиться изъ приводимыхъ ниже статей устава военной юстиціи отъ 9-го іюня 1857 г.

Ст. 80. «Не могутъ ни въ какомъ случаѣ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ на приговоры полевыхъ и ревизіонныхъ совѣтовъ:

1) «Военные, приравненные къ военнымъ и всѣ лица, указанные въ нижеприведенныхъ ст. 55, 56 и 57;

2) «Лица, подлежащія по своему положенію военнымъ законамъ и регламентамъ;

3) «Осужденные полевыми совѣтами въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ нижеприводимыми ст. 62, 63 и 64;

4) «Всякое лицо, находящееся въ военномъ мѣстѣ, объявленномъ на осадномъ положеніи».

Ст. 55, 56 и 57, указанные въ § 1 ст. 80 перечисляютъ тѣхъ лицъ, которые не могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ въ качествѣ осужденныхъ полевыми совѣтами,—онѣ гласятъ:

Ст. 55. «Всякое лицо, принадлежащее къ арміи, въ силу закона о рекрутскомъ наборѣ, или же въ силу патента или порученія, подлежитъ въ мирное время суду постоянныхъ полевыхъ совѣтовъ областныхъ дивизій, съ различіями, указанными въ слѣдующихъ статьяхъ».

Ст. 56. «Подлежатъ въ мирное время суду полевыхъ совѣтовъ за всѣ преступленія и проступки, за исключеніями, указанными въ раздѣлѣ IV настоящей книги:

1) «Офицеры всѣхъ чиновъ, унтеръ-офицеры, капралы, бри-

гадиры, солдаты, музыканты, и дѣти военныхъ чиновъ; члены корпуса военного интендантства; доктора, аптекаря, военные ветеринары и офицеры администраціи; лица, приравненные къ военнымъ организаціонными указами и декретами, пока они находятся на дѣйствительной службѣ, или внесенныя въ списки арміи, или же наконецъ прикомандированныя къ арміи для спеціальныхъ занятій;

2) «Военные, рекруты, замѣняющіе рекрутовъ, охотники и лица приравненные къ военнымъ, находящіяся въ гражданскихъ и военныхъ госпиталяхъ или путешествующія подъ конвоемъ, или же содержащіяся въ военныхъ установленіяхъ, тюрьмахъ и карцерахъ;

3) «Офицеры всѣхъ чиновъ, унтеръ-офицеры, капралы и солдаты, внесенные въ списки императорскаго инвалиднаго дома;

4) «Рекруты, распущенные по домамъ и безсрочно-отпускные, во время сбора для смотровъ и ученій, предусмотрѣнныхъ ст. 30 закона 21 марта 1832 г.»

«Военно-плѣнные также подлежатъ суду полевыхъ совѣтовъ».

Ст. 57. «Равнымъ образомъ въ мирное время подлежатъ суду полевыхъ совѣтовъ областныхъ дивизій, но лишь за проступки, предусмотрѣнные раздѣломъ II книги IV, военные всѣхъ чиновъ, члены военного интендантства и всѣ лица, приравненные къ военнымъ:

1) Когда они, не состоя на дѣйствительной службѣ, получаютъ жалованье и остаются въ распоряженіи правительства;

2) «Когда они находятся въ отставкѣ или отпускѣ».

Исключенія предусмотрѣнные ст. 56 суть тѣ, которыя внесены въ раздѣлъ IV, содержащій въ себѣ слѣдующія статьи:

Ст. 76. «Какъ скоро по преступленію, проступку или полицейскому нарушенію привлечены къ слѣдствію лица, не подлежащія суду военныхъ трибуналовъ, вмѣстѣ съ военными или другими лицами, подсудными военнымъ трибуналамъ, всѣ обвиняемые безъ различія судятся общими судебными мѣстами<sup>1</sup>, кромѣ случаевъ, указанныхъ въ слѣдующей статьѣ».

---

<sup>1</sup> См. объ этомъ ст. 60 и 61, которыя гласятъ: Ст. 60. «Если лице подлежащее суду полевыхъ совѣтовъ одновременно преслѣдуется за преступленіе и проступокъ, подсудный полевымъ совѣтамъ и за другое преступленіе или проступокъ подсудный общимъ судебнымъ мѣстамъ, то оно предварительно судится тѣмъ судомъ, въ дѣлю котораго подлежитъ проступокъ, наказуемый болѣе тяжкимъ наказаніемъ и затѣмъ передается за другое преступленіе компетентному суду. Въ случаѣ двойнаго обвиненія отбывается лишь тяжѣйшее наказаніе. Если оба преступленія или проступка влекутъ за собою одинаковое наказаніе, то обвиняемый судится прежде за проступокъ, подсудный военнымъ судамъ».

Ст. 61. «Обвиняемый судится или тѣмъ полевымъ совѣтомъ, въ округѣ котораго было совершено преступленіе или проступокъ, или тѣмъ, въ округѣ котораго онъ былъ задержанъ, или же совѣтомъ своего корпуса или отряда».

Поэтому за исключением этих случаев, исполнение, которое не соответствует по своему содержанию обязательству, тогда только слѣдуетъ признать таковымъ, когда кредиторъ сознательно<sup>9</sup> принимаетъ его въ этомъ качествѣ<sup>10</sup>. Обыкновенно отъ воли кредитора зависитъ, принять ли за исполнение то, что собственно не есть таковое<sup>11</sup>. Только при денежныхъ обязательствахъ кредиторъ, если должникъ продажей своихъ вещей не въ состояніи добыть денегъ, обязанъ принять въ видъ удовлетворенія недвижимости должника по ихъ оцѣнкѣ, но при этомъ такъ, что ему предоставляется выборъ<sup>12</sup>; церкви и благотворительныя учрежденія, какъ должники, пользуются при этомъ особыми преимуществами<sup>13</sup>. Если кредитору не было доставлено права собственности на имущество, переданное ему вмѣсто исполненія, или доставлено только неполное право собственности, то онъ имѣетъ выборъ, считать ли обязательство продолжающимъ существовать или тре-

<sup>9</sup> Сознывая, что его право требованія не распространяется на исполнение этого рода.

<sup>10</sup> In solutum accipere — in solutum, pro soluto dare. См. напримѣръ l. 4 §. 31 D. de dol. exc. 44. 4, l. 5. D. ad SC. Vell. 16. l. 1. 4. C. de evict. 8. 45. Но выраженіе in solutum dare употребляется въ одинаковомъ значеніи съ solvendi causa dare, слѣдовательно какъ solvege, такъ напр. въ l. 19 §. 1. D. de R. C. 12. 1. Въ новѣйшее время Рёмеръ положилъ это ученіе въ своей монографіи: «die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher (1860). Объ этомъ Г. Витте Krit. V. Jschg. VIII стр. 482—493. (Вангеровъ 7 изд. III. §. 583 прим. 1). In solutum datio замѣняетъ вполнѣ исполненіе ipso iure. Pr. l quib. modis toll. 3. 29, l. 1 §. 5 D. de pec. const. 13, 5, l. 26 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 17 C. h. t. Прокляіанцы однакоже утверждали противоположное. Gai III. 168. Рёмеръ стр. 64 слѣд.— In solutum datio есть исполненіе (въ силу того значенія, которое придаетъ кредиторъ извѣстному дѣйствію, которое само по себѣ не есть исполненіе) а не двусторонній договоръ, по которому кредиторъ уступаетъ принадлежащее ему требованіе за соответствующее вознагражденіе. На этомъ, кажется, основывалось приведенное мнѣніе Прокляіанцевъ. Историческій обзоръ этого вопроса см. у Рёмера стр. 4 слѣд.

<sup>11</sup> «...aliud pro alio invito creditori solvi non potest, l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1. L. 16 c. h. t. pr. l quib. mod. toll. 3. 29. — Примѣненіе къ платежу по веселямъ см. у Зейфф. Arch. II. 16. 151, XIII. 227.

<sup>12</sup> T. n. beneficium dationis in solutum. Это основывается на Nov. 4 c. 3. (Auth. Nos nisi C. h. t.). См. объ этомъ у Марцолія въ Magazin f. RW. u. Gesetzgeb. IV. стр. 230—246, Рёмеръ стр. 162—177, Унтергольцнеръ I § 175, Синтенисъ II стр. 149—151. Въ законодательномъ опредѣленіи я не нахожу ни ограниченія случая, когда должникъ можетъ требовать, чтобы онъ былъ допущенъ къ уступкѣ недвижимости (§ 18), ни распространенія на движимыя вещи. Примѣненіе этого опредѣленія къ случаямъ несостоятельности должниковъ, происшедшей отъ тридцатилѣтней войны см. въ J. R. A. § 172. Здѣсь положительно упоминается и о движимыхъ вещахъ.

<sup>13</sup> По Nov. 120 c. 6 §. 2 (Auth. Nos ius porrectum C. de ss. eccl. 1. 2) Оцѣнка возвышается на  $\frac{1}{10}$  и при этомъ кредиторъ не имѣетъ права выбора, но долженъ принять какъ лучшіе, такъ и худшіе участки земли. Кроимъ того полагаютъ, что должнику принадлежить право удовлетворить кредитора предоставленіемъ ему съ обезпеченіемъ владѣнія и пользованія плодами извѣстнаго участка, при чемъ арендная

бовать отъ должника возмѣщенія интереса<sup>14</sup>. То же самое имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда вмѣсто исполненія передается несоотвѣтствующее закону обязательство<sup>15 16</sup>; наоборотъ долж-

плата понижается до 30/o. Но это право основывается лишь на греческомъ текстѣ новеллы (*αι δε μη διαζηται τοις τε τριψ διαλυται το χροζον*), vulgata же этого права не признаетъ (*si vero noluerit (sc. creditor) isto modo debitum transigere*); Auth: «quod si nolit creditor ita accipere». Ср. I. Г. Ремеръ *ius eccl. prot. III. 16 § 48*, Пухта §. 240 въ концѣ, Аридтъ §. 222 примѣч. 2 Синтенисъ II стр. 151.

<sup>14</sup> Первое право онъ имѣеть, потому, что онъ признавалъ передачу не самое по себѣ, но какъ имѣющую силу предоставить ему въ видѣ исполненія обязательства право собственности; второе право принадлежитъ ему потому, что онъ можетъ требовать отъ должника, чтобы онъ исполнилъ свое заявленіе о доставленіи кредитору права собственности на переданное имущество. Римляне, выставляя здѣсь аналогію съ договоромъ купли продажи, полагали правильнымъ предоставить кредитору *utilis ex emto* авторю. Конечно при послѣдовательности они должны были придти къ тому заключенію, для насъ уже не имѣющему значенія, что кредитору предоставлялся искъ лишь на случай званія, а не на случай недостатка предоставленнаго права собственности. Первое право признается за кредиторомъ l. 46 pr. §. 1 D. h. t. и l. 8 C. de sent. 7. 45, ср. также l. 60 D. h. t., l. 26 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6; а второе предоставляется ему l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de evict. 8. 45, ср. также l. 4 §. 31 D. de doli exc. 44. 4, l. 44 D. h. t. Въ существѣ согласенъ съ этимъ, съ тѣмъ лишь различіемъ, что онъ неправильно вводитъ сюда понятіе о реальныхъ договорахъ: Ремеръ стр. 54. Витте стр. 484 относится къ аналогіи съ договоромъ купли продажи болѣе серьезно и поэтому приходитъ къ тому результату, что собственно не существуютъ оба права кредитора, и что римляне должны были бы совершенно отрицать первое изъ нихъ. Дерабургъ, *Pfandrecht* II стр. 246 слѣд. идетъ далѣе и признаетъ за кредиторомъ лишь право на возмѣщеніе интереса. Беккеръ *Jahrb. d. gem. R.* VI стр. 240 предоставляетъ кредитору право доказывать содержаніе сдѣлки. Шлиманъ *Haftung des Cedenten*, стр. 46 слѣд. держится того мнѣнія, что мѣста источникъ, которые упоминаютъ о второмъ правѣ, предполагаютъ со стороны должника существованіе связывающаго его договора. Рубо въ *Kamptz Jahrb. f. d. Preuss. Gesetzgeb.* etc. XXII стр. 14—16 обращаетъ вниманіе на то, что l. 46 cit. говоритъ о *rem pro re solvere*, между тѣмъ какъ въ другихъ случаяхъ говорится о *solvere rem pro re scipia*. На этомъ основаніи онъ пытается объяснить l. 46 cit. на основаніи договора мѣны. Но даже исходя изъ той точки зрѣнія, что *in solutum datio* есть лишь сдѣлка подобная куплѣ, а не самая купля (l. 24 pr. cit: *utilis ex emto*, l. 4 §. 31 cit: *vicem emtionum*), необходимо замѣтить, что изъ договора мѣны можетъ возникнуть лишь *actio praescriptis verbis*, а не будетъ того, что «*manet durat pristina obligatio*» (l. 46 pr. cit). Подробный историческій обзоръ у Ремера стр. 24, слѣд. (Вангеровъ цитир. соч. № 5).

<sup>15</sup> Обязательство, передаваемое вмѣсто исполненія можетъ быть передано не только цессіей, но и делегаціей (указаніемъ на обѣщаніе—срав. §. 105 прим. 9). См. именно l. 5, l. 8 §. 3 D. ad. JC. Vell.

<sup>16</sup> 1. (—*solvit enim et qui rem delegat*). Но при делегаціи нужно обращать вниманіе на то, не представляетъ ли основаніе погашенія обязательства скорѣе новацию, нежели исполненіе, что опредѣляется намѣреніемъ вновь вступающаго въ обязательство должника. Срав. § 105 прим. 9, также Ремеръ, стр. 92, слѣд. Витте стр. 489 слѣд. Однако не всякое посредствомъ указанія предоставляемое требованіе погашаетъ обязательство, но только то, которое кредиторъ принимаетъ съ намѣреніемъ, чтобы погасить обязательство. Такъ напр. обязательство не погашается приказомъ провозвести платежъ, принятымъ тѣмъ, кому онъ данъ, хотя то лице, въ пользу котораго

никъ не отвѣтствуетъ за фактическую осуществимость подобнаго обязательства <sup>17</sup>.

3. Если кредиторъ получилъ только часть того, что онъ имѣлъ получить, то и обязательство погашается только въ части <sup>18</sup>. Но вообще кредиторъ не можетъ быть обязанъ къ принятію исполненія по частямъ <sup>19</sup>; исключеніе допускается только въ томъ случаѣ, когда должникъ, при требованіи отъ него исполненія, признаетъ долгъ только въ части <sup>20</sup>.

4. Исполненіе должно быть чинимо въ надлежащемъ мѣстѣ (§ 35). Но обязательство погашается, если кредиторъ сознательно принимаетъ исполненіе въ другомъ мѣстѣ, а при денежныхъ

данъ приказъ, приобрѣтаетъ новое право требованія. Ф. Сальпиусъ (Novation und Delegation §. 18, 76) неправильно утверждалъ, что это положеніе основано на нынѣшнемъ, а не на римскомъ правѣ (ср. §. 164 примѣч. 17). См. также Рёмеръ стр. 97. 17. Срав. Шлиманнъ Haftung des Cedenten стр. 64—73. Рёмеръ стр. 91, слѣд. 122 слѣд. и §. 67 прим. 4. Платежъ векселями и приказами на предъявителя: Рёмеръ стр. 106 слѣд. 130 слѣд., Шаубергъ Zeitschr. f. Handelsr. XI стр. 275 слѣд.

<sup>17</sup> Также смотритъ и господствующее мнѣніе (см. впрочемъ Мюленбрухъ Cession стр. 628 и противъ него Рёмеръ стр. 124 слѣд.), которое однако упускаетъ изъ виду случай делегации (ср. впрочемъ Тель Handelsr. I § 132 № 5. Рёмеръ стр. 130). Исключеніе допускается только тѣмъ, которые распространяютъ дѣйствіе Nov. 4 с. 3 (прим. 12) на обязательства; это справедливо, потому что въ этомъ случаѣ кредиторъ обязанъ принять обязательство. Относительно цессіи см. Тель Handelsr. I §. 120. II, который видитъ въ цессіи вмѣсто исполненія не дѣйствіе, совершаемое «вмѣсто платежа», но скорѣе дѣйствіе «заключающее въ себѣ платежъ». Но см. также Шлиманнъ, цитир. соч. стр. 54, Рёмеръ стр. 122. Но и самъ Шлиманнъ, стр. 54, держится другого мнѣнія относительно случая, когда должникъ остается не обязаннымъ (прим. 14). Противъ этого Рёмеръ стр. 125 слѣд. Господствующее мнѣніе ссылается на общее правило о цессіи (§ 88, примѣч. 3). Разрѣшить вопросъ должна *аналогія* съ договоромъ купли продажи; кредиторъ долженъ принимать мѣры осторожности ранѣе, нежели онъ принялъ обязательство; ежели онъ этого не сдѣлалъ или впалъ въ заблужденіе, то отвѣтственность остается на немъ. O l. 3. C. de nov. 8. 42, см. Витте стр. 491, слѣд. противъ него Рёмеръ стр. 126, слѣд. По вопросу о делегации имѣются совершенно ясныя рѣшенія. L. 26 §. 2 D. mand. 17. 1: «bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum», точно также l. 18 D. de fidei. 46. 1 срав. §. 2 J. de mand. 3. 27, l. 22 §. 2 l. 45 §. 7 D. mand. 17. 4—L. 96 §. 2 D. h. t. относится къ случаю позднѣйшей несостоятельности должника, (см. впрочемъ объ этомъ мѣстѣ Ф. Сальпиусъ Novation und Delegation стр. 35, 408, Витте Krit. V. J. Schr. VIII стр. 367. (Вангеровъ цитир. соч. № 6).

<sup>18</sup> L. 9 §. 1 D. h. t. При этомъ конечно предполагается, что удовлетвореніе обязательства по частямъ возможно. См. § 5 прим. 11. § 7, прим. 7. 20.

<sup>19</sup> L. 41 §. 1 D. de usur. 22. 1. Гестердингъ Ausbeute III ст. 410 слѣд. Момсенъ Beiträge III стр. 148 прим. 14. (Гольдшмидтъ Handelsrecht I §. 63 прим. 29). Другого мнѣнія Савини Обл. I стр. 322. W.O. art. 58. «Векселедержатель даже и въ томъ случаѣ не можетъ отказаться отъ принятія уплаты части долга, когда принятіе относилось къ полной суммѣ долга.

<sup>20</sup> L. 21 D. de R. C. 12. 1. Другіе понимаютъ это ибѣсто только въ смыслѣ при-сужденія судомъ (Мадаи Мога стр. 238. Вольфъ Мога стр. 427) или считаютъ его устарѣлымъ (Синтенисъ II § 84 прим. 41), или что оно говоритъ лишь объ ограни-

обязательствахъ, даже если бы онъ принялъ уплату въ другомъ мѣстѣ не сознательно, онъ вправѣ требовать только возмѣщенія интереса <sup>21</sup>.

5. Не требуется, чтобы кредиторъ получилъ слѣдующее ему непосредственно отъ должника. а) Обязательственное право погашается и тѣмъ, если другой уплачиваетъ за должника <sup>22</sup>; согласія должника при этомъ не требуется и этому не препятствуетъ даже положительное желаніе его <sup>23</sup>. И кредиторъ не вправѣ отвергнуть предлагаемую другимъ уплату <sup>24</sup>, развѣ бы качество исполненія обусловливалось личностью должника <sup>25</sup>. б) И въ томъ случаѣ погашается обязательство, если кредиторъ получить слѣдующее ему при посредствѣ суда <sup>26</sup> или осуществить его путемъ принадлежащаго ему залоговаго права <sup>27</sup>.

ченіи права иска, а не объ обязанности кредитора (Гестердингъ цитир. соч. стр. 418, 419). О защищаемомъ здѣсь мнѣніи см. Фрицъ, Erläuter. II стр. 106, Моммсенъ цитир. соч. стр. 148. Послѣдній впрочемъ совершенно справедливо прибавляетъ, что кредиторъ не можетъ быть принужденъ вопреки его выгоду принять уплату части долга.

<sup>21</sup> L. 9. l. 2 §. 7 D. de eo quod certo loco 13. 4. — Нѣтъ необходимости, чтобы кредиторъ получилъ уплату въ надлежащее время. Но чтобы все обязательство было погашено, должникъ, уплачивающій послѣ срока, обязанъ вознаградить за тотъ ущербъ, который понесъ кредиторъ отъ поздняго платежа. Если должникъ уплачиваетъ ранѣе, нежели когда кредиторъ обязанъ принять уплату и кредиторъ по ошибкѣ приметъ уплату, то въ крайнемъ случаѣ кредитору можетъ быть предоставлено въ послѣдствіи отыскивать свой интересъ (по аналогіи съ l. 2 §. 7 D. de eo quod certo loco).

<sup>22</sup> За должника, отъ его имени. Если не должникъ исполняетъ обязательство отъ собственнаго имени, т. е. для того, чтобы погасить *собственный* долгъ, то обязательство не прекращается и тогда, если намѣреніе плательщика было направлено на погашеніе именно этого обязательства. L. 28 D. mand. 17 1, l. 17 D. h. t.; l. 31 pr. D. de Н. Р. 5. 3, l. 3 §. 2 i. f. D. h. t., l. 1. 19 §. 1. l. 65 §. ult. D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 C. eod. 4. 5; o l. 5. l. 12 §. 1 C. de Р. Н. 3. 31 и l. ult. i. f. D. de neg. gest. 2. 5. см. Жеммереръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII стр. 196—206, 341—348; что касается новой литературы — Франке, Commentar über den Titel de Heriditoris Petitione стр. 332 слѣд. и указанныя тамъ сочиненія; кромѣ того Г. Витте Bereicherungsklagen стр. 26 слѣд. (Arndts R. Lex. V стр. 230 примѣч. 132. Вангеровъ II § 508 № IV. 1). Но когда уплачивающій не имѣетъ обратнаго требованія, то противъ кредитора, требующаго вторичнаго платежа существуетъ возраженіе. — L. 31 pr. i. f. D. de Н. Р. 5. 3, ср. l. 61 D. h. t. (прим. 40).

<sup>23</sup> L. 39 D. de neg. gest. 3. 5: «solvendo quisque pro alio, licet invito et igno- rante, liberat eum». L. 23. 40. 53 D. h. t., pr. l. quid. mob. toll. 3. 29.

<sup>24</sup> L. 72 §. 2 D. h. t., ср. также l. 31 eod. Очевидно было бы придиркой со стороны кредитора, если бы онъ отказался отъ принятія такой уплаты, которая представляла бы тоже самое, что онъ получалъ бы при уплатѣ со стороны должника; но ср. также Синтенисъ II §. 103 прим. 37.

<sup>25</sup> L. 31 D. h. t. Сюда относится и тотъ случай, когда лице, предлагающее уплату, совершенно неизвѣстно кредитору, такъ что послѣдній не знаетъ, можетъ ли онъ до- вѣрять ему, именно является ли онъ собственникомъ того, что предлагаетъ въ уплату.

<sup>26</sup> См. l. §. 173 прим. 5. § 238 прим. 5.

<sup>27</sup> L. 26 D. h. t., l. 10 C. de O. et A. 4. 10.



6. Точно также нѣтъ необходимости, чтобы кредиторъ лично получилъ то, чего онъ вправѣ требовать; обязательство погашается, когда онъ получилъ удовлетвореніе въ лицѣ другаго <sup>28</sup>. Но въ лицѣ другаго онъ получаетъ только въ томъ случаѣ, когда исполненіе произведено тому, кто вправѣ заступать его <sup>29</sup>, или тому, кто хотя и не былъ уполномоченъ на заступленіе его вообще, но когда это исполненіе было учинено согласно волѣ кредитора, все равно предшествовала ли она исполненію <sup>30</sup>, или выражена была послѣ <sup>31</sup>. Что касается случая предварительнаго выраженія воли, то необходимо дѣлать слѣдующее различіе: а) Кредиторъ поручаетъ должнику, указываетъ ему, дозволяетъ ему уплатить другому; такимъ порученіемъ, указаніемъ или дозволеніемъ кредиторъ не связанъ <sup>32</sup>; точно также это не обязательно для его наслѣдниковъ, или для наслѣдниковъ должника <sup>33</sup>. б) Кредиторъ предоставляетъ должнику право освободиться отъ обязательства исполненіемъ другому <sup>34</sup>; такимъ предоставленіемъ кредиторъ связанъ <sup>35</sup>; имъ связаны и его наслѣдники, точно такъ же какъ на него могутъ ссылаться наслѣдники должника <sup>36</sup>. Но должникъ теряетъ это право: если своимъ неисполненіемъ доведетъ кредитора

<sup>28</sup> L. 19 C. h. t. «Si actore .. debitis recipiendis praeposito... eius dominae per ipsum fecisti satis...»—L. 59 D. h. t.:—«dm... adiecto solvitur, mihi solvi videtur». L. 180 D. de R. J. 50. 17. «Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset».

<sup>29</sup> Напр. его опекуну (l. 14 §. 7 l. 49 D. h. t., но см. также l. 25 D. de adm. et per. 5. 37 и §. 193 прим. 1), его уполномоченному (l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 pr. l. 34 §. 3 D. h. t., l. 19 C. eod., l. 6 §. 2 D. de cond. ind. 12. 6). Ср. l. 86 D. h. t. («Nos iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur...») HGB, art. 51. «Кто передаетъ товаръ и не квитированный счетъ, этимъ самымъ не представляется уполномоченнымъ къ принятію платежа». (Ср. Зейфф. Arch. XXII. 123).

<sup>30</sup> L. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 §. 1—3 l. 49. 59. 64. 106 D. I. 4. 12 C. h. t. Срав. § 164 прим. 9.

