



но 1964 г.

-- МАЙ 2008

СПбГУ

# СУДЕБНЫЙ ЖУРНАЛЪ,

БЫВШІЙ

ЖУРНАЛЪ МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦИИ.

ПРИЛОЖЕНІЕ

къ

СУДЕБНОМУ ВѢСТНИКУ.

Годъ XVI.

МАРТЪ.  
АПРѢЛЬ.

1874 годъ.

## СОДЕРЖАНІЕ:

О недействительности юридическихъ актовъ по рѣшеніямъ кассационнаго сената. ГР. ВЕРЬЛОВСКАГО. . . . .	1—24	1872 г., преимущественно по уголовному праву. (Окончаніе). В. МИКЛЯШЕВСКАГО . . . . .	24—40
Личныя и имущественныя отношенія супруговъ. (Продолженіе). ОРШАНСКАГО. . . . .	31—74	Приложенія:	
Къ вопросу о слѣдственной дѣятельности въ провинціи. Н. В. . . . .	1—15	І. Кассационное производство по дѣламъ уголовнымъ. БЕРНАРА. Лл. 6—9. . . . .	81—144
Критика и библиографія:		ІІ. Объ обязательствахъ по римскому и русскому праву по ВИНДШЕЙДУ. Листы . . . . .	22—25 . . . . . 265—328
І. Обзоръніе польской юридической литературы за			

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія А. Думашевскаго. Литейная, домъ Деффера, № 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 теории права и положительнаго законодательства.

III. Практическія замѣтки такого же содержанія.

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

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

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

1) Статьи, разрабатывающія теоріи права 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 Виндшейду и б) «Кассационное производство» Бернара; 2) «Чтенія объ уголовномъ правѣ и судопроизводствѣ» Боатора; 3) «Руководство къ гражданскому судопроизводству по уставамъ 20 ноября 1864 г.» А. Думашевскаго. Новые годовые подписчики получаютъ всѣ отпечатанные уже листы этихъ сочиненій.

## О НЕДѢЙСТВИТЕЛЬНОСТИ ЮРИДИЧЕСКИХЪ АКТОВЪ ПО РѢШЕ- НІЯМЪ КАССАЦІОННАГО СЕНАТА.

Вопросъ о недѣйствительности юридическихъ актовъ возникалъ въ кассационной практикѣ довольно часто, и передъ нами длинный рядъ кассационныхъ рѣшеній, въ которыхъ этотъ вопросъ является въ разныхъ его видоизмѣненіяхъ. Но эти кассационныя рѣшенія такъ разбросаны, и выраженные въ нихъ прямо или косвенно положенія такъ отрывочны и неопредѣленны, что изучающему ихъ стѣдуетъ не мало усилій, что-бы извлечь изъ нихъ все то, что относится къ недѣйствительности юридическихъ актовъ и, сопоставивъ извлеченныя положенія, составить изъ нихъ нѣчто цѣлостное, пригодное для нашей юридической практикѣ. Намъ кажется, что такая работа не безплодная: для каждаго юриста практика важно знать, что выработано кассационнымъ сенатомъ въ продолженіе семилѣтней практики по занимающему насъ вопросу, какія могутъ быть выведены общія начала, которыя могли-бы служить руководствомъ для нашихъ судовъ. Для болѣе удобнаго обозрѣнія кассационной практики по разсматриваемому предмету, мы распредѣлимъ весь кассационный матеріалъ по тремъ слѣдующимъ основаніямъ: 1) недѣйствительность юридическихъ актовъ по субъекту юридическаго дѣйствія; 2) недѣйствительность юридическихъ актовъ по содержанію (объекту) юридическаго дѣйствія и 3) недѣйствительность юридическихъ актовъ по формѣ ихъ совершенія.

### I.

а) *Безумные или сумасшедшіе*. Въ кассационныхъ рѣшеніяхъ относящихся къ недѣйствительности юридическихъ актовъ вслѣдствіе умопомѣшательства, опредѣляется сила и значеніе официального признанія кого либо сумасшедшимъ, составляетъ ли оно необходимое условіе для того, чтобы юридическія дѣйствія такого лица считались ничтожными, или нѣтъ. По дѣлу о духовномъ завѣщаніи Павла Каврасева (1868 г. № 331), предъявленъ былъ споръ о недѣйствительности завѣщанія, между прочимъ, на томъ основаніи, что завѣ-

щатель Карасевъ страдалъ разстройствомъ умственныхъ способностей, въ доказательство чего была сдѣлана ссылка на свидѣтелей.

Окружный судъ и судебная палата оставили споръ безъ послѣдствій на томъ основаніи, что ограниченіе правъ свободно распоряжаться имуществомъ, по случаю умопомѣшательства, не иначе можетъ послѣдовать, какъ по признаніи лица страдающимъ разстройствомъ умственныхъ способностей въ порядкѣ, установленномъ 368 и 373 — 376 ст. X т. 1 ч., и что свидѣтельскія показанія, за силою 409 ст. уст. гр. суд., не могутъ быть допущены въ доказательство умопомѣшательства завѣщателя. Сенатъ, отмѣнивъ рѣшеніе, призналъ, что духовное завѣщаніе, составленное сумасшедшимъ, недѣйствительно, хотя бы признаніе сумасшествія не послѣдовало въ установленномъ 368 и 373 — 376 ст. порядкѣ; по мнѣнію сената, состояніе сумасшествія и слѣдовательно отсутствіе правоспособности завѣщателя, можетъ быть установлено свидѣтельскими показаніями, хотя бы свидѣтели, подписавшіеся на завѣщаніи подтвердили на судѣ, какъ это было въ настоящемъ случаѣ, что при предъявленіи имъ завѣщанія они лично завѣщателя видѣли въ здоровомъ умѣ и твердой памяти, такъ какъ «законъ не обязываетъ непременно представлять къ освидѣтельствуванію всякаго безумнаго, сумасшедшаго или умалишеннаго, а напротивъ, по 367 ст. X т. 1 ч. представленіе безумныхъ и сумасшедшихъ начальству для освидѣтельствуванія въ вышеуказанномъ порядкѣ (368 и 373 — 376 ст.), оставлено на волю семейства больныхъ, слѣдствіемъ чего многіе изъ безумныхъ и сумасшедшихъ могутъ не быть представляемы и дѣйствительно не представляются къ освидѣтельствуванію». Въ этомъ рѣшеніи рѣчь идетъ о домашнемъ завѣщаніи. Сенатъ, опровергая мнѣніе палаты, что свидѣтелями нельзя доказывать сумасшествіе за силою 409 ст. уст. гр. суд., указываетъ на то, что подпись свидѣтелей на завѣщаніи о томъ, что они нашли завѣщателя въ здоровомъ умѣ и твердой памяти, не есть то письменное удостовѣреніе, о которомъ говорится въ 409 ст., что подпись эта сама по себѣ не имѣетъ предъ закономъ никакой силы до тѣхъ поръ, пока свидѣтели не подтвердятъ того, что значится въ ихъ подписи, при личномъ допросѣ ихъ въ судебномъ засѣданіи.

Эти сужденія сената непримѣнимы къ нотаріальнымъ (крѣпостнымъ) завѣщаніямъ, такъ какъ для послѣднихъ необходимо удостовѣреніе нотаріуса въ томъ, имѣлъ ли завѣщатель законную правоспособность, а свидѣтели, подписавшіеся на завѣщаніи, не допрашиваются въ судѣ при утверженіи завѣщанія (ст. 83 пол. о нот. части, 2 и 24 временныхъ правилъ о духов. завѣщаніяхъ); поэтому, слѣдуя воззрѣнію сената, по отношенію къ нотаріальнымъ завѣща-

ніямъ, свидѣтелями нельзя доказывать умопомѣшательство завѣщателя на основаніи 409 и 410 ст. уст. гр. суд. Въ рѣшеніи по дѣлу Мосоловыхъ (1869 г. № 235) приведенное нами положеніе объ удостовѣреніи умопомѣшательства свидѣтелями, хотя и не высказано такъ прямо и категорически, какъ въ первомъ рѣшеніи, но его можно вывести изъ общаго смысла соображеній сената. Кассационный сенатъ въ этомъ рѣшеніи опредѣляетъ значеніе и силу освидѣтельствванія умственныхъ способностей установленнымъ въ законѣ порядкомъ и отношеніе окончательнаго признанія умопомѣшательства къ предшествующимъ этому признанію юридическимъ дѣйствіямъ лица. Дѣло заключалось въ томъ, что предъявлено было требованіе о взысканіи 5,612 р. на основаніи долговаго акта, выданнаго въ 1851 г. Николаемъ Мосоловымъ, объ умственныхъ способностяхъ котораго было произведено изслѣдованіе въ 1850 г. и представлено на утвержденіе въ 1 департаментъ сената, который въ 1852 призналъ дѣло подлежащимъ своему разсмотрѣнію. Затѣмъ въ 1856 г., по распоряженію министерства внутреннихъ дѣлъ произведено было изслѣдованіе объ образѣ жизни Мосолова и оказалось, что онъ находится въ болѣзненномъ состояніи и подчинился вліянію окружающихъ его неблагонамѣренныхъ людей, которые пользуясь его слабоуміемъ, безотчетно распоряжаются его деньгами, вслѣдствіе чего, по Высочайшему повелѣнію, учреждена надъ имѣніемъ и личностью Мосолова опека. Возникалъ вопросъ о правоспособности Мосолова во время выдачи обязательства. По мнѣнію сената, послѣдовавшее въ 1856 году Высочайшее повелѣніе не простирается на юридическія дѣйствія, совершенныя Мосоловымъ въ 1850 г. При этомъ сенатъ разграничиваетъ *общую неправопоспособность* лица къ совершенію гражданскихъ актовъ и распоряженію имуществомъ отъ *временнаго или случайнаго* отъ различныхъ причинъ отсутствія свободной воли и сознанія въ минуту совершенія акта. Первая удостовѣряется порядкомъ, установленнымъ въ 373 и послѣд. ст. X т. 1 ч., и со времени признанія лица въ такомъ состояніи оно уже законно предполагается существующимъ и не требуетъ особаго на каждый случай удостовѣренія, такъ что всѣ акты, совершаемые въ этомъ состояніи, признаются недѣйствительными. Но актъ можетъ быть, по мнѣнію сената, признанъ недѣйствительнымъ и тогда, когда не было признано общей неправопоспособности и когда лицо въ минуту совершенія акта лишено было свободной воли и сознанія. Хотя въ приведенномъ рѣшеніи сената не выражено прямо, что *умопомѣшательство* въ минуту совершенія акта поражаетъ дѣйствительность сего послѣдняго, хотя бы такое умопомѣшательство не было установлено указаннымъ въ законѣ порядкомъ, и что подоб-

ное состояніе можетъ быть доказываемо свидѣтелями, но такое положеніе вытекаетъ изъ разсужденій сената, что «законъ допускаетъ возможность временнаго или случайнаго, *отъ различныхъ причинъ* отсутствія свободной воли и *сознанія*», такъ какъ сумасшествіе очевидно есть одна изъ причинъ, влекущихъ за собою отсутствіе сознанія, слѣдовательно и недействительность совершенныхъ въ такомъ состояніи юридическихъ актовъ. Что временное состояніе сумасшествія можетъ быть удостовѣряемо свидѣтелями, видно еще изъ того, что сенатъ, выражая приведенную нами мысль, дѣлаетъ ссылку на ст. 700 и 701 X т. 1 ч., въ которыхъ говорится о принужденіи и подлорбѣ, а эти послѣднія обстоятельства несомнѣнно могутъ быть доказываемы свидѣтелями. Но съ другой стороны, если лицо признано умалишеннымъ или сумасшедшимъ въ порядкѣ ст. 373 и послѣд. указанномъ, то оно, въ силу этого признанія, является неспособнымъ и всѣ юридическія его дѣйствія считаются съ этого момента недействительными до тѣхъ поръ, пока сенатъ указаннымъ въ законѣ порядкомъ не признаетъ его выздоровѣвшимъ (ст. 378 X т. 1 ч.); такъ что нашъ законъ, допускающій, по толкованію сената, временное умопомраченіе, не признаетъ юридическаго значенія свѣтлыхъ промежутковъ, которые, слѣдовательно, какъ и вообще временное нормальное отправленіе умственныхъ способностей, не могутъ быть удостовѣряемы ни экспертами, ни свидѣтелями. Выставленное сенатомъ положеніе о томъ, что состояніе сумасшествія, независимо отъ признанія его сенатомъ, можетъ быть доказываемо и свидѣтелями, и что это относится не только къ духовнымъ завѣщаніямъ, но и къ сдѣлкамъ между живыми, подтверждается рѣшеніемъ 1870 г. № 1886 по дѣлу Соколова, гдѣ, ссылаясь на рѣшеніе по дѣлу Мосоловыхъ и повторяя тѣми же словами высказанную въ томъ рѣшеніи мысль, сенатъ прямо говоритъ: «существованіе же сего послѣдняго событія, т. е. временнаго или случайнаго помѣшательства, какъ разъяснено въ вышеприведенномъ рѣшеніи правительствующаго сената, можетъ быть доказываемо по закону и помимо формальныхъ письменныхъ документовъ свидѣтельскими показаніями и другими обстоятельствами дѣла». Въ рѣшеніи по дѣлу Гофманъ 1870 г. № 873 сенатъ, не отступая отъ проводимаго имъ различія между общою неспособностью лица и временнымъ или случайнымъ отсутствіемъ сознанія, точнѣе выражаетъ свой взглядъ тѣмъ, что, по мнѣнію сената, если состояніе умопомѣшательства не было установлено указаннымъ въ законѣ порядкомъ, то для каждаго конкретнаго случая должны быть представлены доказательства въ томъ, что лицо, отъ имени коего актъ выданъ, *въ минуту совершенія акта* лишено было со-



знанія и свободы воли, и эти доказательства должны быть почерпаемы изъ обстоятельствъ, коими сопровождалось составленіе даннаго акта. На этомъ основаніи докторское свидѣтельство, удостоверяющее состояніе безумія или сумасшествія въ теченіе цѣлаго періода времени, но не указывающее прямо на состояніе лица въ моментъ совершенія извѣстнаго акта, не лишаетъ сего послѣдняго юридической силы и значенія. По дѣлу о духовномъ завѣщаніи Измирова (1871 года, № 643) истецъ доказывалъ сумасшествіе завѣщателя нелогичностью, сбивчивостью и противорѣчивостью завѣщанія, но сенатъ призналъ, «что состояніе умственныхъ способностей завѣщателя не можетъ быть доказываемо лишь содержаніемъ составленнаго имъ завѣщанія, но неспособность кого-либо къ совершенію завѣщательнаго акта должна быть удостовѣрена, независимо отъ самаго существа завѣщанія, или формальнымъ, установленнымъ на сей предметъ порядкомъ, или иными, закономъ допускаемыми, способами и доказательствами». Однако не во всехъ рѣшеніяхъ выставленно возрѣніе сената поддерживается: передъ нами два рѣшенія, колеблющія это возрѣніе. Въ рѣшеніи по дѣлу Соколова (1870 г. № 1680), обстоятельства дѣла заключаются въ томъ, что послѣ смерти Куликова, освидѣтельствованнаго въ умственныхъ способностяхъ 17 января, 15 февраля, 4 мая и 8 іюля 1863 г. и признаннаго сумасшедшимъ, указомъ сената отъ 5 сентября 1863 года, представленные ко взысканію долговые акты Куликова, въ томъ числѣ заемныя письма 20 марта и 30 іюля 1862 года, были оспорены, и московская судебная палата, для удостовѣренія справедливости спора, допросила свидѣтелей и предложила на обсужденіе экспертовъ вопросъ о времени, съ котораго Куликовъ можетъ быть признанъ одержимымъ разстройствомъ ума; затѣмъ, признавъ, что въ день выдачи перваго изъ сихъ обязательствъ Куликовъ положительно былъ разстроенъ въ умѣ, рѣшеніемъ 5 ноябля 1869 г. признала означенныя заемныя письма недействительными. Независимо отъ этого дѣла представленъ былъ Соколовымъ ко взысканію счетъ, о заборѣ припасовъ, поданный умершему Куликову къ 21 февраля 1863 г. и имъ подписанный. По спору наследниковъ дѣло доходило до московской судебной палаты, въ которой истецъ и апелляторъ ходатайствовалъ о спросѣ свидѣтелей, для опредѣленія состоянія умственныхъ способностей Куликова во время выдачи счета. Судебная палата нашла, что Куликовъ признанъ рѣшеніемъ палаты 5 ноябля 1869 г. необладавшимъ умственными способностями въ достаточной степени уже 20 марта 1862 г. и потому, признавая неумѣстнымъ новый допросъ свидѣтелей и экспертовъ и въ виду того, что счетъ выданъ не только

послѣ марта 1862 г., но и послѣ перваго освидѣтельствованія Куликова, — отказала во взысканіи по счету. Кассационный сенатъ нашель, что отъ усмотрѣнія палаты зависѣло признать собранныя по прежнему производству свѣдѣнія достаточными для опредѣленія состоянія Куликова и въ то время, къ коему относилось и подписаніе имъ спорнаго счета, и посему кассационная жалоба оставлена была безъ послѣдствій. Такимъ образомъ по этому рѣшенію частная или временная неправопоспособность вслѣдствіе сумасшествія можетъ быть установлена посредствомъ свѣдѣтельскихъ показаній и экспертовъ на цѣлый періодъ времени, и всѣ дѣйствія, совершенныя лицомъ въ теченіи этого періода, почитаются недѣйствительными, хотя бы относительно каждаго дѣйствія въ отдѣльности не было удостовѣренія въ томъ, что оно было совершено въ состояніи сумасшествія. Между тѣмъ, въ другихъ своихъ рѣшеніяхъ сенатъ настаиваетъ на томъ, что при общей правоспособности лица, для признанія выданнаго имъ акта недѣйствительнымъ требуется доказать, что отсутствіе сознанія или сумасшествіе имѣло мѣсто въ минуту совершенія этого именно акта. Въ рѣшеніи же по дѣлу Будаевского (1869 г., № 19) сенатъ въ противность только что указанному взгляду признаетъ основаніемъ недѣйствительности юридическихъ дѣйствій только такое упомѣшательство, которое установлено порядкомъ, указаннымъ 368 ст. X т. 1 ч. Сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе съѣзда, признавашаго продажу недѣйствительною на томъ основаніи, что покушникъ Коняевъ, по показанію свѣдѣтелей, находился во время купли-продажи въ состояніи упомѣшательства. Сенатъ рассуждаетъ такъ: «законъ (1383 ст. 1 ч. X т.) признаетъ недѣйствительною продажу, учиненную лицами, состоящими подъ законнымъ запрещеніемъ, какъ-то: сумасшедшими, безумными; признаніе же кого-либо сумасшедшимъ или безумнымъ совершается порядкомъ, указаннымъ 368 ст. 1 ч. X т. и по 374 и 375 ст. того же тома зависитъ окончательно отъ правительствующаго сената. Лицо, не признанное безумнымъ или сумасшедшимъ подлежащею правительственною властью, не можетъ быть стѣсняемо въ правѣ распоряжаться своимъ имуществомъ. Посему съѣздъ не имѣлъ права входить въ разсмотрѣніе вопроса о томъ, былъ ли дѣйствительно Коняевъ безумнымъ, и, заключивъ объ упомѣшательствѣ Коняева изъ свѣдѣтельскихъ показаній въ то время, когда Коняевъ еще не былъ освидѣтельствованъ въ умственныхъ способностяхъ чрезъ надлежащія присутственныя мѣста и не признанъ правительствующимъ сенатомъ въ упомѣшательствѣ, тверской мировой съѣздъ нарушилъ тѣмъ самымъ 368, 376 и 1383 ст. X т. 1 ч.». Такимъ образомъ, слѣдую этому воззрѣнію сената, суще-

ствуется только узаконенное формальное упомѣшательство, которое порождаетъ недѣйствительность сдѣлокъ; всякое же другое временное помраченіе умственныхъ способностей, хотя бы оно сопряжено было съ полнымъ отсутствіемъ сознанія въ дѣйствующемъ субъектѣ, не принимается въ расчетъ и не вліяетъ на дѣйствительность юридическихъ актовъ.

Если свести все высказанное сенатомъ о недѣйствительности юридическихъ актовъ, вслѣдствіе упомѣшательства, въ хронологическомъ порядкѣ, то окажется, что 1) въ 1868 году кассационный сенатъ утверждалъ, что состояніе сумасшествія удостоверяется не только установленнымъ въ законѣ порядкомъ, но и свидѣтельскими показаніями; 2) въ началѣ 1869 г. — что есть только одинъ порядокъ признанія кого либо сумасшедшимъ; этотъ порядокъ указанъ въ 368 ст. X т. 1 ч., другого удостовѣренія упомѣшательства не допускается; 3) впослѣдствіи въ томъ же году сенатъ допускаетъ двоякаго рода удостовѣренія сумасшествія и проводитъ различіе между общею правоспособностью и временнымъ и случайнымъ отсутствіемъ сознанія въ минуту совершенія акта; 4) эта мысль подтверждается въ рѣшеніи 1870 года, № 873, гдѣ сенатъ полагаетъ, что для каждаго даннаго случая необходимо удостовѣреніе въ томъ, что въ минуту совершенія акта лицо находилось въ состояніи упомѣшательства, буде сіе послѣднее не признано сенатомъ указаннымъ въ законѣ порядкомъ; 5) отъ этого своего мнѣнія сенатъ отступаетъ въ рѣшеніи того же года, № 1860, гдѣ одинъ юридическій актъ признанъ былъ недѣйствительнымъ на томъ основаніи, что было удостовѣрено (свидѣтелями и экспертами), что лицо во время совершенія другаго предшествующаго акта находилось въ состояніи сумасшествія; наконецъ 6) того же года № 1886 и 1871 г. № 643, сенатъ подтверждаетъ свою мысль о томъ, что существуетъ различіе между общею правоспособностью и временнымъ отсутствіемъ сознанія и что послѣднее можетъ быть доказываемо свидѣтельскими показаніями и другими способами. При такомъ отсутствіи единства и строгой послѣдовательности въ кассационныхъ рѣшеніяхъ, трактующихъ о занимающемъ насъ предметѣ, представляется весьма существеннымъ вопросъ, чѣмъ же руководствоваться судебной практикѣ, на чемъ остановиться при рѣшеніи дѣлъ, когда возникаетъ споръ о недѣйствительности юридическаго акта вслѣдствіе сумасшествія лица, его выдавашаго или совершившаго? Намъ кажется, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда въ кассационной практикѣ замѣчается колебаніе и непостоянство относительно того или другаго вопроса, слѣдуетъ прибѣгать къ общему смыслу дѣйствующаго законодательства и провѣ-

рять, какое изъ несогласующихся между собою воззрѣній сената болѣе согласуется съ общимъ смысломъ закона и какое слѣдовательно изъ нихъ должно служить руководящимъ началомъ для судебной практики. Для судьи авторитетъ закона несомнѣнно долженъ стоять выше авторитета кассационнаго судилища, которое только интерпретируетъ законъ, но не вправѣ измѣнять или отмѣнять дѣйствіе его. Нашъ законъ требуетъ для дѣйствительности всѣхъ способовъ пріобрѣтенія правъ, чтобы они утверждались на непринужденномъ произволѣ и согласіи (700 ст. X т. 1 ч.). Это начало составляетъ основу всякаго юридическаго быта, оно не есть особенность того или другаго законодательства, а имѣетъ универсальное значеніе. Но понятіе непринужденномъ произволѣ и согласіи тѣсно связано съ понятіемъ о присутствіи въ дѣйствующемъ лицѣ сознанія и свободной воли, вообще, другими словами, нужно прежде всего, чтобы субъектъ юридическаго дѣйствія обладалъ тѣмъ здравымъ разсудкомъ, который необходимъ для того, чтобы извѣстнымъ дѣйствіемъ произвести измѣненіе въ юридическомъ быту и создать новыя юридическія отношенія. Только тогда и можно говорить о непринужденномъ произволѣ и согласіи. Исходя изъ этой основной мысли, законъ запрещаетъ писать и совершать отъ имени малолѣтнихъ, безумныхъ и сумасшедшихъ и пр., всякіе вообще акты о имѣніи или о займѣ (770 ст. X т. 1 ч.) и признаетъ недѣйствительною продажу, учиненную лицами, состоящими подъ законнымъ запрещеніемъ, какъ то: безумными, сумасшедшими и расточителями (ст. 1383). Если законъ и устанавливаетъ рядъ формальностей и сложное участіе общественной власти для признанія лица безумнымъ или сумасшедшимъ, то этимъ не исключается возможность состоянія безумія или сумасшествия, не получившаго санкціи со стороны общественной власти. Законъ во-первыхъ ни гдѣ не требуетъ безусловно, чтобы сумасшедшими считать только тѣхъ, которые признаны таковыми установленнымъ порядкомъ и чтобы доказательствомъ сумасшествия могъ служить только указъ правительствующаго сената, коимъ извѣстное лицо признано сумасшедшимъ. Въ ст. 365 и 366 X т. 1 ч., опредѣляющихъ понятіе безумныхъ и сумасшедшихъ, ничего не упоминается о томъ, чтобы признаніе со стороны правительственной власти составляло *conditio sine qua non* состоянія безумія или сумасшествия. Во вторыхъ законъ не вмѣняетъ въ обязанность, а предоставляетъ на волю каждому семейству, въ коемъ находится безумный или сумасшедшій, предъявить о томъ мѣстному начальству (ст. 367). Законоположенія, опредѣляющія порядокъ освидѣтельствованія сумасшедшихъ и признанія ихъ таковыми высшею правительственною властью, имѣютъ охранительно-полицей-

скій характеръ; цѣль ихъ охранять имущества неправоспособныхъ и предупредить клонящіяся ко вреду ихъ сдѣлки и могущіе возникнуть въслѣдствіи споры о недѣйствительности этихъ сдѣлокъ. Съ признаніемъ лица безумнымъ или сумасшедшимъ, юридическая его дѣятельность прекращается: оно состоитъ подъ законнымъ запрещеніемъ, такъ, что всѣ акты, совершенные такимъ лицомъ, являются ничтожными. Но лицо фактически можетъ находиться въ разстройствѣ умственныхъ способностей и не подвергаться формальному изслѣдованію, неужели въ его дѣйствіяхъ слѣдуетъ признать присутствие сознанія и воли и считать ихъ юридически—дѣйствительными единственно потому, что въ виду суда нѣтъ признанія сумасшествія со стороны высшей правительственной власти? Очевидно, что если какимъ бы то ни было образомъ доказано, что лицо, совершая извѣстное юридическое дѣйствіе, лишено было того нормальнаго отправления умственныхъ способностей, которое предполагается въ каждомъ лицѣ, — за его дѣйствіемъ нельзя признать никакого юридическаго значенія и оно ничтожно. Вотъ почему мы думаемъ, что законъ нашъ допускаетъ недѣйствительность юридическихъ актовъ, совершенныхъ въ состояніи сумасшествія, хотя бы сіе послѣднее и не было констатировано указаннымъ въ законѣ порядкомъ, лишь бы оно было доказано. На этомъ основаніи слѣдуетъ руководствоваться тѣмъ разъясненіемъ сената въ приведенныхъ выше рѣшеніяхъ, которое допускаетъ двоякаго рода умопомѣшательство: постоянное, продолжающееся и временное или случайное, изъ коихъ послѣднее можетъ быть удостовѣрено свидѣтелями и экспертами другими способами. Само собою разумѣется, что разница между ними существенная: коль скоро лицо признано въ состояніи умопомѣшательства сенатомъ, оно въ силу этого признанія является неправоспособнымъ, всѣ юридическіе акты и сдѣлки его съ этого момента почитаются недѣйствительными и этотъ періодъ неправоспособности продолжается до тѣхъ поръ, пока лицо не будетъ признано сенатомъ выздоровѣвшимъ. Если же такого официального признанія сумасшествія нѣтъ, то для недѣйствительности каждаго даннаго акта или сдѣлки слѣдуетъ доказать, что лицо именно въ минуту совершенія этого дѣйствія находилось въ состояніи умопомѣшательства, но этимъ не опорочиваются другія дѣйствія того же лица, совершенныя въ теченіи извѣстнаго періода времени.

б) *Малолѣтніе и несовершеннолѣтніе*. Кассационный сенатъ коснулся неоднократно вопроса о вліяніи возраста на дѣйствительность юридическихъ актовъ и возникающихъ изъ нихъ юридическихъ отношеній. Для того, чтобы юридическое дѣйствіе влекло за собою извѣстныя юридическія послѣдствія, охраняемые закономъ,

всѣ законодательства безусловно требуютъ, чтобы дѣйствіе было основано на достаточной обдуманности и зрѣлости воли, что приобрѣтается, между прочимъ, достиженіемъ извѣстнаго возраста. При разсмотрѣніи этого основанія недѣйствительности юридическихъ актовъ мы встрѣчаемся съ однимъ вопросомъ, котораго не коснулись при обзорѣ кассационной практики объ умопомѣшательствѣ, а именно—объ отношеніи юридическаго акта, который оказывается недѣйствительнымъ, вслѣдствіе несовершеннолѣтія, къ самому событію, какъ факту, другими словами, признается ли безусловно недѣйствительнымъ и самый фактъ, выраженный въ актѣ, какъ бы его вовсе не существовало, или сохраняетъ ли онъ при извѣстныхъ условіяхъ значеніе, какъ совершившееся измѣненіе въ сферѣ имущественныхъ отношеній. Относительно умалишенныхъ или сумасшедшихъ можно прямо утверждать (хотя въ кассационной практикѣ нѣтъ никакихъ указаній), что за отсутствіемъ въ нихъ сознанія—основнаго качества человѣческаго дѣянія вообще—ихъ нельзя признать способными къ совершенію какихъ бы то ни было юридическихъ дѣйствій, такъ что всякое съ ихъ стороны дѣйствіе ничтожно въ полномъ смыслѣ. Несовершеннолѣтніе же, хотя и не обладаютъ тою степенью сознанія, которая необходима для совершенія юридическихъ дѣйствій, но полного отсутствія сознанія въ нихъ нѣтъ, и посему недѣйствительность юридическихъ актовъ, выданныхъ или совершенныхъ во время несовершеннолѣтія, не всегда влечетъ за собою недѣйствительность самаго факта, выразившагося въ томъ или другомъ юридическомъ актѣ. Обратимся къ кассационнымъ рѣшеніямъ въ ихъ хронологическомъ порядкѣ. По дѣлу Томиловскаго (1867 г., № 247) Красновъ взыскивалъ съ Томиловскаго по роспискѣ 125 р.; Томиловскій, сознавая долгъ, утверждалъ, что росписка выдана имъ во время малолѣтства. Мировой судья и сѣздъ рѣшили въ пользу истца. Сенатъ не нашелъ въ такомъ рѣшеніи нарушенія 218, 221 и 222 ст. X т. 1 ч., потому что «сѣздъ присудилъ съ Томиловскаго взысканіе не на основаніи росписки, выданной имъ Краснову во время несовершеннолѣтія, а на основаніи учиненнаго Томиловскимъ, при разбирательствѣ дѣла на мировомъ сѣздѣ признанія за собою долга 125 р.». По дѣлу Троицкой (1867 г., № 393) Посохинъ взыскивалъ съ Троицкой половины слѣдующихъ съ нея и сестеръ ея 135 р. за забранные изъ его лавки съѣстные припасы. Въ подтвержденіе иска представлены были: росписка Троицкой и ея сестеръ въ заборѣ у Посохина припасовъ на 135 р., съ обязательствомъ уплаты въ августѣ 1864 г., письмо ихъ съ общаніемъ скоро заплатить этотъ долгъ и счетъ Посохина по лавочному забору. Троицкая зая-

вила, что росписка и письмо, какъ писанныя во время несовершеннолѣтія, не могутъ служить основаніемъ къ удостовѣренію иска Посохина. Мировой съѣздъ присудилъ Посохину съ Троицкой 67 р. 50 к. на томъ основаніи, что росписка, хотя и не имѣетъ по ст. 220 и 222 X т. 1 ч. силы обязательства, выражаетъ собою признаніе въ фактъ забора провизіи. Сенатъ отмѣнилъ это рѣшеніе по слѣдующему соображенію: «коль скоро законъ безусловно освобождаетъ отъ всякаго взысканія и отвѣта лицо, которое во время несовершеннолѣтія дало письменное обязательство или совершило какой-либо актъ, то тѣмъ самымъ признаетъ недѣйствительнымъ и немѣющимъ юридическихъ послѣдствій и основаніе, по коему принято обязательство или совершенъ актъ, т. е. уничтожаетъ всякое значеніе, по отношенію къ несовершеннолѣтнему. самого факта, изъ коего возникъ актъ». Въ этомъ рѣшеніи сенатъ безусловно призналъ, что актъ, выданный несовершеннолѣтнимъ, ничтоженъ во всей цѣлости, что онъ не только не можетъ служить удостовѣреніемъ существованія юридической сдѣлки, но и не можетъ служить доказательствомъ совершившагося факта, словомъ юридическое дѣйствіе несовершеннолѣтнаго само по себѣ не налагаетъ на него никакихъ обязанностей и не доставляетъ никому никакихъ правъ—оно ничтожно. Другое дѣло, когда несовершеннолѣтній по вступленіи въ законный возрастъ признаетъ на судѣ извѣстный фактъ, напр. въ дѣлѣ Томиловскаго присуждено было взысканіе не на основаніи росписки, оказавшейся недѣйствительною, а на основаніи судебного признанія; въ этомъ случаѣ признаніе служитъ подтвержденіемъ совершившагося факта—взятія денегъ въ долгъ. Въ дѣлѣ же Троицкой не было признанія ни факта забора товара, ни существованія долга и по сему въ искѣ слѣдовало отказать. Да и еслибы Троицкая признала на судѣ, что *забирала провизію въ лавкѣ* Посохина, то и тогда искъ остался бы недоказаннымъ, такъ какъ удостовѣреніемъ долга были два документа, выданные несовершеннолѣтними и признанные недѣйствительными. Замѣтимъ, что выставленное сенатомъ положеніе о томъ, что сдѣланное отвѣтчикомъ, по вступленіи въ совершеннолѣтіе, признаніе долга служитъ основаніемъ къ его обвиненію, хотя бы актъ былъ выданъ во время несовершеннолѣтія, не противорѣчитъ ст. 222 X т. 1 ч. Изъ этого положенія нельзя вывести, что будто бы вслѣдствіе признанія и самый актъ дѣлается дѣйствительнымъ, — это было бы противно юридическому правилу, что первоначально недѣйствительное не можетъ впослѣдствіи времени сдѣлаться дѣйствительнымъ. Признаніе не въ силахъ воскресить актъ, ничтожный съ самаго возникновенія его; но оно возводитъ въ

юридическое отношеніе фактъ, совершившійся во время несовершеннолѣтія, который, конечно, не уничтожается, не смотря на ничтожность юридическаго акта. По дѣлу Нерожиной (1868 г., № 369) сенатъ кассировалъ рѣшеніе сѣзда на томъ основаніи, что сѣздъ постановилъ объ отдачѣ имущества, оставшагося послѣ умершихъ Ступиныхъ въ завѣдываніе Ивану Ступину, основываясь на согласіи несовершеннолѣтней (16 л.) наслѣдницы Дмитрія Ступина — Александры Нерожиной на передачу имѣнія, выраженномъ ею въ домашнемъ условіи. Сенатъ призналъ, что ни согласіе Александры, ни подписанное ею домашнее условіе не могли почитаться дѣйствительными. По дѣлу Гребелкина (1868 г., № 371) искъ былъ предъявленъ на основаніи заемныхъ писемъ, выданныхъ графомъ Ностицемъ, состоявшимъ поручикомъ гвардіи. Еще до предъявленія иска въ окружномъ судѣ, кредиторъ обращался къ военному министру и получилъ увѣдомленіе, что на уплату долга остается только жалованье Ностица; на что онъ (Ностицъ), изъявилъ свое желаніе, вслѣдствіе чего и сдѣлано было распоряженіе объ удержаніи изъ его жалованія законной части; но затѣмъ графъ Ностицъ уволенъ былъ въ безсрочный отпускъ безъ жалованья. Въ окружномъ судѣ повѣренный отвѣтчика возражалъ, что во время выдачи заемныхъ писемъ Ностицъ былъ несовершеннолѣтній, въ удостовѣреніе чего представилъ метрическое свидѣтельство. Окружный судъ и судебная палата, имѣя въ виду, что графъ Ностицъ, когда къ нему предъявленъ былъ искъ чрезъ военное начальство, изъявилъ желаніе, чтобы долгъ его былъ удовлетворенъ вычетомъ законной части изъ его жалованья, рѣшили дѣло въ пользу истца. Сенатъ не нашелъ въ этомъ рѣшеніи нарушенія 222 ст. X т. 1 ч., потому что палата «заключеніе свое о дѣйствительности долга графа Ностица основала не на выданныхъ имъ актахъ, а на признаніи этого долга самимъ графомъ Ностицемъ въ то время, когда онъ уже былъ совершеннолѣтній». Такимъ образомъ, какъ здѣсь, такъ и по дѣлу Томиловскаго, рѣшено въ пользу истцовъ, хотя представленные въ основаніе иска акты признаны недѣйствительными, какъ выданные во время несовершеннолѣтія. Хотя въ дѣлѣ Ностицъ признаніе было учинено внѣ суда, но сенатъ призналъ, что и такое признаніе, удостовѣренное какими либо другими доказательствами: письменными актами, свидѣтельскими показаніями и др., можетъ служить основаніемъ къ присужденію иска. Въ рѣшеніи по дѣлу Степановой (1869 г., № 8) искъ предъявленъ по закладной до истеченія срока займа на томъ основаніи, что заложенное имущество сгорѣло; истецъ просилъ о взысканіи, а въ случаѣ неспятежа объ удержаніи денегъ изъ слѣдующей залогодательницѣ за



сторѣвшее ея строеніе страховой суммы. Отвѣтчица, признавая существованіе долга, вмѣстѣ съ тѣмъ выразила, что закладная совершена во время несовершеннолѣтія и посему недѣйствительна. Мировой судья и сѣздъ постановили въ обезпеченіе долга наложить арестъ на слѣдующую за сторѣвшее имущество страховую сумму. Сенатъ призналъ, что «заявленіе просительницы (Степановой), о нарушеніи 222 и 223 ст. X. т. 1 ч., въ силу которыхъ, по объясненію ея, закладная должна быть признана недѣйствительною, не заслуживаетъ уваженія, потому что отвѣтчица своимъ признаніемъ, сдѣланнымъ на судѣ, утвердила подлинность и обязательное для нея значеніе сего акта» и посему оставилъ жалобу безъ послѣдствій. Этотъ выводъ сената, намъ кажется, противорѣчитъ вышеприведеннымъ сенатскимъ рѣшеніямъ и началамъ закладнаго права. Коль скоро актъ ничтоженъ, онъ самъ по себѣ теряетъ всякое значеніе и не можетъ служить удостовѣреніемъ какихъ-либо установленныхъ имъ юридическихъ отношеній. Одного признанія Степановой существованія долга съ обезпеченіемъ недвижимаго имущества недостаточно для того, чтобы установить юридическое отношеніе, возникающее изъ закладнаго права. Это право устанавливается только совершеніемъ закладной крѣпости установленнымъ порядкомъ и такъ какъ въ дѣлѣ Степановой закладная недѣйствительна, то и самое закладное право немислимо; слѣдовательно признаніе Степановой могло только констатировать фактъ взятія денегъ въ займы и такъ какъ искъ былъ предъявленъ до поступленія срока платежа, то въ искѣ, а равно и въ обезпеченіи его, слѣдовало отказать. По дѣлу Румянцева (1869 г., № 324), объ отобраніи лошади, проданной несовершеннолѣтнею (болѣе 17 лѣтъ) Николаевою, сенатъ ограничиваетъ недѣйствительность юридическихъ актовъ, совершенныхъ несовершеннолѣтними, только такою рода распоряженіями имуществомъ, для которыхъ законъ требуетъ заключенія письменныхъ условій. Точный и буквальный смыслъ ст. 220, 221 и 222 X т. 1 ч., по мнѣнію сената, показываетъ, что содержащееся въ нихъ запрещеніе относится до актовъ, сдѣлокъ и обязательствъ, совершенныхъ несовершеннолѣтними и слѣдовательно до такого рода распоряженій имуществомъ, для которыхъ законъ требуетъ заключенія письменныхъ условій. Но изъ смысла этихъ статей, разсуждаетъ сенатъ, вовсе не слѣдуетъ, чтобы несовершеннолѣтній не имѣлъ права безъ письменнаго согласія попечителя, распорядиться какою либо вещью или продать какую либо даже незначительную движимость, такъ какъ передача отъ продавца покупщику недвижимаго имущества можетъ быть совершена безъ всякаго письменнаго акта. Такое толкованіе сената,

намъ кажется, не основано на строгомъ смыслѣ закона. Различіе, установленное закономъ между малолѣтними и несовершеннолѣтними (съ 17 л.) состоитъ главнымъ образомъ въ томъ, что послѣдніе вступаютъ въ управленіе своимъ имѣніемъ,— во всемъ же остальномъ всѣ ихъ юридическія дѣйствія имѣютъ значеніе на столько, на сколько они сопровождаются согласіемъ попечителя (220 ст.). Выраженіе закона «безъ чего никакія выданныя имъ обязательства не могутъ почитаться дѣйствительными», не должно быть понимаемо такъ, что будто бы несовершеннолѣтній не вправѣ только принимать на себя какія либо обязательства, отягощать свое имущество извѣстными повинностями и этимъ умалить его цѣнность, но что онъ вправѣ вступать въ юридическія сдѣлки, совершающіяся передачею самой вещи—ибо законъ ясно въ той же статьѣ говоритъ: «и совершать акты и сдѣлки какаго-либо рода». Кроме того нѣтъ основанія предполагать, чтобы законъ дѣлалъ различіе между одними сдѣлками и другими, чтобы законъ запрещалъ несовершеннолѣтнимъ совершать только такія юридическія дѣйствія, которыя должны быть облечены въ письменную форму. Если лицо признается неправоспособнымъ вслѣдствіе того, что онъ неспособно выражать свою волю вполне сознательно и свободно, если несовершеннолѣтній можетъ дѣйствовать юридически не иначе, какъ съ согласія попечителя, то это согласіе составляетъ необходимую принадлежность всѣхъ сдѣлокъ, совершаемыхъ неправоспособнымъ субъектомъ и форма этихъ сдѣлокъ— т. е. требуетъ ли законъ для ихъ дѣйствительности письменной формы или нѣтъ, не можетъ имѣть никакого значенія. Сущность юридическаго отношенія нисколько не измѣняется оттого, что оно возникло по словесному, а не письменному соглашенію контрагентовъ. Соображенія, коими сенатъ мотивируетъ послѣднее свое положеніе— чисто практическаго свойства, не вытекающія изъ прямого смысла закона. Сенатъ говоритъ: «не говоря о томъ, сколь стѣснительно было бы такое безусловное запрещеніе въ практической жизни, какъ для самихъ несовершеннолѣтнихъ, особенно при управленіи ими своимъ имѣніемъ, такъ и для лицъ, съ которыми они могутъ имѣть сношенія,— самый законъ, освобождая достигшихъ 17-ти лѣтняго возраста отъ опеки, предоставляя имъ самимъ право избирать себѣ попечителей, а также и право вступать въ управленіе своимъ имѣніемъ, даетъ самъ, такимъ образомъ, извѣстную долю самостоятельности, въ отличіе отъ малолѣтнихъ, не пользующихся этими правами». Изъ этихъ соображеній видно, что сенатъ во избѣжаніе практическихъ неудобствъ жертвуетъ строгимъ юридическимъ началомъ, формулированнымъ въ дѣйствующемъ законѣ, требующемъ, чтобы всякое юридическое дѣйствіе вы-