<sup>31</sup> L. 12 §. 4 l. 49 D. l. 12 C. h. t.

<sup>32</sup> L. 12 §. 2 l. 106 D. h. t.

<sup>33</sup> L. 32 D. h. t., l. 26 §. 1 D mand. 17. 1, l. 19 §. 3 D. de don. 39. 5. l. 77 §. 6 D. de leg. II. 31.

<sup>34</sup> Что можетъ имѣть мѣсто при возникновеніи обязательства, и впоследствии. Тотъ, кому должникъ при самомъ возникновеніи обязательства уполномоченъ произвести платежъ, называется въ римскомъ правѣ *solutionis causa adiectus*. Формулой для назначенія *solutionis causa adiectus* въ источникахъ является слѣдующее выраженіе: *mihi aut illi dare spondes?* (сравни. напримѣръ §. 4 I. de inut stip. 3. 19, но см. также l. 141 §. 6 D. de V. O. 45. 1, l. 98 §. 5 D. h. t.). И въ настоящее время такое «или» не можетъ быть объяснено иначе. См. *solutionis causa adiectus*, монографію Брандиса Rhein. Museum V. 11, также Фрицъ Erläuter. II стр. 384—390, Вангеровъ, III §. 582 прим. 2, Синтенсъ II стр. 407—411.

<sup>35</sup> L. 12 §. 2 I. 106 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1, §. 4. I. de inut. stip. 3. 19.

<sup>36</sup> Здѣсь дѣйствуетъ обыкновенное договорное право. — Тамъ же.

до иска<sup>37</sup>; даѣе, если въ правовомъ положеніи принимателя уплаты произойдетъ такая перемѣна, которая затруднитъ кредитору обращеніе къ нему своего требованія<sup>38</sup>. Должникъ освобождается отъ обязательства и тѣмъ, что онъ по указанію кредитора обѣщаетъ уплатить другому слѣдующее первому<sup>38а</sup>.

7. Возможны случаи, гдѣ уплата не кредитору погашаетъ обязательство и безъ того, чтобы исполненіемъ этому третьему лицу доставлялось удовлетвореніе кредитору. Это бываетъ тогда: а) когда получающій удовлетвореніе вполнѣ самъ сдѣлается кредиторомъ<sup>39</sup>; б) когда онъ передастъ полученное кредитору<sup>40</sup>; в) когда кредиторъ унаслѣдуетъ получившему платежъ<sup>41</sup>; д) въ одномъ исключительномъ случаѣ должникъ освобождается, производя платежъ кредитору своего кредитора<sup>42</sup>. Далѣе уплата не

<sup>37</sup> L. 57 §. 1 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. l. Рѣшительнымъ моментомъ является моментъ предъявленія иска. Ср. I § 125 прим. 12.

<sup>38</sup> L. 38 pr. D, h. t., срав. l. 95 § 6 D. eod., l. 56 §. 2 D. de V. O. 45. 1. При этомъ нужно замѣтить: а) должникъ можетъ произвести уплату ему самому, а не наслѣдникамъ его (l. 81 pr. D. h. t., l. 55 D. de V. O. 45. 1), не попечителю его (l. 95 §. 7 D. h. t., срав. l. 11 eod); б) относительно уплаты стороннему лицу могутъ быть сдѣланы такіа соглашенія, которыя не будутъ имѣть значенія при уплатѣ кредитору (l. 34 §. 2 l. 98 §. 46 D. h. t., l. 44 §. 4 D. de O. et A. 44. 7, l. 141 §. 5 sqg. D. de V. O. 45 1); То лицо, которому производится уплата, есть только уполномоченный на принятіе уплаты, но ни въ какомъ случаѣ не субъектъ обязательства (l. 10 D. h. t., l. 10 D. de nov. 46. 2. l. 7 §. 1, D. de pec. const. 13, 5, l. 33 D. de pign. 20. 1, l. 23 D. de fidei 46. 1).

<sup>38а</sup> L. 21 §. 1 D. de don 39. 5, l. 37 §. 4 D. de op. lib. 38. 1. Здѣсь является комбинація съ упомянутымъ выше случаемъ in solutum datio. См. впрочемъ прим. 15.

<sup>39</sup> L. 96 §. 4 D. h. t.

<sup>40</sup> L. 28 D. h. t. (срав. l. 34 §. 4 l. 58 pr. eod., l. 31 §. 6 D. de neg. gest. 3. 5; l. 88 D. h. t.). l. 34 §. 9 D. h. t. Срав. l. 61 D. h. t. «In perpetuum, quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio».

<sup>41</sup> L. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7.

<sup>42</sup> Именно второй наниматель (sublōcator) должную имъ наемную плату уплачиваетъ отдавшему имущество въ наемъ (l. 11 §. 5 D. de pign. act. 13. 7. Другіе (Пухта § 288. b. Аридтсъ §. 263 d, Синтенисъ § 103 прим. 75) выставляютъ общимъ правиломъ, что уплатою кредитору своего кредитора должникъ освобождается отъ обязательства. Противъ этого В. Мюллеръ Argch. f. civ. R. XV. 12 Бушъ ibid. XXXI стр. 19 — 20 Фрицъ Erläuter. II стр. 383. Вангеровъ III § 582. прим. 1. Это положеніе основываютъ главнымъ образомъ на l. 6 D. de doli exe. 444; но это мѣсто можетъ быть безъ затрудненія понято и безъ того, чтобы насильственно выводить изъ него положеніе, что посредствомъ платежа должникомъ кредитору своего кредитора, для него возникаетъ противъ послѣдняго обратное требованіе (такъ Фрицъ, Вангеровъ; Мюллеръ относитъ приведенное мѣсто къ тому случаю, когда кредиторъ злонамѣренно допустилъ должника уплатить его кредитору). Вангеровъ и Бушъ отрицаютъ даже и то исключеніе, которое сдѣлано выше на основаніи l. 11 § 5. D. de pign. act. (оба остальные писателя вовсе не обратили вниманія на это мѣсто). Вангеровъ объясняетъ l. 11 §. 5 cit. тѣмъ, что для должника въ этомъ случаѣ возникаетъ обратное требованіе на кредитора; Бушъ — тѣмъ, что здѣсь предполагается согласіе кредитора. По-

кредитору освобождаетъ должника: е) когда получающій уплату имѣеть залоговое право на обязательство или какое-нибудь право на получение уплаты для себя <sup>43</sup>, или когда ему судебнымъ опредѣленіемъ предоставлено получить эту уплату за свой счетъ <sup>44</sup> и, наконецъ, ф) должникъ освобождается платежемъ третьему лицу и въ томъ случаѣ, если онъ прежде былъ въ правѣ произвести ему эту уплату и не зналъ, что это право его уничтожилось <sup>45</sup>.

8. Полученіе кредиторомъ того, что ему слѣдуетъ, не служитъ къ погашенію обязательства въ томъ случаѣ, когда кредитору не принадлежитъ право отчужденія обязательства <sup>46</sup>. Но при вторичномъ требованіи имъ исполненія должникъ можетъ оспаривать такое на столько, на сколько кредиторъ былъ *имущественно* удовлетворенъ прежнимъ исполненіемъ <sup>47</sup>.

Примѣръ: должникъ А. уплатилъ кредитору, состоящему подъ опекой и не могущему, поэтому, законно получить удовлетвореніе; но при вторичномъ требованіи исполненія должникъ можетъ оспаривать оное въ тѣхъ размѣрахъ, въ коихъ имущество кредитора обогатилось прежнимъ исполненіемъ; напримѣръ, если кредиторъ не растратилъ полученнаго удовлетворенія, или если должникъ, вмѣсто удовлетворенія, уплатилъ законный долгъ его.

А. Д.

*Мнѣніе автора, какъ основанное на спеціальныхъ постановленіяхъ положительнаго римскаго законодательства, непримнимо къ русскому праву. Въ виду отсутствія подобныхъ постановленій въ нашемъ законодательствѣ, необходимо признать, что никто не въ правѣ, безъ надлежащаго полномочія, ликвидировать свои обязательства удовлетвореніемъ кредиторовъ своего кредитора (См. Сводъ I, 289 и 296.)*

А. Д.

слѣднее объясненіе представляется произвольнымъ, противъ перваго же говорить сопоставленіе съ просигаторомъ и тѣмъ, кому производится уплата по указанію кредитора. Мнѣ кажется, что мѣсто это должно быть объяснено такъ: второй наниматель снимаетъ съ перваго часть наемной платы и, уплачивая отдавшему въ наймы, уплачиваетъ первому нанимателю. Изъ практики: Зейфф. Arch. VII. 15. Не составляетъ исключенія право должника въ случаѣ несостоятельности кредитора произвести уплату кредитору послѣдняго. Это объясняется другой точкой зрѣнія. см. прим. 44.

<sup>43</sup> См I §. 229 прим. 10. §. 206 прим. 9.

<sup>44</sup> Сюда относится случай, когда право требованія осуществляется конкурсной массой кредитора; срав. также Синтенисъ II §. 103 прим. 50.

<sup>45</sup> Срав. съ одной стороны I. 34 §. 4 D. h. t., а съ другой—I. 12 §. 2. I. 18. I. 32. I. 34 §. 3 I. 34 I. 38 §. 1 I. 51 D. h. t., I. 3 C. h. t, I. 26 §. 8 D. de cond. ind. 12. 6. I. 26 §. 1. mand. 17. 1, §. 10 I. eod. 3. 26, I. 19 §. 3 D. de don. 39. 5; дажѣ §. 83 къ прим. 12.

<sup>46</sup> L. 15. 66 D. h. t., §. 2. I. quib. al. 2. 8. Конечно уничтожаетъ обязательство на самое принятіе платежа, но то удовлетвореніе, которое производитъ принятіе платежа; безъ принятія платежа не было бы и удовлетворенія.

<sup>47</sup> L. 66 cit., §. 2 cit.

§ 95 \*. Если кредиторъ имѣетъ противъ должника нѣсколько однородныхъ, по предмету, требованій <sup>1</sup> и если уплаченнаго должникомъ недостаточно для погашенія всѣхъ обязательствъ, то возникаетъ вопросъ: къ которому изъ многихъ обязательствъ должна быть отнесена произведенная уплата? Вопросъ этотъ разрѣшается прежде всего тѣмъ назначеніемъ, которое далъ уплатѣ самъ должникъ <sup>2</sup>, при отсутствіи же указанія со стороны должника назначеніе исполненія опредѣляется волею кредитора при принятіи такого <sup>3</sup>. И послѣ полученія уплаты кредиторъ можетъ опредѣлить назначеніе ея, но а) лишь непосредственно послѣ полученія уплаты и б) лишь въ интересѣ должника, такъ что кредиторъ имѣетъ въ этомъ отношеніи свободу лишь тогда, когда интересы должника не требуютъ преимущественнаго удовлетворенія одного изъ нѣсколькихъ обязательствъ <sup>4</sup>. Если ни одна изъ сторонъ не указала такого назначенія, то уплата относится прежде всего: а) къ процентамъ <sup>5</sup>; б) къ просроченному обязательству <sup>6</sup>; в) сперва къ обязательству наиболѣе для должника обременительному <sup>7</sup>; д) сперва къ тому, которымъ должникъ обязался отъ собственнаго имени <sup>8</sup>; е) сперва къ старѣйшему по времени обязательству <sup>9</sup>. Если ни одно изъ этихъ основаній не разрѣшаетъ вопроса, то уплата распределяется пропорціонально между всѣми обязательствами <sup>10</sup>. Кредиторъ, получающій удовлетвореніе изъ продажи залога, становится въ болѣе выгодное положеніе. Здѣсь онъ можетъ отнести вырученную цѣнность къ тому обязательству, къ

§ 95. Функе Beiträge zur Erörterung pract. Rechtsmaterien № 4 (1830). фонъ-Бухгольцъ juristische Abhandlungen № 29 (1833). Фритцъ Erläut. — II стр. 391—394. Унтергольднеръ I стр. 463—464, Вангеръ III §. 589, прим., Синтенисъ II стр. 395—404.

<sup>1</sup> Изъ относящихся сюда случаевъ особенно важенъ случай столкновенія денежных претензій.

<sup>2</sup> L. 1 l. 101 §. 1 D. l. 1 C. h. t.

<sup>3</sup> Если кредиторъ сдѣлалъ назначеніе при самомъ полученіи, то онъ вправе сдѣлать его по своему усмотрѣнію, ибо должнику предоставлено протестовать противъ этого назначенія и въ этомъ случаѣ его воля дается преимуществу; если же онъ не протестовалъ, то слѣдовательно онъ согласился съ назначеніемъ кредитора. Срав. I. 2 D. h. t.

<sup>4</sup> L. 1 C. h. t., l. 1 l. 3 pr. l. 5 §. 3 l. 6 D. eod. срав. l. 1. i. f. D. cit.: «constituere in re praesenti, h. e. statim atque solutum est», въ противоположность къ l. 2. eod.: «in re agenda»

<sup>5</sup> L. 1. C. h. t., l. 5 §. 2 l. 48 D. eod. Зейфф. Arch. I. 191, 142, (X. 121) XV. 16, (XXI. 218. Blätter f. Ranwend. — XXXIV. стр. 241 слѣд.).

<sup>6</sup> L. 3 §. 1 l. 103 D. h. t.

<sup>7</sup> F. 4 l. 5 pr. l. 71. 94 §. 3 l. 97 D. h. t. Зейфф. Arch. X. 23, XV 193.

<sup>8</sup> L. 4 l. 97 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 5 pr. l. 24 l. 97 D. h. t.

<sup>10</sup> L. 8 D. h. t.

которому пожелаетъ, даже отдавая преимущество естественному обязательству передъ юридическимъ <sup>11</sup>:

Это положеніе непримѣнимо къ русскому праву за силою ст. 45 и 2155 т. X, ч. 2.

А. Д.

### В. Доказательство исполненія.

§ 96. Относительно доказательствъ исполненія слѣдуетъ замѣтить слѣдующее:

1. Исполненіе долга, основаннаго на письменныхъ документахъ, можетъ быть доказываемо свидѣтелями только показаніемъ пяти свидѣтелей, и при этомъ они должны были быть специально привлечены для присутствованія при актѣ исполненія или при полученіи кредиторомъ уплаты <sup>1</sup>. Сила этого правила въ настоящее время многими отрицается <sup>2</sup>.

2. Квитанціи имѣютъ доказательную силу лишь по истеченіи 30 дней <sup>а</sup>; въ продолженіе этого времени онѣ могутъ быть потребо-

а) Сравни. т. X ч. 1 ст.

А. Д.

ваны обратно; доказательная сила ихъ можетъ быть совершенно уничтожена заявленнымъ противъ нихъ протестомъ. Если же выдавшій квитанціи не принялъ никакихъ мѣръ въ теченіе 30 дней, то онѣ составляютъ противъ него полное доказательство, не до-

<sup>11</sup> L. 5 §. 2 l. 101 §. 1 D. h. t., 35 pr. D. de pign. act. 13. 7. Но и въ этомъ случаѣ воля кредитора не вполне неограничена: l. 5 §. 2 l. 96 §. 3 D. h. t. Дерибургъ Pfandrecht II стр. 211 слѣд.

<sup>1</sup> L. 18 C. de testib. 4. 20 и къ этому Auth. Rogati изъ Nov. 90. а 2.

<sup>2</sup> Нѣкоторые утверждаютъ, что это положеніе устранено практикой; такъ Тибо §. 666 прим. г, Ветцель Syst. des Civilproz. §. 23 прим. 73, Сянтенисъ § 103 прим. 88 (Зейфф. Arch. XXII. 88) Бейеръ Vorträge стр. 798, Остерло Lehrb. des Civilproz. § 155. Другіе признаютъ это положеніе и не дѣлаютъ по этому поводу никакого замѣчанія, Glück XXI. стр. 219. Мартинъ Lehrb. des bürg. Proz. § 132. о, Мюленбрухъ doctr. pandect. II § 468 ф. Венингъ Ингенгеймъ Lehrb. II § 245 (§ 111) Пухта § 287. Зейффертъ § 284 прим. 11 и Аридтсъ § 262 прим. 1 указывая на это положеніе прибавляетъ, что «по мнѣнію большинства писателей оно въ настоящее время не примѣняется. Также неопредѣленно высказывается и Гестердингъ, Arch. f. civ. Pr. IV стр. 17, За примѣненіе его высказывается Линде. Zeitchr. f. Civ. и Pr. I стр. 241—244. Въ доказательство отмены его обычнымъ правомъ ссылаются на свидѣтельства I. H. Böhmer's ius eccl. prot. II 19 § 34. 20 § 21 и на Strik'a ius mod. pand. II lib. XXII tit. 5 § 15. Но послѣдній выражается неопредѣленно («...non desunt, qui non quinque nunquam in praxi reserua videatur»). Въ доказательство сказаннаго оба ссылаются не на нѣмецкихъ, но на нидерландскихъ и французскихъ писателей (Санде, Гроеневергенъ, Фаберъ) Положенія, высказанныя послѣдними оспариваютъ примѣненіе l. 18. C. cit не безусловно, но только относительно случая когда письменный актъ служитъ лишь для доказательства существованія обязательства, но не относительно того случая, когда такой актъ является существенною принадлежностью обязательства. Io. a Sande regum

пускающее опровержений<sup>3</sup>. Это правило не имѣетъ примѣненія къ квитанціямъ въ уплатѣ общественныхъ повинностей<sup>4</sup>.

3. Относительно исполненія общественныхъ повинностей квитанціи, за послѣдніе три года рождаютъ презумпцію<sup>5</sup> объ исполненіи таковыхъ и за предъидущіе сроки<sup>6</sup>. Это правило почти всегда распространяется на все срочные платежи вообще<sup>7</sup>.

Должникъ имѣетъ право требовать выдачи ему квитанціи, и до выдачи ея онъ въ правѣ приостановиться исполненіемъ.

in suprema Frisionum curia iudicatarum lib. 1 tit. 10 det 1, Codex Fabrianus lib. IV tit. 15. def. 23.

<sup>3</sup> Дѣйствіе *exceptio non numeratæ pecuniæ*, противъ заявленія о полученіи служащаго основаніемъ обязательства (§ 124) распространено l. 14 C. de non num. pec. 4. 30 и на заявленія о полученіи, служащія для прекращенія обязательства. Ср. Гнейстъ *formelle Verträge* стр. 25—32. Я не считаю основательнымъ то объясненіе, которое даетъ этому мѣсту Гнейстъ (согласно съ Эрклебенемъ *cond. sine. cause* II стр. 178 и Витте, *Verreicherungsklagen* стр. 222), что будто бы оно распространяется лишь на платежныя росписки, относительно такихъ долговъ, которые «возникли изъ передачи денегъ или другихъ вещей, въ чемъ выданъ письменный актъ». Ср. ученіе объ *exc. non numeratæ pecuniæ* противъ заявленія о полученіи перваго рода (§ 124), тамъ сказано болѣе подробно объ уклоняющихся отъ этихъ мнѣній Бера *Anerkennung* стр. 291 (327) сѣд., (будто истеченіе 30-дневнаго срока не даетъ платежной роспискѣ доказательной силы, но лишаетъ лишь лице выдавшее ее возможность доказать противное) и Бера *Formalcontracte* стр. 279 сѣд. (будто *exc. non numeratæ pecuniæ* примѣнима лишь къ тому случаю, когда признано, или когда лице выдавшее росписку въ теченіи тридцати дней отъ ея выдачи доказало, что она выдана до дѣйствительнаго основанія обязательства). Если заявленіе кредитора опровергнуто другими доказательствами, то онъ подвергается штрафу, равному суммѣ его обязательства (§ 15 прим. 4).

<sup>4</sup> L. 14 § 1 cit. l. 4. C. de apoch. publ. 10. 22. Гнейстъ, цитир. соч. стр. 50: Если къ этому присовокупяють, что положеніе это не примѣняется къ удостовѣренію присутственнаго мѣста, которымъ подтверждается фактъ исполненія обязательства, то это не составляетъ исключенія; доказательная сила заключается здѣсь не въ признаніи кредитора, но въ удостовѣреніи. Ср. Синтенисъ § 103 прим. 90. 5 Ср. I § 133 прим. 10. Кромѣ высказаннаго въ текстѣ обыкновенно признають еще двѣ презумпціи: а) для возвращенія документа и б) для документа оказавшагося перечеркнутымъ или другимъ способомъ уничтоженнымъ. Но приводимыя въ подкрѣпленіе этого мѣста (l. 2 §. 1 D. de pact. 2. 14, l. 24 D. de prob. 22. 3, l. 82 §. 3 D. de furt. 47. 2) не доказываютъ положительно, что презумпція относится именно къ освобожденію должника вслѣдствіе исполненія обязательства, а не къ освобожденію его вообще. Ср. Фермееренъ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr.* XI. 7, Фритцъ *Erläuter.* II стр. 395, Синтенисъ §. 103 прим. 91. Зейфф. *Arch.* I 202. V 262, XIV. 18, XIX. 138. 223.

<sup>5</sup> L. 3 C. de apoch. publ. 10. 22. Предположеніе это распространяется на 3 послѣдніе года, а не на три послѣдніе срочные платежа. Оно основывается на представленіи квитанцій за три послѣдніе года, такъ что представленіе квитанцій не можетъ быть замѣнено другими доказательствами. G. Ph. v. Bulow *Abhandlungen* II стр. 192—196, Синтенисъ II стр. 415 въ прим.

<sup>6</sup> Ср. объ этомъ Ph. v. Bulow цитир. соч. стр. 193, Гестердингъ *Arch. f. civ. Pr.* IV. стр. 11, Синтенисъ §. 103 прим. 93 и указанныхъ тамъ писателей. Зейфф. *Arch.* I. 334. Противъ этого Гестердингъ и Синтенисъ, въ цитированныхъ выше сочиненіяхъ.

<sup>7</sup> Ср. l. 1 C. de apoch. publ. 10. 22, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 18 C. de

## С. Просрочка со стороны кредитора.

### а. Общая условія.

§ 97. Если кредиторъ безъ законнаго основанія не принимаетъ предложеннаго ему исполненія, то онъ оказывается въ просрочкѣ, точно такъ же какъ и должникъ, когда онъ безъ законнаго основанія замедляетъ исполненіемъ (§ 28 слѣд.)<sup>1</sup>.

Ближайшія условія просрочки со стороны кредитора суть слѣдующія:

1. *Предложеніе* исполненія<sup>2</sup>. Это предложеніе должно быть фактическое, а не только на словахъ, т. е. должникъ не только долженъ заявить готовность къ исполненію, но дѣйствительно быть къ нему готовымъ, такъ что кредитору стоитъ только пожелать, чтобы получить дѣйствительное исполненіе<sup>3</sup>. Но что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ считать реальнымъ предложеніемъ исполненія—нужно ли, чтобы должникъ представилъ кредитору предметъ исполненія, или достаточно, чтобы онъ далъ ему возможность получить таковой—это зависитъ конечно отъ содержанія даннаго обязательства<sup>4</sup>. Не требуется фактической готовности: а) когда кредиторъ заранѣе положительно заявилъ, что онъ не хочетъ принять предложеннаго исполненія<sup>5</sup>; б) когда для

est. 4. 20, Nov. 90 c. 2. Гестердингъ Arch. f. civ. Pr. IV. 4 Ливде Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I стр. 244 — 250. Бушъ Arch. f. civ. Pr. XXXI стр. 1—12, Платнеръ тамъ же L. стр. 252; уклоняются Рудлоффъ тамъ же XLV. 7, Зейфф. Arch. I. 330, VIII. 246. IX. 19. 20. 21, XIII. 245. (срав. тамъ же XXIII. 417).

\* Ф. Мадан die Lehre von der Mora § 36—42. 62—64 69 (1837) Wolff zur § 96. Lehre von der Mora § 31 — 36. 43 — 44. 46. (1841). Моммсенъ die Lehre von der Mora (Beiträge Obligationenrecht B. III) § 14—18. 30—33. 36 (1855). Фришъ Erläuterungen II стр. 348 слѣд. Унтергольднеръ I § 60—62, Синтенисъ II стр. 210—219, Унгеръ въ Haimel's V. J. Sschr. XIV стр. 127 слѣд.

<sup>1</sup> Mora debitoris или solvendi соответствуетъ mora creditoris или accipiendi.

<sup>2</sup> Мадан § 37 Вольфъ § 33 Моммсенъ § 15, Синтенисъ стр. 214.

<sup>3</sup> Въ этомъ смыслѣ предложеніе платежа (oblatio) (за исключеніемъ случаевъ указанныхъ ниже) всегда должно быть «реальное», одного словеснаго предложенія недостаточно. Приведенное различіе обыкновенно смѣшиваютъ съ другимъ, именно между предложеніемъ платежа совмѣстно съ передачею предмета обязательство и предложеніе платежа безъ такой совмѣстной передачи. Въ этомъ смыслѣ не требуется именно oblatio realis. См. слѣдующее въ текстѣ и слѣд. прим.

<sup>4</sup> Напр. при обязательствѣ, состоящемъ въ исполненіи какой либо работы, возможно, что должникъ явится къ кредитору (даже можетъ быть со всеми нужными инструментами), возможно что онъ и не явится. Источники вообще говорятъ offerre (напр. l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 72 pr. § 2 D. h. t. 46. 3) или paratum esse solvere (l. 3 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 39 D. h. t.); дажѣ источники говорятъ, что при отсутствіи вещи, составляющей предметъ обязательства, изъ того мѣста, гдѣ оно должно быть исполнено, невозможно offerre (l. 72 § 3. D. h. t.); употребляется также выраженіе denuntiare ut tollat. (l. 1 § 3, l. 4. § 2 D. de per. 18. 6).