текало изъ вполнѣ свободной и сознательной воли лица и чтобы несовершеннолѣтній управляя своимъ имуществомъ не распоряжался имъ безъ согласія своего попечителя. (Ср. рѣшеніе 1871 г., № 394, гдѣ сенатъ напротивъ высказалъ, что законъ не даетъ суду права отступать отъ буквального смысла закона по уваженію къ неудобствамъ, которыя представляетъ его примѣненіе на практикѣ). Въ рѣшеніи по дѣлу Вагина (1869 г., № 548) сенатъ, повидимому, отступается отъ прежде высказаннаго имъ взгляда о значеніи признанія, сдѣланнаго отвѣтчикомъ по достиженіи совершеннолѣтія. Предъявленъ былъ ко взысканію вексель. Отвѣтчикъ (совершеннолѣтній) долгъ свой созналъ, заявляя при томъ, что вексель данъ имъ во время несовершеннолѣтія и что онъ состоитъ при отцѣ, а потому желаетъ съ нимъ посовѣтоваться. Разсмотрѣніе дѣла было отложено и затѣмъ повѣренный отвѣтника просилъ освободить его довѣрителя отъ отвѣтственности, такъ какъ вексель выданъ имъ во время несовершеннолѣтія. Мировой судья и сѣздъ отказали въ искѣ. Сенатъ оставилъ жалобу безъ послѣдствій на томъ основаніи, что законъ признаетъ недѣйствительными акты, выданные несовершеннолѣтними. Это рѣшеніе, повидимому, идетъ въ разрѣзъ съ прежнею кассационною практикою, по которой сознаніе отвѣтчикомъ долга по вступленіи его въ совершенный возрастъ служитъ основаніемъ къ его обвиненію, хотя бы актъ или обязательство было выдано во время несовершеннолѣтія. Въ кассационной жалобѣ было указано на рѣшеніе по дѣлу Томиловскаго, гдѣ высказанъ приведенный взглядъ сената о вліяніи учиненнаго отвѣтчикомъ признанія, и дѣйствительно, обстоятельства дѣла одни и тѣ же, и тамъ и здѣсь обязательство выдано несовершеннолѣтнимъ, который впослѣдствіи созналъ существованіе долга, а между тѣмъ выводы сената различны. Но при внимательномъ разсмотрѣніи рѣшеній по дѣлу Томиловскаго и Вагина, мы находимъ, что это противорѣчіе можетъ быть отнесено на счетъ судебныхъ установленій, рѣшавшихъ дѣло, но не на счетъ сената, который разсматривалъ какъ то, такъ и другое дѣло въ предѣлахъ кассации. По дѣлу Томиловскаго мировой судья и сѣздъ рѣшили въ пользу истца, на томъ основаніи, что отвѣтчикъ созналъ долгъ. Сенатъ не находитъ въ этомъ нарушенія 218, 221 и 222 ст. X т. 1 ч., такъ какъ сѣздъ рѣшилъ дѣло на основаніи признанія, не постановляя свое заключеніе о дѣйствительности самаго акта. По дѣлу Вагина, мировой судья и сѣздъ отказали въ искѣ, не усматривая въ заявленіи отвѣтника безусловнаго признанія (такъ какъ онъ объяснилъ, что состоитъ при отцѣ и желаетъ съ нимъ посовѣтываться). Сенатъ нашелъ это рѣшеніе правильнымъ, на томъ собственно основаніи, что

опредѣленіе значенія сознанія зависитъ отъ суда, рѣшающаго дѣло по существу. Такимъ образомъ выходитъ, что выставленное кассационнымъ сенатомъ начало о значеніи сознанія долга по акту, выданному въ время несовершеннолѣтія, имъ не отвергнуто, и оно остается во своей силѣ. Но нельзя однако не замѣтить, что рѣшеніе съѣзда по дѣлу Вагина могло быть кассировано сенатомъ, такъ какъ отвѣтчикъ прямо учинилъ на судѣ сознаніе долга. Въ этомъ рѣшеніи сенатъ слишкомъ широко толкуетъ 5 ст. учр. судеб. уст. Намъ кажется, что слѣдуетъ различать тѣ случаи, когда судъ *заключаетъ* о сознаніи или отрицаніи тяжущагося изъ его объясненій и доводовъ, и когда судъ такъ сказать добываетъ то или другое путемъ логики, отъ тѣхъ случаевъ, гдѣ тяжущійся прямо и категорически сознаетъ или отрицаетъ извѣстный фактъ. Въ послѣднемъ случаѣ судъ не въправѣ отвергнуть фактъ сознанія, какъ бы его не было, и такое заключеніе суда должно служить поводомъ отмѣны рѣшенія. Такъ по дѣлу Вагина отвѣтчикъ прямо созналъ долгъ, и съѣздъ отвергъ это сознаніе. Развѣ заявленія отвѣтчика, *что онъ состоитъ при отцу*, а потому желаетъ съ нимъ совѣтываться, уничтожаетъ учиненное имъ сознаніе долга? Коль скоро лицо вышло изъ несовершеннолѣтняго возраста, оно становится полноправнымъ субъектомъ, можетъ пользоваться и распоряжаться свободно своимъ имуществомъ и состоитъ ли это лицо при родителяхъ или нѣтъ, это совершенно безразлично: учиненное имъ сознаніе долга налагаетъ на него безусловную обязанность платить. Въ рѣшеніи по дѣлу Емельянова (1869 г., № 848) сенатъ подтверждаетъ выставленное имъ положеніе, что сознаніе, сдѣланное должникомъ по вступленіи въ совершеннолѣтній возрастъ, служитъ основаніемъ къ присужденію долга, хотя бы самое обязательство было выдано въ несовершеннолѣтнемъ возрастѣ и оказалось по этому недѣйствительнымъ. Мы выше указывали на одно рѣшеніе, въ которомъ сенатъ, руководствуясь практическими соображеніями, ограничиваетъ дѣйствительность юридическихъ дѣйствій, совершенныхъ несовершеннолѣтними, только такими случаями, для коихъ законъ требуетъ письменной формы. Этотъ взглядъ повторяется въ рѣшеніи по дѣлу Владимірской (1869 г. № 1275.), и только въ нѣсколько иной формѣ. Сенатъ именно признаетъ дѣйствительно куплю-продажу движимости, совершенную лицомъ, достигшимъ 17-ти лѣтняго возраста, посредствомъ передачи покупщику купленной вещи, но признаетъ недѣйствительною сдѣлку, которую несовершеннолѣтній «принялъ на себя къ исполненію на будущее время, письменное обязательство и вошелъ въ долгъ». Другими словами, признаются дѣйствительными такія сдѣлки, которыя совершаны

ются *передачею* несовершеннолѣтнимъ извѣстныхъ вещей, и недопускаются договоры, гдѣ несовершеннолѣтній принимаетъ на себя и при томъ письменно, исполненіе извѣстныхъ дѣйствій. Въ этомъ рѣшеніи мы уже не встрѣчаемъ того практическаго аргумента, который приведенъ въ рѣшеніи по дѣлу Румянцева, что неудобно было бы на практикѣ такъ стѣснять лицъ, достигшихъ 17 лѣтъ, относительно отчужденія малоцѣнныхъ вещей. Слѣдую взгляду, приведенному въ послѣднемъ рѣшеніи, несовершеннолѣтній можетъ безъ согласія попечителя подарить все свое движимое имущество, такъ какъ для дѣйствительности такого дара требуется только передача его одаренному; съ другой стороны, несовершеннолѣтній не вправѣ покупать въ кредитъ самую незначительную вещь, такъ какъ этимъ онъ принимаетъ на себя къ исполненію на будущее время обязательство и входитъ въ долгъ. Очевидно, что проводимое сенатомъ различіе между одними юридическими сдѣлками и другими не имѣетъ достаточнаго основанія. (См. также рѣшеніе 1871 года № 596, въ которомъ сенатъ проводитъ различіе, относительно несовершеннолѣтнихъ, между покупкою на наличныя деньги и покупкою въ кредитъ; въ рѣшеніи того же года, № 933, сенатъ признаетъ дѣйствительною продажу несовершеннолѣтнимъ безъ согласія попечителя движимыхъ вещей въ долгъ, — такъ какъ «законъ признаетъ недѣйствительными только тѣ долговыя обязательства, которыя выданы несовершеннолѣтнимъ на себя.... но не долговыя обязательства, выданныя въ пользу несовершеннолѣтняго полноправнымъ совершеннолѣтнимъ лицомъ»; по рѣшенію 1871 г., № 1057 сенатъ нашелъ, что законъ признаетъ дѣйствительнымъ договоръ, заключенный несовершеннолѣтнимъ со стороннимъ лицомъ безъ согласія опекуна *въ пользу* несовершеннолѣтняго).

По дѣлу Неймаркъ (1870 г., № 723), сенатъ признаетъ недѣйствительными акты, выданные несовершеннолѣтнимъ, *хотя бы надъ нимъ никогда не была учреждена опека или попечительство*. По дѣлу Чуданова (1870 г., № 1079) повѣренный отвѣтчика у мирового судьи оспаривалъ дѣйствительность долговой росписки тѣмъ, что она выдана по игрѣ несовершеннолѣтнимъ; на съѣздѣ этотъ же повѣренный отказался, что онъ ничего не имѣетъ сказать. Считая такой отзывъ признаемъ долга, съѣздъ рѣшилъ въ пользу истца. Сенатъ кассировалъ это рѣшеніе на томъ основаніи, что отвѣтчикъ въ лицѣ своего повѣреннаго не только долга не призналъ, но постоянно опровергалъ его тѣмъ, что росписка выдана несовершеннолѣтнимъ и при томъ по игрѣ; что отзывъ повѣреннаго, что «онъ не имѣетъ ничего сказать» свидѣтельствовалъ только о неже-

лании его входитъ въ состязаніе съ своимъ противникомъ и не могъ быть принятъ за такое признаніе, которое давало бы право подвергать отвѣтчика взысканію. Такимъ образомъ въ этомъ рѣшеніи сенатъ уже входитъ въ оцѣнку вывода сѣзда о сознаниі отвѣтчика и не ссылается на 5 ст. учр. суд. устан., какъ мы это видѣли по дѣлу Вагина, гдѣ наоборотъ отвѣтчикъ созналъ долгъ, сѣздъ не усмотрѣлъ признанія, а сенатъ оставилъ заключеніе сѣзда въ силѣ на основаніи 5 ст. учр. суд. уст. То же самое мы видимъ въ рѣшеніи по дѣлу Чуданова (1870 г., № 1136), гдѣ сѣздъ присудилъ взысканіе по роспискѣ, выданной во время несовершеннолѣтія на томъ основаніи, что отвѣтчикъ долга не отвергаетъ. Сенатъ вошелъ въ оцѣнку этого заключенія сѣзда и нашелъ, что признаніе отвѣтчикомъ своей подписи на актѣ нельзя считать признаніемъ и самаго существованія долга. На этомъ основаніи рѣшеніе сѣзда было кассировано. Мы уже объясняли выше, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отвѣтною стороною сдѣлано на судѣ прямое категорическое сознание или отрицаніе и гдѣ, слѣдовательно, суду нѣтъ надобности прибѣгать къ силлогизмамъ и къ умозаключеніямъ, выводъ суда, основанный на такомъ признаніи или отрицаніи, долженъ подлежать повѣркѣ кассационнаго суда; въ противномъ случаѣ кассационный институтъ не достигнетъ своего значенія и останется совершенно безплоднымъ для нашей судебной практики. Только при систематическомъ преслѣдованіи сенатомъ извѣстнаго выставленнаго имъ положенія, оно можетъ укрѣпиться и установиться въ судебной практикѣ и тогда дѣйствительно наши суды проникнутся единствомъ и стройностью. Поэтому мы находимъ, что по дѣлу Чуданова сенатъ совершенно основательно, не усматривая признанія отвѣтчика, отмѣнилъ рѣшеніе сѣзда. (См. также рѣшенія 1872 года, №№ 76 и 642; въ первомъ сенатъ призналъ недѣйствительною мировую сдѣлку, заключенную во время несовершеннолѣтія, на основаніи которой несовершеннолѣтній принялъ на себя обязательство производить платежи; во второмъ рѣшеніи признано, что участіе несовершеннолѣтняго въ договорѣ, въ которомъ и помимо него оказываются двѣ правоспособныя стороны, не уничтожаетъ договора во всемъ его объемѣ, а онъ признается недѣйствительнымъ только въ отношеніи несовершеннолѣтняго). Изъ приведеннаго нами ряда рѣшеній можно съ достовѣрностью вывести: что сознание долга по акту, выданному несовершеннолѣтнимъ, сдѣланное имъ по вступленіи въ совершеннолѣтній возрастъ, служитъ основаніемъ къ присужденію уплаты; что такое значеніе придается сенатомъ и сознанию, сдѣланному внѣ того суда, въ коемъ предъявленъ искъ; что покупка вещей на наличныя деньги, продажа вещей, какъ на на-

личные деньги, такъ и въ долгъ и вообще договоры, заключенные несовершеннолѣтнимъ со стороннимъ лицомъ *въ пользу* несовершеннолѣтняго — дѣйствительны. Отъ такой практики своей сенатъ отступилъ въ рѣшеніяхъ 1869 г., № 274 и 1870 г., № 1496. По дѣлу Лиходѣдова (1870 г., № 1496) искъ былъ предъявленъ по векселямъ, выданнымъ должникомъ во время его несовершеннолѣтія. Мировой сѣздъ «имѣя въ виду признаніе Лиходѣдова (должника) долга своего Соколовскому, пристава 1 части г. Елисаветграда, и подлинность векселей, на основаніи 105 и 129 ст. уст. гр. суд.» опредѣлилъ взыскать. Сенатъ отмѣнилъ это рѣшеніе, находя, что сѣздъ оставилъ безъ всякаго вниманія обстоятельства о выдачѣ Лиходѣдовымъ векселей во время его несовершеннолѣтія, чѣмъ явно нарушилъ 220 и 222 ст. Х т. 1 ч. Хотя въ означенномъ рѣшеніи обстоятельства дѣла изложены весьма сжато и въ соображеніяхъ сѣзда нѣтъ ссылки на 112 ст. уст. гр. суд., но тѣмъ не менѣе при рѣшеніи дѣла въ пользу истца сѣздъ имѣлъ въ виду признаніе отвѣтчика. По всей вѣроятности, сенатъ усмотрѣлъ въ рѣшеніи сѣзда нарушение 220 ст. Х т. 1 ч. изъ выраженія сѣзда «и подлинность векселей» и гдѣ ссылка его на 105 ст. уст. гр. суд., говорящую о письменныхъ доказательствахъ; но вѣдь между этими соображеніями на первомъ планѣ стоитъ соображеніе сѣзда о томъ, что должникъ призналъ свой долгъ у пристава. То же самое мы видимъ въ рѣшеніи по дѣлу Ермолаева (1869 г., № 274), гдѣ сенатъ отмѣняетъ рѣшеніе сѣзда, присудившаго взысканіе, мотивируя отмѣну тѣмъ, что счетъ, по коему предъявленъ былъ искъ, подписанъ отвѣтчикомъ въ несовершеннолѣтіи, хотя по обстоятельствамъ дѣла видно, что отвѣтчикъ призналъ счетъ дѣйствительнымъ и въ рѣшеніи мирового судьи есть ссылка на ст. 479, говорящую о признаніи. (О недѣйствительности юридическихъ сдѣлокъ, въ коихъ участвуютъ малолѣтніе или несовершеннолѣтніе см. еще рѣшенія сената по дѣлу Ермолаева 1869 г., № 274, по дѣлу Хацкелевой 1870 г., № 1250 и мнѣніе г. Думашевского объ этомъ вопросѣ, изложенное имъ въ 1-й части его «Свода», стр. 14)\*).

При обзорѣ кассационныхъ рѣшеній о недѣйствительности юридическихъ актовъ по случаю несовершеннолѣтія, мы встрѣчаемся съ рѣшеніями, касающимися вопроса о процессуальной правоспособности несовершеннолѣтнихъ, т. е. лицъ, достигшихъ 17 лѣтъ, такъ какъ за малолѣтнихъ ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители или опекуны. Сенатъ въ рѣшеніяхъ за 1870 г. № 1347 и 1871 г. № 1123, толкуетъ ст. 19 уст. гр. суд. распространительно, т. е. въ томъ

\*) Изд. 2 стр. 20—21. Примѣч. Ред.

смыслѣ, что за всѣхъ лицъ, недостигшихъ 21 года, ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ опекуны, попечители или родители. Слѣдовательно, несовершеннолѣтніе лишены права совершать на судѣ какія-либо процессуальныя дѣйствія, а они обязаны дѣйствовать чрезъ представителя своего такъ, что если дѣло поступило въ судъ непосредственно отъ самого несовершеннолѣтняго, судъ, согласно ст. 584 п. 3 уст. гр. суд. не вправѣ принять дѣло къ своему рассмотрѣнію; въ рѣшеніи же за 1872 г., № 269, сенатъ ограничиваетъ процессуальную неправопособность только лицами, недостигшими 17 лѣтъ, которыя ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ въ лицѣ опекуновъ или родителей, по достиженіи же 17 лѣтъ, лицо вправѣ совершать лично процессуальныя дѣйствія. Этотъ послѣдній взглядъ сената оправдывается буквальнымъ смысломъ 19 ст. уст. гр. суд., которая говоритъ о лицахъ, состоящихъ подъ опекою, послѣдняя же прекращается съ достиженіемъ 17-лѣтняго возраста; къ такому же заключенію приводитъ и 220 ст. X т. 1 ч., въ силу которой достигшій 17-лѣтняго возраста вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ, а право судебной защиты тѣсно связано со всею сферою имущественныхъ правъ лица.

в) *Расточители*. По дѣлу Аргонскаго (1869, № 77) взыскивали съ наслѣдниковъ умершаго Зѣвакина 3,000 руб. по долговой роспискѣ, выданной Зѣвакинымъ 8 декабря 1849 г. Отвѣтчики возражали, что надъ Зѣвакинымъ учреждена была, 25 іюня 1849 г., опека за расточительность, слѣдовательно выданное имъ послѣ того обязательство недѣйствительно. Истецъ противъ этого возражалъ, что учрежденіе опеки не было оглашено установленною публикаціей и наложеніемъ запрещенія. Окружной судъ и судебная палата отказали въ искѣ. Сенатъ нашелъ, что судебная палата не нарушила указанныхъ кассаторомъ ст. 237, 239 и 429 XIV т. уст. о пред. и пресѣя. прест. «ибо сими статьями предписано исключительно: налагать на имѣнія, обращаемаыя въ опеку за расточительность владѣльцевъ, запрещеніе и вмѣстѣ съ тѣмъ указана особенная цѣль, для которой запрещеніе сіе установлено—предупрежденіе совершенія крѣпостныхъ актовъ на имѣніе, состоящія подъ опекою; но при семъ законъ не устанавливаетъ обязательной публикаціи съ цѣлью огласить наложеніе опеки на самого владѣльца и оградить право лицъ, входящихъ съ нимъ въ обязательства». Этимъ разрѣшается вопросъ о томъ, съ какого момента расточитель признается неправоспособнымъ вступать въ юридическія отношенія, съ момента ли учрежденія опеки за расточительность или съ учиненія объ этомъ публикаціи. По мнѣнію сената, въ приведенномъ рѣшеніи, обязательства, выданныя расточителемъ послѣ учрежденія надъ нимъ опеки недѣйствительны,



хотя бы контрагентъ за отсутствіемъ публикаціи и не зналъ о существованіи опеки за расточительностью.

Къ лицамъ, стѣсненнымъ въ своей правоспособности, совершать юридическіе акты, принадлежать также: г) *колонисты*. Въ рѣшеніи по дѣлу Тромманъ (1870 года № 1121) предъявленъ былъ искъ къ колонисту по векселю. Мировой сѣздъ рѣшилъ дѣло въ пользу истца. Сенатъ нашелъ, что въ виду особыхъ постановленій закона о прекращеніи гражданскаго состоянія колонистовъ, содержащихся въ уст. о колон. т. XII въ ст. 131 и слѣд., колонисты могутъ быть почитаемы выбывшими изъ ихъ званія и освобожденными, отъ обязанностей такового только тогда, когда они будутъ уволены въ другое званіе мѣстнымъ ихъ начальствомъ; что затѣмъ всѣ ограничительныя правила для заключенія обязательствъ колонистами, установленныя въ ст. 180, 183, 184 и 186 уст. о колон. должны почитаться обязательными для всѣхъ колонистовъ, неуволненныхъ ихъ начальствомъ изъ сего званія, безъ различія того, живутъ ли они въ своихъ колоніяхъ или внѣ таковыхъ. Сопоставляя эти соображенія сената съ обстоятельствами дѣла, можно придти къ заключенію, что обязательство, выданное колонистомъ, хотя и состоящимъ арендаторомъ частныхъ земель внѣ своей колоніи, безъ разрѣшенія своей колоніи, безъ разрѣшенія колоніальнаго начальства, признается недѣйствительнымъ. (См. также 1871, № 569 и 1872, № 89). Въ рѣшеніяхъ 1870, №№ 114, 714, 876 и 1447, сенатъ различаетъ евреевъ-колонистовъ отъ евреевъ-земледѣльцевъ и находитъ, что только обязательства евреевъ-колонистовъ, заключенныя безъ разрѣшенія колоніальнаго начальства, признаются недѣйствительными, но это не относится къ евреямъ-земледѣльцамъ, которые и безъ разрѣшенія начальства, могутъ вступать въ обязательства, въ предѣлахъ, указанныхъ ст. 1470 и 1471 т. IX. Изъ этихъ приведенныхъ положеній, ограничивающихъ правоспособность колонистовъ, вытекаетъ другое положеніе, проведенное сенатомъ въ рѣшеніи по дѣлу Волкинда (1870, № 1749), а именно: ограниченіе колонистовъ относительно выдачи имъ обязательствъ, безъ разрѣшенія своего начальства, относится и къ праву избранія уполномоченныхъ для защиты правъ колонистовъ на судѣ. На этомъ основаніи довѣренность, выданная колонистомъ, безъ разрѣшенія начальства, на веденіе дѣла, признается недѣйствительною. Въ рѣшеніи 1871 г., № 841, сенатъ распространяетъ недѣйствительность и на такія обязательства (вексель), которыя выданы постороннимъ лицомъ колонисту, т. е. въ его пользу, мотивируя это положеніе тѣмъ,

что тяжбы и раззоренія возможны не только тогда, когда самъ колонистъ къ чему либо обязывается, но и тогда, когда другое лицо принимаетъ на себя какое либо обязательство въ отношеніи къ колонисту. По рѣшенію 1871 г., № 412 судъ самъ не возбуждаетъ вопроса о недѣйствительности акта, выданнаго колонистомъ безъ разрѣшенія начальства, если стороны на это не ссылаются. Такимъ образомъ неспособность колонистовъ относительно вступленія въ юридическія сдѣлки гораздо шире, чѣмъ неспособность несовершеннолѣтнихъ; обязательства, выданныя въ пользу послѣднихъ дѣйствительны, относительно же колонистовъ такія обязательства недѣйствительны. Что же касается положенія сената, что судъ самъ не возбуждаетъ вопроса о недѣйствительности акта, выданнаго колонистомъ, то это положеніе примѣнимо и къ актамъ, выданнымъ несовершеннолѣтними и сумасшедшими въ виду проведеннаго въ новомъ нашемъ процессѣ состязательнаго начала (см. рѣш. 1872, № 528, гдѣ сенатъ въ противорѣчіе съ прежде высказаннымъ имъ взглядомъ признаетъ дѣйствительнымъ актъ, выданный колонистомъ безъ разрѣшенія начальства, если актъ признанъ на судѣ *тѣмъ же колонистомъ*).

д) *Нижніе чины и юнкера*. По дѣлу Ильина (1870, № 364), предъявленъ былъ искъ къ юнкеру Ильину на основаніи росписокъ. Мировой судья и сѣздъ постановили взыскать. Кассационный сенатъ нашель, что на основаніи 2134 ст. II ч. 1 кн. св. воен. пост. нижнимъ воинскимъ чинамъ, въ дѣйствительной службѣ находящимся, къ числу которыхъ принадлежит и юнкеръ Ильинъ, положительно запрещается входить въ какія бы то ни было долговныя обязательства, которыя въ этомъ случаѣ признаются недѣйствительными и на этомъ основаніи сенатъ отмѣнилъ рѣшеніе сѣзда. Въ этомъ рѣшеніи заслуживаетъ вниманія то обстоятельство, что въ засѣданіи сѣзда повѣренный Ильина отказался отъ возраженій своего довѣрителя о недѣйствительности долговыхъ росписокъ, что и послужило сѣзду основаніемъ къ присужденію взысканія. Сенатъ нашель такое соображеніе мирового сѣзда неправильнымъ, потому что «отрицая обязательную для юнкера Ильина силу 2134 ст. II ч. 1 кн. св. воен. пост., Корасевъ (повѣренный Ильина) этимъ самымъ присвоивалъ своему довѣрителю такое право, котораго послѣдній, по своему состоянію, не имѣлъ; между тѣмъ никакой законъ, и тѣмъ менѣе законъ, коимъ устанавливаются права сословій или извѣстныхъ званій, не можетъ быть ограниченъ въ своемъ дѣйствіи частною волей». Здѣсь сенатомъ подтверждено юридическое начало: «*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*». Такое же положеніе о не-

правоспособности нижнихъ чиновъ высказано и въ рѣшеніяхъ 1870, № 641 и 1871, № 1142.

е) *Несостоятельные должники*. По разъясненію сената въ рѣшеніи 1869, № 174, законъ, воспрещая писать и совершать акты о займѣ, между прочимъ, отъ имени банкротовъ и несостоятельныхъ должниковъ, имѣеть въ виду такія лица, которыя признаны банкротами или несостоятельными должниками установленнымъ для сего порядкомъ, т. е. подлежащимъ судебнымъ мѣстамъ и съ соблюденіемъ формъ и обрядовъ, установленныхъ для производства дѣлъ о несостоятельности. Лицо, признанное несчастнымъ должникомъ, имѣеть право вступать въ договоры и сдѣлки, хотя бы эти послѣдніе касались прежнихъ дѣлъ его, бывшихъ въ конкурсѣ; это второе положеніе выражено сенатомъ въ рѣшеніи за 1871 годъ, № 564. Съ заключеніемъ мировой сдѣлки неспособность несостоятельныхъ должниковъ прекращается. На этомъ основаніи всякое обязательство, выданное несостоятельнымъ послѣ учиненія мировой сдѣлки и послѣ надлежащаго ея утвержденія, признается дѣйствительнымъ, хотя бы для выполненія мировой сдѣлки назначенъ былъ извѣстный срокъ и обязательство выдано до наступленія этого срока. (Кассац. рѣш. 1871 г., № 1240).

Гр. Вербловскій.

*(Продолженіе будетъ).*

1870. 1871. 1872. 1873. 1874. 1875. 1876. 1877. 1878. 1879. 1880. 1881. 1882. 1883. 1884. 1885. 1886. 1887. 1888. 1889. 1890. 1891. 1892. 1893. 1894. 1895. 1896. 1897. 1898. 1899. 1900. 1901. 1902. 1903. 1904. 1905. 1906. 1907. 1908. 1909. 1910. 1911. 1912. 1913. 1914. 1915. 1916. 1917. 1918. 1919. 1920. 1921. 1922. 1923. 1924. 1925. 1926. 1927. 1928. 1929. 1930. 1931. 1932. 1933. 1934. 1935. 1936. 1937. 1938. 1939. 1940. 1941. 1942. 1943. 1944. 1945. 1946. 1947. 1948. 1949. 1950. 1951. 1952. 1953. 1954. 1955. 1956. 1957. 1958. 1959. 1960. 1961. 1962. 1963. 1964. 1965. 1966. 1967. 1968. 1969. 1970. 1971. 1972. 1973. 1974. 1975. 1976. 1977. 1978. 1979. 1980. 1981. 1982. 1983. 1984. 1985. 1986. 1987. 1988. 1989. 1990. 1991. 1992. 1993. 1994. 1995. 1996. 1997. 1998. 1999. 2000. 2001. 2002. 2003. 2004. 2005. 2006. 2007. 2008. 2009. 2010. 2011. 2012. 2013. 2014. 2015. 2016. 2017. 2018. 2019. 2020. 2021. 2022. 2023. 2024. 2025. 2026. 2027. 2028. 2029. 2030. 2031. 2032. 2033. 2034. 2035. 2036. 2037. 2038. 2039. 2040. 2041. 2042. 2043. 2044. 2045. 2046. 2047. 2048. 2049. 2050. 2051. 2052. 2053. 2054. 2055. 2056. 2057. 2058. 2059. 2060. 2061. 2062. 2063. 2064. 2065. 2066. 2067. 2068. 2069. 2070. 2071. 2072. 2073. 2074. 2075. 2076. 2077. 2078. 2079. 2080. 2081. 2082. 2083. 2084. 2085. 2086. 2087. 2088. 2089. 2090. 2091. 2092. 2093. 2094. 2095. 2096. 2097. 2098. 2099. 2100.

Гр. Водоводей

(Продолжение оубеда)

## ЛИЧНЫЯ И ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ СУПРУГОВЪ.

(ОПЫТЪ ДОГМАТИКО-КРИТИЧЕСКАГО ИЗСЛѢДОВАНІЯ).

(Продолженіе \*).

### § 4. Продолженіе. Юридическая природа правила ст. 103.

Разсмотрѣвъ рядъ частныхъ правилъ, видоизмѣняющихъ кругъ примѣненія ст. 103, мы имѣемъ болѣе фактическихъ данныхъ для разсмотрѣнія вопроса о томъ, каковъ съ точки зрѣнія права характеръ предписанія этой статьи относительно совмѣстной жизни супруговъ.

I. Прежде всего необходимо остановиться на слѣдующемъ вопросѣ: вытекаетъ ли обязанность совмѣстной жизни изъ религіозной или юридической природы брака? — другими словами: находится ли ст. 103 въ неразрывной связи съ церковнымъ характеромъ брака у насъ или существуетъ независимо отъ него? Съ одной стороны въ пользу церковнаго характера ст. 103 говорить, какъ исторія ея происхожденія, такъ и общій смыслъ нашихъ законовъ о союзѣ брачномъ. Мы видѣли, что въ прежнее время духовенство считало своимъ правомъ и обязанностью прямой контроль надъ тѣмъ, чтобы супруги не жили раздѣльно, и прибѣгало къ содѣйствию свѣтской власти для возстановленія сожителства, какъ требованія каноническаго права. Послѣдствіемъ этого абсолютнаго взгляда были законы, обязывавшіе женъ слѣдовать за мужьями и въ случаѣ ссылки послѣднихъ. Очевидно — тутъ церковная идея безусловно преобладаетъ. Затѣмъ и по дѣйствующему праву бракъ не есть гражданскій договоръ, а религіозное таинство, и отъ этого взгляда законъ *формально* нигдѣ не отступаетъ. Эти два соображенія заставляютъ предполагать, что и правило ст. 103 основано на нравственно-религіозномъ характерѣ брака и потому должно быть толкуемо и примѣняемо сообразно этому началу. Таковъ дѣйствительно взглядъ кассационнаго сената, который въ рѣшеніи по дѣлу Марковыхъ мотивируетъ обязанность совмѣстной жизни именно тѣмъ, что бракъ по духу нашего закона есть таинство, связывающее супруговъ на всю жизнь. Не смотря, однако же, на авторитетъ сената, это мнѣніе невѣрно въ своемъ основаніи. По ст. 76

\* См. „Суд. Журн.“ 1874 г. кн. I.

Суд. Журн. 1874 г. кн. II.

зак. гр. воспрещеніе всякихъ актовъ, клонящихся къ самовольному разрыву супружескаго союза, распространяется и на тѣ христіанскія исповѣданія, которыя признаютъ бракъ за союзъ гражданскій. Довольно бросить взглядъ на эту статью, чтобъ убѣдиться въ томъ, что совмѣстная жизнь супруговъ, въ глазахъ нашего законодателя, есть требованіе, вытекающее изъ юридической природы брака, независимо отъ религіозныхъ воззрѣній того или другаго исповѣданія. Затѣмъ, какъ мы видѣли, церковное воззрѣніе о принудительномъ характерѣ совмѣстной жизни супруговъ все болѣе ослабѣвало въ нашемъ законодательствѣ, и число поводовъ къ допущенію раздѣльной жизни все болѣе увеличивалось. Если же при такомъ прогрессивномъ движеніи законодательства общее правило ст. 103 осталось въ силѣ, то, очевидно, это можетъ быть объяснено только тѣмъ, что правило это имѣетъ свое основаніе въ самой сущности брака, независимо отъ того, будемъ ли мы ему придавать характеръ гражданскій или церковный. И дѣйствительно, иностранные кодексы, хотя всѣ признаютъ бракъ за договоръ гражданскій, считаютъ совмѣстную жизнь супруговъ краеугольнымъ камнемъ постановленій о бракѣ; изъ чего слѣдуетъ, что нѣтъ никакой надобности прибѣгать къ религіозному ученію о бракѣ для объясненія правила ст. 103, какъ это дѣлаетъ сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Марковыхъ, тѣмъ болѣе, что подобное толкованіе противорѣчитъ ст. 76.

Какое однакожъ практическое значеніе этого вопроса? спроситъ читатель. Не все ли равно, чѣмъ мотивируется правило ст. 103: разъ правило это существуетъ оно и должно быть примѣняемо по буквальному смыслу. Такое замѣчаніе совсѣмъ неосновательно: правильное примѣненіе закона невозможно безъ знанія его смысла и мотивовъ, какъ бы ясенъ ни былъ его текстъ. Это справедливо въ отношеніи ст. 103, какъ и всякаго другаго закона. Такъ, напримѣръ, возникаетъ слѣдующій вопросъ: примѣнима ли ст. 103 и къ лицамъ нехристіанскихъ исповѣданій? Какъ поступить суду въ случаѣ предъявленія нехристіаниномъ иска о понужденіи жены къ совмѣстному къ нимъ жителству? Съ одной стороны, содержаніе указовъ, на которыхъ основана ст. 103, и мнѣніе сената въ дѣлѣ Марковыхъ даютъ поводъ ограничивать дѣйствіе этой статьи одними православными супругами. Но, съ другой стороны: 1) буквальный смыслъ ст. 103, не различающей между разными исповѣданіями; 2) смыслъ ст. 76 и 3) характеръ самаго требованія совмѣстной жизни, въ связи съ опытомъ другихъ законодательствъ, должны побуждать судъ къ примѣненію ст. 103 къ лицамъ всѣхъ исповѣданій, что, по нашему мнѣнію, будетъ совершенно правильно.

II. Практическое значеніе упомянутого вопроса проявляется еще съ большей силой при разрѣшеніи многихъ другихъ отдѣльныхъ недоумѣній, которыя все могутъ быть сведены къ одному коренному вопросу: есть ли совмѣстная жизнь—обязанность супруговъ, независящая отъ ихъ доброй воли, существующая во имя высшихъ интересовъ общежитія, или это есть только право на взаимное неоставленіе безъ основательныхъ причинъ, какъ формулируетъ этотъ пунктъ Штубенраухъ?

Относительно этого вопроса, практическое значеніе котораго мы сейчасъ увидимъ, существуютъ два радикально противоположныя мнѣнія. Съ одной стороны мнѣніе, представителемъ котораго можно считать въ теоріи г. Побѣдоносцева, а въ практикѣ кассационный сенатъ (особенно въ прежнихъ его рѣшеніяхъ), основанное на буквальномъ смыслѣ относящихся сюда статей свода, безъ всякой ихъ критики. Г. Побѣдоносцевъ настаиваетъ на томъ, что супруги *обязаны* жить вмѣстѣ, и что обязанность эта выражена въ одинаковой безусловной силѣ для мужа и для жены (стр. 87). Съ другой стороны, въ практику новыхъ судовъ все болѣе проникаетъ воззрѣніе противоположное, состоящее въ томъ, что обязанности къ совмѣстному жительству съ точки зрѣнія права вовсе не существуетъ. Такимъ образомъ московскій окружный судъ въ рѣшеніи по дѣлу Ермейки (5 мая 1871 г.) отказалъ въ искѣ мужа о понужденіи жены къ совмѣстному съ нимъ жительству, на томъ основаніи, что правило ст. 103 имѣетъ нравственный, а не юридическій характеръ, и не можетъ быть приведено въ исполненіе установленными въ законѣ способами<sup>1)</sup>. Такой же взглядъ высказанъ былъ прокуроромъ по подобному же дѣлу супруговъ В. въ петербургскомъ окружномъ судѣ (23 іюля 1873 г.) и судъ съ нимъ согласился, оставивъ безъ послѣдствій искъ жены о понужденіи мужа къ принятію ее въ его домъ<sup>2)</sup>.

Оба эти взгляда равно далеки отъ истины.

Еслибъ было вѣрно мнѣніе г. Побѣдоносцева, вытекающее изъ церковнаго воззрѣнія на характеръ брака и неразрывность супружескаго союза, мы имѣли бы слѣдующія послѣдствія:

1) Безусловную обязанность жены слѣдовать за мужемъ при всякой перемѣнѣ жительства, доколѣ не будетъ разрушенія правъ семейственныхъ въ силу смерти или развода. Такъ дѣйствительно было въ древней Россіи, когда жена слѣдовала за мужемъ и въ вѣчную

<sup>1)</sup> «Юридич. Вѣстникъ» 1871 г., кн. 6, стр. 90.

<sup>2)</sup> Сп. «С.-Петербург. Вѣдом.» 1873 г. № 203.

ссылку. Но въ современномъ правѣ, какъ мы видѣли, допущены весьма существенныя и многочисленныя отступленія отъ этого требованія, что невозможно объяснить съ точки зрѣнія принудительности совмѣстной жизни.

2) Безусловную законную презумпцію въ пользу совмѣстной жизни супруговъ. Во всѣхъ случаяхъ, когда фактъ раздѣльной жизни представляется при судебномъ разсмотрѣннн какого нибудь дѣла, судъ долженъ былъ бы ex officio возбуждать вопросъ о незаконности этого факта и, по крайней мѣрѣ, не признавать никакихъ юридическихъ послѣдствій за этимъ фактомъ. То, что въ силу закона должно обязательно существовать, всегда предполагается существующимъ въ глазахъ суда: нарушение законнаго порядка не можетъ быть источникомъ правъ для нарушителя. Между тѣмъ мы видимъ, что наша судебная практика придерживается именно противоположнаго взгляда на этотъ предметъ. Такъ напримѣръ:

а) По вопросу о подсудности жены, живущей отдѣльно отъ мужа, иные суды, правда, признаютъ легальнымъ *forum domicilii* жены мѣстопребываніе мужа, хотя бы она жила отъ него отдѣльно, но самъ г. Побѣдоносцевъ правильно указываетъ на то, что въ случаѣ раздѣльной жизни жена подвѣдома суду своего пребыванія (см. выше, § 1). Еслибъ справедливо было мнѣніе о безусловной обязанности супруговъ къ совмѣстной жизни во имя высшихъ интересовъ, мнѣніе, поддерживаемое г. П — вымъ въ одномъ мѣстѣ, то невозможно было бы допустить утверждаемое имъ въ другомъ мѣстѣ, что самовольное нарушеніе ст. 103 даетъ женѣ *право* (иногда весьма важное) судиться въ мѣстѣ своего незаконнаго пребыванія.

б) Судъ самъ не возбуждаетъ вопроса о незаконности раздѣльной жизни супруговъ въ томъ случаѣ, когда мужъ ищетъ возвращенія дѣтей отъ отдѣльно живущей жены (руководствуясь ст. 706 уст. гр. суд.), но постановляетъ объ удовлетвореніи его ходатайства на основаніи ст. 107 и 108 зак. гр. Такъ рѣшилъ рязанскій окружный судъ по дѣлу Праотцева, вопреки мнѣнію прокурора, полагавшаго, что искъ этотъ, имѣющій своимъ основаніемъ незаконный фактъ (раздѣльную жизнь супруговъ), не подлежитъ удовлетворенію <sup>1)</sup>.

в) Если мужъ ищетъ возвращенія дара отъ отдѣльно живущей съ нимъ жены вслѣдствіе ея неблагодарности, то, хотя искъ имѣетъ прямымъ своимъ основаніемъ раздѣльную жизнь супруговъ, воспрещенную закономъ, судъ не входитъ въ разсмотрѣніе этого вопроса,

<sup>1)</sup> «Суд. Вѣстн.» 1869 г. № 69.



не возбужденнаго сторонами, и обсуживаетъ исключительно вопросъ о дареніи. Такъ рѣшила московская судебная палата по дѣлу супруговъ Гудовичъ <sup>1)</sup>.

3) Въ-третьихъ, результатомъ этого воззрѣнія было бы допущеніе прямого принужденія къ сожителству, въ случаѣ нежеланія одного изъ супруговъ добровольно исполнить обязанность, возложенную на него ст. 103. Дѣйствительно, тамъ, гдѣ преобладаетъ церковное воззрѣніе на бракъ, физическое понужденіе къ совмѣстной жизни считается нормальнымъ послѣдствіемъ брачнаго союза. По замѣчанію Коха, комментатора прусскаго кодекса, католическое право допускало физическую силу для водворенія жены у мужа. У насъ по синодскому указу 1744 г. (см. выше), тоже допускалось прямое возстановленіе общественной властью нарушеннаго сожителства супруговъ. Г. Побѣдоносцевъ, хотя и не указываетъ на связь этого вопроса съ католическими воззрѣніями, но, придерживаясь вообще этихъ послѣднихъ, утверждаетъ, что у насъ «мужъ имѣетъ право потребовать къ себѣ жену и принудить ее, чтобъ жила съ нимъ. По инымъ законодательствамъ можно еще разсуждать, что несправедливо матеріальной силой принуждать жену къ сожителству съ мужемъ, когда она отъ него уклоняется, и что это уклоненіе можетъ служить поводомъ къ разводу. У насъ такое разсужденіе невозможно, и брачное сожителство по требованію мужа возстановляется безусловно» (стр. 88). Но невѣрность этого мнѣнія довольно ясно видна изъ того, что ни одинъ судъ до сихъ поръ не рѣшался прибѣгать къ прямому принужденію при исполненіи рѣшенія о сожителствѣ, и если бы захотѣлъ прибѣгнуть къ этому средству оказался бы въ противорѣчій со всеми началами новаго судопроизводства. Наоборотъ, именно вслѣдствіе невозможности прямого исполненія рѣшеній, постановленныхъ на основаніи ст. 103, и отсутствія въ законѣ указаній на способы косвеннаго ихъ исполненія, суды совѣмъ отказываются отъ разсмотрѣнія подобныхъ исковъ (какъ въ упомянутыхъ дѣлахъ Еромейки и В.). Слѣдовательно, мнѣніе г. Побѣдоносцева относительно этого пункта можно признать правильнымъ развѣ для времени уложенія 1649 г., но не для дѣйствующаго права. Современное право смотритъ на этотъ вопросъ также, какъ и европейская юриспруденція: Во Франціи были юристы, допускавшіе въ крайнихъ случаяхъ физическое принужденіе жены къ сожителству съ мужемъ, но мнѣніе это рѣшительно отвергнуто теоріей и практикой, и теперь общепризнано, что ни мужъ не

<sup>1)</sup> См. касс. рѣш. (гражд.) 1870 г. № 126.