<sup>5</sup> *Определительное* заявленіе кредитора — слѣдовательно не въ смыслѣ простаго

исполненія необходимо его содѣйствіе и онъ отказывается отъ этого даже по требованію суда <sup>5</sup>.

2. Предложеніе *исполненія* <sup>6</sup>. Предложено должно быть именно *то*, чего кредиторъ въ правѣ требовать (§ 93 № 2 и 3) самимъ должникомъ или законнымъ представителемъ его (§ 94 № 5), если онъ дѣеспособенъ (§ 94 № 8), его законному представителю или тому, къ кому кредиторъ обратилъ должника <sup>7</sup>; во время и въ мѣстѣ, въ которыхъ кредиторъ обязанъ по закону принять исполненіе (§ 25 въ концѣ, § 34 въ концѣ).

3. *Противозаконное непріятіе*. Непринятіе исполненія противозаконно, когда оно было возможно кредитору и когда у него нѣтъ никакого извиняющаго основанія къ отказу отъ принятія исполненія, какъ напр. ошибка въ существованіи или въ размѣрѣ обязательства <sup>8</sup>.

4. По исключенію просрочка со стороны кредитора наступаетъ безъ всякаго предложенія исполненія должникомъ <sup>9</sup>, именно въ томъ случаѣ, когда предложеніе невозможно за отсутствіемъ кре-

предположенія, что онъ не измѣнитъ своего заявленія и ввиду готовности должника произвести платежъ. Ср. Моммсенъ стр. 144. 176. Вольфъ стр. 407. Синтенисъ стр. 218).

<sup>5</sup> а L. 4. C. de usur. pup. 5. 56. l. 5. C. de distr. pign. 8. 28. Моммсенъ стр. 170—173. См. также l. 6. D. de opt. leg. 33. 5.

<sup>6</sup> Мадаи § 38—40 Вольфъ § 34 Моммсенъ стр. 145—160 223—24. 314—316.

<sup>7</sup> Сюда относятся и уполномоченный по управленію всѣмъ имѣніемъ («l. 34 § 3 D. h. t.— «is qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant») но не специально уполномоченный; сдѣланное послѣднему порученіе не касается должника. Ср. о различныхъ мнѣніяхъ: Мадаи стр. 249, Вольфъ стр. 493, Моммсенъ стр. 315, Синтенисъ стр. 217.

<sup>8</sup> Мнѣнія здѣсь различны. По другому мнѣнію всякое непріятіе кредиторомъ платежа производить для него просрочку, независимо отъ того, можетъ ли подобное непріятіе платежа быть ему поставлено въ вину или нѣтъ; въ этомъ смыслѣ высказываются Фритцъ стр. 357, Синтенисъ стр. 218. Моммсенъ, §. 17 толкуетъ въ пользу кредитора и принятіе имъ платежа по невозможности, но напр. не по ошибкѣ. Защищаемого здѣсь мнѣнія держится Мадаи § 36. 42, смотр. также Вольфъ стр. 405. 434—436. Источники не даютъ относительно этого окончательнаго разъясненія. Они говорятъ объ accipere nolle (напр. l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 73 §. 2 D. de V. O. 45. 1), также о stare per creditorem quominus accipiat и о заключающейся въ сѣ frustratio (l. 37 D. mand. 17. 1); но и эти послѣднія выраженія не указываютъ окончательно на моментъ ответственности. Если въ l. 72 pr. D. h. t. просрочка кредитора обусловливается тѣмъ, что онъ «sine iuste causa... accipere recusavit», то тѣмъ не менѣе остается возможнымъ, что здѣсь слѣдуетъ понимать, что кредиторъ въ правѣ отказаться отъ ненадлежащаго исполненія. Съ другой стороны о томъ, что l. 3 § 4 D. de A. E. V. 19. 1 и l. 18 pr. D. de rec. const. 13. 5 не даютъ указаній *противъ* должника смотр. Моммсенъ стр. 163. При такомъ положеніи вопроса для меня становится очевиднымъ, что просрочка влечетъ за собою невыгоды для кредитора во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда противное не установлено положительно закономъ и когда эта невыгода не можетъ пасть на невиннаго. Во всякомъ случаѣ мнѣніе Моммсена представляется мнѣ наиболѣе основательнымъ. Ср. Виндшейдъ Heidelb. krit. Zeitschr. III стр. 268—269.

<sup>9</sup> Безъ всякаго предложенія, не только безъ фактической готовности исполнить (прим.



дителя; предложеніе можетъ быть замѣнено здѣсь *заявленіемъ*, сдѣланнымъ суду<sup>10</sup>. Сюда не относится, напротивъ, тотъ случай, когда кредиторъ обязался самъ въ теченіе извѣстнаго срока, взять у должника предметъ исполненія. Если кредиторъ пропустилъ этотъ срокъ, то онъ отвѣтствуетъ только на основаніи этого особаго договора; но онъ не признается въ просрочкѣ, съ спеціальными ея послѣдствіями, безъ предложенія со стороны должника<sup>11</sup>.

Просрочка кредитора прекращается<sup>12</sup>), если онъ заявитъ, что готовъ принять исполненіе; но одновременно съ этимъ заявленіемъ онъ обязанъ предложить должнику вознагражденіе за ущербъ, причиненный ему просрочкою<sup>13</sup>). Кромѣ того просрочка кредитора прекращается съ наступленіемъ просрочки должника; наконецъ, само собою разумѣется, что просрочка прекращается съ прекращеніемъ самаго обязательства.

### В. Дѣйствіе \*).

§ 98. Просрочка кредитора не освобождаетъ должника отъ его обязанности<sup>14</sup>); но должникъ можетъ требовать, чтобы происшедшее отъ просрочки кредитора неисполненіе обязательства не обратилось ему во вредъ. Изъ этого положенія вытекаютъ слѣдующія послѣдствія: 1) Должникъ уже не отвѣчаетъ болѣе за недостатокъ заботливости, но отвѣчаетъ лишь за злой умыселъ и за сходную съ нимъ грубую неосторожность<sup>2</sup>; гибель предмета обязательства, происшедшая безъ злаго умысла или грубой неосторожности должника, освобождаетъ его отъ обязательства даже и въ томъ

5. 5а). Срав. Мадан §. 42, Вольфъ §. 36, Моммсенъ §. 28, Фрицъ стр. 365—357, Синтенисъ стр. 218—219.

<sup>10</sup> L. 6 D. de usur. 4. 32. Моммсенъ стр. 168—170.

<sup>11</sup> А. М. Моммсенъ стр. 173. срав. тамъ же стр. 175.

<sup>12</sup> Мадан §. 69, 70, Вольфъ стр. 514—515, Моммсенъ §. 36, Синтенисъ стр. 221.

<sup>13</sup> L. 17 D. de per. 18. 6. Объ l. 51 pr. D. de A. E. V. 19. 1 сн. Фрицъ Arch. f. civ. Pr. X. 6, Моммсенъ стр. 340 слѣд., Виндшейдъ Heidel. krit. Zeitschr. III стр. 278.

\* Мадан §. 62—64, Вольфъ §. 43—44, Моммсенъ §. 30—33, Синтенисъ стр. § 98. 210—214.

<sup>1</sup> О противорѣчащихъ повидимому мѣстахъ см. Моммсенъ стр. 286 прим. 2. Противоположное для другихъ долговъ, кромѣ денежныхъ, утверждаетъ Циммеръ Arch. f. civ. Pr. III 9; противъ этого Тиболь тамъ же V. стр. 332—337.

<sup>2</sup> L. 5 l. 17 D. de per. 18. 6. l. 9 D. sol. matr. 24. 4. Если бы кредиторъ принялъ исполненіе, то для должника не предстояло бы болѣе надобности заботиться объ исполненіи. Отвѣтственность же за злой умыселъ и за грубую неосторожность никогда не прекращается (§ 17 № 1 и 2). Если объектъ обязательства погибнетъ по винѣ или по грубой неосторожности должника, то для оцѣнки отвѣтственности слѣдуетъ руководствоваться обыкновенными правилами. (§ 10 № 1). O l. 3 §. 4 D. de A. E. V. 19. 1 смот. Виндшейдъ Heidelb. krit. Zeitschr. III стр. 275. Моммсенъ стр. 294, Мадан стр. 460, Вольфъ стр. 495.

случаѣ, если отъ этого не произошла невозможность исполненія обязательства <sup>3</sup>. 2) Права должника обусловливаются исполненіемъ имъ обязательства, могутъ быть осуществлены имъ безпрепятственно <sup>4</sup>. 3) Должникъ можетъ требовать отъ кредитора возмѣщенія потерь, понесенныхъ имъ вслѣдствіе замедленія исполненіемъ обязательства не по его винѣ <sup>5</sup>. Онъ вовсе не обязанъ дѣлать какія либо затраты, если онъ можетъ избѣжать ихъ доставленіемъ предмета обязательства, хотя безъ врученія его кредитору; онъ имѣетъ право на то и обязанъ только предупредить объ этомъ кредитора <sup>6</sup>. 4) Просрочка кредитора не прекращаетъ обязанности должника платить проценты <sup>7</sup>; точно такъ же кредиторъ

<sup>3</sup> L. 84 §. 3 C. de leg. I° 30, 1, 6 D. de doli. exc. 44. 4, 1. 72 pr. D. h. t. Въ l. 102 pr. D. h. t. въ концѣ слѣдуетъ читать вмѣсто «creditoris»—«debitoris» Момсенъ стр. 300 въ прим.

<sup>4</sup> Такъ напр. при двустороннихъ договорахъ, l. 13 §. 8 D. de A. E. V. 19. 1. Точно также не препятствуетъ, если для должника безъ его вины послѣдующее исполненіе обязательства сдѣлается невозможнымъ l. 5 i. f. D. de per. 18. 6, 1. 36 D. loc. 19. 2. Момсенъ стр. 302 — 306. По древне-римскому праву на просрочкѣ кредитора основывалось право требовать возвращенія залога (l. 20 § 2 l. 9 §. 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 §. 1 D. quib. mod. pign. 20 6, 1. 1 pr. §. 4 D. de migr. 43. 32); поздне для этой цѣли требовалось судебное опредѣленіе l. 10. 12 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 C. de compens. 4. 31, l. 20 C. de pign. 8. 14, l. 3 C. de uit. pign. 8. 31. Срав. прим. 7.

<sup>5</sup> L. 38 §. 1 D. de A. E. V. 19 1, l. 8 D. de tritic. 33. 6.

<sup>6</sup> L. 1 §. 3. 4 D. de per. 18. 6, l. 12 l. 14 pr. D. eod. Боле снисходительное мнѣніе выражено въ l. 8 D. de trit. 33. 6. Помпой не даетъ здѣсь должнику возможности ограничиться уплатой стоимости. Также и въ l. 1 §. 3 cit. указано какъ на боле правильное не удовлетвореніе вещь за ея цѣнность, но другой способъ, именно продажу вещи за счетъ кредитора. О различныхъ мнѣніяхъ ср. Мадаи стр. 466 слѣд., Вольфъ стр. 488 слѣд., Момсенъ стр. 308 слѣд.; также Тэль Handelsr. I §. 87. 2. I. Зейфф. Arch. XIV. 122. НГ. В. ст. 343 даетъ продавцу только право продажи. См. также § 32 прим. 1.

<sup>7</sup> Должникъ, правда, можетъ отовариться, что если бы кредиторъ принялъ уплату, то онъ освободился бы отъ платежа процентовъ; но противъ этого кредиторъ можетъ возразить, что должникъ продолжалъ пользоваться должными деньгами. Это безъ сомнѣнія служитъ основаніемъ почему продолженіе обязанности платить ростъ признается l. 1 §. 3 l. 7 D. de usur. 22. 1, l. 6. 19 C. eod. 4. 32, l. 28 § 1 D. de adm. et. per. 26. 7. L. 2 C. de usur. 4. 32 не говорить что ростъ прекращается посредствомъ предложенія произвести уплату, напротивъ: это мѣсто говорить что онъ не прекращается внесеніемъ денегъ безъ предложенія принять ихъ. Боле снисходительное, не принятое мнѣніе въ l. 28 §. 1 D. de adm. cit; см. также l. 122 § 5 D. de V. O. 45. 1. Уклоняется Момсенъ стр. 288; противъ—Виндшейдъ Heid. krit. Zeitschr. III стр. 273 ср. также Унтергольцнеръ I стр. 130. — Послѣ просрочки со стороны кредитора должникъ не платитъ неустойки; но лишь потому, что прекратилась его просрочка. По l. 1. 11 C. de usur. 4. 32 просрочившій кредиторъ теряетъ право пользоваться взаимнъ процентовъ плодами заложенной ему вещи (l. 8 D. in. quib. caus. pign. 20. 2). Не имѣетъ ли это соотношенія съ древнѣйшимъ правомъ, указанномъ въ прим. 4 относительно actio pignoratitia? Относить l. 1. 11. cit. къ договору нѣтъ основанія срав. впрочемъ Мадаи стр- 471, Момсенъ стр. 289.

не теряет чрез свою просрочку ни залоговаго права <sup>8</sup>, ни права продать заложенное имущество <sup>9</sup>.

*d) Предоставленіе предмета обязательства чрез посредство суда \**).

§ 99. Если предметъ обязательства состоитъ въ движимомъ имуществѣ, то должникъ можетъ не ограничиваться указанными послѣдствіями просрочки кредитора; ему предоставляется средство совершенно освободиться отъ обязательства; средство это заключается <sup>1</sup> въ представленіи предмета обязательства въ судъ (*depositio*) <sup>2</sup>.

Этимъ средствомъ должникъ можетъ освободиться отъ обязательства и въ томъ случаѣ, когда препятствіе къ его исполненію заключается въ личности кредитора, каковы напр. его отсутствіе, неспособность къ отчужденію, неопредѣленность лица кредитора <sup>3</sup>).

Наши законы предусматриваютъ только этотъ послѣдній случай, т. е. когда предметъ обязательства заключается въ деньгахъ или въ движимомъ имуществѣ вообще (т. X ч. 1 ст. 2055); но законъ ничего не постановляетъ о послѣдствіяхъ уклоненія кредитора отъ принятія исполненія въ другихъ случаяхъ. Впрочемъ, по общимъ началамъ права, слѣдуетъ признать, что изложенныя правила имѣютъ примѣненіе и у насъ.

Нужно замѣтить еще, что примѣненіе ст. 2055 т. X ч. 1 возбудило сомнѣніе въ практикѣ новыхъ судебныхъ учреждений, такъ

<sup>8</sup> L. 19 C. de usur. 4. 32.

<sup>9</sup> Срав. I §. 237 прим. 2.

\* Моммсенъ стр. 306—308, Унтергольцнеръ стр. 470—472, Синтенисъ стр. 412—§ 99. 413, Гольцшверъ III §. 246.

<sup>1</sup> Должникъ не имѣетъ иска о понужденіи къ принятію, развѣ бы той юридической сдѣлкой, которая создала обязательство была явно или молчаливо установлена обязанность кредитора принять отъ должника объектъ обязательства въ опредѣленный срокъ. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать I. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Моммсенъ §. 14 примѣч. 3.

<sup>2</sup> О депозиціи говорятъ: I. 1 §. 31. 7 D. de usur. 22. 1, 1. 28 §. 1 D. de adm. et. reg. 26. 7, 1. 2. 6. 19 C. de usur. 4. 32, 1. 9 C. de solut. 8. 43. Эти мѣста постоянно предполагаютъ существованіе денежнаго долга; но что депозиція можетъ имѣть примѣненіе и относительно другихъ движимыхъ вещей, указываетъ Nov. 91 с. 2, смот. также I. 1 §. 36. 37 D. dep. 16. 3. У римлянъ, какъ кажется, депозиція имѣла значеніе лишь въ смыслѣ оставленія запечатанныхъ вещей должникомъ см. I. 7 D. de usur. cit. Впослѣдствіи мѣстомъ депозиціи обыкновенно была храмъ Срав. Мутеръ Sequestration and Arrest. стр. 363—368. Нылъ же депозиція можетъ быть произведена въ каждомъ судѣ. Синтенисъ стр. 413. срав. GB. Arch. 343. Депозиція, безъ предшествующаго предложенія принять уплату, недействительна I. 2 C. de usur cit. Должникъ не связанъ депозиціей, I. 19 C. cit. (Унгеръ Jahrb. f. Dogm. X стр. 50. 51. Blätter f. R. Anwend. XXXIV стр. 410). Объ отвѣтственности государства за принятіе депозита судомъ см. Зейфф. Arch. II 159, XVII 123, ср. III. 327, V. 135, VII. 321. См. также же VIII. 23.

<sup>3</sup> L. 7 §. 2 D. de minor. 4. 4, 1. 1 §. 36. 37 D. dep. 16. 3, 1. 56 §. 1 D. mand. 17.

какъ трудно сказать, въ какомъ порядкѣ производства они могли бы принимать предметы исполненія, о которыхъ говорить эта статья закона. Впрочемъ, слб. окружной судъ, сколько намъ извѣстно, принимаетъ такія суммы по распоряженіямъ предсѣдателя и выдаетъ таковыя по назначенію, если таковое было сдѣлано, по его же распоряженіямъ; если же не было указано лица, коему внесенныя суммы подлежать выдачѣ, онѣ выдаются по постановленіямъ суда.

А. Д.

## 2. Компенсация (зачетъ)\*.

### а) Понятіе.

§ 100. Компенсация есть прекращеніе обязательства посредствомъ другаго обязательства должника относительно кредитора. При компенсациі кредиторъ не получаетъ того, что онъ имѣлъ получить; но, вмѣсто этого, онъ освобождается отъ соотвѣтствующаго долга<sup>1</sup>. Поэтому компенсация является однимъ изъ способовъ удовлетворенія<sup>2</sup>. Выраженіе «компенсация» употребляется не только для обозначенія дѣйствія, истекающаго непосредственно изъ противопоставленнаго обязательства, но также и для обозначенія дѣйствія того лица, которое представляетъ обязательство для зачета<sup>3</sup>.

1, I. 18 §. 1 D. de usur. 22. 1. Срав. также I. 47 §. 2 D. de fideic. lib. 40. 5, I. 4 пр. D. de statu lib. 40. 7. Зейфф. Arch. I. 34, II. 158. VIII. 23. X. 35. 240, XIII. 92, (XXI. 27. 28. Буде и Шмидтъ *Entscheid. des O. A. G. za Rostock VI. 45*).

§ 100. \* Dig. 16. 2 Cod. 4. 31 de compensationibus. Кругъ die Lehre von der Compensation (1833; объ этомъ Фуръ въ Schunk's Jahrb XXXIII стр. 109 слѣд. 217 слѣд.). Гарттеръ das römischdeutsche Recht der Compensation, mit Hinblick auf einige besondere in Deutschland geltende Gesetze und Statuten dargestellt (1837). Бринцъ die Lehre von der Compensation (1849). X. Дернбургъ die Compensation nach römischen Recht mit Rücksicht auf die neuere Gesetzbücher (1854) (второе изд. 1868. Объ этомъ Эжкъ *Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. R. Pflege in Preussen III* стр. 124). Далѣе статьи Гассе *Arch. f. civ. Pr. VII* 9 (1824), Бетманнъ-Голлвергъ *Rhein. Museum I* стр. 257 — 285 (1827), Теллакамфъ *Arch. f. civ. Pr. XXIII. 11* (1840). Кругъ *ibid. XXV* стр. 211 — 226 (1842), Сянтенісъ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 1* (1843), Гарттеръ *ib. XIX, 6* (1844), Фуръ *Arch. f. pract. R. W. I. 16* (1853), ср. Шейерль *Beiträge I Nr. 7* (1853), Кругъ *Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verwaltung f. d. Königr. Sachsen VIII 6* (1854), Бринцъ *Jahrb. d. gem. R. I. 2* (1857), и сочиненія Убеллоде о положеніи *ipso iure compensatur* (1858), Амера *die Compensation im Civilprozess des classischen römischen Rechts* (Habilitationsschrift, 1863). Фритцъ *Erläuterungen II* стр. 395 — 410 Унтергольцнеръ I §. 254—260, Вангеровъ III §. 618, Бринцъ §. 149, Сянтенісъ II §. 104.

<sup>1</sup> Вообще I. 1 D. h. t. «Compensatio est debiti et crediti inter se contributio».

<sup>2</sup> См. §. 93 прим. 3.

<sup>3</sup> Именно для означенія дѣйствія должника, который противъ требованія кредитора выставляетъ собственное требованіе (такъ напр. въ I. 2 l. 10 §. 1. 3 i. f. l. 13 i. f. l. 21 i. f. D. h. t. и во многихъ другихъ мѣстахъ) такъ же для означенія дѣйствія кредитора (напр. I. 18 §. 1 I. 3 C. h. t.), или судьи, или другаго лица,

Компенсация предполагает известныя презумпции, безъ которыхъ она не наступаетъ; объ этомъ будетъ сказано ниже въ § 102; здѣсь же изложимъ тѣ основанія, которыми она приводится въ исполненіе, если существуютъ означенныя предположенія <sup>4</sup>.

### в) Дѣйствіе.

§ 101. 1) То обстоятельство, что должникъ имѣетъ въ свою очередь обязательство на кредитора, уничтожаетъ права этого послѣдняго; оно продолжаетъ существовать само по себѣ <sup>1</sup>.

2) Но съ того момента, когда праву кредитора противопоставляется требованіе должника, противъ него возникаетъ возраженіе (*exceptio*), которое препятствуетъ его осуществленію. Это возраженіе основывается на естественномъ предположеніи, что было бы скандалезно требовать отъ должника того, что ему должно было быть тотчасъ-же возвращено <sup>2</sup>.

постановляющаго судебный приговоръ (напр. §. 30 I. de act. 4. 6, l. 15 D. h. t. l. 96 §. 3 i. f. D. de solut. 46. 3). Это послѣднее значеніе, по которому слово *compensare* относится къ дѣятельности лица, употребляется въ источникахъ такъ часто, что другое значеніе его почти совершенно исчезаетъ. Это невѣрно. Выраженія *compensare* и *compensatio* основываются на представленіи объ уравновѣшеніи; это уравновѣшеніе можетъ быть понимаемо какъ исходящее непосредственно изъ обязательства, и какъ исходящее изъ дѣятельности известнаго лица. Какъ непосредственно исходящее изъ обязательства, это выраженіе употреблено въ упомянутомъ уже выраженіи *ipso iure compensatur* (см. объ этомъ §. 101 прим. 3.). Ср. особенно l. 21 D. h. t., «*Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debet de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*». Здѣсь выраженіе *compensatio* не примѣняется даже къ дѣятельности должника, производящаго зачетъ. Если бы выраженія «*compensare*» и «*compensatio*» не имѣли другаго смысла, кромѣ означенія дѣйствія лица, предъявляющаго встречное требованіе, то мы могли бы обойти выраженія «*compensare*» и «*compensatio*» и вмѣсто нихъ употреблять выраженія «зачитать», «зачетъ». Но эти выраженія плохо примѣняются къ означенію дѣйствія, вытекающаго изъ встречнаго требованія. Такимъ образомъ не остается ничего болѣе какъ употреблять приведенныя иностранныя выраженія, тѣмъ болѣе, что было бы слишкомъ смѣло говорить «уравновѣшивать, равновѣсіе», что собственно вполне соответствовало бы этимъ выраженіямъ.

<sup>4</sup> Институтъ компенсации развивался у римлянъ лишь постепенно. Еще во времена Гаия за исключеніемъ двухъ особенныхъ случаевъ (при требованіи *argentarius*'а и при требованіи *bonarum emtor*'а) къ зачету могло быть представлено лишь то встречное требованіе, которое истекало изъ того же правоотношенія. *Gai* IV. 61 — 68. По рескриптомъ императора Марка было признано, что помѣщенная въ формулѣ *exceptio doli* давала судья право принимать въ соображеніе и такое встречное требованіе, которое истекало изъ инаго правоотношенія (§ 30 I. de act. 4. 6). Исторію компенсации, о которой, въ связи съ вопросомъ, упомянутомъ въ § 101, прим. 3, было много споровъ, ср. Брицъ *Compensation* стр. 76 слѣд., *Lehrb.* стр. 644 слѣд. *Jahrb.* стр. 38 слѣд., Дерябургъ стр. 19 слѣд. (2 изд. стр. 15 сл.), Уббелде стр. 180 слѣд., статью Ассера, и обзоръ Гне у Вангерова прим. 1 № II.

<sup>1</sup> Компенсация погашаетъ обязательство не *ipso iure*, но *ope exceptio*nis. Дерябургъ § 101. §. 29, Вангеровъ стр. 380—382.

<sup>2</sup> «*Dolo facit, qui petit, quod redditurus est*». L. 8 pr. D, de doli exc. 44. 4, l. «Суд. Журн. 1874 г. кн. I.

3) Возраженіе о компенсаціи возникаетъ въ силу самаго права; для этого не требуется какой либо дѣятельности должника. Если должникъ въ опроверженіе предъявленнаго противъ него требованія ссылается на принадлежащее ему право, то этимъ онъ не создаетъ возраженія, а пользуется только уже существующимъ правомъ<sup>3</sup>.

4) Заявленіемъ о зачетѣ, хотя и косвенно, прекращается обязательство<sup>4</sup>. Поэтому если должникъ, по невѣдѣнію о принадле-

173 §. 3 D. de R. I. 50. 17. См. также l. 3 D. h. t. «Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere». Были попытки распространить это толкованіе въ томъ смыслѣ, что компенсація уничтожаетъ обязательство въ силу уплаты кредиторомъ самому себѣ или въ силу уменьшенной уплаты должникомъ. Это ошибочно. Кредиторъ не можетъ требовать въ силу того, что онъ долженъ отдать; но онъ не только не получилъ и не отдалъ, но не можетъ быть и рассматриваемъ какъ получившій и отдавшій. Срав. Вангеровъ, прим. 1 № I. Дернбургъ §. 39 (42). Поэтому доказательство компенсаціи не служитъ доказательствомъ уплаты Зейфф. Arch. XII. 94.