можетъ быть принужденъ къ принятію жены, ни жена къ сожителству съ мужемъ <sup>1)</sup>). Допустимъ, говоритъ Уддъ, что жандармы водворятъ жену у мужа; можетъ ли послѣдній воспрепятствовать ея бѣгству чрезъ четверть часа? Если мужъ будетъ держать водворенную жену взаперти, онъ окажется виновнымъ въ лишеніи личной свободы, караемомъ уголовнымъ закономъ <sup>2)</sup>). Принужденіе уже потому не можетъ быть допущено, что оно противорѣчитъ природѣ личныхъ отношеній супруговъ и стремленію закона поддержать между супругами миръ и согласіе. «Для исполненія рѣшеній о совмѣстной жизни супруговъ—говорится въ рѣшеніи одного высшаго нѣмецкаго суда—могутъ быть допущены умѣренныя наказанія, какъ средства понужденія; но наказанія эти, также какъ и при понужденіи ко вступленію въ бракъ, не должны доходить до безусловнаго принужденія, которое противорѣчитъ цѣли рѣшенія — возстановленію фактически разрушенной семьи» <sup>3)</sup>).

Прусскій законъ опредѣлительно говоритъ, что физическое понужденіе не допускается, ибо, говоритъ Кохъ, разъ допустивъ насильное водвореніе, слѣдовало бы потомъ продолжать удерживать ее при мужѣ, т. е. лишить навсегда свободы, что, очевидно, и юридически невозможно. Эти соображенія высказываются и у насъ, какъ въ судебныхъ рѣшеніяхъ, такъ и въ теоріи <sup>4)</sup> и хотя приводятъ нашихъ юристовъ къ выводамъ невѣрнымъ, но сами по себѣ совершенно вѣрны въ томъ отношеніи, что физическаго насилія по смыслу нашего права допустить невозможно.

Но, если безусловной обязанности къ сожителству нѣтъ, а напротивъ цѣлый рядъ причинъ освобождаетъ по закону отъ этой обязанности; если судъ ex officio не возбуждаетъ вопроса о незаконности раздѣльной жизни и допускаетъ возникновеніе различныхъ правоотношеній именно изъ этой раздѣльности, примѣняя ст. 706 уст. гражд. суд.; если, наконецъ, физическое принужденіе вовсе не допускается, то очевидно, что по духу нашего закона въ теперешнемъ его видѣ вовсе нѣтъ обязанности къ совмѣстной жизни (въ правовомъ смыслѣ), а есть *обязанность не оставлять другаго супруга противъ его воли и безъ основательной причины*. Формула Штубенрауха, нѣсколько подробнѣе развитая, есть единственно вѣрное выраженіе дѣйствующаго права. Вопреки мнѣнію г. По-

<sup>1)</sup> Frey, ib. s. 520, 21.

<sup>2)</sup> Oudot, p. 64.

<sup>3)</sup> Windscheid, Pandekten, § 490, № 3.

<sup>4)</sup> Думашевскій, Систематическій сводъ, I, 2.

бѣдоносцева, обязанность эта не безусловная, а относительная, ибо она возникает только по требованію обиженного супруга, а не существует *ex officio*, и возникает только при отсутствіи законной причины раздѣльной жизни.

Но если невѣрно мнѣніе, отстаиваемое г. Побѣдоносцевымъ, то столь же невѣрно противоположное мнѣніе, будто ст. 103 содержитъ правило нравственное, а не юридическое, и потому не можетъ быть предметомъ судебного разсмотрѣнія. Ошибка заключается тутъ въ очевидномъ смѣшеніи причины съ послѣдствіями—мотива закона съ матеріальнымъ его содержаніемъ. Всѣ постановленія семейнаго права болѣе или менѣе основаны на соображеніи нравственной природы брака, но сами постановленія эти, тѣмъ не менѣе, имѣютъ правовой характеръ. Ст. 1226 уст. гр. суд. можетъ быть формулирована такъ: супруги обязаны любить другъ друга (правило нравственное и не подлежащее исполненію судебнымъ порядкомъ), потому личное задержание должника по просьбѣ его супруга не допускается (норма правовая, подлежащая исполненію судомъ); то же самое съ правиломъ о недопущеніи свидѣтельства по дѣлу супруга, съ обязанностью пропитанія, медицинской помощи, съ правомъ представительства и общей чести и пр. Во всѣхъ этихъ нормахъ слѣдуетъ отличать нравственное основаніе (супруги обязаны взаимно помощью, любовью, уваженіемъ) отъ юридическихъ нормъ, построенныхъ на этомъ основаніи и имѣющихъ обязательную силу наравнѣ съ другими нормами права. Совмѣстная жизнь супруговъ тоже основана на соображеніи нравственной природы брака (хотя и можетъ быть конструирована и безъ этого основанія), но въ своихъ послѣдствіяхъ устанавливаетъ для каждаго супруга положительное *право* требовать неоставленія его другимъ супругомъ безъ основательной причины, и это право пользуется судебною защитой наравнѣ со всеми другими правами. Рѣшеніе московскаго окружнаго суда по дѣлу Еромейки, такимъ образомъ, неправильно само по себѣ и, кромѣ того, находится въ противорѣчій съ позднѣйшимъ рѣшеніемъ Сената по дѣлу Кокораки (1872 г. № 407), которымъ признано право супруговъ обращаться къ судебной власти для восстановленія совмѣстной жизни.

## § 5. Продолженіе. Причины раздѣльной жизни. Санкція правила ст. 103.

Откуда однакожъ происходитъ это стремленіе судебной практики въ послѣднее время отказываться отъ разсмотрѣнія исковъ основанныхъ на ст. 103? Почему петербургскій окружный судъ (въ дѣлѣ В.) даже послѣ обнаруженія сенатскаго рѣшенія по

дѣлу Кокораки установилъ, что судъ не входитъ въ разсмотрѣніе иска о понужденіи къ совмѣстному жительству? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ нужно имѣть въ виду два капитальныхъ недостатка нашего права по этому предмету сравнительно съ практикой другихъ странъ.

I. Безусловная обязанность жены слѣдовать за мужемъ и мужа — держать при себѣ жену есть очевидно требованіе очень суровое, при разнообразныхъ жизненныхъ отношеніяхъ, требующихъ раздѣльной жизни, нерѣдко выражающееся въ жестокости. Во Франціи, гдѣ обязанность эта признается закономъ сильнѣе, чѣмъ въ иныхъ странахъ, несправедливость ея давно сознается всѣми. «Перестать принадлежать своей родинѣ при выходѣ замужъ за иностранца, говорить госпожа д'Ерикуръ, исчезнуть тѣломъ и имуществомъ въ мужчинѣ, повиноваться и слѣдовать за нимъ, какъ собака — это возмутительно. Къ счастью, прибавляетъ она, люди вообще лучше законовъ»<sup>1)</sup>. Это послѣднее замѣчаніе интересно для насъ въ томъ отношеніи, что объясняетъ образъ дѣйствій французскихъ судовъ по этому предмету. Хотя законъ тамъ не дѣлаетъ никакихъ отступленій отъ общаго правила (жена должна повсюду слѣдовать за мужемъ), но суды, какъ мы видѣли, допускаютъ освобожденіе жены отъ этой обязанности въ случаѣ жестокаго обращенія или дурнаго поведенія мужа. Итакъ справедливость требуетъ повсемѣстно установленія изыятій изъ обязанности совмѣстной жизни. Но какъ установить эти изыятія наиболѣе разумнымъ образомъ? Опытъ разныхъ странъ указываетъ на три системы въ этомъ отношеніи:

- 1) свобода соглашеній самихъ супруговъ;
- 2) установленіе въ самомъ законѣ определенныхъ причинъ раздѣльной жизни;
- 3) предоставленіе усмотрѣнію суда оцѣнки обстоятельствъ каждаго дѣла.

Первая система возможна была въ древнемъ Римѣ, гдѣ существовала полная свобода развода, и въ сущности равносильна послѣдней. Но свобода развода по взаимному соглашенію не признается до сихъ поръ ни однимъ европейскимъ кодексомъ и потому договоры о раздѣльной жизни вездѣ признаются недѣйствительными.

Вторая система принята у насъ, гдѣ, какъ мы видѣли выше, существуетъ рядъ установленныхъ закономъ причинъ освобождающихъ временно или навсегда отъ совмѣстной жизни. Недостатокъ ея заклю-

<sup>1)</sup> M-me d'Hericourt, *la femme affranchie*, 2, 68, 69.

чается въ невозможности предусмотрѣть и точно опредѣлить въ законѣ всѣ тѣ обстоятельства, которыя въ данномъ конкретномъ случаѣ даютъ серьезное основаніе одному изъ супруговъ право уклоняться отъ совмѣстной жизни, и слѣдовательно, чрезмѣрной суровости въ соблюденіи этого требованія.

Поэтому всѣ европейскія законодательства давно усвоили себѣ третью систему—свободнаго усмотрѣнія суда въ оцѣнкѣ причинъ раздѣльной жизни. Изъ сказаннаго выше (§ 4) читатель могъ видѣть, что ни одинъ европейскій кодексъ не пытается опредѣлить съ точностью, какія именно обстоятельства служатъ достаточнымъ основаніемъ къ уклоненію отъ совмѣстной жизни, но говорится обыкновенно объ «основательныхъ причинахъ», при чемъ оцѣнка ихъ основательности предоставлена суду. Даже тамъ, гдѣ законъ или практика помимо закона, какъ во Франціи говорятъ о дурномъ обращеніи съ супругомъ или дурномъ поведеніи, какъ причинахъ раздѣльности ясно, что отъ усмотрѣнія суда всецѣло зависитъ въ каждомъ случаѣ признать основательность этихъ причинъ, ибо законъ не опредѣляетъ и не можетъ опредѣлить, какое именно дѣяніе можетъ быть квалифицируемо жестокимъ обращеніемъ или дурнымъ поведеніемъ. Эта система безспорно наиболѣе удовлетворительная, ибо въ лицѣ безпристрастнаго судьи гарантируетъ одинаговую справедливость къ личнымъ интересамъ супруговъ, когда интересы эти требуютъ разлученія, такъ и къ общественному интересу поддержанія цѣлости семейнаго союза. Между тѣмъ первая система даетъ возможность личному произволу и минутному увлеченію разрушать основы семейной жизни, а вторая, гарантируя внѣшнюю, формальную неразрывность семьи, принимаетъ въ расчетъ личные интересы супруговъ относительно раздѣльной жизни въ исключительныхъ случаяхъ.

II. Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ предметомъ судебного разсмотрѣнія дѣлается не опредѣленный имущественный объектъ (напр. споръ о принадлежности опредѣленнаго предмета) ярко выступаетъ наружу различіе между *droit déterminateur* и *droit sanctionateur*. Первое есть совокупность нормъ опредѣляющихъ, кому принадлежатъ данныя права, личные и имущественныя; второе — какимъ образомъ судъ возстановляетъ эти права въ случаѣ ихъ нарушенія. Относительно споровъ по имуществу санкционирующее право заключается въ общихъ правилахъ процесса (особенно исполненія рѣшеній). Но вездѣ, гдѣ дѣло идетъ о правѣ личномъ, вопросъ о порядкѣ возстановленія нарушеннаго права дѣлается болѣе сложнымъ въ виду невозможности прямого, физическаго понужденія отвѣтчика къ исполненію своихъ личныхъ обязанностей къ истцу. Въ занимающемъ насъ предметѣ

вопросъ о томъ, какъ реализовать право каждаго супруга на неоставленіе его другимъ супругомъ, когда дѣло дошло до суда, давно обратилъ на себя вниманіе законодателей и судебной практики. Дѣйствительно, постановить въ законѣ, что каждый супругъ имѣетъ подобное право и не указать способовъ къ его осуществленію значить превратить самое право въ мертвую букву. Во Франціи законъ довольствуется однимъ признаніемъ обязанности супруговъ къ совместной жизни, безъ указанія способовъ къ исполненію этой обязанности судебнымъ порядкомъ. Но практика не стала въ тупикъ предъ этимъ пробѣломъ закона. Исходя изъ тѣхъ соображеній, что 1) всякое установленное закономъ право должно имѣть способы осуществленія, а не оставаться мертвой буквой, и 2) что физическаго понужденія къ сожительству допустить невозможно; — французскіе суды установили особый разрядъ мѣръ *косвеннаго понужденія*, состоящихъ преимущественно въ имущественныхъ наказаніяхъ, служащихъ побужденіемъ къ исполненію законной обязанности совместной жизни. Если мужъ отказывается принимать къ себѣ жену, судъ обязываетъ его давать ей отдѣльное содержаніе пока не приметъ ее въ свой домъ. Если жена не хочетъ жить у мужа, судъ освобождаетъ его отъ обязанности давать ей пропитаніе, налагаетъ на нее штрафы, секвестрируетъ въ пользу мужа часть ея доходовъ или имѣнія и т. под. Италіанскій законодатель воспользовался опытомъ французскихъ судовъ и установилъ въ самомъ кодексѣ (ст. 133) эти мѣры понужденія къ совместной жизни (освобожденіе отъ обязанностей пропитанія и секвестра части доходовъ).

Другая система принята прусскимъ закономъ. Злоумышленное оставленіе мужемъ жены даетъ послѣдней право требовать развода. Если жена не хочетъ слѣдовать за мужемъ, то судъ назначаетъ ей срокъ для исполненія его требованія и если затѣмъ исполненіе не послѣдовало, то мужъ имѣетъ право требовать развода, но въ этомъ случаѣ онъ долженъ доказать, что жена его оставила безъ законной причины и съ намѣреніемъ его бросить.

Такимъ образомъ европейская юриспруденція выработала двѣ системы санкціонирующихъ нормъ для совместной жизни. Одна система, сама по себѣ, безъ сомнѣнія, наиболее разумная, вовсе не допускаетъ принужденія къ брачной жизни, но даетъ возможность легально уничтожить бракъ, разрушенный уже фактически, вслѣдствіе злоумышленнаго оставленія однимъ супругомъ другого. Если судъ при этой системѣ находитъ причины отдѣльной жизни по обстоятельствамъ дѣла уважительными, онъ отказывается въ искѣ о возстановленіи совместной жизни и тѣмъ признаетъ законность раздѣльной

жизни въ данномъ случаѣ. Если же онъ находитъ, что такихъ причинъ нѣтъ, то послѣ напоминанія виновному супругу объ исполненіи его обязанности, даетъ обиженному супругу право на разводъ, въ виду явнаго нежеланія отвѣтчика продолжать брачную жизнь, но не допускаетъ ни прямого, ни косвеннаго принужденія къ продолженію брачнаго сожителства, какъ противорѣчающаго природѣ семейственныхъ отношеній. Понятно, что эта система возможна только въ странахъ протестантскихъ, допускающихъ значительную степень свободы развода. Но въ католическихъ странахъ, гдѣ разводъ вовсе не допускается закономъ, естественно должна была выработаться другая система косвенныхъ мѣръ понужденія къ совмѣстной жизни (имущественныхъ наказаній). Мы находимся въ этомъ отношеніи въ положеніи сходномъ съ странами католическими, такъ какъ разводъ хотя и допускается у насъ, но въ крайне ограниченныхъ размѣрахъ, а злоумышленное оставленіе супруга по дѣйствующему праву не служитъ причиной расторгенія брака. Разница та, что признавая обязательность совмѣстной жизни подобно кодексамъ католическихъ странъ, сводъ не указываетъ мѣръ понужденія къ исполненію этой обязанности подобно кодексу италіянскому. Правда и французскій законъ объ этихъ мѣрахъ не говоритъ, но во Франціи юридическое развитіе судей и установившаяся вѣками самостоятельная юриспруденція дала практикѣ возможность восполнить пробѣлъ закона на основаніи общихъ началъ права, а у насъ судьи привыкли быть слѣпыми исполнителями буквы закона и творческая роль суда въ дѣлѣ созданія права еще совсѣмъ неизвѣстна у насъ.

Вотъ эти-то два обстоятельства — отсутствіе свободы суда въ оцѣнкѣ причинъ раздѣльной жизни и отсутствіе санкціонирующихъ нормъ исполненія требованій и совмѣстной жизни — побуждаютъ наши суды совсѣмъ отказываться отъ разсмотрѣнія исковъ, основанныхъ на ст. 103 въ виду невозможности постановлять справедливые и осуществимые приговоры.

Относительно перваго пункта замѣтимъ еще слѣдующее. Необходимость болѣе льготныхъ правилъ о совмѣстной жизни супруговъ есть одна изъ тѣхъ потребностей нашей жизни, которая чувствуется давно и во всѣхъ слояхъ населенія. Въ низшихъ слояхъ народа, куда еще вовсе не проникалъ «ядъ эманципаціонныхъ теорій», потребность эта чувствуется сильнѣе, чѣмъ гдѣ-либо. Послушаемъ, что рассказываетъ объ этомъ провинціальный мировой судья, безъ сомнѣнія лучшій свидѣтель въ этомъ отношеніи.

Тотчасъ по открытіи камеры къ судѣ начали поступать десятки прошеній отъ угнетенныхъ женъ: однѣ просили о выдачѣ *вольныхъ*

*билетовъ*, ибо расписались уже съ мужьями, о раздѣльной жизни; другія напротивъ жаловались на то, что мужья ихъ гонять отъ себя. Супруги, которые судятся у мирового за жестокое обращеніе мужа съ женой обыкновенно мирятся съ тѣмъ, чтобъ *честнымъ манеромъ* разойтись, хотя это условіе, какъ незаконное, въ мировую запись не включается. Нерѣдки случаи, что мужья ташутъ насильно живущихъ врозь съ ними женъ и никакая власть не можетъ защитить послѣднихъ по отсутствію точки опоры въ законѣ. Судья въ подобнаго рода дѣлахъ обыкновенно предлагаетъ супругамъ мириться и продолжать брачную жизнь, что очень огорчаетъ женъ. Бываютъ случаи, что мужъ къ зимѣ гонитъ жену къ родителямъ, а въ рабочее время требуетъ ее къ себѣ <sup>1)</sup>. Почти въ каждой тюрьмѣ, говоритъ другой наблюдатель народной жизни, можно встрѣтить женъ, которыя съ цѣлью укрывательства отъ мужей выдаютъ себя за бродягъ и добровольно подвергаютъ себя тюремному заключенію. Въ одномъ случаѣ жена, чтобъ не возвращаться къ мужу послѣ отбытія наказанія, ложно возвела на себя обвиненіе въ тяжкомъ преступленіи <sup>2)</sup>.

Третій наблюдатель удостовѣряетъ, что требованія женъ посредствомъ суда происходятъ обыкновенно или изъ мести или изъ интереса, чтобы жена имѣющая достатокъ выкупила свою свободу деньгами. Послѣднее, говоритъ онъ, особенно развилось въ простонародьѣ и солдатъ, возвращаясь изъ службы въ отставку или въ безсрочный отпускъ и находя свое мѣсто у жены занятымъ, требуетъ ее къ сожителству собственно для того, чтобъ получить съ нея плату за позволеніе жить, гдѣ и какъ ей угодно <sup>3)</sup>.

Недостатокъ легальныхъ средствъ регулировать разумнымъ образомъ отношенія супруговъ относительно совместной или раздѣльной жизни и въ тоже время совершенная необходимость подобныхъ средствъ вынуждаетъ супруговъ прибѣгать къ взаимнымъ договорамъ съ цѣлью установленія раздѣльной жизни и договоры эти упорно продолжаютъ держаться до сихъ поръ, несмотря на многократное и энергическое запрещеніе закона. Мы видѣли уже, что мировыя между супругами часто имѣютъ придаточное условіе разойтись «честнымъ манеромъ». Подобныя условія нерѣдко заключаются и письменно и притомъ не только въ высшихъ, но и въ другихъ классахъ общества. Такъ въ одномъ дѣлѣ московская судебная палата имѣла въ

<sup>1)</sup> См. «Вѣстн. Европы» 1872 г., кн. 2, 609—620.

<sup>2)</sup> Флеровскій. «Положеніе рабочаго класса въ Россіи», стр. 54.

<sup>3)</sup> «Современныя Извѣстія» 1870 г. № 33.



своемъ разсмотрѣніи слѣдующій документъ. Купецъ Бабковъ вслѣдствіе неимѣнія средствъ къ содержанию жены отпускаетъ ее отъ себя куда захочетъ идти и обязывается, на случай если люди, у которыхъ она будетъ жить, не захотятъ его посѣщеній, не посѣщать жены и не дѣлать ей никакихъ непріятностей<sup>1)</sup>. Законъ запрещаетъ должностнымъ лицамъ свидѣтельствовать или принимать къ явкѣ акты подобнаго содержания и потому они составляются домашнимъ порядкомъ, но волостное начальство свидѣтельствуетъ иногда такого рода бумаги. 1871 года іюля 13 дня крестьянинъ-собственникъ NN и жена его NN, находясь между собой во враждѣ, которую прекратили миролюбиво, согласились удалиться другъ отъ друга навсегда, съ возвращеніемъ собственнаго ея имущества, такого-то, не взыскивая никакихъ другъ съ друга побой и неудовольствій, и впредь должны жить отдѣльными домами. Актъ сей составился въ присутствіи волостнаго старшины, сельскаго старосты и свидѣтелей такихъ-то<sup>2)</sup>. Такъ законъ, строго воспрещая самовольное разлученіе супруговъ, съ другой стороны самъ дѣлаетъ необходимымъ существованіе договоровъ объ отдѣльной жизни тѣмъ, что не даетъ легальныхъ путей къ освобожденію отъ совмѣстной жизни тамъ, гдѣ это по семейнымъ обстоятельствамъ представляется неизбежнымъ. Другія законодательства, хотя и чужды церковно-ригористическому возрѣнію Свода на совмѣстную жизнь супруговъ, гораздо лучше противодѣйствуютъ самовольному разлученію именно тѣмъ, что даютъ возможность судебного признанія отдѣльной жизни и тѣмъ дѣлаютъ излишними частныя соглашенія, менѣе соотвѣтствующія характеру семейныхъ отношеній и прочности брачнаго союза.