<sup>3</sup> Въ этомъ смыслѣ источники говорятъ, что «ipso iure compensatur», «ipso iure compensatio fit», что должникъ «ipso iure eo minus debet, quod ex compensatione retinere potest». L. 4 l. 10 pr. l. 21 D. h. t.; l. 4 l. 14 pr. C. h. t., §. 30 I. de act. 4. 6. Компенсація не *дѣйствуетъ* ipso iure, но *наступаетъ* ipso iure, т. е. компенсація, понимаемая какъ погашеніе обязательства противоположнымъ обязательствомъ; при компенсаціи, направленной противъ дѣйствія должника, выраженіе ipso iure не имѣетъ смысла. О значеніи ipso iure было такъ много споровъ, что Уббелюде написавъ объ этомъ дѣлую книгу (см. прим. \*) а) Сначала господствующее мнѣніе было то, что ipso iure дѣйствуетъ какъ исполненіе или прощеніе. б) Впослѣдствіи это мнѣніе стало согласоваться съ общепризнаннымъ положеніемъ, что должникъ, если онъ не хочетъ произвести зачета, сохраняетъ свое вѣрочное требованіе, тѣмъ, что компенсація получаетъ дѣйствіе только въ томъ случаѣ, когда этого хочетъ должникъ и что въ этомъ случаѣ оба требованія погашаются въ тотъ моментъ, когда они другъ другу противопоставлены. Это — теперь господствующее мнѣніе. в) Оно энергично опровергалось Брилицемъ въ его сочиненіи о компенсаціи. Въместо него Брилицъ старался установить прежнее мнѣніе Донеллѣуса, но на иныхъ основаніяхъ; онъ доказывалъ, что выраженіе ipso iure означаетъ лишь то, что компенсація возникаетъ и безъ того, чтобы въ формулу была помѣщена exceptio. Таково же, но на другихъ основаніяхъ — мнѣніе Уббелюде (приближающееся къ мнѣнію изложенному sub а). д) По мнѣнію Дернбурга ipso iure означаетъ, что компенсація возникаетъ въ силу самаго права, т. е. что она не зависитъ ни отъ особенныхъ обстоятельствъ и отношеній, ни отъ убѣжденія судьи. е) Новѣйшій писатель о компенсаціи, Ассеръ, возвратился къ старому мнѣнію, что компенсація дѣйствуетъ ipso iure. Онъ указываетъ, что такое же мнѣніе объ ipso iure было усвоено и Юстиніаномъ, но безъ всякаго отношенія къ значенію этого выраженія. Поэтому было бы «безразсудно «маклячить» въ современной теоріи гражданскаго права» (стр. 57). ф) Съ защищаемымъ здѣсь мнѣніемъ согласенъ въ главныхъ основаніяхъ (ср. слѣд. прим.) Брилицъ въ его соч. Jahrb. d. gem. R. и въ его учебникѣ, хотя отчасти онъ придерживается и прежняго своего мнѣнія. (Противъ этого мнѣнія Дернбургъ 2 изд. стр. 304, Вангеровъ, 7 изд. III стр. 361 слѣд.) Это различіе мнѣній не имѣетъ практическаго значенія. Ср. Уббелюде стр. 3—5.

<sup>4</sup> Срав. §. 93 прим. 1, въ концѣ L. 4 D. h. t.:—«ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. Sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest». L. 10 pr. D. h. t.:—«compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem». L. 4 C. h. t.:—«ipso iure pro soluto compensationem haberi

жащемъ ему правѣ зачета произведетъ платежъ, то онъ въ правѣ требовать возвращенія уплаченнаго имъ, какъ переданнаго безъ основанія <sup>5</sup>. Въ силу того же значенія возраженія о зачетѣ, оно исключаетъ теченіе процентовъ <sup>6</sup>, просрочку должника <sup>7</sup>, а также наступленіе неустойки, обусловленной неисполненіемъ <sup>8 9</sup>.

5) Воспользоваться ли возраженіемъ о зачетѣ, или нѣтъ — это вполне зависитъ отъ усмотрѣнія должника. Если онъ самъ не ссылается на него, то судья не въ правѣ принять это во вниманіе <sup>10</sup>.

6) Если должникъ не воспользуется этимъ возраженіемъ, то онъ сохраняетъ свое право требованія и можетъ воспользоваться имъ другимъ способомъ <sup>11</sup>. Поэтому незаъявленіе возраженія о зачетѣ не разсматривается какъ дареніе, которое предполагается въ неиспользованіи должникомъ всякимъ другимъ принадлежащимъ ему возраженіемъ. Право требованія должника продолжаетъ существо-

oportet». О томъ какъ слѣдуетъ читать послѣднія мѣста см. Уббелоде стр. 207, слѣд. и цитированныя у него соч., Брилицъ Jahrb. стр. 38. Брилицъ (Jahrb. и Lehrb.) принимаетъ не прекращеніе требованія посредствомъ встречнаго требованія, но лишь освобожденіе должника. Этимъ онъ хочетъ съ точностью обозначить противоположность съ ослабленіемъ требованія посредствомъ возраженія (Jahrb. стр. 34). Эта послѣдняя противоположность по моему мнѣнію имѣетъ значеніе лишь въ томъ смыслѣ, что должникъ, посредствомъ возраженія о зачетѣ, освобождается, жертвуя соответствующею дѣйствіемъ. Эта особенность не касается однако уничтожающаго значенія возраженія.

<sup>5</sup> L. 10 §. 1 D. h. t. «Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluta». L. 30 D. de cond. ind. 12. 6. Дерибургъ стр. 491—493 (586—587).

<sup>6</sup> L. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 7 C. de solut. 8. 43. Дерибургъ стр. 489—491 (587—589).

<sup>7</sup> Ср. l. 40 D. de R. C. 12. 1. Дренбургъ стр. 493 (589) Другаго мнѣнія Брилицъ Compens. стр. 17.

<sup>8</sup> Сюда относятся дѣйствія эмфитеузиса (l. §. 122, № 4) и найма (l. 54 §. 1. D. loc. 19. 2), Дерибургъ стр. 494 (509) Зейфф. Arch. XII 23. 152.

<sup>9</sup> Интересное послѣдствіе представляетъ l. 21 D. h. t. Procurator absentis, представляющій къ зачету требованіе отсутствующаго должника, не обязанъ представить cautio de rato, между тѣмъ какъ таковое обязанъ представить всякій, кто, безъ довѣренности, оспариваетъ чужое требованіе. Procurator не оспариваетъ чужаго требованія, но употребляетъ возраженіе, возникающее изъ этого требованія безъ посредства его дѣятельности. Относительно истиннаго смысла l. 21 cit. мнѣнія весьма различны. Ср. именно Брилицъ §. 35, Дерибургъ стр. 326 слѣд. (328 сл.), Уббелоде §. 25.

<sup>10</sup> L. 2 D. h. t. «Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare». L. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27. 4—«erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit». (Зейфф. Arch. XXII. 128, XXIII. 122).— То правило, что заявленіе возраженія зависитъ отъ усмотрѣнія должника, примѣняется ко всемъ возраженіямъ, но здѣсь это имѣетъ совершенно особый смыслъ. Заявленіе всѣхъ другихъ возраженій доставляетъ должнику выгоду; въ заявленіи же возраженія о зачетѣ заключается и пожертвованіе, — отчужденіе требованія съ цѣлью освобожденія. На этомъ основаніи и корреляльный должникъ не можетъ безусловно заявить возраженія о зачетѣ своего права регресса противъ своего содолжника (§ 102 прим. 19).

<sup>11</sup> L. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27. 4 (прим. 10).

вать и въ томъ случаѣ, если судья отвергнетъ возраженія вслѣдствіе невозможности зачета <sup>12</sup>.

7) И кредиторъ можетъ сослаться на зачетъ въ томъ отношеніи <sup>12а</sup>, что онъ не можетъ быть обязанъ къ принятію исполненія обязательства и тѣмъ предоставить должнику воспользоваться принадлежащимъ ему требованіемъ инымъ способомъ <sup>13</sup>. Но если онъ принялъ исполненіе, хотя бы даже и по невѣдѣнію о своемъ долгѣ, то онъ уже не въ правѣ возвращеніемъ полученнаго вновь приобрести право на зачетъ <sup>14</sup>.

8) <sup>15</sup> Если должникъ имѣетъ на кредитора нѣсколько требованій, то избраніе того или другаго изъ нихъ для зачета зависитъ отъ его усмотрѣнія <sup>16</sup>. Если кредиторъ имѣетъ нѣсколько требованій на должника, то въ случаѣ требованія отъ должника исполненія <sup>17</sup>, ему принадлежитъ и выборъ; кредитору же выборъ при-

<sup>12</sup> Иначе будетъ, если судья отклонитъ компенсацию, признавъ противопоставленное требованіе неосновательнымъ L. 7 §. 1 D. h. t., l. 8 §. 2 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 §. 4 D. de contr. tut. 27. 4. Ср. I §. 130 примѣч. 21. Дернбургъ § 50 (69).

<sup>12а</sup> Но не въ томъ смыслѣ, чтобы кредиторъ, ссылающийся на компенсацию, могъ поудить должника, отказывающагося отъ нея, допустить производство о противопоставляемомъ обязательствѣ для того, чтобы добиться судебного признанія его содержанія. Въ этомъ случаѣ предполагается, что кредиторъ съ самаго начала предъявилъ искъ только о части своего требованія, вторая же часть его, также какъ и противопоставляемое обязательство, устраниются изъ процесса. Того же мнѣнія держится и Синтенисъ Lehrb. стр. 445 въ примѣч.; другаго мнѣнія Дернбургъ стр. 225 (237, 546 сл.). Загадочное и трудное для пониманія исторіи компенсациі мѣсто Paulus'a S. R. II 5 и 3 не содержитъ въ себѣ взгляда, противоположнаго приведенному здѣсь; это мѣсто предполагаетъ обязательную по закону компенсацию («debes»).

<sup>13</sup> Это естественное послѣдствіе положенія «ipso iure compensatur». Противопоставляемое обязательство употребляется для косвеннаго погашенія требованія. Первоначальное требованіе погашается не тѣмъ, что должникъ противопоставляетъ ему другое требованіе. На такое прекращеніе обязательства, имѣющее мѣсто въ силу закона, кредиторъ можетъ сослаться также какъ и должникъ, и они вправѣ не принимать исполненія по погашенному уже обязательству. Изъ того, что должникъ не обязанъ сослаться на компенсацию въ случаѣ предъявленія къ нему требованія, еще не слѣдуетъ, чтобы кредиторъ этого не могъ сдѣлать, если отъ него требуютъ чего нибудь вслѣдствіе того, что ему принадлежитъ обязательство.

<sup>14</sup> Противоположное утверждаетъ Дернбургъ стр. 491. 492 (588. 589); но я не согласенъ съ нимъ. Кредиторъ, которому принадлежитъ имущество (обязательственное право на должника), произвелъ его отчужденіе (принявъ платежъ), но при этомъ онъ не произвелъ бы этого отчужденія, еслибы не былъ въ заблужденіи (онъ представилъ бы свое обязательство къ зачету): неужели это обстоятельство дасть ему права уничтожить произведенное имъ отчужденіе?

<sup>15</sup> Фуръ Arch. f. prakt. R. W. I тетрадь 3 стр. 141 — 155; Кругъ § 52, Дернбургъ § 48 (65). Синтенисъ стр. 438.

<sup>16</sup> Для разрѣшенія этого исходной точкой служить l. 5 D. h. t. Поэтому противъ этого положенія никто не споритъ. (Срав. Зейфф. Arch. XXIII. 22).

<sup>17</sup> Также Фуръ и Синтенисъ, цитир. соч.; точно также Унтергольднеръ стр. 553, Вангеровъ прим. 1 № I въ концѣ. Кругъ и Дернбургъ, цитир. соч., хотя и по различнымъ основаніямъ предоставляютъ выборъ кредитору. Я исхожу изъ того, что отъ усмо-



надлежитъ въ томъ случаѣ, когда ему предлагается исполне-  
ніе 18 19.

с) Презумпція.

§ 102. Компенсаціи предполагаютъ:

1) Дѣйствительное обязательство, не допускающее никакихъ возраженій <sup>1</sup>. Если противопоставленное обязательство прекращается прямо, или посредствомъ возраженія, то прекращается и компенсація <sup>2</sup>.

2) Не требуется, чтобы противопоставляемое обязательство могло быть осуществимо посредствомъ иска; для компенсаціи можетъ служить и естественное обязательство кредитора <sup>3</sup>. Впрочемъ,

требованіи должника зависятъ представить принадлежащее ему обязательство къ зачету или нѣтъ; если да, то ему должно принадлежать и право выбора, противъ котораго изъ требованій кредитора представить свое обязательство. Естественно, что если онъ первый заявилъ требованіе въ качествѣ кредитора, то право выбора переходитъ къ его должнику, который въ то же время является кредиторомъ по нѣсколькимъ обязательствамъ. Во всякомъ случаѣ ни та, ни другая сторона не можетъ заставить другую представить возраженіе о компенсаціи, если она этого не хочетъ.

<sup>18</sup> Относительно послѣдняго дѣйствуютъ тѣ же правила, что и относительно должника. Такъ какъ отъ него зависитъ воспользоваться возраженіемъ о компенсаціи, то ему же предоставляется и опредѣлить, которое изъ своихъ обязательствъ онъ желаетъ погасить посредствомъ зачета.

<sup>19</sup> Какое отношеніе имѣетъ къ разсмотрѣннымъ здѣсь случаямъ положеніе *ipso iure compensatur*? Опредѣленіе должника или кредитора имѣетъ обратное дѣйствіе въ томъ отношеніи, что опредѣляется, что извѣстное обязательство погашается (въ силу возраженія) извѣстнымъ обязательствомъ. L. 98 § 3. D. de solut. 46. 3: — «sitque et hoc ex his, quae postfactis in praeteritum quid fuerit declarent».

<sup>1</sup> L. 14 D. h. t. «Quaecunque per exceptionem peremi possunt, in compensationem § 102. non veniunt». Компенсація обязательства, по ошибкѣ принятаго за имѣющее значеніе. Зейфф. Arch. XIX. 224. Компенсація противъ компенсаціи? Зейфф. Arch. XIX. 141—144, (XXII. 33). Компенсація обязательства, по которому уже предъявленъ искъ? Кругъ § 94. Зейфф. Arch. XX. 28 (XXI. 117).

<sup>2</sup> Но для прошедшаго продолжаютъ существовать всѣ послѣдствія компенсаціи, именно прекращеніе теченія роста и послѣдствій просрочки должника. Компенсація прекращается особенно при прекращеніи главнаго обязательства по давности. Нѣкоторые утверждали противное, основываясь или на положеніи *ipso iure compensatur*, понимая его въ томъ смыслѣ, что компенсація производитъ непосредственное погашеніе обязательства немедленно или послѣ сдѣланнаго возраженія о компенсаціи (§ 349 прим. 3 лит. а и б) — также Зейфф. Arch. II. 163, XIV. 19, XV. 118, противъ этого IX. 253 — или же основываясь на положеніи, что возраженія не подлежатъ давности (Зейффертъ § 287 прим. 13 въ концѣ, Дернбургъ стр. 436 (473)). Послѣдній аргументъ кажется убѣдительнымъ, ибо по праву компенсація есть только возраженіе. Но это не исключаетъ возможности осуществить обязательственное право и инымъ способомъ. Тотъ, кому принадлежитъ обязательственное право, остается субъектомъ его въ томъ случаѣ, если онъ не представилъ его къ зачету, и поэтому его право подлежитъ общимъ правиламъ о значеніи давности. Срав. I § 112 примѣч. 8. см. еще Зейфф. Arch. XIII 8 (противъ прекращенія обязательства безъ основанія къ тому) (Зейфф. Arch. XXII. 32).

<sup>3</sup> L. 6 D. h. t. «Etiam quod natura debetur, venit in compensationem». Срав. § 40 прим. 12.

признаваемые современнымъ правомъ естественныя обязательства не могутъ быть выставляемы для компенсаціи <sup>4</sup>.

3) Противопоставляемое обязательство должно быть просрочено <sup>5</sup>; впрочемъ, отсрочка не препятствуетъ ничему <sup>5 а 6</sup>. Нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы противопоставляемое обязательство подлежало исполненію въ томъ-же мѣстѣ, какъ и главное; но если мѣста исполненія ихъ различны, то долженъ быть принятъ въ расчетъ могущій зависѣть отъ этого интересъ должника <sup>7</sup>.

4) Необходимымъ условіемъ компенсаціи является то, чтобы предметъ противопоставляемаго обязательства былъ однороденъ съ предметомъ другого обязательства <sup>8</sup>. Поэтому главнѣйшіе случаи зачета имѣютъ мѣсто, когда оба обязательства имѣютъ своимъ предметомъ денежные платежи, но эти случаи не исключительные <sup>9</sup>. При этомъ безразлично, относились-ли оба обязательства къ однороднымъ предметамъ съ самаго начала, или однородность эта наступила вслѣдствіе послѣдующаго измѣненія одного или обоихъ обязательствъ <sup>10</sup>.

<sup>4</sup> См. § 41 и особенно прим. 13. 21. 22. Срав. Кругъ § 41, Дерибуръ стр. 437—439 (469 — 471).

<sup>5</sup> L. 7. pr. D. h. t. «Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies veniat, quamquam dari oporteat». Зейфф. Arch. II. 279, VIII. 214.

<sup>5а</sup> Для должника—въ обязательствѣ, представленномъ къ зачету, для кредитора—въ главномъ обязательствѣ.

<sup>6</sup> L. 16 §. 1 D. h. t.: «aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis». Дерибуръ стр. 429—432 (476—483).

<sup>7</sup> Для должника—относительно обязательства, представляемаго къ зачету, для кредитора—относительно главнаго обязательства. Но не принимается въ расчетъ интересъ кредитора въ обязательствѣ, представляемомъ къ зачету, и интересъ должника въ главномъ обязательствѣ, такъ какъ онъ не обязанъ соглашаться на компенсацію, если онъ не хочетъ отказаться отъ исполненія обязательства въ условленномъ мѣстѣ. L. 43 D. h. t. Другаго мнѣнія Дерибуръ стр. 434 (505).

<sup>8</sup> Необходимо, чтобы то, что должникъ вправе требовать отъ кредитора, по роду своему, удовлетворяло тому, что можетъ требовать кредиторъ. Это требованіе вытекаетъ изъ характера компенсаціи и поэтому оно предполагается въ источникахъ, хотя и не выражено въ нихъ категорически. Ср. впрочемъ Paul. S. R. II § 5 § 3 Gai. IV. 66.

<sup>9</sup> Подробности см. у Круга § 42—50. Дерибуръ § 43—44 (57—58). Синтенисъ стр. 428—431. См. также Гольцшверъ III § 247 № 2.

<sup>10</sup> Срав. I. 8 C. h. t., I. 1 C. ger. amot. 5. 21. Въ классическомъ римскомъ правѣ кондеманція выражалась всегда деньгами; поэтому возможна была компенсація денежнымъ требованіемъ противъ всякаго обязательства. Если противопоставляемое обязательство истекаетъ изъ того же основанія, что и главное обязательство, при чемъ всегда предполагается *bonae fidei iudicium*, то и предоставляемое къ зачету обязательство могло быть выражено въ деньгахъ, такъ что здѣсь безусловно допускается компенсація. Gai. IV. 61. Дерибуръ стр. 421 утверждаетъ, что при *actio arbitraria* можетъ быть допущена денежная кондеманція по требованію отвѣтника, чтобы сдѣлать ему возможною компенсацію, въ томъ случаѣ, если онъ уже былъ готовъ къ исполненію, но истецъ промедлялъ принятіемъ исполненія по обязательству,

5) Не мѣшаетъ компенсаціи и то, если противопоставляемое обязательство представляется не бесспорнымъ <sup>11</sup>, т. е. если оно должно быть учтено или доказано. Впрочемъ, судья не только въ правѣ, но и обязанъ устранить компенсацію <sup>12</sup>, если подтвержденіе противопоставляемаго обязательства требуетъ продолжительнаго времени по отношенію къ другому обязательству <sup>13</sup>. При этомъ безразлично, основаны ли оба обязательства на одномъ и томъ же обстоятельстве, или нѣтъ <sup>14 15</sup>.

пристекающему ex eadem causa. Такъ какъ это положеніе не вытекаетъ изъ процессуальныхъ нормъ классическаго римскаго права, то Дернбургъ предполагаетъ, что оно примѣнимо и въ настоящее время (ст. 428, слѣд. (493—502). Я не думаю, что это положеніе можетъ быть доказано I. 18 § 4. D. commod. 13. 6, на которое ссылается Дернбургъ. Это мѣсто предполагаетъ денежную конденсацію, но на какомъ основаніи—объ этомъ ничего не говорится.

11 Рей Arch. f. civ. Pr. II 17, Генслеръ III ст. 209—210, Гассе и Телькампфъ въ цитированныхъ въ примѣч. \* соч. Бетманнъ-Гольвегъ тамъ же стр. 258—263; Бругъ § 89—93, Дернбургъ § 49 (66—68); Фритцъ, Erläuter. II стр. 406—408, Вангеровъ III § 618 примѣч. 2, Сянтенисъ II стр. 432 также прим. 42.

12 Изъ этого процесса устраняется компенсація, а не только одно обязательство, для предъявленія ея особо. Повтому если должникъ вновь предъявить свое требованіе, то онъ въ правѣ требовать всего того, что онъ получилъ бы, если бы въ то время принято было въ соображеніе его требованіе о компенсаціи. Это правило относится особенно къ исключенію теченія процентовъ и просрочки. Гассе Arch. f. civ. Pr. VII, стр. 201, Дернбургъ стр. 474—476 (566 слѣд.).

13 Приведенныя въ текстъ положенія основываются на постановленіяхъ Юстиніана въ I. 14 § 1 C. h. t. Они признаются однако не всѣми. Такъ существовало ученіе, и это было господствующимъ мнѣніемъ,—что въ правильномъ процессѣ никогда не можетъ быть отклонено возраженіе о компенсаціи, если оно заявлено своевременно, т. е. со ссылкой на предъявленный искъ. Это положеніе основано отчасти на особомъ изложеніи I. 14 § 1 cit., отчасти на обычномъ правѣ, имѣющемъ примѣненіе въ нѣмецкомъ процессѣ (Дернбургъ). Положеніе, изложенное въ текстѣ, развито Гассе. Гассе цитированное сочиненіе. Къ нему примыкаютъ—Фритцъ, Вангеровъ, Сянтенисъ, цитир. соч., Пухта § 289 h, Арндтъ § 264 № 5, также оно признано Зейфф. Arch. V, 123, VIII, 33, IX, 145, 279, XIV, 132, (XVII, 132, 134); Кируальфъ Entscheid des O. A. G. zu Lübeck II, стр. 205, 206. Противъ этихъ писателей и за изложенное мнѣніе высказываются Зейффертъ § 287 въ концѣ, Бриглабъ summar Prozesse стр. 193 прим.\*; Зейфф. Arch. I 366, VII, 108, VIII, 122, XIV, 21, XV 17, XVIII, 232, (XXI, 116)! Особенныя мнѣнія у Брица Compens. § 47, 48, Шейэрль стр. 179—182. См. также Гольшюеръ III § 247, № 3, 6. Сюда же относится и то мнѣніе, что противъ денежныхъ требованій не можетъ быть представляемо требованіе, основанное на расчетахъ, потому что послѣднее заключаетъ въ себѣ не денежное требованіе, а скорѣе требованіе произвести расчетъ. Такъ Зейффертъ Arch. f. civ. Pr. II стр. 195, слѣд. Зейфф. Arch. I 32, II 281, VIII 33, (срав. XVII 133): противъ этого Генслеръ Arch. f. civ. Pr. III стр. 199; Гассе тамъ же, VII стр. 149, Дернбургъ стр. 416—418 (490). Срав. еще Зейфф. Arch. I 31.

14 E. 14 § 1 cit. выражается весьма обще. Другаго мнѣнія Боссе стр. 184, 203, Бетманнъ-Гольвегъ стр. 258. Срав. Дернбургъ стр. 466. (559), Вангеровъ прим. 2 № 2. (Зейфф. Arch. V 123, IX 279, XIV 132, XVII 134).

15 Особенность изложенія I. 46 § 4 D. de I F. 49, 14 («Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet») разъясняется изъ I

6) Что касается субъективных условий<sup>16</sup> примѣненія компенсаціи, то естественнымъ условіемъ является, чтобы противопоставляемое обязательство было требованіемъ должника на кредитора<sup>17</sup>. Но, впрочемъ, возможны: а) Компенсація поручителемъ требованія главнаго должника<sup>18</sup>; б) Компенсація корреальнымъ должникомъ требованія содолжника своего, если онъ ему обязанъ въ силу права регресса<sup>19</sup>. Точно такъ же в) должникъ можетъ представить для зачета принадлежащее ему обязательство на сокредитора своего кредитора, если послѣдній имѣетъ къ первому право регресса<sup>20</sup>. д) Посредствомъ перехода обязательства не отнимается у должника разъ приобѣтенное имъ возраженіе о компенсаціи; такимъ образомъ онъ можетъ представлять къ зачету противъ новаго приобѣтателя обязательства свое требованіе

41 C. Th. de appell. 11, 30, и поэтому признается въ настоящее время не примѣнимымъ. Дернбургъ стр. 469 (561). Срав. Зейфф. Arch. III 112.