Но не только договоры служатъ выраженіемъ неизбежной реакціи противъ неудовлетворительности законовъ и совмѣстной жизни супруговъ. Судебныя рѣшенія, которыя должны бы быть слѣпымъ исполненіемъ буквы закона, часто ему противорѣчатъ на этомъ пунктѣ. Мы упоминали уже о рѣшеніяхъ старыхъ судовъ освобождавшихъ женъ отъ сожителства съ мужьями, виновными въ жестокостяхъ съ ними обращеніи. Это правило сохранилось до сихъ поръ у волостныхъ судовъ: въ случаѣ дурнаго обращенія мужа съ женой волостные суды Архангельской губерніи освобождаютъ послѣднюю отъ обязанности жить съ нимъ вмѣстѣ<sup>3)</sup>. Такое согласіе между возрѣніями волостныхъ судей съ выводами европейской юриспруденціи,

<sup>1)</sup> «Сборн. рѣш. моск. суд. кас.» за 1867 г. № 158.

<sup>2)</sup> «Вѣстникъ Европы» ів. стр. 619.

<sup>3)</sup> Дѣло 1873 г., кн. 3, стр. 85.

имъ конечно вовсе неизвѣстной, не служить ли лучшимъ доказательствомъ разумности этой мѣры и необходимости введенія ея въ законъ?

Другой видъ реакціи судебной практики заключается въ томъ фактѣ, съ котораго мы начали: стремленіи судовъ въ послѣднее время отказываться отъ разсмотрѣнія исковъ о понужденіи къ совмѣстному жительству. Послѣ всего сказаннаго трудно сомнѣваться въ томъ, что стремленіе это вызвано суровостью закона, который приходится примѣнять суду въ подобныхъ дѣлахъ.

Относительно втораго пункта (отсутствія *droit sanctionateur* для правила ст. 103), надо замѣтить еще слѣдующее: возможность косвенныхъ мѣръ понужденія къ совмѣстной жизни въ видѣ имущественныхъ наказаній, повидимому, вовсе неизвѣстна нашему юридическому міру. Въ приведенныхъ уже выше словахъ г. Побѣдоносцевъ ставитъ такую дилемму. Или нарушеніе однимъ изъ супруговъ обязанности совмѣстной жизни можетъ влечь за собой только право развода или должно быть допускаемо матеріальное понужденіе къ исполненію этой обязанности. Первое у насъ невозможно, слѣдовательно остается второе. И дѣйствительно, хотя до физическаго насилія въ водвореніи супруговъ у насъ никогда не доходило въ новое время, но администрація прибѣгаетъ иногда къ мѣрамъ, весьма близко подходящимъ къ матеріальному понужденію. Такъ изъ дѣла супруговъ Гудовичъ мы узнаемъ, что московская управа благочинія по жалобѣ мужа на оставленіе его женой, отобрала у послѣдней паспортъ, обязала ее подпиской жить съ мужемъ и объявила лицамъ, у которыхъ она жила, что дальнѣйшее ея пребываніе у нихъ будетъ считаться за пристанодержательство, т. е. подвергаетъ ихъ уголовному преслѣдованію <sup>1)</sup>. Управа благочинія дѣйствовала тутъ въ духѣ того толкованія ст. 103, которое защищается г. Побѣдоносцевымъ. Но такое отношеніе къ этому вопросу невѣрно въ самомъ основаніи. Разводъ, правда, не можетъ служить у насъ санкціей совмѣстной жизни, но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобъ единственно возможной ея санкціей было физическое присужденіе: остается еще мѣра понужденія косвенныя-имущественныя наказанія. Если ученые судьи и юристы упустили изъ виду это обстоятельство, то здравый смыслъ народа понялъ разумность этой мѣры и примѣнилъ ее къ дѣлу. Въ Архангельской губерніи въ случаѣ основательной жалобы жены на оставленіе ея мужемъ, волостной судъ обязываетъ мужа взять къ себѣ

<sup>1)</sup> См. гр. касс. рѣш. 1870 г. № 126.

жену, съ тѣмъ что до исполненія этого рѣшенія онъ долженъ давать ей отдѣльное содержаніе въ размѣрѣ опредѣляемомъ судомъ <sup>1)</sup>). Такое же рѣшеніе волостнаго суда въ Перехотскомъ уѣздѣ (Костромской губерніи) сообщено г. Васьковымъ <sup>2)</sup>). Ясно, что въ этихъ случаяхъ обязанность пропитанія въ видѣ отдѣльныхъ денежныхъ выдачъ служить мѣрой понужденія мужей къ принятію женъ, т. е. употребляется волостными судами въ томъ же значеніи, какъ французскими судами. А между тѣмъ казалось бы, гдѣ удобнѣе можетъ быть примѣнено физическое принужденіе, какъ въ крестьянскомъ быту, гдѣ судъ имѣетъ почти неограниченную власть надъ личностью и имуществомъ тяжущихся, могутъ подвергать ихъ по своему усмотрѣнію тѣлесному наказанію и т. под. Но здравый смыслъ народа подсказалъ ему, какъ и европейскимъ судьямъ, что матеріальное вынужденное сожителство есть нелѣпость и рѣшительно противорѣчитъ природѣ брачныхъ отношеній и что болѣе дѣйствительнымъ средствомъ можетъ служить здѣсь кара имущественная («не казни мужика дубьемъ, а казни его рублемъ», говоритъ извѣстная пословица). Мировой судъ, близко стоящій къ народу и больше руководствующійся здравымъ смысломъ, чѣмъ коронные суды, тоже усвоилъ себѣ это въ правило. Въ дѣлѣ Макаровыхъ самарскій мировой съѣздъ по жалобѣ жены на оставленіе ее мужемъ обязалъ отвѣтчика принять жену къ себѣ и выдавать ей по 8 рублей въ мѣсяцъ на содержаніе пока онъ не исполнитъ первой части рѣшенія. Дѣло дошло до сената и, такъ какъ принципъ выставленный съѣздомъ не имѣетъ основанія въ законѣ, то сенатъ съ перваго раза не оцѣнилъ его по достоинству и кассировалъ рѣшеніе <sup>3)</sup>). Но года чрезъ два тотъ же сенатъ измѣнилъ свой взглядъ на этотъ вопросъ. Въ дѣлѣ Кокораки, аналогичномъ дѣлу Макаровыхъ и рѣшенномъ въ томъ же смыслѣ мировымъ съѣздомъ сенатъ отвергнулъ кассационную жалобу мужа по слѣдующимъ соображеніямъ: «законъ воспрещаетъ дѣйствія или обязательства клонящіяся къ самовольному разлученію супруговъ, но не возбраняетъ супругамъ обращаться къ судебной защитѣ для огражденія матеріальныхъ ихъ правъ, въ числѣ коихъ для жены заключается совмѣстное жителство и обязанность мужа давать ей пропитаніе и содержаніе по состоянію и возможности своей. Рѣшеніе съѣзда существенно клонилось къ обязанію мужа жить совмѣстно съ женой, чѣмъ бы и разрѣшилось требованіе о пропитаніи ея, возложе-

<sup>1)</sup> «Дѣло», ib. стр. 89.

<sup>2)</sup> См. «День» 1864 г., № 27.

<sup>3)</sup> Гр. касс. рѣш., 1870 г., № 799.

ніе на мужа обязанности платить содержаніе постановлено съѣздомъ временно и условно, въ виду того справедливаго основанія, что судъ не имѣя возможности заставить мужа принять къ себѣ жену, не могъ оставаться безучастнымъ къ положенію истицы, не уклоняющейся самовольно отъ совмѣстнаго жительства, а напротивъ того безуспѣшно домогавшейся его. Принятіемъ къ себѣ мужемъ жены рѣшеніе съѣзда приведется въ исполненіе» (рѣш. 1872 г. № 467). Это рѣшеніе чрезвычайно важно для развитія ученія о совмѣстной жизни и обязанности пропитанія и мы вполне согласны съ его содержаніемъ. Думаемъ однакожь, что оно съ редакціонной стороны не вполне удовлетворительно, ибо оставляетъ мѣсто нѣкоторымъ недоумѣніямъ. Такъ напр. сенатъ, правда, говоритъ въ этомъ рѣшеніи, что супруги имѣютъ право на судебную защиту своихъ матеріальныхъ правъ, къ которымъ относится и совмѣстное жительство, но принципъ этотъ выраженъ недостаточно опредѣлительно, что дало возможность прокуратурѣ и суду въ упомянутомъ дѣлѣ В. утверждать уже послѣ рѣшенія по дѣлу Кокораки, будто ст. 103 не можетъ служить предметомъ судебного примѣненія. Ошибка произошла отъ того, что сенатъ недостаточно ясно установилъ взаимную связь между обязанностью мужа давать отдѣльное содержаніе брошенной имъ женѣ и обязанностью принять ее въ свой домъ, изъ коихъ первая обязанность устанавливается судомъ лишь въ видѣ косвенной мѣры понужденія къ исполненію второй. Поэтому практика (какъ видно изъ дѣла В.) поняла теорію сената такъ: совмѣстное жительство не можетъ быть приведено прямо въ исполненіе, а требованіе о пропитаніи, какъ относящееся къ имуществу, легко можетъ быть осуществляемо. Стало быть, первое не можетъ быть предметомъ судебного рѣшенія, а въ случаѣ подобномъ дѣлу В. (когда жена проситъ о понужденіи мужа взять ее къ себѣ и давать ей содержаніе) судъ долженъ первое требованіе оставить безъ всякихъ послѣдствій и удовлетворить второе. Но неправильность такихъ рѣшеній видна изъ слѣдующаго. Судъ обязалъ В. давать отдѣльное содержаніе семьѣ, но обязанность эта существуетъ для него только до тѣхъ поръ, пока онъ не допускаетъ жены въ свой домъ. Если непосредственно по предъявленіи ему исполнительнаго листа В. захочетъ принять къ себѣ жену, находя невыгоднымъ содержать ее отдѣльно, то по смыслу закона о совмѣстной жизни супруговъ взысканіе означеннаго содержанія дѣлается невозможнымъ. Но рѣшеніе постановлено безусловно и если жена теперь сама не откажется отъ исполненія рѣшенія, то судебный приставъ будетъ взыскивать опредѣленную судомъ цифру содержанія даже по изъявленіи мужемъ желанія принять къ себѣ жену. Выхо-

дить такимъ образомъ, что рѣшеніе по дѣлу В. *обязываетъ* мужа къ отдѣльной жизни съ женой, т. е. устанавливаетъ актъ, клонящійся къ самовольному разлученію супруговъ. Для того, чтобъ освободиться отъ обязанностей отдѣльнаго содержанія жены, мужу придется развѣ начать новое дѣло съ цѣлью добиться новаго рѣшенія, отмѣняющаго прежнее. Но и такимъ образомъ, не говоря о сложности процедуры, онъ едва ли чего нибудь добьется: судъ, вѣрный своей теоріи, въ случаѣ нежеланія жены В. добровольно исполнить требованіе о совмѣстной жизни, откажется отъ постановленія рѣшенія въ этомъ смыслѣ въ пользу В.; поэтому и отмѣна въ пользу прежняго рѣшенія о пропитаніи не будетъ имѣть мѣста. Въ результатѣ же выйдетъ понужденіе мужа содержать отдѣльно живущую жену, не смотря на свое желаніе жить съ ней совмѣстно. Вотъ къ какимъ послѣдствіямъ ведетъ на практикѣ невѣрное пониманіе основныхъ началъ каждаго института. Еслибъ прокуратура и судъ въ дѣлѣ В. правильно поняли рѣшеніе по дѣлу Кокораки, они видѣли бы, что отдѣльное пропитаніе можетъ быть присуждаемо только эвентуально, условно, какъ мѣра понужденія къ совмѣстной жизни (въ смыслѣ иностранной судебной практики, рѣшеній волостныхъ судовъ и самарскаго съѣзда по дѣлу Макаровыхъ) и что отдѣлять вопросъ о пропитаніи отъ вопроса о совмѣстной жизни, объявляя одинъ первый вопросъ предметомъ судебного разсмотрѣнія значитъ, въ явное нарушеніе закона, поощрять раздѣльную жизнь супруговъ.

Невѣрно также мнѣніе г. Спасовича, будто въ рѣшеніи по дѣлу Кокораки всего важнѣе признаніе полной невозможности для суда установить насильственно совмѣстную жизнь супруговъ<sup>1)</sup>. Г. Спасовичъ, какъ и всѣ наши юристы, не различаетъ здѣсь между прямымъ и косвеннымъ понужденіемъ къ совмѣстной жизни. Что первое невозможно у насъ—въ этомъ никто не сомнѣвался и до этого рѣшенія. Не только суды, какъ новые, такъ и старые не прибѣгали къ физическому насилію для водворенія женъ, но и управа благочинія, какъ мы видѣли, прибѣгала только къ косвеннымъ мѣрамъ понужденія. Что же касается послѣднихъ, то, напротивъ, рѣшеніе по дѣлу Кокораки именно устанавливаетъ впервые ихъ примѣненіе. По прежнимъ рѣшеніямъ сената возможны были рѣшенія прямо обязывающія супруга къ исполненію ст. 103, но рѣшенія эти оставались мертвой буквой; теперь же имущественныя наказанія могутъ служить весьма дѣйствительнымъ орудіемъ для понужденія къ совмѣстной жизни, ибо судъ ни чѣмъ не стѣсненъ въ опредѣленіи размѣра этого наказанія.

<sup>1)</sup> «Журн. гражд. и угол. права» за 1873 г., кн. 3. стр. 166.

Эти недоумѣнія, возбужденныя рѣшеніемъ по дѣлу Кокораки показываютъ, какъ мало распространены у насъ правильныя понятія объ этомъ предметѣ, а съ другой стороны они указываютъ на недостаточное ясное формулированіе сенатомъ выраженныхъ въ этомъ рѣшеніи началъ. Но какъ бы то ни было, рѣшеніе это состоялось и съ этого времени наша юриспруденція усвоила себѣ, значитъ, систему косвеннаго понужденія къ совмѣстному жительству, систему, которая, какъ мы видѣли, одна соотвѣтствуетъ общему характеру нашего брачнаго права. Но рѣшеніе сената касается только одной половины *droit sanctionnateur* по нашему вопросу—относительно возстановленія правъ жены при отказѣ мужа принимать ее въ свой домъ; спрашивается, каково должно быть теперь отношеніе суда къ другой половинѣ вопроса—санкціи права мужа на совмѣстную жизнь при неосновательномъ уклоненіи жены? По смыслу рѣшенія по дѣлу Кокораки, судъ и въ этихъ случаяхъ обязанъ прибѣгать къ косвеннымъ мѣрамъ принужденія въ видѣ имущественныхъ наказаній. Въ самомъ дѣлѣ, обязанность супруговъ къ неразлучной жизни по закону одинаково падаетъ на обоихъ супруговъ и даже больше на жену, чѣмъ на мужа; обязанность эта, по словамъ сената, даетъ право судебного иска; почему же только мужъ виновный въ оставленіи жены можетъ быть принуждаемъ судомъ къ исполненію ст. 103, а жена, виновная въ оставленіи мужа, не подвергается никакимъ мѣрамъ понужденія? Тѣмъ не менѣе, едва ли какой нибудь судъ теперь сдѣлаетъ такой распространительный выводъ изъ рѣшенія по дѣлу Кокораки, по слѣдующимъ основаніямъ. 1) Сенатъ говоритъ только о случаяхъ требованія женами водворенія у мужей, а не наоборотъ. 2) Обязанность давать пропитаніе существуетъ уже въ силу закона и потому суду здѣсь нечего создавать новаго, тогда какъ возлагать на жену штрафъ или секвестръ части имущества въ пользу мужа (какъ во Франціи и Италіи) значитъ установить начало, неимѣющее прямого основанія въ законѣ, на что наши судьи не могутъ рѣшаться. Но, что намъ кажется несомнѣннымъ — это то, что въ случаѣ отказа жены отъ совмѣстной жизни судъ, по просьбѣ мужа, можетъ освободить его отъ обязанностей содержанія жены. Въ этомъ отношеніи судъ будетъ имѣть точку опоры въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ сената, изъ которыхъ видно, что обязанность пропитанія нераздѣльно связана съ совмѣстной жизнью, на сколько лицо, имѣющее право его требовать не уклоняется отъ исполненія этой обязанности.

Для характеристики хаотическаго состоянія нашей практики по этому предмету, укажемъ въ заключеніи на слѣдующія данныя:

1) Мы говорили уже о томъ вліяніи, которое имѣетъ на практику

новыхъ судовъ недостаточное развитіе ученія о законныхъ причинахъ уклоненія отъ совмѣстной жизни. Нагляднымъ доказательствомъ этого, можетъ служить дѣло супруговъ Соломко, въ которомъ искъ состоялъ въ требованіи мужемъ къ себѣ жены. Г-жа Соломко представила столько фактически-доказательныхъ оснований своего уклоненія отъ жизни съ мужемъ, что всякій европейскій судъ, въ силу изложенныхъ нами выше данныхъ, отказалъ бы прямо въ искѣ. Но сенатъ въ первый разъ кассировалъ рѣшеніе, состоявшееся въ пользу г-жи Соломко и призналъ, что мужъ при всякой перемѣнѣ жительства можетъ требовать къ себѣ жену, причемъ не обязанъ доказать, что онъ имѣетъ въ данномъ мѣстѣ *постоянное* пребываніе, а не временное<sup>1)</sup>. Рѣшеніе это собственно говоря, противорѣчитъ буквальному смыслу ст. 103, обязывающей жену слѣдовать за мужемъ при перемѣнѣ «постояннаго» его мѣстопробыванія (Вспомнимъ постановленіе прусскаго закона, что жена не обязана вести съ мужемъ кочующую жизнь). Но во второй разъ московская судебная палата отказала опять въ искѣ Соломко по тому же основанію: истецъ не доказалъ, будто бы, что онъ имѣетъ въ указанномъ имъ мѣстѣ постоянное жительство, и на этотъ разъ сенатъ оставилъ кассационную жалобу Соломки безъ уваженія на томъ основаніи, что вопросъ о доказанности оснований иска есть вопросъ фактическій, не подлежащій повѣркѣ въ кассационномъ порядкѣ. Въ этомъ дѣлѣ все имѣетъ не тотъ смыслъ, который кажется съ перваго взгляда, и вся аргументація невѣрна, хотя результатъ (отказъ въ искѣ Соломки) вполне справедливый. Во-первыхъ, судъ едва ли въ правѣ входить въ разсмотрѣніе вопроса о томъ, есть ли данное мѣстопробываніе, постоянное для мужа или нѣтъ. Коль скоро мужъ требуетъ къ себѣ жену въ извѣстное мѣсто, значитъ онъ намѣренъ имѣть тамъ болѣе или менѣе, продолжительное пребываніе. Нашъ законъ сходенъ въ этомъ отношеніи съ французскимъ, который ни въ чемъ не ограничиваетъ здѣсь правъ мужа.

Выраженіе «перемѣна постояннаго жительства мужа» въ ст. 103 можетъ имѣть только тотъ смыслъ, что временная отлучка мужа изъ постояннаго мѣстопробыванія не даетъ основанія требовать слѣдованія жены; но при окончательномъ оставленіи даннаго мѣста, мужъ всегда въ правѣ требовать, чтобъ жена слѣдовала за нимъ, и судъ не имѣетъ права входить при этомъ въ разсмотрѣніе того, долго ли будетъ оставаться мужъ на новомъ жительство или нѣтъ. Иначе пришлось бы признать, что всѣ тѣ лица, которые по роду своихъ занятій вынуждены вести жизнь неосѣдную, напр. занимаю-

<sup>1)</sup> «Гражд. касс. рѣш.» 1870, 1145.

цієся развозной торговлей, странствующіе артисты и т. под. вовсе не имѣють права на совмѣстную жизнь съ женами, а гдѣ найти основаніе для такого вывода согласнаго съ правиломъ прусскаго кодекса, по рѣшительно противорѣчащаго взгляду нашего закона на этотъ предметъ? Притомъ *onus probandi* въ подобныхъ случаяхъ можетъ быть возложенъ, по началамъ права на отвѣтчика, а ни какъ не на истца. Если мужъ требуетъ жену въ данное мѣсто, то никакихъ доказательствъ того, что онъ дѣйствительно тамъ имѣетъ постоянное пребываніе, отъ него нельзя требовать, такъ же какъ никто не требуетъ отъ исца доказательствъ того, что отвѣтчикъ дѣйствительно живетъ въ указанномъ имъ мѣстѣ, хотя указаніе это, какъ основаніе подсудности, весьма важно. Предполагать невѣрность показанія истца-мужа относительно его постоянного мѣстопробыванія значитъ допустить юридическій абсурдъ тѣмъ болѣе, что нельзя во все представить никакихъ доказательствъ того, что данное лицо намѣрено въ будущемъ оставаться тамъ же, гдѣ застаеть его искъ имъ предъявленный; по смыслу нашего закона, для требованія мужа о слѣдованіи за нимъ жены достаточно того, что въ моментъ предъявленія иска мужъ находится въ данномъ мѣстѣ въ видѣ постоянного пребыванія, что однакожъ нисколько не стѣсняетъ его въ скорѣйшей перемѣнѣ этого пребыванія по его усмотрѣнію. Въ дѣлѣ Соломко соображенія судебныхъ мѣствъ тѣмъ болѣе неправильны, что въ первый разъ Соломко требовалъ жену въ мѣсто своей службы, а во второй въ принадлежащее ему недвижимое имѣніе. Спрашивается, какіе болѣе надежные признаки домициля можно представить суду, какъ государственная служба и недвижимая собственность въ извѣстномъ мѣстѣ? При такихъ условіяхъ отказывать истцу-мужу за недоказанностью съ его стороны постоянного его мѣстопробыванія есть верхъ необразованности съ юридической точки зрѣнія. Презумція тутъ во всякомъ случаѣ на сторонѣ истца и судъ можетъ развѣ предоставить отвѣчицѣ доказывать, что постоянное жительство мужа не тамъ, гдѣ онъ указываетъ, но не возлагать *onus probandi* на истца.

Съ другой стороны сенатъ въ обоихъ рѣшеніяхъ уклонился отъ положительнаго разрѣшенія вопросовъ, что значитъ *постоянное* пребываніе мужа въ данномъ мѣстѣ, какое значеніе имѣетъ оно въ дѣлахъ о совмѣстномъ жительство и какъ распредѣляется *onus probandi* между сторонами въ этого рода дѣлахъ. По нерѣдкому своему обыкновенію, сенатъ вмѣсто рѣшенія этихъ вопросовъ обошелъ ихъ ссылкой на ст. 5 учр. суд. уст. и отнесеніемъ къ фактическому содержанию дѣла того, что въ сущности составляетъ вопросъ права, а не факта.



Несмотря однакожь на неправильность аргументацій, рѣшеніе дѣла Соломко безспорно вполне правильное и въ этомъ мы видимъ ключъ къ объясненію того, почему судебныя мѣста разсматривавшія это дѣло прибѣгли къ такимъ натяжкамъ и отчасти парадоксамъ, которыхъ они, безъ сомнѣнія, могли оцѣнивать по достоинству. Еслибъ законъ нашъ содержалъ такія же разумныя правила о причинахъ уклоненія отъ совмѣстной жизни, какъ большинство иностранныхъ кодексовъ, или судьи наши обладали самостоятельностью и развитіемъ французской магистратуры, Соломкѣ было бы отказано въ искѣ на основаніи тѣхъ данныхъ о его поведеніи и обращеніи съ женой, которыя представлены были отвѣтчицей. Но суды не находили возможнымъ достигнуть такого результата при помощи матеріальнаго права и потому они прибѣгли къ праву процессуальному, которымъ они всегда могутъ легко орудовать, такъ какъ распределение *onus probandi* и оцѣнка доказанности иска предоставлены усмотрѣнію суда—маневръ играющій весьма видную роль въ лѣтописяхъ нашей судебной практики. Сенатъ, съ своей стороны, находя рѣшеніе справедливымъ по существу, хотя и сомнительнымъ съ точки зрѣнія строгаго права (доказательствомъ служитъ первая кассація), предпочелъ уклониться вовсе отъ разсмотрѣнія дѣла и такимъ образомъ оставить справедливое рѣшеніе въ своей силѣ — маневръ опять-таки весьма обыкновенный въ практикѣ кассаціоннаго суда.

Чтожь изъ всего этого слѣдуетъ? Очевидно слѣдуетъ то, что необходимо измѣнить принципъ ст. 103 въ смыслѣ расширенія круга причинъ освобождающихъ отъ обязательной совмѣстной жизни съ предоставленіемъ суду возможно большей свободы въ оцѣнкѣ этихъ причинъ; только тогда можно будетъ рассчитывать на установленіе въ судебной практикѣ здравыхъ началъ по этому предмету.

2) Другая характеристическая черта дѣйствующаго права по этому предмету заключается въ смѣшеніи круга вѣдомства административныхъ и судебныхъ мѣстъ и стремленіи изъять, по возможности, вопросы, возникающіе изъ примѣненія ст. 103, изъ вѣдѣнія судебной власти. Такимъ образомъ упомянутое мнѣніе государственнаго совѣта отъ 3 іюля 1850 г. ясно высказываетъ ту мысль, что законъ не запрещаетъ фактическаго соглашенія супруговъ на раздѣльную жизнь, но съ тѣмъ, чтобъ не было совершаемо «формальныхъ актовъ», т. е. чтобъ отношенія супруговъ оставались внѣ контроля и защиты судебной власти. Формальное начало, преобладающее вообще въ нашемъ семейномъ правѣ, выражается здѣсь во всей своей полнотѣ и неудовлетворительности. Система невмѣшательства судебной власти въ споры супруговъ относительно совмѣстной жизни могла еще имѣть

смыслъ при тѣхъ условіяхъ, которыя имѣлъ въ виду госуд. совѣтъ въ 1850 году, когда не было никакого разграниченія вѣдомства властей судебной и административной и послѣдняя, какъ извѣстно, нерѣдко вмѣшивалась въ семейныя дѣла, разрѣшая ихъ не на основаніи закона, состоящаго, такъ сказать, изъ однихъ пробѣловъ, но по соображеніямъ естественной справедливости. Тогда не было особенной необходимости устанавливать въ самомъ законѣ то, что и безъ того достигалось на практикѣ административнымъ порядкомъ. Но теперь дѣла семейныя de jure, по крайней мѣрѣ, отошли всецѣло къ судебной власти и потому пробѣлы закона оказываютъ свое вредное вліяніе во всей силѣ: дѣло супруговъ Соломки, безъ сомнѣнія, было бы рѣшено администраціей въ пользу отвѣтчицы въ силу тѣхъ соображеній, которыя дѣйствительно требуютъ такого рѣшенія, а судебныя мѣста должны были прибѣгнуть къ юридически невѣрнымъ толкованіямъ для достиженія той же цѣли, а ложныя толкованія, если въ одномъ случаѣ привели къ вѣрному выводу, то въ большинствѣ случаевъ дадутъ результатъ противоположный.

Относительно этого пункта укажемъ еще на вопросъ, возникшій въ любопытномъ дѣлѣ супруговъ Гильдебрандъ: какимъ порядкомъ производится между супругами-лютеранами дѣла о понужденіи женъ къ сожительству съ мужьями?

Повѣренный г-жи Гильдебрандъ, присяжный повѣренный Громницкій, высказалъ слѣдующее мнѣніе. На основаніи 3 п. 256 ст. уст. иностр. исков. (т. XI ч. 1), мужъ лютеранскаго исповѣданія можетъ жаловаться на уклоненіе жены отъ совмѣстнаго жительства не суду, а гражданскому начальству, и если вопреки предписаній послѣдняго жена не возвратится къ мужу, то онъ имѣетъ право требовать развода. Мнѣніе это г. Громницкій основываетъ: 1) на буквальный смыслъ словъ «гражданское начальство», подъ которыми можно разумѣть только администрацію, а не судъ; 2) на томъ соображеніи, что законъ предполагаетъ возможность неисполненія женой предписанія суда о возвращеніи къ мужу; а между тѣмъ судебное рѣшеніе всегда предполагаетъ безусловную обязанность подчиненія частныхъ лицъ и въ случаѣ уклоненія ихъ можетъ быть исполнено силой. Отсюда г. Громницкій выводитъ, что не судъ, а начальство (какое — неизвѣстно) рассматриваетъ эти дѣла прежде, чѣмъ дѣло дойдетъ до развода<sup>1)</sup>. Какъ сами соображенія г. Громницкаго, такъ и выводъ на нихъ основанный невѣрны. Указанныя имъ статьи составляютъ повтореніе ст. 123 устава еванг. лютер. церкви въ Россіи отъ 28-го

<sup>1)</sup> См. «Петербург. Вѣдом.» 1872 г., № 40.

декабря 1832 г. Въ пунктѣ 3 этой статьи употреблено выраженіе «гражданское начальство», въ п. 5 говорится о «надлежащемъ присутственномъ мѣстѣ», а въ п. 6 о вызовѣ «судебнымъ порядкомъ» лица, бросившаго своего супруга. Очевидно всѣ эти выраженія употреблены безразлично и «гражданское начальство» противопоставляется духовному, которое во второй стадіи брачнаго дѣла рѣшаетъ вопросъ о разводѣ, тогда какъ въ первой дѣлаются попытки къ удержанію брака въ силѣ. Выраженіе же «вызовъ судебнымъ порядкомъ» несомнѣнно свидѣтельствуетъ о томъ, что дѣла эти производятся первоначально не какимъ-то неопредѣленнымъ «начальствомъ», а гражданскимъ судомъ. Кто въ этомъ еще сомнѣвается, того отсылаемъ къ уставу курляндской консисторіи 1798 г. Содержаніе этого устава существенно тоже, что положенія 1832 года и въ немъ вездѣ говорится, что дѣла о возстановленіи совмѣстной жизни супруговъ и установленіи права на разводъ вслѣдствіе злоумышленнаго оставленія производятся судебнымъ порядкомъ (см. напр. §§ 11, 12, 15). Невѣрно также мнѣніе г. Громницкаго, будто возможность для жены не исполнить требованія власти о совмѣстной жизни указываетъ на то, что рѣчь идетъ не о судебной власти. По существу протестантскаго каноническаго права, лежащаго въ основаніи упомянутыхъ уставовъ 1798 и 1832 гг. постановленіе суда о вмѣненіи въ обязанность виновному супругу исполнить требованіе истца о совмѣстной жизни имѣетъ характеръ напоминанія, а не принужденія. Задача подобнаго постановленія заключается именно въ томъ, чтобъ въ случаѣ нежеланія отвѣтчика добровольно его исполнить, констатировать его злой умыселъ и дать истцу окончательное право на разводъ. О прямомъ понужденіи (или и косвенномъ) по приговору суда къ совмѣстной жизни можетъ быть рѣчь только въ законодательствахъ, имѣющихъ въ виду католическое или греческое ученіе о бракѣ. Уставы же для евангелической церкви у насъ, какъ напр. въ прусскомъ кодексѣ, придаютъ судебному опредѣленію этого рода только указанное значеніе напоминанія до развода. Все это очевидно послѣ сказаннаго выше по этому предмету, но при хаотическомъ состояніи законодательства и судебной практики неудивительно, что такіе выдающіеся юристы, какъ г. Громницкій, могутъ отстаивать совершенно невѣрныя воззрѣнія на вопросы, вытекающіе изъ примѣненія ст. 103. Разумѣется повода къ недоумѣніямъ не было бы, еслибъ законъ не смѣшивалъ власть судебную съ административной въ общемъ понятіи «гражданскаго начальства», понятіи соотвѣтствовавшемъ прежде дѣйствительному состоянію нашего праваго быта, но непримѣнимому со времени введенія судебной реформы.

## § 6. Общие выводы относительно учения о совместной жизни.

Если сгруппировать разнородные вопросы и соображения затронутые предшествовавшим изложением относительно важнѣйшаго отдѣла въ учении о личныхъ отношеніяхъ супруговъ, то можно резюмировать общіе выводы въ слѣдующихъ тезисахъ.

1) Матеріальное право касательно совместной жизни супруговъ не удовлетворяетъ современному состоянію процессуальнаго законодательства. Первое имѣетъ въ виду смѣшеніе властей судебной и административной и предполагаетъ возможность выполнения закона административнымъ усмотрѣніемъ, а второе построено теперь именно на противоположныхъ началахъ.

2) Въ нашемъ правѣ происходитъ вѣковая борьба между церковнымъ и гражданскимъ возрѣніемъ на обязанность совместной жизни, борьба, въ которой послѣднее начало все болѣе беретъ верхъ надъ первымъ.

3) Въ учении объ изъятіяхъ изъ принципа совместной жизни государственное начало, по обыкновенію, взяло верхъ надъ соображеніями частно-правовыми. Изъятія поэтому допущены только въ случаяхъ государственнаго интереса или гдѣ присутственныя мѣста наиболѣе сталкивались съ вопросами семейнаго права (преимущественно при *ссылкѣ* супруга).

4) Изъ трехъ системъ регулированія случаевъ уклоненія отъ совместной жизни (соглашенія супруговъ, опредѣленій закона, усмотрѣнія суда), наше право усвоило вторую. Это объясняется, какъ предшествовавшимъ замѣчаніемъ, такъ еще недоверіемъ вообще къ принципу свободы убѣжденія суда, недоверіемъ присущимъ всему прежнему законодательству, но несоотвѣтствующимъ нисколько характеру и значенію новаго суда.

5) Въ связи съ указанными явленіями стоитъ отсутствіе постановленій о санкціи рѣшеній относительно совместной жизни, что превращаетъ ст. 103 какъ будто въ мертвую букву.

6) Недостатки, указанные въ предыдущихъ двухъ пунктахъ, побуждаютъ судебныя мѣста вовсе уклоняться отъ разсмотрѣнія дѣла совместной жизни или прибѣгать къ явнымъ натяжкамъ для достиженія справедливыхъ рѣшеній.

7) Стремленіе изъять изъ вѣдѣнія суда отношенія между супругами по раздѣльной или совместной жизни противорѣчитъ закону и взгляду сената и практически весьма вредно въ виду обыкновенныхъ случаевъ злоупотребленій супружеской властью.

8) Чрезмѣрная суровость закона не только не гарантируетъ неразрывность брачнаго союза, но, напротивъ, производитъ сильную

реакцію въ противоположномъ направленіи. Во-первыхъ, уклоненіе судовъ отъ принужденія къ совмѣстной жизни (п. 6). Во-вторыхъ, она вынуждаетъ общество прибѣгать къ взаимнымъ договорамъ и придавать этимъ договорамъ обязательную силу, вопреки требованію закона.

9) Вслѣдствіе казуистическаго характера нашего права вообще нѣкоторыя здравыя начала, относительно занимающаго насъ предмета не чужды нашему закону, но усвоены имъ не въ общемъ видѣ, а въ примѣненіи къ немногимъ категоріямъ случаевъ, почему либо обратившимъ на себя преимущественное вниманіе законодателя, хотя нельзя найти никакого разумнаго объясненія спеціальному примѣненію этихъ нормъ. Такова идея освобожденія отъ совмѣстной жизни по причинѣ болѣзни, дерзкаго поведенія и жестокаго обращенія. По дѣйствующему закону оно примѣняется только къ случаямъ административной ссылки одного изъ супруговъ, а въ другихъ законодательствахъ принципъ этотъ имѣетъ болѣе общій характеръ, что совершенно рачіонально.

Перечень этихъ недостатковъ самъ указываетъ на то, чего слѣдуетъ желать для установленія разумной и справедливой практики судовъ по этому предмету.

1) Освободиться окончательно отъ неосуществимаго церковнаго возрѣнія на принудительность совмѣстной жизни и усвоить себѣ во всей полнотѣ правовое возрѣніе, въ силу котораго нѣтъ обязанности супруговъ къ сожителству помимо ихъ общей воли, а есть право каждаго супруга требовать неоставленія его другимъ супругомъ безъ основательной причины.

2) Эти основательныя причины должны быть увеличены сообразно съ опытами другихъ странъ и ясно выразившимися потребностями нашего быта. Оцѣнка ихъ основательности должна быть предоставлена суду.

3) Система косвеннаго понужденія посредствомъ имущественныхъ каръ есть единственная соотвѣтствующая характеру нашего закона. Но она можетъ быть проведена успѣшно только въ связи съ реформой, указанной въ предыдущемъ пунктѣ. Пока не будетъ установлено на болѣе льготныхъ началахъ ученіе о причинахъ раздѣльной жизни, суды всегда будутъ уклоняться отъ всякаго, прямого или косвеннаго, понужденія къ совмѣстной жизни подъ тѣмъ или другимъ предлогомъ, дабы избѣгать слишкомъ суровыхъ по послѣдствіямъ приговоровъ. Частью эти перемены могутъ быть введены самой судебной практикой при помощи толкованія закона и общихъ началъ права, частью же онѣ нуждаются въ законодательной санкціи, безъ ко-

торой едва ли можно рассчитывать на существенныя улучшения въ какой бы то ни было части нашего права. Во время оно пробѣлы закона не безъуспѣха восполнялись путемъ исключительныхъ распоряженій правительства въ отдѣльныхъ случаяхъ, восходившихъ на его разсмотрѣнiе. Такъ, императрица Екатерина II-я, вслѣдствiе жалобы Бѣлосельскаго на оставленiе его женой и просьбы «принудить ее къ должному по законамъ повиновенiю», писала кн. Волконскому объ увѣщанiи непокорной жены подчиниться требованiю мужа. Императрица говоритъ, что «всѣ законы противъ нея» и если не пойдетъ добровольно къ мужу, то «предать ее законамъ и будетъ смотрѣть за ихъ справедливымъ исполненiемъ, чѣмъ милосердiемъ дѣлать потячку молодымъ людямъ въ развратномъ житьѣ»<sup>1)</sup>. Неизвѣстно каковъ былъ бы исходъ дѣла Бѣлосельскихъ въ случаѣ «преданiя его законамъ», которые тогда были еще менѣе полны относительно этого предмета, чѣмъ теперь. Но удовлетворительность закона не имѣла еще большаго значенiя, когда правительство рѣшало возникающiя дѣла этого рода по своему усмотрѣнiю. Изъ болѣе близкаго къ намъ времени мы можемъ указать на дѣло Марковыхъ, въ которомъ старыя административныя и судебныя мѣста признали за женой право на отдѣльную жизнь, вслѣдствiе доказаннаго ею дурнаго поведенiя мужа и неимѣнiя имъ средствъ къ содержанiю семьи. Теперь такое административное восполненiе закона весьма трудно, въ большинствѣ случаевъ даже невозможно, поэтому необходимо возвести въ общiй законъ, идеи руководящiя частными узаконенiями (напримѣръ, объ отношенiяхъ супруговъ при селлѣ) и административными распоряженiями прежняго времени.

## § 7. Особенности личныя права мужа.

Окончивъ изложенiе тѣхъ возникающихъ изъ брачнаго договора правъ, которыя одинаково принадлежатъ обоимъ супругамъ, перейдемъ къ разсмотрѣнiю тѣхъ правъ, которыя принадлежатъ каждому изъ супруговъ исключительно и остановимся прежде на особенныхъ правахъ мужа. Права эти слѣдующiя.

I. Мужъ есть глава семьи и потому въ случаѣ несогласiя относительно общихъ дѣлъ семьи его воля преобладаетъ надъ волей жены. Въ прусскомъ кодексѣ (§ 184 титула о бракѣ) правило это опредѣлительно выражено. У насъ это правило содержится въ словахъ ст. 107, «она обязана повиноваться мужу своему, какъ главѣ семейства». Особенное юридическое значенiе этотъ пунктъ приобретаетъ въ случаѣ споровъ между супругами относительно дѣтей, о чемъ будетъ сказано ниже.

<sup>1)</sup> Восемнадцатый вѣкъ, истор. сборникъ, изд. Баргеновымъ, I, 118.

II. Во всѣхъ иностранныхъ законодательствахъ признается за мужемъ въ болѣе или менѣе обширныхъ размѣрахъ опекуное право надъ женой, причѣмъ право это находится въ исторической и логической связи съ идеей такъ называемой половой опеки (Geschlechtsvormundschaft), т. е. представлениемъ о томъ, что женщина во всякомъ возрастѣ и семейномъ положеніи должна находиться подъ опекой мужчины: отца, мужа, дѣтей, родственниковъ. Какъ относится наше право къ этому предмету?

1) Что касается половой опеки, то мы напрасно стали бы искать въ нашемъ законодательствѣ указаній на идею вѣчнаго несовершеннолѣтія женщины въ юридическомъ отношеніи. Но практическія соображенія побуждаютъ законодателя въ нѣкоторыхъ случаяхъ отступать отъ общаго принципа и ставить женщину въ ея собственныхъ интересахъ подъ особенную опеку, которая несомнѣнно имѣетъ сродство съ принципомъ Geschlechtsvormundschaft. Мы можемъ указать здѣсь на два такихъ исключенія. На основаніи ст. 181, т. X, ч. 2, дворянская опека ходатайствуетъ о дѣлахъ вдовы дворянскаго состоянія, доставляетъ имъстряпчихъ безденежно и, по ихъ желанію, назначаетъ имъ попечителей съ тѣми качествами, какія должны имѣть опекуны. Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства такого правила не содержится, но мы думаемъ, что оно имѣетъ силу и въ настоящее время. Во-первыхъ, правило это хотя и помѣщено между процессуальными законами, относится положительно къ матеріальному праву, а извѣстно, что всѣ подобныя постановленія 2-й части, X тома имѣютъ силу до сихъ поръ. Во-вторыхъ, правило это опредѣляетъ обязанность опекунскихъ установленій, а не дѣятельность судебныхъ мѣстъ, и потому не могло быть измѣнено судебными уставами, которые вовсе не коснулись внутренней организациіи и дѣятельности опекунскихъ учрежденій. Ст. 181 потому вѣроятно и не вошла въ уст. гр. суд., что она не касается судебного производства дѣла; а до судебныхъ и при томъ матеріально-правовыхъ мѣръ принимаемыхъ другимъ учрежденіемъ.

На основаніи ст. 128 и 129 уст. ремесл. т. XI, вдова ремесленника можетъ продолжать мужское ремесло и тогда управа въ случаѣ надобности опредѣляетъ къ ней попечителя. Такимъ образомъ законъ, признавая абстрактно равенство половъ относительно имущественной правоспособности, на практикѣ вынужденъ признать слабость и незащитность женщинъ преимущественно въ состояніи вдовства и допускать въ нѣкоторыхъ случаяхъ ихъ подъ опечное состояніе и по достиженіи совершеннолѣтняго возраста.