<sup>16</sup> Кругъ § 58—70, Дернбургъ § 40—42 (44—54); Синтенисъ стр. 419—423).

<sup>17</sup> Такимъ образомъ должникъ не можетъ представлять къ зачету то, что можетъ требовать не онъ, а третье лице, и также то, что онъ можетъ требовать не отъ кредитора. Къ первому относится l. 18 § 1 D. l. 9. C. h. t. по второму l. 23 Desc. l. 16 D. h. t. см. Дернбургъ стр. 381—383 (389—390). Вліяніе имущественныхъ отношеній между супругами: Кругъ § 70, Дернбургъ стр. 401—404 (450), Саранъ Zeitschr. f. civ. u. Pr. N. F. XVIII, 4 (римское право приданого) Зейфф. Arch. II 280, XI 159. Компенсація противъ торговаго товарищества Н. Г. В. стр. 121, 169; Толь Handelsr. I стр. 237, (Дернбургъ § 52).

<sup>18</sup> Собственно говоря поручитель представляетъ требованіе главнаго должника къ зачету не противъ своего обязательства, но противъ обязательства главнаго должника въ томъ смыслѣ, что онъ прекращаетъ или уменьшаетъ значеніе послѣдняго и поэтому въ качествѣ поручителя отвѣтствуетъ лишь столько же, сколько и главный должникъ. L. 4 D. h. t. (§ 101 прим. 4), l. 5 eod. Въ томъ же положеніи, какъ и поручитель состоитъ третій залогоприниматель (I § 225 прим. 3), Зейфф. Arch. XIV 20. Срав. Дернбургъ стр. 404—407 (457).

<sup>19</sup> L. 10 D. de duob. reis 45. 2. «Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet». Основаніемъ, почему иначе должно быть относительно societas (Зейфф. Arch. I 33), заключается въ томъ, что исполненіе отвѣтчика относится и къ другимъ содолжникамъ. Поэтому немислимо распространеніе этого правила на другіе случаи, гдѣ является право регресса. Срав. также Кругъ стр. 161. Но можетъ ли отвѣтчикъ представлять къ зачету требованіе своего содолжника вполнѣ, или лишь на столько, на сколько онъ отвѣтствуетъ въ силу права регресса? Послѣднее вытекаетъ изъ смысла положенія, и приведенное мѣсто не противорѣчитъ этому. Впрочемъ по смыслу l. 9 § 1 D. h. t. отвѣтчикъ долженъ представить обезпеченіе въ томъ, что содолжникъ согласится на компенсацію. (Дернбургъ стр. 461).

<sup>20</sup> Это положеніе не находитъ яснаго основанія въ источникахъ; но аналогія съ приведеннымъ раньше положеніемъ не можетъ быть отвергнута. Исполненіе въ пользу требующаго кредитора есть въ то же время исполненіе въ пользу сокредитора, противъ котораго должникъ имѣетъ самостоятельное требованіе. Точно также Дернбургъ стр. 409 (463 слѣд.); другаго мнѣнія Кругъ стр. 163, Савиньи Oblig. I стр. 169 о. Вангеровъ III § 573 прим. V, № I, 1, Синтенисъ стр. 423.

на прежняго кредитора <sup>21</sup>. е) Право на представленіе къ зачету такого требованія, которое истекаетъ изъ того-же основанія какъ и главное обязательство, не прекращается тѣмъ, что вслѣдствіе отеческой власти, въ которой состоитъ обоснователь обязательственныхъ отношеній, проистекающія изъ нихъ права обязанности распредѣляются между нѣсколькими лицами <sup>22</sup>.

7) По исключенію компенсація не можетъ имѣть мѣста независимо отъ того, что состоятъ на лицо всѣ остальные предположенія <sup>23</sup>: а) по отношенію къ обязательству, изъ договора поклажи <sup>24</sup>; б) противъ обязательства изъ противозаконнаго присвоенія чужаго владѣнія <sup>25</sup>, с) противъ нѣкоторыхъ требованій казны и городскихъ общинъ <sup>26</sup>. Кромѣ того d) противъ требованія казны воз-

<sup>21</sup> А также и то требованіе, которое возникло и просрочено послѣ передачи обязательства, но ранѣе денунціаціи. Потому что до нея обязательство находится подъ вліяніемъ личности педента (§ 83, 84 прим. 7). Кругъ § 65, Дернбургъ стр. 385—394 (406 слѣд.); Синтенисъ стр. 420—421; см. также Гольцшверъ III § 247 прим. 12. Зейфф. Arch. I 30. II 279, VI 177, XII 18, XIII 91, XIV 22, (XXI 43). О компенсаціи посредствомъ приобрѣтеннаго требованія см. § 83 прим. 2. О компенсаціи при конкурсѣ (переходъ обязательства на *corpus creditorum*) см. Кругъ § 68—69, Дернбургъ стр. 394—397 (429), Синтенисъ стр. 421—423, Гольцшверъ III § 147, № 8, 9; Зейфф. Arch. II, 117, VIII, 214, IX, 235, 236, X 2, XI, 105, XIV, 220, XV, 119, XIX, 139. Можетъ ли новый должникъ при принятіи на себя долга представлять къ зачету обязательство прежняго должника? Само по себѣ конечно (§ 91 прим. 1). Но впрочемъ нельзя согласиться, что прежній должникъ, передавшій свой долгъ новому должнику, въ то же время предоставилъ ему право употребить для зачета принадлежащее ему требованіе (срав. еще Дернбургъ 2. Изд. 49).

<sup>22</sup> Подлежащій власти нести обязанность, а субъектъ власти—имѣеть право. Но субъектъ власти не можетъ осуществить своего права не удовлетворивъ соответствующей обязанности (I. 57 пр. D. de aed. ed. 21. 1, l. 31 § 1 D. de R. C. 12, 1), точно также обязанность подлежащаго власти не можетъ быть исполнена прежде удовлетворенія соответствующаго право,—предполагая согласіе отца на компенсацію (L. 9 D. h. t. Дернбургъ стр. 409—411 (373 слѣд.).

<sup>23</sup> Кругъ § 71—78, Дернбургъ § 46 (59—61), Синтенисъ стр. 433—436.

<sup>24</sup> L. 11 пр. C. dep. 4, 34, l. 14 § 1 i. f. C. h. t., § 30 I, de act. 4, 6. Относительно ограниченій, существованіе которыхъ утверждали, и противъ нихъ см. Дернбургъ стр. 448 (514). Срав. также Зейфф. Arch. V. 326I.

<sup>25</sup> L. 14 § 2 C. h. t. «*Possessionem autem alienam perpetuam occupantibus compensatio non datur*». Это мѣсто вовсе не требуетъ, чтобы принятое въ противозаконное владѣніе имущество принадлежало на правѣ собственности тому, чье владѣніе нарушено; съ другой стороны удовлетворяетъ ли этому право собственности безъ владѣнія? Такъ утверждаютъ перечисленные писатели, а также Зейфф. Arch. VI 174.

<sup>26</sup> Въ пользу фиска существуютъ слѣдующія исключенія (l. 46 § 6 D. de I. F. 49 14, l. 7. C. h. t., l. 20 D. eod.): обязательство платежа податей и другихъ общественныхъ сборовъ; обязательство изъ продажи казенныхъ вещей; въ пользу городскихъ обществъ (l. 3 C. h. t.): обязательство платежа податей и другихъ сборовъ, общественныхъ и частныхъ, если послѣдніе относятся къ общественной цѣли, какъ напримѣръ на содержаніе бѣдныхъ (*alimenta*); дагѣе обязательство изъ займовъ и завѣщательныхъ отказовъ. О различныхъ мнѣніяхъ см. Кругъ § 72—75, Дернбургъ стр. 450—454 (524—529), Синтенисъ, прим. 45—51.

можно компенсация лишь в том случае, когда требование направлено к тому-же учреждению, которого должником состоит компенсатор<sup>27</sup>. Далее компенсация не имеет применения: е) против требования о предоставлении содержания (*alimentum*)<sup>28</sup> и она может быть исключена ф) отречением от нея должника<sup>29</sup> или определением наследователя или судьи, основавших обязательство<sup>30</sup>.

д) Дополнения.

§ 103. 1) Все изложенные положения относятся точно так же и к вещным требованиям, как и к обязательствам<sup>1</sup>.

2) Компенсация может быть установлена и договором сторон<sup>2</sup>. Договор о компенсации есть вид договора о прощении долга; именно он является таким двусторонним договором, в силу которого прощение одного долга замѣняется прощением другого<sup>3</sup>. Для таких договоров не требуется никаких особенностей обязательных и противопоставленных ему требований<sup>4 5</sup>.

<sup>27</sup> Б. 1 С. h. t. Зейфф. Arch. I 203.

<sup>28</sup> Это не признано положительно в источниках, но вытекает из характера обязательства выдачи алиментов. Срав. § 87 прим. 6 и Дерибург стр. 446 (519); против этого Круг стр. 206, Сянтених стр. 435 прим. 50, в конце, Гольцшвер III § 247 прим. 5.

<sup>29</sup> Это может быть явно выражено в договоре, на котором основано обязательство, а также может быть изъявлено молчаливо. Круг § 82—84, Дерибург стр. 440—444 (505—511). Срав. Зейфф. Arch. I. 335, IV 214, IX 216, XIV 222, XV 216.

<sup>30</sup> Явно или молчаливо. Тот, кто может создать или не создать обязательство, может придать ему и большее или меньшее значение. Срав. Дерибург стр. 444—446 (517—519).

§ 103. « Это положительно выражено Юстинианом в л. 14 пр. С. h. t. «*Compensationes ex omnibus actionibus ipsoiure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personaribus actionibus inter se observanda*». Срав. о различных толкованиях этого места: Дерибург § 37 (40), Уббедеде § 27, и цитированных здесь писателей. О древнейшем праве Дерибург § 34—36 (39).

2 Круг § 3, 29, Бринц Compens. § 41—43, Дерибург § 52 (71), Регельсбергер Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 146. Договор компенсации упоминается в источниках не часто. Срав. л. 4 D. qui pot. 20, 4, l. 47 § 1, l. 51 § 1 I, 52 § 1. D. de pact. 2. 14, l. 76 D. de V. S. 30, 16. O l. 13 D. h. t. см. Круг стр. 86, Дерибург стр. 495 (595).

3 Бринц, цитиров. соч., держится того мнѣния, что подобное взаимное прощение долга по римскому праву непосредственно уничтожало оба противопоставленных обязательства, независимо от формы его. Я не считаю этого правильным. Круг, стр. 87, относит договор компенсации к *in solutum datio*. Вегманн-Гольберг стр. 268 видит в нем сокращенный платеж, точно также Берг Anerkennung стр. 161 (175).

4 Другого мнѣния Бринц, цитиров. соч. стр. 150.

5 Приемление договора компенсации в расчетах по текущим счетам в торговом быту: Тель Handelsr. I. § 113, II, Scontratio: зачет посредством обязательства, которое предварительно приобретено против кредитора чрез новацию. А—должник С и кредитор В, который в свою очередь является кредитором С. На место обязательств, существующих между А и В, между В и С, посредством новации устанавливается обязательство между А и С, и они рассчитываются между собой. Тель Handelsr. § 134—136. (Срав. Гольдшмидт Handelsrecht стр. 1187 слѣд.).

3) Отъ права компенсаціи отличается право удержанія (retentio). Посредствомъ права удержанія не устраняется притязаніе противной стороны, но противная сторона понуждается къ исполненію своего обязательства; оно заключается въ правѣ задержать исполненіе, которымъ обязана одна сторона впредь до того времени, пока другая сторона не исполнитъ своего обязательства, исполненіе котораго отъ нея требуется <sup>6</sup>.

Зачетъ вовсе не предусмотрѣнъ нашими законами, за исключеніемъ случаевъ покупки имѣнія съ публичнаго того торга (т. X ч. 2 ст. 2137 и 2136; уст. гр. суд. ст. 1166—7 \*) и несостоятельности (т. XI уст. о несост. ст. 1965—6); но и изъ этихъ немногихъ постановленій видно, что и наше законодательство допускаетъ зачетъ въ самыхъ широкихъ размѣрахъ. Поэтому мы полагаемъ, что изложенныя выше начала, за исключеніемъ п. е. 6, и п. п. a—d 7, какъ вытекающія изъ юридической сущности зачета, должны имѣть примѣненія и у насъ; указанные же пункты, какъ постановленія положительнаго римскаго законодательства, не могутъ имѣть примѣненія.

Добавимъ еще, что п. е. 7 вовсе неумѣстно приведенъ авторомъ, ибо требованія, о коихъ говорится въ этомъ пунктѣ, вытекаютъ изъ *публичнаго*, а не изъ частнаго права, и очевидно не могутъ быть зачтены по требованіямъ, вытекающимъ изъ гражданскаго права.

Право учрежденія, извѣстное всѣмъ европейскимъ законодатель-

<sup>6</sup> Право удержанія (retentio) можетъ возникнуть изъ весьма различныхъ основаній, срав. напр. I § 190 прим. 2, 3. I § 234 прим. 1, II § 73 прим. 2, 22, I, 94, пр. D. de sol. 46, 3. Общей теоріи для всѣхъ этихъ случаевъ установлено быть не можетъ (срав. Виндшейдъ krit. VG. Schr. I стр. 127). Тѣмъ не менѣе были весьма часто дѣлаемы попытки создать общую теорію права удержанія, Шенкъ (die Lehre vom Retentionsrecht, 1837), Луденъ (das Retentionsrecht, 1839), Гросскопфъ (zur Lehre vom Retentionsrecht, 1858): см. также Ленцъ въ Weiske's RLex. IX стр. 377 слѣд. (Крамеръ Arch. f. civ. Pr. XXXVII, 12, 15). Цаунъ Arch. f. prakt. RW. IV, стр. 369 слѣд., (Гардеръ Arch. f. civ. Pr. LI, 7); Дернбургъ стр. 13 слѣд. (365 слѣд.); Гольцшверъ I, § 10 (Гольцшидтъ Handelsrecht I, стр. 962 слѣд.). Срав. также Зейфф. Arch. IX 279, XI 146, (XXIII, 8). О мнѣніи Бринца (Compens. стр. 54 слѣд. 110 слѣд., 142 слѣд., Lehrb. стр. 646 слѣд.), и противъ него говорить то, что Юстинианъ въ l. 11 C. h. t. установилъ особый, смѣшанный институтъ изъ компенсаціи, права удержанія и встречнаго иска; см. Арндтъ § 264 прим. 7, Дернбургъ стр. 195 (188) слѣд., Вангеровъ § 618 прим. 1 № II, 2, IV, Уббелодде стр. 169 слѣд. Устраненіе возраженія о правѣ удержанія посредствомъ представленія обезпеченія Зейфф. Arch. XVI, 94, XVII, 2.

\*) Выраженіе ст. 1066 уст. гр. суд. (ср. ст. 2137 т. X. ч. 2): «которыя были обращены на продажное имѣніе» слѣдуетъ приписать неосмотрительности редакціи и не исключаетъ зачета другими обязательствами (Arg. ст. 1167 уст. гр. суд.).

ствамъ, справедливое по своей сущности и весьма полезное въ общественной жизни, къ сожалѣнiю вовсе неизвѣстно нашимъ законамъ, за исключенiемъ случаяевъ *потравъ*.

А. Д.

3. Соединенiе въ одномъ лицѣ права и отвѣтственности по обязательству \*).

§ 104. Обязательство прекращается также тѣмъ, что право и отвѣтственность по обязательству соединяются въ одномъ лицѣ<sup>1</sup>, черезъ наслѣдованiе<sup>2</sup>. Естественнымъ основанiемъ прекращенiя обязательства является здѣсь то, что никто не можетъ имѣть права противъ себя самого<sup>3</sup>; здѣсь результатъ освобожденiя, какъ и при компенсаци, заключается въ томъ, что кредиторъ получаетъ соответствующее удовлетворенiе: при компенсаци онъ освобождается отъ долга другому, здѣсь же онъ освобождается отъ долга, который имѣлъ бы на него другой, если-бы онъ не былъ самъ своимъ кредиторомъ<sup>4</sup>.

§ 104. \* Гиртаннеръ *Bürgschaft* стр. 504 слѣд. Кунце, *die Obligation etc.* § 51. Фиттингъ *Correalobligation* § 17—21. Баронъ *Gesamtrechtsverhältnisse* § 30—32.? Унтергольцнеръ I, § 262. Синтенисъ II, стр. 463—464.

1—«cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit» (l. 107 D. de solut. 46, 3). Источники говорятъ здѣсь о прекращенiи обязательства посредствомъ *confusio*. L. 75, D. de solut. 46, 3. «Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio; nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem».

2 Точно также посредствомъ общаго преемства другаго рода. Но и безъ общаго преемства. Весьма интересный относящiйся сюда случай, не имѣющiй конечно примѣненiя нынѣ въ l. 7 § 1 D. de stip. serv. 45, 3, (прим. 5). См. далѣе § 6. I. de пох. act. 4, 8, l. 37. D. eod. 9, 4, l. 18, 64. D. de furt. 47, 2, l. 38 § 1, D. de leg. I<sup>o</sup> 30.

3 Слѣдовательно на томъ же основанiи, почему «nulli res sua servit» (I § 200, прим. 4, § 215 прим. 9). Поэтому обязательство не прекращается, если рядомъ съ кредиторомъ, который сдѣлался должникомъ, или рядомъ съ должникомъ, который сдѣлался кредиторомъ является еще новый кредиторъ или должникъ l. 71, пр. D. de fidei 46, 1 (§ 47 прим. 9). Согласно между собой относительно причины прекращенiя обязательства Фиттингъ и Баронъ, цитиров. соч. (см. впрочемъ также прим. 5). Вангеръ (III, § 573 прим. 5 № II, 1), относить дѣйствiе *confusio* къ тому, что ею производится невозможность осуществленiя обязательства и изъ этого выводитъ, что ею объективно уничтожается обязательство. Противъ этого Фиттингъ стр. 105—107. О томъ мнѣнiи (Гиртаннеръ), которое видитъ дѣйствiе *confusio* въ заключающемся въ ней исполненiи, см. слѣд. примѣч. въ концѣ.

4 На этомъ основанiи здѣсь *confusio* и по внѣшнимъ признакамъ сопоставляется съ компенсацией, чего обыкновенно не допускается (см. впрочемъ Зейффертъ § 290). Точка зрѣнiя компенсаци принята въ l. 33 D. sol. matr. 24, 3. Высказанное въ текстѣ положенiе выражается источниками такъ, что они обыкновенно уравниваютъ *confusio* съ *solutio*. L. 21 § 1 D. de lib. leg. 34, 3 «confusione perinde exstinguitur obligatio, ac solutione». L. 50 D. de fidei, 46, 1. «obligatio ratione confusiois intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate». L. 71 пр. eod. l. 41 § 2 D. de evict. 21, 2, l. 95 § 2 D. de solut. 46, 3. Дѣйствительно послѣ *con-*



Обязательство прекращается тѣмъ, что право и отвѣтственность соединяются въ одномъ лицѣ. При этомъ предполагается, что отвѣтственность дѣйствительно перешла на кредитора, а право требованія—на должника; они прекращаются именно посредствомъ этого перехода, такъ какъ они приходятъ въ такое положеніе, въ которомъ они не могутъ существовать. Возникающее здѣсь отношеніе не слѣдуетъ объяснять себѣ тѣмъ, что права по обязательству не могутъ будто перейти на должника, а отвѣтственность — на кредитора и что то и другое прекращается только потому, что они не могутъ болѣе существовать <sup>5</sup>.

Соединеніе въ одномъ лицѣ нѣсколькихъ кредиторовъ, которымъ принадлежитъ одно требованіе, и нѣсколькихъ должниковъ, обязанныхъ по одному и тому-же обязательству, ничего не измѣняетъ въ существующемъ правоотношеніи <sup>6</sup>.

fusio кредиторъ-должникъ получаетъ право собственности на предметъ обязательства въ силу принадлежащаго ему обязательственного права; ибо еслибъ онъ не былъ самъ кредиторомъ, то онъ долженъ былъ бы передать другому то, чѣмъ онъ теперь владѣетъ. Источники выводятъ отсюда два важныя послѣдствія: а) кредиторъ, который обязанъ передать предметъ своего обязательства третьему лицу, не освобождается отъ своей обязанности тѣмъ, что посредствомъ confusio теряетъ свое право l. 33 D. sol. matr. 243. б) Наоборотъ должникъ не теряетъ принадлежащее ему право регресса потому, что онъ освобождается посредствомъ confusio l. 30, l. 41 § 2 D. de evict. 21, 2, l. 11 D. mand. 17, 1 (въ случаѣ, указанномъ въ l. 21 § 5 D. de fidei. 46, 1, освобождающійся должникъ не теряетъ своего права, потому что оно продолжаетъ существовать въ лицѣ его содолжника). в) При исчисленіи quarta falcidia отъ наслѣдства отчисляется то, что умершій былъ долженъ наслѣднику и причисляется то, что наслѣдникъ былъ долженъ умершему l. 6 pr. C. ad. leg. Falc. 6, 50, l. 1 § 18, l. 54. D. eod. 35, 2. d) Подобное же отчисленіе и причисленіе имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда наслѣдство должно быть передано третьему лицу. l. 2 § 18 l. 20. D. de N. v. A. V. 18, 4, l. 104 § 7, D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, l. 27 § 11, l. 80, D. ad SC. Treb. 36, 1, l. 58 pr. eod. Однако вслѣдствіе того, что confusio дѣйствуетъ какъ solutio, нельзя сказать, что причина ея дѣйствія, признаннаго по закону, заключается въ исполненіи. Такое смѣшеніе допустилъ Гиртаннеръ, цитир. соч.

<sup>5</sup> Слѣдовательно при confusio, ибо вслѣдствіе принятія наслѣдства, прежнихъ кредитора и должника уже не существуетъ. Таково мнѣніе Барона. На чемъ онъ основываетъ его, нужно видѣть у него самого. Оно опровергается тѣми опредѣленіями источниковъ, которые приведены въ предъидущемъ примѣчаніи, даже и въ томъ случаѣ, если допустить, что оно подтверждается только что приведеннымъ (прим. 2) мѣстомъ l. 7 §. 1 D. de stip. serv. 45, 3, которое вслѣдствіе поучительности его содержанія можетъ быть приведено здѣсь цѣлкомъ: «Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, si quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur. Sin autem sine ulla adiectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus ceteris sociis *praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset*, acquirat.». Впрочемъ «persona servi communis eius condicinis est, ut in eo, quod alteri ex dominis potest acquirere, alteri non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui acquirendi facultatem habeat» (l. 1 § 4 eod.).

<sup>6</sup> L. 13. D. de duob. reis 45, 2, l. 5 D. de fidei. 46, 1, l. 93 D. de solut. 46, 3 (§ 45 прим. 12). Иначе если происходитъ confusio между поручителемъ и главнымъ должникомъ. См. § 45 № 2.

И изъясненное отношеніе предусматрѣно нашимъ законодательствомъ, хотя и по одному частному случаю (поклажа, т. X. ч. 1 ст. 1260); но практика распространяетъ постановленія закона и на другіе случаи. (См. «Сводъ» I, 415 изд. 2).

А. Д.

#### 4. Возобновленіе обязательства, новація (novatio) \*.

##### а) Понятіе и дѣйствіе.

§ 105. Новація есть прекращеніе прежняго обязательства, посредствомъ установленія новаго; обязательство прекращается тѣмъ, что на его мѣсто возникаетъ новое<sup>1</sup>. Прекращающую силу даетъ новому обязательству воля кредитора въ прежнемъ обязательствѣ. Поэтому новація есть прекращеніе обязательства волю кредитора; но при новаціи воля кредитора дѣйствуетъ не непосредственно, какъ при прошеніи долга, но посредствомъ новаго обязательства<sup>2</sup>. Выраженіе «новація» (обновленіе) основывается

§ 105. \* Dig. 46. 2 Cod. 8. 42 de novationibus et delegationibus. Либе die Stipulation und das einfache Versprechen стр. 156—343 (1840). Гнейсць die formelle Verträge стр. 148 слѣд. 229 слѣд. (1845). Фейнъ Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation стр. 28—47 (1850). Беръ die Anerkennung §. 12 (1855 [1867]). Кунце die Obligation etc. §. 33. 58—64 (1856). Шлезингеръ zur Lehre von den Formalcontracten стр. 117—129 (1858). Гиртаннеръ die Stipulation стр. 231 слѣд. (1859). Книль Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche (1859). Виндшейтъ крит. V. J. Schr. II стр. 242—251 и Кунце Schletter's Jahrb.—VIII стр. 101—104. Рѳмеръ die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht (1863) объ этомъ Г. Витте крит. V. J. Schr. VI стр. 39—52). ф. Сальпиусъ Novation und Delegation nach römischen Recht. (1864; то же Виндшейтъ крит. V. J. Schr. VI стр. 463—466 и Г. Витте такъ же VIII 169—212. 321—377). Сальковскій zur Lehre von der Novation nach römischen Recht. (1866; объ этомъ Г. Витте крит. V. J. Schr. IX стр. 475—502). Шаубергъ Zeitschr. f. Handelsr. X стр. 493 слѣд. (1867). Унтергольцнеръ I §. 288—291, Синтенисъ II §. 105 (Вангеровъ III §. 619 въ 7 изд.).

<sup>1</sup> Новація есть односторонній актъ; это не есть прекращеніе одновременнымъ установленіемъ, также и не прекращеніе ради установленія (ф. Сальпиусъ см. именно стр. 273, 339, 439), но исключительно прекращеніе посредствомъ установленія.

<sup>2</sup> Кредиторъ придаетъ новому обязательству силу прекратить старое обязательство, точно также какъ при *solutum datio* онъ придаетъ силу прекратить обязательство такому исполненію, которое собственно не имѣетъ этого значенія (§ 94 прим. 10). Такимъ образомъ результатъ новаціи тотъ, что кредиторъ получаетъ эквивалентъ исполненія; въ этомъ смыслѣ источники сравниваютъ новацію съ *solutio* (I. 31 §. 1 D. h. t.); даже прямо называютъ ее *solutio* (I. 21 §. 3 D. de annuis 33. 1, l. 19 § 4 D. de don. 39, 5). Но этимъ указывается лишь на результатъ новаціи, но не опредѣляется основаніе, почему новація прекращаетъ существующее обязательство. Силу прекратить существующее обязательство, получаетъ въ новаціи установленіе новаго обязательства, а не удовлетвореніе кредитора. Таково по крайней мѣрѣ указаніе источниковъ. Нигдѣ въ нашихъ источникахъ *novatio* не разсматривается какъ видъ *in solutum datio*; она представляется совершенно самостоятельнымъ способомъ прекращенія обязательствъ. Тѣмъ не менѣ римлянамъ было извѣстно *in solutum datio* посредствомъ установленія новаго обязательства, (хотя въ относившихся

на представлении о простой замѣнѣ обязательства<sup>3</sup>; но это представление не точно<sup>3а</sup>; новое обязательство является другимъ не только по внѣшности, но и по самой сущности<sup>3б</sup>.

ся сюда мѣстахъ не всегда указывается положительно, имѣется ли здѣсь въ виду *in solutum datio* или новация) см. напр. 1. 5 l. 8 § 3. 5 D. ad SC. Vell. 16, 1, 1. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1, 1. 18 D. de fidei. 46. 1, срав. 1. 32 D. de R. C. 12. 1, 1. 21 §. 1 D. de don. 39. 5, также: Фиттингъ *Correalobl.* стр. 51 прим. 57, Рөмеръ стр. 51 слѣд., Сальковский стр. 275 слѣд. Арндтъ §. 268 прим. 8, также ниже прим. 9а, въ концѣ. Такимъ образомъ и относительно новации остается неразрѣшеннымъ сомнѣніе о томъ, дѣйствуетъ-ли она *ipso iure* или *opere exceptionis*? (Gai. III, 168). Въ древнемъ правѣ всякій новационный договоръ, независимо отъ того, создавалъ ли онъ новое обязательство или нѣтъ, — прекращалъ прежнее обязательство. См. Gai III. 176. 179 i. f. (срав. § 106 прим. 3). Противъ того, чтобы ставить новацию на ряду съ *in solutum datio*, высказались: Кунце стр. 190, Баронъ *Gesamtrechtverhältnisse* стр. 324 слѣд., Сальпюсъ стр. 148 слѣд., Сальковский стр. 272 слѣд., Шаубергъ стр. 200—201; въ пользу этого, съ большею или меньшею опредѣленностью: Либе стр. 156 слѣд., Гнейсъ стр. 148 слѣд., Савиньи *Obl. I* стр. 167, Фиттингъ *Correalobl.*—§. 9, Виндшейдъ *krit. V. J. Schg. III.* стр. 169, и особенно Витте VIII стр. 333 слѣд.. IX стр. 485 слѣд. Еще дальѣ идетъ Гиртаннеръ стр. 231; онъ видитъ въ новации положительное исполненіе обязательства: въ ней объектъ обязательства принимается кредиторомъ и вслѣдъ за тѣмъ вновь отдается имъ.—Впрочемъ я не спорю о томъ, что, по крайней мѣрѣ въ современномъ правѣ, сдѣлка, направленная къ замѣнѣ одного обязательства другимъ, не можетъ быть отнесена къ другому разряду, какъ къ платежу вмѣсто исполненія (конечно не въ томъ случаѣ, если новация направлена только къ измѣненію сущности продолжающаго существовать обязательства; см. объ этомъ прим. 3б). Я думаю, что вопросъ этотъ не достаточно разработанъ.

<sup>3</sup> L. 1 pr. D. h. t. «*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio.*» Срав. также 1. 34 §. 2 D. eod., Gai III. 176, §. 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, 1. 27 §. 3 D. de min. 4. 4, 1, 17 pr. 1. 19 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, 1. 5 pr. D. quando ex facto tut. 26. 9, 1. 60 D. de fidei. 46. 1.

<sup>3а</sup> На этомъ основаніи здѣсь употребляется выраженіе римскаго права «*novatio*». Пытались употреблять нѣмецкія выраженія: «обновленіе долга,» измѣненіе долга.» Я полагаю, что едва ли эти нѣмецкія выраженія придадутъ большую опредѣленность той неточности, которая присуща выраженію «*novatio*».

<sup>3б</sup> Новация представляется замѣной, такъ какъ послѣ нея существуетъ обязательство, какъ существовало и до нея. Можно сказать, что результатъ ея—замѣна, но результатъ этотъ достигается посредствомъ прекращенія и новаго созданія. Новѣйшіе писатели пытались дать большее значеніе понятію замѣны, тому, что «*prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio*», посредствомъ того, что утверждали, что новое обязательство, будучи новымъ, создается изъ содержанія стараго. (Либе: изъ правоваго содержанія стараго обязательства; Кунце: изъ имущественнаго содержанія его (срав. § 14 прим. 1 и Виндшейдъ *die Actio, etc.* стр. 178. 179); Рөмеръ: объектъ прежняго обязательства переходитъ какъ таковой и въ новое; также Сальковский стр. 37 слѣд., 79 слѣд.; не вполне ясное представленіе Шауберга стр. 196 слѣд. имѣеть тоже основаніе; противъ этого Витте VI стр. 43 слѣд. IX стр. 485 слѣд. см. также Христиансенъ *Instit. d. röm. R.* стр. 482. 483, Келлеръ *Pand.* стр. 533). Стремленіе это у Либе доходитъ до того, что мѣстами онъ признаетъ совершенное тождество стараго и новаго обязательствъ. Я не считаю этого правильнымъ. Новое обязательство создается исключительно намѣреніемъ сторонъ; оно основывается только на этомъ намѣреніи, а не на прежнемъ обязательствѣ. Намѣреніе сторонъ создаетъ обязательство вмѣсто прежняго, пожалуй даже *вслѣдствіе* прежняго, но оно создается не *изъ него*.

Обязательство, замѣнившее существующее уже, можетъ отличаться отъ него содержаніемъ обязательства <sup>4</sup>, личностью должника или кредитора <sup>5</sup>, побочными опредѣленіями <sup>6</sup>, но оно можетъ и ничѣмъ не отличаться <sup>6 а</sup>, кромѣ того, что это есть новое обязательство, и потому, хотя оно совершенно сходно съ прежнимъ обязательствомъ, оно, все таки, не тождественно съ нимъ <sup>7</sup>. Если посредствомъ новации въ обязательство вступаетъ новый должникъ и, при томъ, въ силу собственнаго побужденія, а не въ силу требованія прежняго должника, то это называется въ новѣйшемъ правѣ *expromissio* <sup>8</sup>. Вступленіе новаго должника въ силу требо-

Впрочемъ, если стороны хотятъ только измѣненія обязательства, то имъ не представляется необходимымъ прибѣгать къ новации: онѣ могутъ достигнуть этого и непосредственно. Въ римскомъ правѣ, хотя не вполне, къ этому приводило *constitutum debiti* (§ 36 прим. 11), такъ какъ для достиженія этого вполнѣ римское право не указывало формы. Въ современномъ правѣ этого препятствія уже не существуетъ (ср. § 90 прим. 3) и если нужна замѣна кредитора, то для этого вовсе не нужно договора (между должникомъ и кредиторомъ); простая передача обязательства (*cessio*) приводитъ къ желаемому результату. Возникаетъ вопросъ, почему стороны будутъ обращаться къ новации, когда имъ открытъ этотъ совершенно прямой путь? Въ новѣйшее время многіе отвергали практическое значеніе новации; приводимыя для этого основанія я не считаю правильными (§ 106 прим. 1); но при замѣнѣ исполненія платежей съ одной стороны (прим. 2) и при *constitutum debiti*, при *cessio*, при договорѣ о замѣнѣ съ другою—невозможно отвергать необходимость существованія новации.

<sup>4</sup> L. 28 D. h. t., l. C. h. t. (*ex quantitate augendam vel minuendam*), l. 58 D. de V. O. 45. 1. Древнѣйшее право въ l. 58 §. 7 D. de V. O. 45. 1, l. 4 D. h. t. Другаго мнѣнія ф. Сальпиусъ стр. 159 слѣд., Сальковский стр. 80. слѣд.; противъ этого Витте VIII стр. 335 слѣд. IX стр. 492 слѣд., Шаубергъ стр. 188—200. (Вангеровъ цитир. соч. стр. 371 внизу).

<sup>5</sup> § 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 8 § 5 l. 20. D. h. t. ф. Сальпиусъ (§ 66) утверждаетъ, что новация съ замѣною кредитора исчезла въ Юстиниановскомъ правѣ, именно, что она замѣнилась *cessio* (ср. прим. 36), но однако въ томъ смыслѣ, что и при *cessio* онъ не признаетъ сохраненія тождества новаго обязательства со старымъ (§ 81 прим. 10 въ концѣ). Онъ полагаетъ, что тѣ мѣста источниковъ, гдѣ говорится о новации съ замѣною кредитора, могутъ быть устранены, какъ устарѣлыя. Противъ этого см. Витте VIII стр. 371 слѣд., Сальковский стр. 252 слѣд.

<sup>6</sup> § 3 I cit., l. 8 C. cit., l. 5 l. 8 §. 1 D. h. t.

<sup>6 а</sup> Если въ § 3 I cit. сказано: «*Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit*», то это должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что здѣсь принимается въ соображеніе вопросъ о томъ, существовало ли намѣреніе произвести новацию (§ 106 прим. 13).

<sup>7</sup> Этотъ случай призмѣненія новации у римлянъ имѣлъ особенное значеніе для того, чтобы дать большее основаніе акцептиляціи § 1 J. quib. mod. toll. 3. 29 (§ 109. прим. 9). Въ настоящее время за денежный долгъ выдается вексель если только это можетъ быть признано новациею см. прим. 2 въ концѣ), ср. § 106 прим. 15 въ концѣ.

<sup>8</sup> Римляне употребляютъ выраженія *expromittere*, *expromittor* для означенія всякой новации; эти выраженія употребляются: а) когда новый должникъ вступаетъ въ обязательство по требованію стараго (напр. l. 22 D. ad. SC. Vell. 16. 1, l. 53 D. de contr. emf. 18. 1, l. 4 § 3 D. de re iud. 42. 1); б) когда замѣняется не должникъ, но одинъ кредиторъ (напр. l. 36 D. de I. D. 23. 3, l. 31 §. 3 D. de m. c.

ванія преняго, точно также, какъ и вступленіе новаго кредитора по согласію преняго кредитора, подходитъ подъ понятіе передачи (*delegatio, Ueberweisung*)<sup>9</sup>.

Новація непосредственно прекращаетъ обязательство<sup>10</sup>.

*b) Условія.*

§ 106. Условія новаціи въ общихъ чертахъ уже изложены: это установленіе обязательства съ намѣреніемъ замѣнить имъ другое, уже существующее.

1. *Установленіе обязательства.* Оно происходитъ въ силу договора; договоръ этотъ по современному праву также мало нуж-

don. 39. 6); с) даже когда не замѣняются ни должникъ, ни кредиторъ (напр. l. 20 D. de SC. Mas. 14. 6, l. 19 §. 4 D. de don. 39. 5). Вообще эти выраженія употребляются не исключительно для обозначенія новаціи (см. напр. l. 8 § 8 D. ad SC. Vell. 16. 1).

<sup>9</sup> Срав. § 164 прим. 2. Источники употребляютъ выраженія *delegatio, delegare* при всякой замѣнѣ должника посредствомъ указанія, будетъ-ли цѣль этого указанія погашеніе существующаго долга или нпал, напр. дареніе, выдача приданаго и т. д. и будетъ ли новый должникъ должникомъ стараго. Срав. напр. l. 11 pr. D. h. t., l. 18. § 1 D. de m. c. don. 39. 6, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4, l. 11 C. de don. 8. 54. Далѣе *delegatio* употребляется для обозначенія не только порученія обязатья, но и порученія уплатить напр. l. 7 C. h. t. Итакъ *delegatio* означаетъ какъ порученіе, какъ таковое (напр. l. 17 D. h. t.), такъ и наступившая вслѣдствіе него новація (напр. l. 11 §. 1 D. l. 3 C. h. t.). Лучшія сочиненія о делегации: Тѣль *Handelsrecht I* §. 128—132 (который ограничиваетъ делегацию порученіемъ обязатья) и ф. Сальвиусъ цитир. соч. стр. 1—130 (см. также ф. Мейерфельдъ *Lehre von den Schenkungen* § 15. 16, Сальковский стр. 105 слѣд.). Ф. Сальвиусъ энергически утверждаетъ, и совершенно справедливо, что делегация, сама по себѣ не имѣетъ ничего общаго съ новаціею. Когда делегация дѣлается для того, чтобы новый должникъ обязался уплатить долгъ нѣтъ необходимости въ новаціи; тотъ же результатъ можетъ быть достигнутъ посредствомъ *datio in solutum* (прим. 2). Но при обезужденіи источниковъ, въ которыхъ говорится о делегации. ф. Сальвиусъ, стоя на точкѣ зрѣнія новаціи, заходитъ уже слишкомъ далеко; срав. l. 4 l. 21 l. 27 l. 31 § 1 D. l. 2. 3 C. h. t. См. также Витте VIII стр. 345 слѣд., Сальковский стр. 109. [Вангеровъ цитир. соч. прим. 3].

<sup>10</sup> Источники говорятъ о прямомъ прекращеніи обязательства; нигдѣ не говорится, чтобы оно прекращалось лишь *ope exserptionis*. Срав. также l. 56 § 7 D. de V. O. 45 1, l. 5 D. h. t., 30 § 1 D. de pact. 2 14. въ связи съ § 3 J. quib. mod. toll. 3. 29. Сальковский стр. 268. Послѣдствія прекращенія: уничтоженіе конкурсныхъ привилегій l. 29 D. h. t. (о. 17 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5 см. Сальковский стр. 281); прекращеніе пророчки см. § 33 прим. 7; прекращеніе роста l. 18. 27 D. h. t.; прекращеніе неустойки l. 15 D. h. t.; освобожденіе залогодателей l. 18 D. h. t. (но l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1. см. I § 249 прим. 5. 6, срав. также I §. 233 в. № 1); освобожденіе поручителей l. 4 C. de fidei. 8. 41 (l. 60 D. eod. 46 1. см. Сальковский стр. 314 слѣд. и цитированныхъ у него писателей). Новація двухъ альтернативныхъ обязательствъ см. l. 8 §. 4 l. 26 l. 32 D. h. t., также Сальковский стр. 344 слѣд. Новація нѣсколькихъ корреляльныхъ обязательствъ см. § 47 прим. 5. Срав. вообще Сальковский, стр. 280—381.

дается въ определенной формѣ, какъ и всякій иной договоръ <sup>1</sup>. Заключается онъ или самимъ кредиторомъ, по соглашенію съ прежнимъ или новымъ должникомъ, или третьимъ лицомъ, который, по приглашенію прежняго кредитора, становится кредиторомъ прежняго должника <sup>2</sup>. Само по себѣ не требуется, чтобъ обя-

§ 106. <sup>1</sup> По римскому праву требовалась стипуляція (l. 1 §. 1 D. h. t.: «*novari verbis*»). Такъ какъ нынѣ не существуетъ стипуляціи, то возникалъ вопросъ, не прекратилось ли существованіе новациі. Вопросъ этотъ оставленъ на томъ основаніи, что теперешніе неформенные договоры не соответствуютъ римской стипуляціи; послѣдняя была формальнымъ контрактомъ, къ которымъ они не относятся, другими словами для дѣйствительности стипуляціи не была необходима матеріальная *causa*, которая необходима при неформенныхъ договорахъ (§ 70 № 2. § 71). На этомъ основаніи Гнейстъ, цитир. соч. стр. 229 безусловно отрицаетъ существованіе новациі въ настоящее время; точно также Фюрстеръ *Preus. Privatrecht* I стр. 593 слѣд., см. также цитированныхъ у него въ прим. 1 писателей. Другіе, Келлеръ *Pand.* стр. 537, 538, Баронъ *Gesammtrechtsverhältnisse* стр. 384, ограничиваютъ примѣненіе новациі тѣми договорами, которые и въ современномъ правѣ остаются формальными, какъ напр. вексельные договоры. Наоборотъ Беръ, цитир. соч. выводитъ изъ того практическаго значенія, которое имѣетъ новациі, что и современные неформальные договоры могутъ сдѣлаться формальными. Выше (§ 70 № 2) я высказался въ пользу этого мнѣнія. Что же касается договора новациі, то прежде всего нужно замѣтить, что онъ не долженъ быть необходимо чистымъ договоромъ (формальнымъ); ничто не мѣшаетъ принимать въ немъ за основаніе прекращеніе существующаго обязательства и потому признавать его за индивидуально опредѣляемый договоръ. Срав. слѣдующее примѣчаніе. Еще далѣе идетъ, и совершенно неправильно, ф. Сальпиусъ § 77, который видитъ въ договорѣ новациі матеріальный договоръ, когда содержаніе вновь создаемаго обязательства заимствуется изъ стараго; изъ этого онъ выводитъ примѣнимость новациі къ современному праву, тѣмъ боѣе, что онъ признаетъ, что въ Юстиніановскомъ правѣ существуетъ только одинъ договоръ новациі этого рода. (§ 107 прим. 1а). См. также Витте VI стр. 42 слѣд. VIII стр. 339 слѣд.

<sup>2</sup> L. 20 pr. D. h. t. «*Novare possumus aut ipsi... aut per alios qui voluntate nostra stipulantur*». Срав. l. 8 § 5 i. f. D. I<sup>o</sup> 4 C. h. t. Въ чемъ заключается основаніе (*causa*) договора новациі? На этотъ вопросъ нельзя дать положительнаго отвѣта. Для старыхъ кредитора или должника основаніе заключается въ замѣнѣ ихъ требованія или долга. Напротивъ того, вновь вступающіе кредиторъ или должникъ побуждаются къ вступленію въ обязательство ихъ отношеніями къ прежнимъ кредитору или должнику, поэтому для нихъ это основаніе можетъ быть весьма различно. Съ другой стороны возможно, что вступающіе съ ними въ соглашеніе старые кредиторъ или должникъ привносятъ въ это соглашеніе и касающееся ихъ основаніе—прекращеніе существующаго обязательства, вслѣдствіе чего они и дѣлаются кредиторомъ или должникомъ. Въ этомъ случаѣ они принимаютъ ихъ основаніе и тогда и для нихъ основаніемъ новациі является прекращеніе существующаго обязательства, такъ что основаніе, вытекающее изъ ихъ отношеній къ прежнимъ кредитору или должнику, становится подчиненнымъ первому. Что договоръ новациі имѣетъ основаніе (*causa*) въ замѣнѣ обязательства утверждаются безъ ограниченія: Кунце стр. 253, 254, Сиптенисъ стр. 448 въ прим. Брунсъ *Zeitschr. f. R. Gesch.* I стр. 116, Рөмеръ § 27, съ ограниченіями (но иными, нежели здѣсь): Шлезингеръ стр. 118 слѣд.: Книппъ стр. 129 слѣд. По мнѣнію ф. Сальпиуса § 77 основаніемъ договора новациі, когда не происходитъ замѣны лицъ, служить намѣреніе представить кредитору новый фазисъ обязательства («*agnitio*»), хотя тотъ же ф. Сальпиусъ полагаетъ, что это намѣреніе можетъ быть

зательство, основанное на новационномъ договорѣ, пользовалось правомъ иска (т. е. не было бы *obligatio naturalis*)<sup>3</sup>; впрочемъ, въ этомъ отношеніи сюда относятся только тѣ, признанныя со-временнымъ правомъ, не охраняемыя искомъ обязательства, въ которыхъ обязанной стороной является несовершеннолѣтній, обя-завшійся безъ участія своего попечителя<sup>4</sup>. Новациі не препят-ствуетъ даже и тѣ, если возникающее изъ договора обязательство можетъ быть опорочено<sup>5</sup>. Впрочемъ, въ обоихъ случаяхъ, какъ

достигнуто дополнительнымъ договоромъ. Во всякомъ случаѣ изъ сказаннаго слѣдуетъ, что, коль скоро договоръ новациі перестаетъ быть чистымъ договоромъ, т. е. коль скоро онъ принимаетъ въ себя основаніе своего существованія, то это основаніе не можетъ быть инымъ, какъ прекращеніе существующаго обязательства. Поэтому трудно вообразить, почему находили возможнымъ возбуждать вопросъ о томъ, можетъ ли обя-зательство посредствомъ новациі измѣниться въ другое, матеріально характеризуемое обя-зательство, напр. обязательство изъ купли, въ обязательство займа. Если кредиторъ входитъ съ своимъ должникомъ въ соглашеніе о томъ, что должное ему послѣднимъ по какому-либо основанію, онъ сохраняетъ у себя въ видѣ займа, то здѣсь намѣ-реніе сторонъ заключается: 1) или въ созданіи дѣйствительнаго займа, съ предше-ствующимъ ему исполненіемъ, при чемъ только устраняется взаимная передача (I. 15 D. de R. C. 12. 1.—I. 6 C. si cert. 4. 2 касается иной, древнѣйшей точки зрѣнія [срав. § 122 прим. 11], или относится къ тому случаю, когда стороны не были на-мѣрены совершить заемъ); 2) или же должникъ признаетъ себя должникомъ по займу только для того, чтобы вообще быть должникомъ; онъ общается отвѣтствовать какъ по займу, хотя онъ такового и не заключалъ (ср. § 116 прим. 3). Здѣсь имѣетъ мѣ-сто новациі, но тѣмъ не менѣе должникъ не становится еще должникомъ по займу. Срав. къ этому Синтезъ стр. 460, Беръ Jahrb. f. Dogm. II стр. 425 слѣд. и Агер-кennung § 62а, Рёмеръ цитир. соч. стр. 6 слѣд. ф. Сальциусъ стр. 331 слѣд. Саль-ковскій стр. 54 слѣд., Г. Витте VI стр. 45; Зейфф. Achr. I 335, IV. 149, V. 127, XIII. 17, XVII. 236, также XIV. 92. Синтезъ, цитир. соч. рассматриваетъ такой случай, когда при прекращеніи одного обязательства, устанавливается другое, матеріально определенное, и новациі—какъ двѣ вѣтви одного и того же института (первое подъ названіемъ «замѣны долга», второе—«обновленія долга»).

<sup>3</sup> L. 1 §. 1 D. h. t.:—*«ad modo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturali-ter»*.—Ф. Сальциусъ стр. 147 слѣд. утверждаетъ, что въ древнѣйшемъ правѣ установленіе обязательственнаго права вообще не составляетъ непремѣннаго условія новациі; что стипуляція сама по себѣ производила новациі. См. противъ этого Витте VIII стр. 323 слѣд., Сальковскій стр. 421—422 прим.

<sup>4</sup> L. 1 § 1 cit. продол.:—*«ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit»*. Gai. III 176 приравниваетъ этотъ случай съ случаемъ общанія женщиной безъ уча-стія *tutoris auctoritas* и съ случаемъ общанія *post mortem* (§ 68 прим. 8). Напротивъ того, онъ положительно отрицаетъ силу произвести новациі у общанія раба (срав. впрочемъ также Gai III. 179); точно также § 3 J. quib. mod. toll. 3. 29, l. 30 § 1 D. de pact. 2. 14. Теофилъ въ дополненіе къ этому мѣсту Институцій объясняетъ это тѣмъ, что для новациі необходима не только *naturalis obligatio*, но и лице: *«ad promissor de parā τοῖς νόμοις ἔδωκε»*. Срав. кромѣ того Шванертъ *Naturaloblig.* стр. 293 слѣд., Беръ стр. 44 (47) прим. 10, Гиртаниеръ стр. 293 слѣд. Рёмеръ стр. 105, ф. Сальциусъ стр. 147—151, Сальковскій стр. 426 слѣд.

<sup>5</sup> См. мѣста указанныя въ прим. 7; даже l. 91 i. f. D. de sol. 46. 3. (*doli mali praescriptio*, указанное въ этихъ мѣстахъ касается новаго, а не стараго обязательства. Срав. ф. Сальциусъ стр. 150).

при отсутствіи права псака, такъ и при возможности опорочить новое обязательство, прежній кредиторъ, если онъ не зналъ объ этихъ обстоятельствахъ, вправе требовать отъ освободившагося должника возстановленія прекращеннаго обязательства<sup>6</sup>; возможно и то, что прежнее обязательство возстановляется для него само собою<sup>7</sup>. То что новое обязательство есть срочное, не уничтожаетъ дѣйствія новациі<sup>8</sup>; присоединенное же къ новому обязательству условіе — напротивъ<sup>9</sup>; впрочемъ, и условное обязательство имѣетъ то дѣйствіе, что прежнее обязательство не можетъ быть пока осуществлено<sup>10</sup>. Если намѣреніе сторонъ направлено къ

<sup>6</sup> Можетъ быть, смотря по обстоятельствамъ, онъ имѣетъ право и на предоставленіе ему лучшаго обязательственнаго права. Во всякомъ случаѣ онъ можетъ заявить, что не существуетъ того обстоятельства, предполагая которое онъ согласился на прекращеніе обязательства. Справ. I. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 161 (мѣсто это впрочемъ не касается новациі): — «potest ei condici, quasi non dedisset (sc. expromissorem); quid enim interest, non det, an talem det?».

<sup>7</sup> Такъ напр. если въ качествѣ должника вступаетъ женщина, состоящая подъ охраной *senatusconsultum*'а. См. (u. a.) I. 8 § 11 l. 14 l. 32 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 16 C. eod. 4. 29. Далѣе, предоставляемое вступающему вновь должнику возстановленіе въ прежнее состояніе распространяется и на возстановленіе прежняго обязательства. I. 50 D. de min. 4. 4. Ср. I 120 прим. 17.

<sup>8</sup> L. 8 §. 1 D. h. t.: — «qui in diem stipulatur, statim novat... cum certum sit, diem quandoque venturum» (ср. I § 96 прим. 4). L. 5 eod.: — «constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit».

<sup>9</sup> L. 8 § 1 cit. продолжаетъ: «at qui sub condicione stipulatur, non statim novat, nisi condicio exstiterit». L. 14 pr. 1 24 eod. Объ условной новациі см. цитированныя въ прим. \* сочиненія Киппа и Рёмера; далѣе Сальковскій стр. 347 слѣд.

<sup>10</sup> Пока не исполнилось условіе договора новациі. Условный договор новациі не прекращаетъ существующаго обязательства, но онъ приостанавливаетъ его дѣйствіе (I § 89). По крайней мѣрѣ таковъ результатъ, котораго достигло римское право; въ дальнѣйшемъ развитіи его оба крайнія мнѣнія согласились, какъ то, по которому условная новациі не прекращаетъ существующаго обязательства, такъ и противоположное. Справ. Gai III. 179, I. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de J. D. 23. 3, l. 60 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Положеніе, что условная новациі приостанавливаетъ дѣйствіе стараго обязательства, было выражено въ слѣдующемъ видѣ: условная новациі дѣлаетъ условнымъ самое обязательство; она полагаетъ условіемъ его противоположное тому, что составляетъ ея условіе. Противъ подобнаго формулированія высказался Рёмеръ, цитиров. соч. стр. 85 слѣд.; въ пользу его — Сальковскій стр. 441 слѣд. Противъ приведеннаго положенія говоритъ то, что еслибы обязательство было обращено въ условное, то тѣмъ самымъ оно было бы прекращено, между тѣмъ какъ самое новационное обязательство еще не существуетъ. Если противъ этого Сальковскій возражаетъ, что старое обязательство прекращено условно, условно же прекращенное обязательство равняется условно существующему, и что вообще резолютивное условіе ничѣмъ не отличается отъ противоположнаго ему по своему содержанию суспенсивнаго условія, то это возраженіе требуетъ большаго основанія. Съ другой стороны *въ пользу* этого положенія, кромѣ буквального смысла приведенныхъ источниковъ, въ которыхъ во всякомъ случаѣ можетъ быть предположена неточность выражений, говорить аналогія съ I. 10 pr. D. de ad. leg. 34. 4. (срав. I. 7 pr. eod., l. 107 D. de cond. 35. l. 6 pr. D.



тому, чтобы посредствомъ вновь заключаемаго договора, во всякомъ случаѣ, прекратить дѣйствіе прежняго обязательства, то въ томъ случаѣ, когда изъ договора этого не возникнетъ новаго обязательства, изъ него возникнетъ договоръ о прощеніи долга <sup>11</sup>.

2. *Намѣреніе кредитора прекратить, посредствомъ вновь возникающаго обязательства уже существующее* <sup>12</sup>. Это намѣреніе не предполагается; тотъ, кто ссылается на него, долженъ доказать его существованіе <sup>13</sup>. Съ другой стороны для объявленія его не требуется особой формы <sup>14</sup>; не требуется даже, чтобы оно было выражено явно <sup>15</sup>. Другія условія дѣйствительности изъясненія воли

quando dies 36, 2), хотя, что касается этого послѣдняго аргумента, должно быть принято въ соображеніе единство завѣщательнаго распоряженія (Вангеровъ цитир. соч. стр. 371). О вліяніи, которое оказываетъ условная новация на просрочку, см. § 33 прим. 7. О новации подъ резолютивнымъ условіемъ, см. Рёмеръ цитир. соч. § 26.

<sup>14</sup> Срав. l. 30 §. 1. 2 D. de pact 2, 14, Gai. III. 179. Рёмеръ § 11 и стр. 104 слѣд., ф. Сальпиусъ стр. 157—159.

<sup>15</sup> Источники говорятъ о *animus novandi*. Ф. Сальпиусъ стр. 132 слѣд. пытался доказать, что въ древнѣйшемъ правѣ (до времени Папиніана) стипуляція, которая приняла въ себя матеріальное содержаніе обязательства, производила новацию и безъ *animus novandi*. Въ этомъ случаѣ ф. Сальпиусъ впалъ въ заблужденіе вслѣдствіе аналогіи съ процессуальною консумціею. По его мнѣнію какъ *iudicium*, принимающее въ себя матеріальное содержаніе обязательства, производитъ его новацию, точно такъ же и стипуляція производитъ то же. Но въ пользу того, что *iudicium* имѣетъ консумирующее значеніе, можетъ быть приведено достаточное основаніе, для консумирующаго же значенія стипуляціи такого основанія не существуетъ. Нужно видѣть, какъ онъ старается опровергнуть тѣ мѣста источниковъ, которые говорятъ противъ него. См. также Витте VIII стр. 322 слѣд., Сальковскій стр. 154 слѣд.—Полемика послѣдняго съ ф. Сальпиусомъ касается только подробностей, основанія же у него тѣ же. Онъ точно также (стр. 224, слѣд.) признаетъ, что въ древнѣйшемъ правѣ стипуляція (съ формально опредѣленнымъ содержаніемъ) приводитъ къ новации безъ того, чтобы одновременно съ нею существовалъ *animus liberandi* (Сальковскій, конечно, присовокупляетъ, что въ этой формѣ стипуляціи имѣетъ мѣсто *animus novandi* [стр. 225]) и что необходимость *animus novandi* лишь впоследствии перешло на эту форму стипуляціи изъ другихъ формъ ея, которыя не имѣли этого формальнаго консумирующаго значенія. См. противъ этого Витте IX стр. 487—495 слѣд.

<sup>13</sup> Классическіе римскіе юристы установили особое предположеніе въ пользу намѣренія совершить новацию. Это предположеніе уничтожилъ Юстиніанъ въ l. 8 C. h. t. Ср. Gai. III. 177. 178, §. 3 J. quib. mod. toll. 3. 26.

<sup>14</sup> Именно употребленіе слова «новация». Ср. l. 17 D. h. t. «Delegare scriptura vel nutu, ubi dari non potest, debitorem suum quis potest».

<sup>15</sup> Это весьма спорный вопросъ, относительно котораго различныя мнѣнія едва ли когда нибудь придуть къ соглашенію. Здѣсь идетъ рѣчь о толкованіи l. 8. C. h. t. Изложенный въ текстъ взглядъ основанъ на слѣдующемъ: а) повидимому намѣренія Юстиніана заключались въ томъ, чтобы посредствомъ приведеннаго опредѣленія устранить установленную древними юристами въ пользу новации правовую презумцію. Для достиженія этого намѣренія вовсе не было необходимости устанавливать, что новация не можетъ имѣть мѣсто при молчаливомъ соглашеніи; б) съ этимъ вполне согласны подлинныя слова, въ которыхъ Юстиніанъ выразилъ положительный смыслъ закона. «Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum,» т. е. что нѣтъ

при новаціи опредѣляются общими правилами. Именно для нея необходима дѣеспособность кредитора<sup>16</sup>; согласіе на новацію можетъ дать и третье лицо, которое вправѣ замѣститъ кредитора<sup>17</sup>,

необходимости явно устанавливать непримѣнимость новаціи; само собою предполагается не намѣреніе произвести новацію, но противоположное («hoc enim naturalibus (l. naturaliter) inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.» c) Съ этимъ плохо вяжется средняя часть мѣста, гдѣ новація не можетъ имѣть мѣсто «nisi ipsi specialiter remiserint quidem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint». Не естественно относить эти слова къ изъявленію воли вообще, а не къ явному изъявленію воли. Съ другой стороны это не невозможно. (Срав. l. 79 §. 3 D. de cond. 35. 1 «quosunque indicio voluntatis cautio remitti potest»). Срав. также l. 18 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 и другія мѣста, цитированныя въ III §. 647 прим. 15. d) При этомъ противорѣчіи рѣшительное значеніе должно имѣть то обстоятельство, что въ Пандектахъ вообще изложено ученіе древнѣйшаго права: что новація наступаетъ лишь въ томъ случаѣ, если она заранѣе предположена. («si hoc actum est»—сравн. l. 6 §. 1 D. de contr. emt. 181: «in emtis .. et venditis potius id quod actum est, quam id, quod dictum sit, sequendum est.»). L. 2 l. 6 pr. l. 8 §. 1. 2. 3. 5 l. 26 D. h. t., l. 29 l. 31 §. 1 D. h. t. (Въ обоихъ послѣднихъ мѣстахъ говорится *specialiter* id. actum esse; *specialiter* значитъ непремѣнно, особенно. Сравн. l. 10 pr. D. de neg. gest. 3. 5. Если здѣсь, какъ часто предполагаютъ, заключается интерполация l. 8 v. h. t., то этимъ прямо подтверждается высказанное мнѣніе: въ противномъ случаѣ было бы употреблено выраженіе *expressum*. Совершенно такое же изложеніе, какъ и въ Пандектахъ находится и въ Институціяхъ, §. 3 J. quib. mod. toll. 3. 29 и у Теофила. Сравн. о высказанномъ здѣсь мнѣніи Леръ въ Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV стр. 27—34 (1820) и Фейнъ цитир. соч. стр. 28—34; о противоположномъ мнѣніи ср. Гельъ Arch. f. civ. Pr. XV. II (1832), Спитенисъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. IX. 5 (1836) и Lehrb. II стр. 455 прим. 25, особенно Гротендъ Zeitschr. f. Civ. und. Pr. N. F. XII. 10 (1855) также Сальковский стр. 259 слѣд. Дальнѣйшія указанія литературы у Фейна (цитир. соч.) Вангеровъ III §. 619, Гольцшверъ III §. 248 № 1, ф. Сальпюсъ (стр. 261 слѣд.), который точно также не признаетъ необходимости явнаго указанія на намѣреніе произвести новацію, относятъ постановленіе Юстиніана къ прекращенію способности произвести новацію относительно тѣхъ древнѣйшихъ формъ стипуляціи, которыя дѣйствуютъ безъ animus novandi. Новѣйшая практика колеблется, какъ и теорія. Въ пользу высказаннаго здѣсь мнѣнія Зейфф. Arch. VI. 175, 262, XX. 123, (XXII, 223); противъ него тамъ же IV. 106 (стр. 182), VII. 167; среднее мнѣніе ib. XIII. 17. См. еще VIII. 159, XII. 144. О спеціальномъ вопросѣ о томъ, заключается-ли новація въ выдачѣ и акцептѣ векселя и въ написаніи на немъ бланка, см. Кунце Wechselg. стр. 72—84 и цитированныхъ у него писателей, далѣе цитированное въ § 105 прим. \* сочиненіе Шауберга, большая часть котораго посвящена именно этому вопросу. Зейфф. Arch. II. 80. 89, VIII. 288, IX. 63, XI. 275, XVI. 207, (XXI. 118. 229, XXII. 33).—Можетъ-ли заключаться новація и въ учненіи расчета? Утвердительно говоритъ Регельсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 173 слѣд. Я полагаю, что если расчетъ имѣетъ тотъ смыслъ, что различные обязательства погашаются имъ, то здѣсь долженъ быть признанъ только договоръ коменсаціи (§ 103, № 2). (Я не упустилъ изъ виду тѣхъ возраженій, которыя были сдѣланы Унгеромъ Jahrb. f. Dogm. VIII стр. 218, примѣч. 43).

<sup>16</sup> L. 20 §. 1 D. h. t. «Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare» L. 3. l. 9 pr. eod. l. 15 D. de sol. 46. 3.

<sup>17</sup> L. 20. §. 8 cit. (прим. 16) продолжаетъ:—«tutor potest, si hoc pupillo expediat, item procurator omnium bonorum.» L. 34 §. 1. D. h. t.

или которому кредиторъ дастъ на то свое согласіе <sup>18</sup> <sup>19</sup>. Согласія должника, освобождаемаго новаціей, не требуется <sup>20</sup>.

с) *Значеніе новаціи въ смыслъ установленія новаго обязательства.*

§ 107. При обсужденіи этого значенія новаціи возникаетъ вопросъ, прекращаетъ ли новаціонный договоръ обязательство только въ томъ случаѣ, когда онъ устанавливаетъ новое; съ другой стороны устанавливаетъ ли онъ новое обязательство только въ томъ случаѣ, когда онъ прекращаетъ прежнее? Вопросъ этотъ разрѣшается утвердительно для тѣхъ случаевъ, когда содержаніе новаціоннаго договора заключается именно въ намѣреніи произвести новацію и когда онъ поэтому становится индивидуальнымъ определеннымъ договоромъ <sup>1</sup>. Если новаціонный договоръ не имѣетъ такого содержанія, то необходимо дѣлать слѣдующее различіе <sup>1а</sup>.

1. Новаціонный договоръ заключаетъ въ себѣ намѣреніе, если не прекратить существующее обязательство, то имѣть къ нему извѣстное соотношеніе <sup>2</sup>—или въ томъ, что содержаніе вновь возникающаго обязательства опредѣляется ссылкой на содержаніе прежняго обязательства <sup>2а</sup>; или въ томъ, что дого-

<sup>18</sup> Ранѣе и позднѣе. L. 22 D. h. t. Въ указаніи должнику или въ предоставленіи ему права исполнить обязательство относительно третьяго лица, не заключается предоставленія этому третьему лицу права произвести новацію. L. 21 l. 10 D. h. t.

<sup>19</sup> Правила l. 10 D. h. t. «Cui recte solvitur, is etiam novare potest» не представляется спорнымъ, даже относительно исключенія сдѣланнаго этимъ мѣстомъ для solutionis causa adjectus см. l. 21. 25 D. h. t., l. 16 l. 34 pr. eod., l. 4 C. eod., l. 27 pr. D. de pact. 2. 14.

<sup>20</sup> L. 8 §. 5 i. f. D. h. t., l. 91 D. de sol. 46. 3

<sup>1</sup> Насколько въ современномъ правѣ кто либо признаетъ необходимость, чтобы договоръ новаціи имѣлъ это значеніе, на столько возбужденный вопросъ для него теряетъ значеніе. Сравни. Шлезингеръ цитирован. соч. стр. 119, Синтенисъ стр. 451.

<sup>1а</sup> Первое изъ приведенныхъ ниже обстоятельствъ не принимается въ соображеніе Беръ Anerkennung стр. 44—46 (47—49), второе Гиртаннеръ Stipul. стр. 233—239. Второе отрицаетъ вполнѣ Сальковский стр. 93 слѣд.; въ современномъ и Юстиніановскомъ правѣ—ф. Сальпиусъ (см. именно §. 53. 69. 77. 78, ср. также стр. 466. 467). См. противъ этого Витте VIII стр. 337 слѣд. IX стр. 495 слѣд. Шаубергъ стр. 198 удивляется, какъ можно утверждать второе обстоятельство и утверждаетъ, что отношеніе договора новаціи къ прекращаемому обязательству не нуждается въ явномъ выраженіи. Сравни. Ремеръ стр. 25—40; ф. Сальпиусъ стр. 274 слѣд., Сальковский стр. 382 слѣд.

<sup>2</sup> Въ остальномъ онъ не опредѣляетъ съ точностью, прекращаетъ-ли онъ или усиливаетъ существующее обязательство Либе стр. 282 слѣд., Гнейсъ стр. 150 слѣд., ф. Сальпиусъ стр. 163 слѣд., Сальковский стр. 96 слѣд., (Вангеровъ цитир. соч. прим. 1 № 1).

<sup>2а</sup> Сравни. напр. l. 26. 27. 32. 34 §. 2 D. h. t., l. 75 §. 6 D. de V. O. 45. II, l. 72 §. 3 D. de sol. 46. 3, l. 18 §. 1 D. de accept. 46. 4.

воръ этотъ опредѣляетъ содержаніе новаго обязательства, какъ проистекающее изъ прежняго <sup>2</sup>b. Въ обоихъ этихъ случаяхъ новаціонный договоръ устанавливаетъ новое обязательство лишь на столько, на сколько существуетъ прежнее <sup>3</sup>. Если прежнее обязательство существуетъ, а новаціонный договоръ не имѣетъ силы прекратить его <sup>4</sup>, то хотя и возникаетъ новое обязательство, но оно можетъ быть оспорено въ силу права презумпціи (Виндш. I § 97 слѣд.) <sup>5</sup>.

Если новаціонный договоръ въ указанномъ порядкѣ не принимается въ соображеніе подлежащаго прекращенію обязательства, то изъ него во всякомъ случаѣ возникаетъ обязательство, отмѣняющая сила котораго можетъ быть оспорена лишь въ силу права презумпціи <sup>6</sup>. При этомъ возникаютъ еще слѣдующіе вопросы: а) Если въ обязательство вступаетъ новый кредиторъ, то можетъ ли должникъ и противъ него выставить предположеніе о его обвѣщаніи (прекратить прежній долгъ? 7) <sup>7</sup> Безъ сомнѣнія если

<sup>2</sup>b) L. 8 §. 4 D. h. t.

<sup>3</sup> Въ этомъ смыслѣ l. 1 §. 1 D. h. t. говоритъ что безразлично «qualis processit obligatio», слѣдовательно безразлично предшествовало ли вообще обязательство. Слѣдовательно если въ l. 8 §. 1 и въ l. 14 §. 1 D. h. t. выражено, что новація условнаго обязательства получаетъ значеніе лишь послѣ наступленія условія, то еще не вполнѣ доказано, что у договора новаціи до того времени отнимается способность установить обязательство; но въ томъ, что ея этой способности не имѣть можно сомнѣваться въ виду l. 21 D. de assert. 46. 4. Сравн. Рѣмеръ стр. 33—36, Сальковский стр. 408—415. Далѣе сюда принадлежит l. 32 D. sol. matr. 23. 3. Сравн. также Сальковский стр. 362 слѣд. (Blätter f. R. Anwend. XXXIII стр. 289 слѣд.) Для второго изъ указанныхъ выше случаевъ не доказано, чтобы содержаніе прекращаемаго обязательства не имѣло вліянія на содержаніе вновь создаваемаго обязательства. См. Рѣмеръ стр. 37—38, и сравн. Витте IX стр. 498—499.—Если во второмъ случаѣ обвѣщаніе произвести новацію походитъ отъ прежняго должника, то заключающееся здѣсь сознаніе освобождаетъ кредитора отъ необходимости представлять доказательства; впрочемъ и это не вполнѣ доказано. Срав. ф. Сальвиуэ стр. 283, Сальковский стр. 387; противъ нихъ Витте VIII стр. 199 слѣд. IX стр. 498 слѣд.

<sup>4</sup> Напр. по случаю неспособности къ юридическимъ дѣйствіямъ производящаго новацію кредитора срав. l. 9 pr. l. 16 D. h. t., которые впрочемъ не имѣютъ въ виду рассматриваемаго здѣсь случая.

<sup>5</sup> Указанныя въ предыдущемъ примѣчаніи мѣста очевидно признаютъ, что должникъ далъ обвѣщаніе, зная о причинѣ, которая исключала способность договора новаціи прекратить существующее обязательство.

<sup>6</sup> Посредствомъ обратнаго требованія (condictio) и возраженія (exceptio doli или factum) h. 20. D. de SC. Mac. 14. 6. также l. 14 D. de exc. 44. I и l. 25 D. de A. E. V. 19. 1 конечно относятся къ стипуляціи о новаціи. Возраженіе является вспомогательнымъ средствомъ, для должника и въ случаѣ указанномъ подъ 1) если прежнее обязательство было не дѣйствительно, но подлежало опроверженію посредствомъ возраженія, но это возраженіе переносится изъ стараго обязательства, тогда какъ возраженіе въ указанномъ здѣсь случаѣ устанавливается вновь обстоятельствами, сопровождающими договоръ о новаціи. Срав. Зейфф. Arch. X 153.

<sup>7</sup> Срав. по поводу этого вопроса: Гоффманъ въ Sell's Lehrb III. 12. Фейксъ цитир. соч. стр. 35—42, Ердлебенъ condictiones sine causa I стр. 155—182, Виндшейдъ

въ общаніи, сознательно для кредитора, выражено, что онъ даетъ это общаніе только подъ этимъ условіемъ; если этого не выражено, то слѣдуетъ отвѣчать отрицательно <sup>8</sup>; но въ силу особаго постановленія римскаго права, вопросъ этотъ разрѣшается утвердительно, если исполненіемъ обязательства кредиторъ пріобрѣлъ то, на что онъ не имѣлъ права по отношеніямъ его къ прежнему кредитору <sup>9</sup>. б) Если въ обязательство вступаетъ новый должникъ <sup>10</sup>, то въ его общаніи можетъ точно такъ же заключаться предположеніе о прекращеніи прежняго долга <sup>11</sup>. Если этого нѣтъ, то новый должникъ можетъ ссылаться относительно кредитора, производящаго новацию, на несуществованіе или не прекращеніе прежняго долга лишь въ томъ случаѣ <sup>12</sup>, когда не осуществится предположеніе, въ силу котораго онъ принялъ на себя долгъ прежняго должника <sup>13</sup>.

Voraussetzung стр. 93—96. Шлезингеръ цитир. соч. стр. 122—129. Bitte Bereicherungsklagen. стр. 75—84. Krit. Vtschr VIII стр. 359 слѣд., Фойгтъ conditiones ob causam § 50, Ромеръ цитир. соч. стр. 50—62; Тель Handlsrecht 1 § 131.

<sup>8</sup> L. 12. 13. 19 D. h. t., l. 4 § 20 D. de doli exc. 44. 4. l. I § 10 D. guar. reg. 44. 5; t. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4 срав. также l. 33 D. h. t. l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1.

<sup>9</sup> Это признано для того случая, когда старый кредиторъ обязалъ своего должника относительно новаго кредитора съ цѣлью сдѣлать ему подарокъ или прекратить существованіе долга, возникшаго вслѣдствіи ошибки L. 2 § 3 4 D. de donat. 39. 5. l. 7 pr. § 1 D. de doli exc. 44. 4. Въ мѣстахъ, указанныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи рѣчь идетъ о передачѣ долга съ цѣлью погашенія дѣйствительно существующаго долга и съ цѣлью выдачи приданнаго; о новомъ кредиторѣ здѣсь говорится: debitum persequitur, suum recepit, suum negotium gerit.—Тотъ путь, которой я предлагалъ ранѣе (въ сочиненіи über die Voraussetzung) для согласованія упомянутыхъ выше рѣшеній съ существующимъ принципомъ, я въ настоящее время не считаю достаточнымъ. Не остается ничего болѣе, какъ видѣть въ этихъ рѣшеніяхъ—исключеніе. Фойгтъ цитир. соч. стр. 366. 367 видятъ въ нихъ въ послѣдствіи оставленный фазисъ развитія. Противъ него съ основательностью возражаетъ Рёмеръ стр. 59.

<sup>10</sup> Срав. объ этомъ случаѣ Фойгтъ § 51, Рёмеръ § 5.

<sup>11</sup> Срав. § 106 прим. 2

<sup>12</sup> Собственно говоря это не такъ. Это слѣдуетъ не только изъ общихъ основаній, но также и изъ I. 1 § 11. D. guar. reg. 44. 5.

<sup>13</sup> Дѣйствительное основаніе общанія, даннаго ему, новому кредитору, истекаетъ изъ его отношеній къ старому должнику (§ 106, прим. 2). За недостаткомъ этого основанія онъ не вправе вступать въ отношенія къ новому кредитору, ибо для него не возникло указаннаго основанія, но по исключенію это возможно для разсматриваемаго случая, ибо новый кредиторъ не имѣетъ права на предметъ обязательства по отношенію къ тому кто доставилъ ему обязательство. Рѣшительное значеніе имѣетъ здѣсь положеніе, развитыя относительно предыдущаго случая. Дѣйствительно не могутъ быть примѣнены различныя правила къ тому, когда А является мнимымъ кредиторомъ В, а В мнимымъ кредиторомъ С и когда оба эти мнимыя обязательства сводятся къ одному— между А и С,—будетъ-ли здѣсь новация имѣть цѣлью прекращеніе обязательства между В и С (предыдущій случай) или между А и В (настоящій случай), или же прекращеніе обоихъ обязательствъ. Доказательствомъ сказанному не можетъ служить l. 8.

По соображеніи съ различными указанными выше случаями нужно замѣтить еще слѣдующее:

1. Если обязывающійся не знаетъ о недѣйствительности того обязательства, которое прекращается новаціоннымъ договоромъ, то въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принять, что договоръ этотъ имѣлъ цѣлью установить обязательство <sup>14</sup>.

2. Безразлично, недѣйствительно-ли прекращаемое обязательство само по себѣ, или допускаетъ возраженія <sup>15</sup>. Напротивъ того вовсе не требуется, чтобы прекращаемое обязательство пользовалось правомъ иска; впрочемъ не всякое безисковое обязательство достаточно для сего <sup>16</sup>.

3. Если новація учинена подъ условіемъ, то, въ случаѣ сомнѣнія, намѣреніе сторонъ понимается въ томъ смыслѣ, что стороны имѣли въ виду существованіе обязательства въ моментъ наступленія условія, а не заключенія новаціоннаго договора <sup>17</sup>.

### Такъ называемая *novatio necessaria*.

§ 108. Этимъ выраженіемъ опредѣляется то вліяніе, которое оказываетъ на обязательственное право предъявленіе иска и окончательное рѣшеніе. Это вліяніе (Виндш. I § 124, прим. 1, § 129, прим. 5) заключается не въ прекращеніи существующаго обязательства, но въ превращеніи его въ тѣсномъ смыслѣ слова, — въ

§ 4. D. ad SC. Vell. 16. 1, какъ это утверждаетъ Рёмеръ стр. 63, ибо въ виду того, что это мѣсто должно быть понимаемо лишь въ смыслѣ указанія на возможность вступленія въ обязательство новаго кредитора (подъ *non debitor* можетъ быть понимаемъ и *минимый* должникъ), здѣсь принимающему на себя обязательство дается возраженіе только въ интересъ женщины, производящей делегацию (*quemadmodum mulieris fideiussor*, ср. l. 19. § 5 eod.: «*ne in mulierim mandati actio competat*»).

<sup>14</sup> Ср. l. 12 D. h. t. «*Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur (sc. debitor) ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur*». L. 25 D. de V. O. 45. 1. O l. 2 C. ad IC. Mac. 4. 28 см. § 125 примѣчаніе 17.

<sup>15</sup> О значеніи возраженія идетъ рѣчь въ l. 32 D. sol. matr. 24. 3 (прим. 3), l. 20 D. de IC. Mac. 14. 6. l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 D. de exc. 44. 1 (прим. 6). L. 2. § 3. 4 D. de don. 39. 5 и l. 7 pr. § 1. D. de doli exc. 44. 4 (прим. 9) говорятъ вообще о «*pecunia quam me tibi debere existimabam*», по отношенію къ тому, что «*quem creditorem tuum putabas*».

<sup>16</sup> Ср. объ этомъ § 20 прим. 4 и § 21.

<sup>17</sup> Не служить доказательствомъ противоположному l. 56 § 8. D. de V. O. 45 1, которое объясняется тѣмъ, что ни недѣйствительность, ни послѣдующее уничтоженіе подлежащаго новаціи обязательства не можетъ служить защитой для *вновь вступающаго должника* противъ кредитора, производящаго новацію (прим. 12). Рёмеръ стр. 231 слѣд. изъ этаго мѣста выводитъ то положеніе, что позднѣйшее уничтоженіе обязательства, подлежащаго новаціи, само по себѣ не имѣетъ значенія для условной стипуляціи о новаціи, и что оно вліяетъ на нее лишь на столько, на сколько съ этимъ уничтоженіемъ связано исполненіе обязательства.

томъ, что хотя сохраняется индивидуальность этого обязательства, но къ нему присоединяются такія правовыя опредѣленія, которыхъ оно прежде не имѣло. Сопоставленіе этого превращенія съ новаціей объясняется впрочемъ тѣмъ, что источники не отдѣляютъ отъ него представленія и названія новаціи<sup>1</sup>.

Наши законы ничего не говорятъ о новаціонномъ договорѣ вообще; тѣмъ не менѣе подобные договоры возможны и у насъ (arg. ст. 1528 и 1529 т. X ч. 1). Но въ виду того, что новація базируется, главнымъ образомъ, на положительныхъ постановленіяхъ римскаго законодательства, слѣдуетъ признать, что изложенныя начала имѣютъ весьма слабое примѣненіе къ русскому праву. Подобные договоры должны быть обсуживаемы исключительно на основаніи ихъ содержанія.

А. Д.

### 5. Прощеніе долга (Erläss) \*.

§ 109. Прощеніе долга есть прекращеніе обязательства исключительно по волѣ кредитора<sup>1</sup>. Кредиторъ освобождаетъ должника и черезъ то должникъ перестаетъ быть таковымъ. Осно-

<sup>1</sup> Ср. именно извѣстное мѣсто Гая III. 180. «Tollitur adhuc obligatio litis con-  
testatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principa-  
lis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit,  
sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud vete-  
res scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contesta-  
tam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere». Далѣе I. 29  
D. h. t. «Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa  
exempla ostendunt...» и Vat. fr. § 263, гдѣ положительно выражено: — «si... interpo-  
sitis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit» (ср. впрочемъ также ф. Саль-  
пицъ Novation u. Delegation стр. 37); точно также I. 3 pr. C. de usur. rei iud.  
7. 54: — «novatur iudicati actione prior contractus». Но изъ I. 29 cit. слѣдуетъ, что  
litis contestatio не прекращаетъ обязательства. «Perit privilegium dotis et tutelae, si  
post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio nove-  
tur, si id specialiter actum est; quod nemo dixit lite contestata: neque enim deterio-  
rem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his  
actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt», что касается значенія рѣшенія, см.  
I § 129, прим. 4. У римлянъ представленіе о новаціи посредствомъ вступленія новаго  
кредитора или должника заключалось въ болѣе тѣсныхъ рамкахъ вслѣдствіе теперь уже  
не имѣющаго значенія положенія, что litis contestatio навсегда исключала возможность  
судебнаго преслѣдованія всякой введенной вновь претензіи. Ср. впрочемъ указанныхъ въ  
I § 124 прим. 1 и § 129 прим. 5 писателей, еще Унтергольцнеръ § 292 — 293, а  
также учебники Зейфферта § 295, Пухты § 292, Сивтениса II § 105 прим. 2 въ  
началѣ, Брицца стр. 556—560, Келлера § 278.

\* Унтергольцнеръ I § 225—231, Сивтенисъ II стр. 479—483.

§ 109.

<sup>1</sup> Только по волѣ кредитора — въ противоположность новаціи, гдѣ воля кредитора  
служитъ только средствомъ къ основанію новаго обязательства (§ 105).

ванія, которыя побудили кредитора къ прощенью долга могутъ быть столь же различны, какъ и основанія къ отчужденію имущества вообще<sup>2</sup>; по этому прощенье долга не должно быть разсматриваемо исключительно въ видъ даренія<sup>3</sup>.

Прощенье долга для своей дѣйствительности требуетъ согласія должника; оно дѣйствительно лишь какъ договоръ<sup>4</sup>. Договоръ этотъ можетъ имѣть различное содержаніе. а) Оно можетъ быть направлено къ непосредственному прекращенію договора<sup>5</sup>. б) Обязательство можетъ само по себѣ остаться неприкосновеннымъ, но кредиторъ можетъ обязаться только не осуществлять его, такъ что въ случаѣ осуществленія, его должникъ имѣетъ право возраженія<sup>6</sup>. Точный смыслъ договора о прощеньи опредѣляется для каждаго отдѣльнаго случая посредствомъ толкованія; при сомнѣніи же, когда намѣреніе сторонъ заключалось въ воспрепятствованіи дѣйствию обязательства во всѣхъ отношеніяхъ, должно быть принято, что онѣ хотѣли непосредственно прекратить обязатель-

<sup>2</sup> Ср. напр. l. 9 § 7 D. quod. met. caus. 4. 2, l. 4 D. de cond. e. d. c. n. s. 12. 4, l. 41 § 2 D. de I. D. 23. 3, l. 81 § 5 D. de leg. I<sup>o</sup> 3<sup>o</sup>.

<sup>3</sup> Ср. именно Бера Anerkennung § 29. 31.

<sup>4</sup> L. 91 D. de sol. 46. 3. Здѣсь принимается въ соображеніе посмертное прощенье долга; оно относится къ наследственному праву. (Ср. Зейффертъ Arch. XXIII. 195).

<sup>5</sup> Такова римская *acceptilatio* (Dig. 46. 4. Cod. 8. 44). *Acceptilatio* есть договорное заявленіе о принятіи, učinенное въ формѣ отвѣта на вопросъ (*acceptum habes? acceptum habeo*, § 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, ср. l. 18 i. f. D. h. t.) — это есть договоръ, посредствомъ котораго кредиторъ заявляетъ, что наступило то же дѣйствіе, какъ будто обязательство исполнено относительно его. Поэтому *acceptilatio* понимается въ томъ смыслѣ, что ею освобождается должникъ «*solutionis exemplo*» (l. 5 D. h. t.); затѣмъ «*solutioni comparatur*» (l. 7 § 1 D. de lib. leg. 34. 3), «*velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est*» (l. 16 pr. D. h. t.), она называется «*imaginaria solutio*» (§ 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, Gai. III. 169), ср. также l. 13 § 4 D. h. t., l. 16 D. de sol. 46. 3. Но въ дѣйствительности кредиторъ все же ничего не получить; изъ этого проистекають правовыя послѣдствія. См. Gai. III. 171. 172, l. 5 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (о l. 56 § 8 D. de V. O. 45. 1. см. § 107 прим. 17). Ср. о характерѣ *acceptilatio* Фиттингъ *Carrealobl.* § 8, Виндшейдъ *krit. V. J. Schr.* III стр. 170—171, Рёмеръ *bedingte Novation* стр. 245 — 253, Баронъ *Gesamtrechtsverhältnisse* стр. 309—318. Въ настоящее время мы не знаемъ *acceptilatio*, но мы имѣемъ соответствующій ей правовой институтъ въ кѣптованіи. Кѣптованіе есть (или скорѣе можетъ быть, см. вторую половину этого §) договорное заявленіе о полученіи, но не въ формѣ вопроса и отвѣта (Зейфф. Arch. XXIII. 195). — Другой формой римскаго договора о прощеньи есть такъ называемое *contrarius consensus*, т. е. неформальное соглашеніе сторонъ о томъ, что состоявшійся между ними договоръ признается прекратившимся. См. напр. § 4 I, quib. mod. toll. 3. 29, l. 58 D. de pact. 2. 14, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5 (ср. прим. 9).

<sup>6</sup> § 3 I. de exc. 4. 13. Такой договоръ называется въ источникахъ *pactum de non petendo* (Dig. 2. 14. Cod. 2. 3). Онъ отличается отъ *acceptilatio* не только отсутствіемъ формы, но и внутреннимъ содержаніемъ. См. Бухель *civilr. Erörterungen* II стр. 45—52, ср. Фельдерндорфъ-Варадейнъ *zur Lehre vom Erlass* (1850 г.; сочиненіе это главнымъ образомъ касается исторіи договора *pactum de non petendo*), противъ



ство<sup>7</sup>. Второго рода договоръ о прощеніи долга имѣеть мѣсто преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда намѣреніе сторонъ заключалось въ томъ, чтобы обязательство потеряло свое значеніе въ томъ или другомъ отношеніи, на извѣстное время или относительно извѣстнаго лица<sup>8</sup>.

Договоръ о прощеніи подчиняется общимъ правиламъ о дѣйствительности договоровъ. Для его дѣйствительности не требуется определенной формы<sup>9</sup>; поэтому онъ можетъ быть заключенъ молчаливо<sup>9а</sup>. Весьма распространенной въ настоящее время формой

этого Шейерль Beiträге II № 14. Фельднердорфъ, утверждая (также и Рудорфъ за Puchta § 297 а.), что *actum de non petendo* относится не къ обязательству, но къ иску, заходить слишкомъ далеко. Противъ этого Шейерль, цитир. соч. стр. 17—19, Аридтс крит. Ueberschau II стр. 154. Ф. Фельднердорфъ и Рудорфъ кроме того не признаютъ за *actum de non petendo* значенія договора о прощеніи долга; Шейерль отрицаетъ у него значеніе дѣйствительнаго договора о прощеніи, см. противъ этого Аридтс цитир. соч. 154, 155 и ср. 1. 7 § 10 D. de pact. 2. 14, 1. 5 C. de rem. pign. 8. 26. Противъ Аридтса возражаетъ Фиттингъ Correalobl. стр. 95 прим. 117, Баронъ Gesamtschuldverh. стр. 297.

<sup>7</sup> Предполагается, что намѣреніе сторонъ заключается именно въ прекращеніи дальнѣйшаго существованія обязательства и было бы несогласно съ этимъ намѣреніемъ, если оно очевидно заключается въ прекращеніи существованія обязательства, требовать продолженія его. Ср. Унгера II § 96 прим. 17, Аридтса § 267 прим. 1. d. См. также § 165 прим. 12. [Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. III 25].

<sup>8</sup> *Pactum de non petendo in personam*, въ противоположность *pactum de non petendo in rem*. L. 7 § 8 1. 17. § 3. 1. 25 § 1 D. de pact. 2. 14.

<sup>9</sup> По римскому праву для дѣйствительности *pactum de non petendo* не требовалось определенной формы. Напротивъ, для договора о прямомъ прощеніи долга существовало правило: «*prout quidque contractum est, ita et solvi debet*» (l. 80 D. de sol. 46. 3, 1. 35. 100 D. de R. J. 50. 17). Поэтому *contrarius consensus* применялся только къ консенсуальнымъ договорамъ (и даже къ этимъ договорамъ онъ не применялся, если исполненіе ихъ было уже отчасти произведено; ибо неформальный договоръ не могъ установить обязанности возвратить уже переданное въ видѣ исполненія; раздѣленія же его не существовало; см. мѣста, указанные въ прим. 5 въ концѣ). Всѣ другія обязательственныя права должны быть прекращаемы посредствомъ *acceptilatio* и для этого они должны были быть, въ случаѣ надобности, превращены въ *verborum obligationes* (§ 105 прим. 7) [Ср. Зейфф. Arch. XXI. 42]. Нынѣ дѣйствуетъ общее правило, что для дѣйствительности договорнаго отношенія не требуется определенной формы (§ 64). Нѣтъ основанія думать, чтобы это общее правило относилось лишь къ договорамъ, устанавливающимъ обязательства, а не также и къ договорамъ, прекращающимъ ихъ. Ср. Фритца Erläuter. II стр. 421, Унтергольцнеръ, стр. 481, Свиниусъ стр. 480, примѣч. 2, Шейерль цитир. соч. стр. 24—26, Аридтс крит. Ueberschau. II стр. 155—156 и Pand. § 267. 1. d (последній распространяетъ это правило посредствомъ искусственнаго оправданія, насмѣвающего волю сторонъ), Савинья Obl. I стр. 178. Другаго мнѣнія Вангеръ III § 621 примѣч., который въ современномъ правѣ признаетъ существованіе лишь *consensus contrarius* (давая ему болѣе широкое примѣненіе, такъ какъ теперь всѣ договоры совершаются *solo consensu*). Другаго мнѣнія держится также Пфортенъ Abhandl. стр. 300, который утверждаетъ, что современное право знаетъ только одинъ договоръ, прямо прекращающій долгъ—квитованіе, соответствующее римской *acceptilatio*; см. также Бринъ стр. 640.

<sup>9а</sup> Ср. 1. 2 § 1 D. de pact. 2. 14, 1. 17 § 1 D. de usur. 22. 1, 1. 24 D. de

договора о непосредственномъ прощеніи долга есть квитиrowаніе долга, точнѣе—составленіе и выдача квитанціи. Тѣмъ не менѣе квитиrowаніе не всегда и не непременно есть договоръ о прощеніи долга. Квитанція есть прежде всего доказательство *исполненія обязательства*<sup>10</sup> и по закону разсматривается какъ таковое<sup>11</sup>. Если она представляется недостаточною, чтобы доказать въ процессѣ фактъ исполненія обязательства<sup>12</sup>, то должнику предоставляется доказывать, что она выдана для доказательства договора о прощеніи долга<sup>13</sup>. Если квитанція выдана именно для этой цѣли, то она содержитъ въ себѣ договоръ о прощеніи долга, который вполне соотвѣтствуетъ римской *acceptilatio* и потому долженъ быть обсуждаемъ по правиламъ послѣдней<sup>14</sup>.

Изложенныя начала, какъ вытекающія изъ юридической сущности самой сдѣлки, имѣютъ полное примѣненіе и къ русскому праву. Утверждающій, что квитанція, хотя безденежная, выдана ему въ видѣ дара или по иному основанію, долженъ доказать это.

А. Д.

### Недобровольное прощеніе. Квалифицированное прощеніе.

§ 110. Обыкновенно кредиторъ не можетъ быть конечно принужденъ къ прощенію долга. По исключенію это допускается въ случаѣ несостоятельности должника<sup>1</sup>. Въ этомъ случаѣ большин-

гров. 22. 3. Зейфф. Arch. II. 282, XIII. 156, XIV. 221. Специально о томъ случаѣ, когда при расчетѣ не ставится въ счетъ обязательство см. Зейфф. Arch. IV. 220, IX. 57, XV. 194; Беръ Anerkenn. стр. 223 — 224 (242 — 243). Jahrb. von Dogm. II стр. 406—407, Р-гельсбергерь Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 175—177.

<sup>10</sup> Признаніе исполненія, въ смыслѣ доказательства противъ себя самаго см. § 164 в. прим. 3.

<sup>11</sup> То есть оно не можетъ быть устранено посредствомъ заявленія спора; оно можетъ быть опровергаемо представленіемъ доказательства противнаго, а также посредствомъ *exceptio non numeratae (non solutae) pecuniae* (§ 96 прим. 3).

<sup>12</sup> Потому что доказательная сила его прекращается доказательствомъ противнаго или заявленіемъ *exceptio non numeratae pecuniae*.

<sup>13</sup> Это заключеніе во всякомъ случаѣ предполагаетъ, что кредиторъ, выдавая квитанцію, зналъ, что обязательство еще не исполнено. По оправдывается ли это заключеніе однимъ такимъ знаніемъ? Нѣтъ, когда квитанція выдана въ предположеніи, что исполненіе послѣдуетъ. Ср. § 164 в прим. 4. L. 6. 21. 23 C. de sol. 8. 43. [Зейфф. Arch. XXI. 230].

<sup>14</sup> Она, какъ и *acceptilatio*, есть договоръ, посредствомъ котораго кредиторъ заявляетъ, что должны наступить тѣ послѣдствія, которыя наступили бы, если бы послѣдовало дѣйствительное исполненіе обязательства.

§ 110. <sup>1</sup> Гефферъ Arch. f. civ. Pr. X. 15. Швангенбергъ Zeitschr. § 110. f. Civ. u Pr. VI.

ство кредиторовъ можетъ принудить меньшинство къ прошенію части долга, но для этого необходимо судебное опредѣленіе<sup>2</sup>. Большинство, какъ и въ случаѣ, указанномъ въ § 27, № 2, опредѣляется здѣсь не числомъ лицъ, но величиной претензій<sup>3</sup>. Такое постановленіе большинства кредиторовъ не освобождаетъ поручителей предъ тѣми изъ кредиторовъ, которые не согласны съ симъ постановленіемъ<sup>4</sup>. Кредиторы, претензіи которыхъ обезпечены залогомъ, не обязаны подчиняться постановленію большинства<sup>5</sup>.

Особое примѣненіе имѣетъ договоръ о прошеніи при мировой сдѣлкѣ, при договорѣ о третейскомъ судѣ или прекращеніи дѣла присягой<sup>6</sup>. Особыя положенія этихъ правовыхъ институтовъ должны быть изложены не здѣсь, но въ особенной части обязательственного права<sup>7</sup>,

стр. 226—235. Пфейфферъ praktische Ausführungen III. 1 и VIII. 3. Беръ Concursprocess. § 38. 39.

<sup>2</sup> Въ источникахъ положеніе, изложенное въ текстѣ, примѣняется лишь къ наслѣдству обремененному долгами, такъ что призванный къ принятію наслѣдства не приметъ его безъ уступки. L. 7 §. 19.—1. 10 pr. D. de pact. 2. 14, l. 58 §. 1. D. mand. 17. 1, l. 23 D. quae in fr. ced. 42. 8. Основаніемъ къ этому служить то, чтобы умершій не понесъ стыда отъ venditio bonorum (l. 23. D. cit.). Распространеніе этого положенія на другіе случаи несостоятельности основывается на практикѣ. Зейфф. Arch. I. 150, V 265, XI. 230, [XVII. 195]; X. 249, Шнангенбергъ, цитир. соч. стр. 231. Но при такомъ распространеніи въ основу приведеннаго положена другая мысль: возможно удовлетвореніе отчасти для отвращенія учрежденія конкурса въ интересахъ самихъ кредиторовъ. [Ср. Зейфф. Arch. VII. 264]; при этомъ упрямство, или простое несогласіе меньшинства не можетъ быть принято въ соображеніе. Интересъ должника во всякомъ случаѣ остается на второмъ планѣ. Точно также Пфейфферъ III. стр. 10—12. VIII стр. 126 (Зейфф. I. 150). Поэтому невозможно добиваться подчиненія меньшинства въ томъ случаѣ, когда должникъ впалъ въ долги безъ того, чтобы придти въ несостоятельность (по аналогіи съ cessio bonorum). [Зейфф. Arch. XVII. 195, XXII. 195].

<sup>3</sup> Большинство лицъ имѣетъ значеніе только при одинаковости претензій. Если количество кредиторовъ одинаково на обѣихъ сторонахъ, то преимуществомъ пользуется та, гдѣ находятся наиболѣе значительные кредиторы (ср. впрочемъ, Байеръ стр. 104). Наконецъ, соглашающіеся имѣютъ преимущество передъ несоглашающимися. L. 8 D. de pact. 2. 14.

<sup>4</sup> L. 58 §. 1 D. mand. 17. 1. Зейфф. Arch. V 265. Ср. Гольцшюера III § 229. № 3.

<sup>5</sup> L. 58 § 1 cit., l. 10 pr. D. de pact. 2. 14. О томъ, примѣняется ли это къ кредиторамъ, пользующимся конкурсными привилегіями, оба приведенныя мѣста говорятъ, различно. Подлежитъ сомнѣнію, возможно ли согласеніе этого противорѣчія; во всякомъ случаѣ уклончивое опредѣленіе перваго мѣста не можетъ быть принято въ соображеніе, въ виду точнаго и яснаго (отрицательнаго) опредѣленія втораго мѣста. см. Вангеровъ III § 583 прим. 2.

<sup>6</sup> См. § 167 прим. 5, § 170 прим. 1. d.

<sup>7</sup> Три названные правовые института помѣщены въ ученіе о прекращеніи обязательствъ въ учебникахъ Пухты, Арндтса, Синтениса. Но эти институты относятся не только къ прекращенію обязательствъ и не всегда къ нему, и то, что должно быть о нихъ сказано, основывается не на томъ, что они относятся или могутъ относиться къ прекращенію обязательствъ, но вообще на содержаніи договоровъ, см. также Арндтса § 269 къ прим. 3, и ниже § 165 прим. 13.

Эти начала вполне согласны и съ нашими законами (т. XI уст. о несост. ст. 2015—2017). Тоже о поручителяхъ, ибо поручительство берется именно на случай несостоятельности главнаго должника (arg. т. X ч. 1 ст. 1558); тоже о кредиторахъ по закладнымъ (arg. т. XI уст. о несост. ст. 1978, п. 3).

При этомъ нельзя не сожалѣть, что практика наша, не исключая и кассационной, придаетъ слишкомъ рѣшительное значеніе постановленію большинства кредиторовъ. Практика наша смотритъ на это постановленіе, какъ на обязательное не только для меньшинства, но и для самаго суда, коему будто подлежитъ утверждать такое постановленіе если только оно исходитъ отъ законнаго большинства.

Но этотъ взглядъ, не говоря уже о томъ, что онъ даетъ поводъ къ безчисленнымъ злоупотребленіямъ и къ эксплуатаціи большинствомъ (большею частью мнимымъ) меньшинства, не согласенъ и съ дѣйствительнымъ смысломъ ст. 2015—2017 т. XI, согласно которымъ заключеніе большинства, есть только *мнѣніе*, ни сколько не обязательное для суда и дѣлающееся обязательнымъ для меньшинства только по утвержденію его судомъ, коему меньшинство можетъ представить свои возраженія.

А. Д.

## 6. СМЕРТЬ КРЕДИТОРА ИЛИ ДОЛЖНИКА \*1.

§ 111. Смерть кредитора или должника собственно безразлична для дальнѣйшаго существованія обязательства; на мѣсто умершаго вступаютъ его наследники. Но это положеніе примѣняется не безъ исключеній. Исключеніе можетъ быть установлено прежде всего явнымъ или подразумеваемымъ соглашеніемъ сторонъ въ той сдѣлкѣ, которая легла въ основаніе обязательства <sup>2</sup>. Кроме

§ 111. \* Унтергольцнеръ I § 251. 252, Снитенсъ I. стр. § III 461—463. Коппенъ Ergbrecht. стр. 173 слѣд.

<sup>1</sup> Этими фактомъ начинается рядъ фактовъ, которые прекращаютъ обязательство безъ удовлетворенія кредитора. Изъ этихъ фактовъ прежде всего нужно рассмотреть тѣ, которые относятся къ субъекту обязательства (§ 111), даде тѣ, которые стносятся къ объекту обязательства (§ 112). Остальные затѣмъ факты (§ 113) не могутъ быть систематизированы.

<sup>2</sup> Явное ограниченіе на время жизни. 1. 32 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 56 §, 4 D. de V. O. 45. 1. Договоръ о работѣ, при которомъ принимается въ соображеніе способность къ работѣ именно этого обязавшагося: ср. l. 31 D. de sol. 46. 3, также l. 13 C. de contr. stip. 8. 38. Договоръ о предоставленіи права пользованія, т. е. права, продолжающагося въ теченіе жизни именно этого субъекта ср. l. 38. § 10—12. D. de V. O. 45. 1. Римскія *operae officiales* отпущеннаго на свободу: l. 6 D. de op. lib. 38. 1.

С176Гу

С176Г

СПбГУ



00083224

ЮФ СПбГУ



V