2) Такова же судьба опекунскаго права мужа надъ женой въ на-

шемъ правѣ. Вообще справедливо мнѣніе г. Побѣдоносцева, что «нашъ законъ не знаетъ опекунской власти мужа надъ женой совершеннолѣтней, и даже опека надъ несовершеннолѣтней женой предоставляется мужу только по свободному выбору жены и съ утверженія дворянской опеки»<sup>1)</sup>). Но принципъ этотъ выводится отрицательнымъ путемъ, изъ молчанія закона о подобномъ исключительномъ правѣ мужа. Оттого въ прикосновеніи съ народными обычаями и потребностями, выработавшими другой взглядъ на взаимныя отношенія мужа и жены, отрицательное начало нашего закона уступаетъ мѣсто другому, признающему опекунское право мужа, какъ естественный результатъ современной организациі семейнаго быта. Такимъ образомъ на основаніи ст. 323 и 325 зак. гр., при выходѣ въ замужество сиротъ, государственныхъ крестьянъ опека надъ ними прекращается и въ случаѣ ихъ несовершеннолѣтія переходитъ къ мужу, какъ естественному опекуну жены до достиженія ею совершеннолѣтія. Такое же правило установлено въ ст. 362 относительно сиротъ-татаръ въ таврической губерніи. Очевидно здѣсь законъ руководствовался, какъ вообще въ правильныхъ и спеціальныхъ опекахъ, обычаями и пуждами сельскаго населенія, признающаго опекунскую власть мужа надъ женой несовершеннолѣтней. По продолженію 1868 года статьи эти отмѣнены вслѣдствіе того, что государственные крестьяне разныхъ наименованій подчинены сельскому управленію на основаніи правилъ положенія 19 февраля 1861 г., а это положеніе предоставляетъ крестьянамъ относительно опеки руководствоваться своими обычаями безъ всякаго вмѣшательства закона. Но такъ какъ ст. 325 и 362 сѣд. основаны на народныхъ обычаяхъ, то, не смотря на эту отмѣну, онѣ, по всей вѣроятности, имѣютъ практическое значеніе и теперь. Во всякомъ случаѣ, мы имѣемъ основаніе заключить изъ нихъ, что идея опекунской власти мужа не такъ чужда нашему праву, какъ утверждаетъ г. Побѣдоносцевъ, что совершенно естественно въ виду отрицательнаго характера тезиса г. П—ва, о чемъ мы будемъ говорить еще впослѣдствіи при оцѣнкѣ общаго характера, ученія объ отношеніяхъ супруговъ по русскому праву.

Ст. 325 и 362 касаются правъ мужа надъ личностью жены несовершеннолѣтней; что же касается опекунскаго права его надъ женой совершеннолѣтней, то и здѣсь законъ представляетъ нѣсколько изыятій изъ общаго правила, по о нихъ рѣчь впереди при анализѣ имущественныхъ отношеній супруговъ.

III. Мужъ имѣетъ право представлять личность жены на судѣ въ

<sup>1)</sup> Курсъ гражд. права, 2, 93.



качествѣ семейственнаго защитника и безъ спеціальнаго ея уполномочія. Именно онъ имѣеть право возбуждать преслѣдованіе за оскорбленіе чести жены (ст. 1533 улож. о нак.), что однакожь не отнимаетъ у жены право самой вести дѣла этого рода. Другія законодательства признають это начало въ гораздо болѣе обширныхъ размѣрахъ, чѣмъ у насъ. Такъ по прусскому кодексу (§ 188 тит. о бракѣ), мужъ обязанъ защищать личность, честь и имущество жены въ судѣ и внѣ онаго, онъ имѣеть предполагаемую довѣренность ея. Онъ долженъ также защищать жену противъ обвиненія въ оскорбленіи другаго лица (§ 190 св.). По австрійскому праву мужъ всегда предполагается представителемъ жены на судѣ, пока она этого не оспариваетъ. Вопросы сюда относящіяся имѣють, впрочемъ, преимущественное значеніе касательно имущественныхъ дѣлъ и потому вернемся къ нимъ еще впоследствии.

### § 8. Особенныя права и обязанности жены.

Они состоятъ въ слѣдующемъ.

1. Жена имѣеть право на имя и званіе мужа. Общественное состояніе мужа сообщается ей безвозвратно. Но если она по рожденію стоитъ выше мужа, то не теряетъ своихъ правъ вслѣдствіе брака. Это послѣднее правило въ прежнее время нарушалось однимъ существеннымъ изъятіемъ: «бракомъ не сообщается крѣпостнаго состоянія и жены крѣпостныхъ людей (по рожденію свободныхъ), хотя остаются въ повиновеніи помѣщикамъ, но не теряютъ *вовсе* свободы и по смерти мужа освобождаются» (ст. 1021 т. IX). Любопытно видѣть, какъ на содержаніи и даже внѣшней редакціи этой статьи отразилась борьба двухъ противоположныхъ правовыхъ началъ. Съ одной стороны начало общаго гражданскаго права, въ силу котораго жена не должна терять въ своемъ общественномъ положеніи вслѣдствіе брака съ лицомъ низшаго состоянія. Съ другой стороны преобладавшій въ законодательствѣ интересъ владѣльцевъ крѣпостныхъ людей, безчисленныя затрудненія отъ смѣшанныхъ браковъ такого рода и фактическая общность личныхъ и имущественныхъ интересовъ супруговъ съ подчиненіемъ жены мужу, побуждали къ противоположному выводу. Въ результатъ получилось неопредѣленное правило ст. 1021, оставляющее свободную жену крѣпостнаго чловѣка въ положеніи полукрѣпостной, полусвободной. Впрочемъ для пониманія этого правила нужно обратить вниманіе на историческое развитіе правилъ по этому предмету. По древне-русскому праву, бракъ сообщалъ крѣпостное и кабальное состояніе, въ силу того, что супруги обязаны жить вмѣстѣ, а также вслѣдствіе преобладанія инте-

ресовъ рабовладѣльцевъ въ законодательствѣ. Отсюда правило: по рабѣ холопъ, по холопу раба. Въ XVIII вѣкѣ то же примѣнялось къ крѣпостному состоянію «гдѣ мужъ, тутъ и жена, кому жена, тому и мужъ»<sup>1)</sup>. Впослѣдствіи вырабатывается другое начало: бракъ не сообщаетъ крѣпостнаго состоянія и въ случаѣ смѣшанныхъ браковъ каждый супругъ остается въ первоначальномъ состояніи. Еще позже правило это видоизмѣняется въ одной части такъ: жена крѣпостнаго состоянія съ выходомъ замужъ за свободнаго человѣка, получаетъ свободу. Ясно, что во всѣхъ этихъ фазисахъ вопросъ о вліяніи брака на личное положеніе жены разрѣшается подъ вліяніемъ началъ чуждыхъ собственно семейному праву, именно подъ вліяніемъ болѣе или менѣе благосклоннаго отношенія закона къ идеѣ личной свободы. Замѣчательно, что ходъ развитія этого вопроса у насъ представляетъ самую аналогію съ историческимъ развитіемъ римскаго права относительно смѣшанныхъ браковъ между лицами разныхъ состояній, хотя наше право развивалось самостоятельно и независимо отъ вліянія римскаго.

II. Жена имѣетъ право на пропитаніе ея мужемъ, мужъ обязанъ доставлять женѣ пропитаніе и содержаніе по состоянію и возможности своей» (ст. 106 зак. гр.).

Относительно этого предмета разсмотримъ слѣдующіе пункты.

а) Какого свойства сущность этого права? Извѣстно рѣшеніе сената по дѣлу Вагнеръ, въ которомъ высказанъ слѣдующій взглядъ: право жены на пропитаніе, есть право личное, а не имущественное, и существуетъ только при совмѣстной жизни супруговъ, ибо всѣ взаимныя права и обязанности супруговъ существуютъ по закону только при этомъ условіи, посему требованіе содержанія при раздѣльной жизни невозможно, ибо такое требованіе перешло бы въ искъ объ имуществѣ, о выдѣлѣ части доходовъ мужа въ пользу жены, а имущества супруговъ по нашему закону раздѣльны. Эта аргументація совершенно невѣрна и притомъ не только съ точки зрѣнія общихъ началъ права и иностранныхъ законодательствъ, но и по дѣйствующему русскому праву. Справедливо, что право это, какъ замѣчаетъ Штубенраухъ, не чисто имущественное, но имущественно-личное, оттого оно не подвергается дѣйствию давности, разрушающей всѣ права собственно-имущественныя. Но тѣмъ не менѣе и нашъ законъ въ цѣломъ рядѣ правилъ признаетъ за этимъ правомъ опредѣленный имущественный характеръ.

1) Изъ имущества нажитаго неосторожнымъ банкротомъ послѣ

<sup>1)</sup> Побѣдоносцевъ въ «Русскомъ Вѣстникѣ», 1858 г., кн. II, 228.

объявленія его несостоятельнымъ  $\frac{1}{5}$  идутъ на содержаніе его и семейства, а  $\frac{1}{5}$  на доплату долговъ (ст. 1029 т. X, ч. 2).

2) При обращеніи взысканій по исполнительнымъ листамъ на оклады жалованья и тому подобныя источники имущества мужа, оставляется извѣстная часть на содержаніе его и семьи, если таковая имѣется, причеиъ размѣръ вычета опредѣляется семейнымъ состояніемъ должника (ст. 1086 уст. гр. суд.).

3) Изъ доходовъ съ имущества лица безвѣстно отсутствующаго извѣстная часть, по усмотрѣнію опеки, идетъ на содержаніе его жены и дѣтей (прилож. къ ст. 1850 т. X, ч. 2, п. 1).

4) Женамъ лицъ переселяемыхъ по приговорамъ обществъ назначается въ опредѣленномъ размѣрѣ, по усмотрѣнію суда, содержаніе изъ имущества мужа (п. 2, прилож. къ ст. 103 зак. гражд. къ прод. 1863 г.).

5) Въ случаѣ лишенія мужа по суду правъ дворянства имѣніе его отбирается въ опеку и половина доходовъ выдается женѣ на содержаніе (ст. 227 т. IX).

6) При отпускѣ за границу азіятцевъ, женатыхъ на русскихъ подданныхъ евангелическаго исповѣданія отъ нихъ требуется обезпеченіе содержанія женамъ во время ихъ отсутствія (ст. 89, закона гражданск.).

Такимъ образомъ мы видимъ, что во многихъ случаяхъ право жены на пропитаніе мужемъ, имѣетъ дѣйствительно тотъ характеръ «выдѣла части доходовъ мужа въ пользу жены», который, по мнѣнію сената, не можетъ быть присвоенъ этому праву. Съ другой стороны, если право это служить къ уменьшенію актива конкурсной массы и фонда взысканій за долги мужа, если оно вообще въ упомянутыхъ случаяхъ имѣетъ прямое вліяніе на уменьшеніе размѣра свободного имущества мужа, то какимъ образомъ можно отрицать, что право это имѣетъ весьма опредѣленный имущественный, а не личный только характеръ? Наконецъ не вѣренъ и третій тезисъ сената, что право это признается закономъ лишь при совмѣстной жизни супруговъ, но объ этомъ мы скажемъ послѣ. Г. Побѣдоносцевъ, какъ намъ кажется, напрасно такъ осторожно относится къ этой теоріи сената, доказывая ея ошибочность. «Неосновательно, *кажется*, говорить онъ, полагать, что искъ жены есть въ сущности искъ о выдѣлѣ доходовъ. Это искъ объ особливомъ правѣ, которое *едва-ли* можно смѣшивать съ правомъ на имущество». Безспорно, искъ о выдачѣ содержанія есть требованіе выдѣла части доходовъ. Это несомнѣнно видно изъ упомянутыхъ правилъ относительно разныхъ случаевъ осуществленія права пропитанія судебнымъ или административнымъ

порядкомъ. И если это право повидимому противорѣчитъ принципу раздѣльности имущества супруговъ, то это не должно смущать судей въ примѣненіи закона, который можетъ дѣлать изъятія изъ общаго начала и, какъ увидимъ послѣ, дѣлаетъ не мало еще другихъ отступлений отъ принципа имущественной раздѣльности.

И такъ право жены на содержаніе изъ имѣнія мужа есть право смѣшанное, оно имѣетъ имущественный характеръ, какъ мы видѣли изъ сопоставленныхъ специальныхъ законовъ. Оно носитъ личный характеръ, вслѣдствіе чего оно не подлежитъ давности; это не подвержено сомнѣнію и по русскому праву, хотя правила такого въ законѣ нѣтъ. Еслибъ нужно было искать положительнаго основанія для этой нормы въ законѣ, то можно указать на ст. 1152 зак. гр., въ силу которой право вдовы на полученіе указной части изъ имущества умершаго мужа не погашается давностью. Извѣстно, что указная часть по нашему закону не есть обыкновенный видъ наслѣдованія, но служить мѣрой обезпеченія овдовѣвшаго супруга «на прожитокъ». Этимъ только и объясняется то, что въ отличіе отъ другихъ видовъ наслѣдованія право на указную часть не подлежитъ давности. Отсюда слѣдуетъ а fortiori, что право жены на содержаніе мужемъ при его жизни не подлежитъ дѣйствию давности. Говорю — а fortiori потому, что обязанность мужа содержать жену, безъ сомнѣнія, гораздо сильнѣе при его жизни, чѣмъ послѣ смерти: въ первомъ случаѣ она лежитъ на личности мужа, а во второмъ на его имуществѣ; въ первомъ, обязанность эта существуетъ и для мужа неимѣющаго никакого имущества и предшествуетъ всѣмъ его долгамъ (доказательство — вычеты на содержаніе семьи, дѣлаемые изъ имѣнія и окладовъ несостоятельнаго и неисправнаго должника), во второмъ, указная часть существуетъ только при наличности свободнаго отъ долговъ наслѣдства. Если поэтому законъ изымлетъ указную часть изъ подѣ дѣйствія давности, то тѣмъ болѣе такое изъятіе должно имѣть мѣсто для алиментовъ жены.

б) Другой пунктъ относящійся къ характеру этого права — это его субсидіарность. Хотя законъ повидимому безусловно возлагаетъ на мужа обязанность содержанія жены, но это потому, что при современномъ экономическомъ устройствѣ семьи, жена предполагается всегда зависимою отъ мужа въ матеріальномъ отношеніи, неимѣющей своихъ собственныхъ средствъ для жизни. Тамъ, гдѣ право жены на пропитаніе сталкивается съ другими серьезными правами на имущество мужа, законъ припоминаетъ субсидіарный характеръ этого права, т. е., что мужъ собственно обязанъ содержать жену только въ томъ случаѣ, когда она не имѣетъ собственныхъ достаточныхъ средствъ.

На основаніи ст. 1086 уст. гр. суд., при обращеніи взысканій на оклады жалованья лицъ служащихъ, вычетъ извѣстной доли на пропитаніе жены и дѣтей дѣлается только въ томъ случаѣ, если послѣднія не имѣютъ достаточнаго на содержаніе ихъ собственнаго имѣнія. Затѣмъ, изъ ст. 143 уст. о наказ. налаг. мир. суд. видно, что дѣти обязаны давать содержаніе родителямъ только тогда, если родители дѣйствительно нуждаются въ ихъ помощи. Тоже выражено въ ст. 194 зак. гр. (дѣти обязаны, если родители находятся въ бѣдности, дряхлости или немощахъ, доставлять имъ пропитаніе по самую ихъ смерть). Но право на алименты во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣетъ одинаковое основаніе и одинъ правовой характеръ: семейныя узы возлагаютъ на одно лицо обязанность помогать своими средствами другому, нуждающемуся въ его помощи. Поэтому итальянскій кодексъ, справедливо сливая въ одно цѣлое всѣ виды алиментовъ, вытекающіе изъ союза семейнаго, ставитъ общее для всѣхъ ихъ правило: алименты опредѣляются судомъ сообразно потребностямъ ищущаго и средствамъ отвѣтчика (ст. 143 гражд. уложенія). Изъ статьи этой слѣдуетъ, что если судъ усмотритъ, что лицо требующее пропитанія вовсе въ немъ не нуждается, онъ долженъ отказать въ искѣ. Дѣйствительно, крайне странно было бы обязывать судебное мѣсто присуждать пропитаніе женѣ отъ мужа, если изъ дѣла видно, что жена располагаетъ достаточными средствами, а мужъ человѣкъ бѣдный. Подъ пропитаніемъ можно разумѣть только то, что необходимо для жизни, какъ это прямо и выражено во французскомъ (ст. 214) и итальянскомъ (ст. 132) кодексахъ. Но если у мужа отнимается необходимое для того, чтобъ немного увеличить излишекъ жены, о пропитаніи не можетъ быть и рѣчи. Съ другой стороны не понятно, почему только въ интересахъ кредиторовъ мужа обязанность пропитанія исчезаетъ при наличности у послѣдней собственныхъ средствъ, а не только въ интересахъ самого мужа, если того требуетъ справедливость. Неизвѣстно также, почему ограниченіе, установленное въ ст. 1086 уст. гр. суд., не распространено на случай, предусмотрѣнный въ ст. 1021 т. X, ч. 2, т. е. почему при несостоятельности вычетъ на содержаніе семьи не дѣлается единственно тогда, если жена не имѣетъ собственныхъ средствъ. Объяснить этотъ казуистическій характеръ того праваго начала, которое выражено въ ст. 194 зак. гр. и 1086 уст. гр. суд., можно только общимъ свойствомъ полнаго законодательства, вездѣ довольствующаго частными постановленіями вмѣсто общихъ началъ, но не сущностью дѣла. Довольно того, что идея субсидіарности права на алименты не

чужда дѣйствующему закону и со временемъ получить, вѣроятно, болѣе обширное примѣненіе.

в) Изъ того, что право жены на пропитаніе не есть чисто имущественное, а принадлежитъ ей до тѣхъ поръ, пока она продолжаетъ состоять въ брачномъ союзѣ съ даннымъ лицомъ, вытекаетъ еще слѣдующее правило: отреченіе отъ этого права недѣйствительно (Штубенраухъ). Отрекшись сегодня отъ права требовать у мужа содержанія, жена можетъ завтра опять его требовать несмотря, на состоявшийся договоръ. Это оттого, что основныя права и обязанности супруговъ вообще не зависятъ отъ воли частныхъ лицъ и не могутъ быть измѣняемы или отмѣняемы договоромъ между супругами, какъ существующія въ силу интереса общественнаго (*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*).

г) При опредѣленіи размѣра пропитанія, которое одно лицо должно доставлять другому, естественно приходится обращать вниманіе на два пункта: 1) средства лица обязаннаго и 2) потребности лица, получающаго пропитаніе. Французскій (ст. 214) и итальянскій (ст. 132) кодексы выражаютъ это словами: мужъ обязанъ доставлять женѣ необходимое для ея жизни сообразно своимъ средствамъ и общественному положенію. У насъ ст. 143 уст. о нак. налаг. мир. суд. говорить: «за отказъ въ доставленіи нуждающимся родителямъ необходимыхъ для жизни пособій, дѣти ихъ, имѣющія достаточныя къ тому средства, подвергаются и пр. Сверхъ того они обязываются къ производству родителямъ *соразмѣрнаго съ ихъ средствами пособія*». Нельзя не согласится съ г. Неклюдовымъ (въ его комментарий къ этой статьѣ), что законъ обязываетъ дѣтей давать родителямъ пособіе только соразмѣрно съ ихъ средствами, хотя бы это пособіе не удовлетворяло потребностямъ родителей. Изъ ст. 194 зак. гр. нельзя вывести никакого заключенія по этому предмету. Что же касается содержанія жены, то ст. 106 говоритъ объ обязанности мужа давать женѣ содержаніе и пропитаніе «по состоянію и возможности своей» (Замѣчательна аналогія въ выраженіяхъ этой статьи и ст. 214 *code civil: selon ses facultés et son état*; «по состоянію» относится не къ имуществу, но къ общественному положенію мужа, *son état*, а «по возможности» соотвѣтствуетъ вполнѣ «*ses facultés*» французскаго закона. Впрочемъ ст. 106 основана на уставѣ благочинія 1782 г., въ которомъ уже употреблены тѣже самыя выраженія). Буквальный смыслъ статьи указываетъ на то, что законъ обращаетъ главное вниманіе на средства лица, дающаго пропитаніе, а не на потребности лица, получающаго оное. Судебная практика въ этомъ смыслѣ и понимаетъ законъ объ алиментахъ. Ст. 172 зак. гр. выражается отно-

сительно содержанія дѣтей родителями такимъ же образомъ, какъ ст. 106 о пропитаніи жены мужемъ. Старый сенатъ, толкуя въ одномъ дѣлѣ статьи 172, нашель, что законъ не опредѣляетъ, какой именно размѣръ пропитанія долженъ быть признанъ соответственнымъ состоянію и слѣдовательно предоставляетъ опредѣленіе сего размѣра усмотрѣнію самихъ родителей и никакое вмѣшательство въ этомъ отношеніи судебной власти не можетъ быть допущено <sup>1)</sup>). Хотя сенатъ собственно разрѣшаетъ здѣсь другой вопросъ, о которомъ мы будемъ говорить тотчасъ, но при этомъ онъ ясно выражаетъ то начало, что при опредѣленіи размѣра пропитанія обращается вниманіе исключительно на средства дающаго, а не потребности получающаго. Какъ видно изъ предыдущаго это начало соответствуетъ общему характеру нашего законодательства объ имуществахъ.

д) Въ связи съ этимъ находится другой, весьма важный вопросъ: можетъ ли размѣръ пропитанія быть предметомъ судебного иска? Другими словами: можетъ ли жена, живущая съ мужемъ, жаловаться на дурное содержаніе ея мужемъ и требовать опредѣленія судомъ размѣра содержанія? Французская практика допускаетъ такіе иски. «Жена Гарпогона не можетъ быть обязана мерзнуть на чердакѣ, когда состояніе мужа даетъ ей возможность жить прилично» <sup>2)</sup>). Французскіе суды признаютъ за женой право требовать опредѣленнаго мѣсячнаго содержанія, если докажетъ, что мужъ не содержитъ ее сообразно своимъ средствамъ и ея потребностямъ. Австрійская практика придерживается того же начала. По прусскому закону жена имѣетъ право требовать отъ мужа содержанія сообразно ихъ общественному положенію, и только въ томъ случаѣ, когда мужъ не имѣетъ достаточныхъ для этого средствъ, она должна довольствоваться необходимымъ для жизни (ст. 185, 6 тит. о бракѣ). У насъ вопросъ этотъ прямо не былъ еще поставленъ ни въ одномъ судебномъ дѣлѣ. Но по общему духу нашей судебной практики, надо полагать, что есть болѣе шансовъ для отрицательнаго его рѣшенія. Съ одной стороны упомянутое уже рѣшеніе стараго сената, въ которомъ выражена слѣдующая мысль: размѣръ содержанія дѣтей родителями не опредѣленъ закономъ (напр. въ видѣ извѣстнаго процента съ доходовъ родителей), слѣдовательно вмѣшательство судебной власти для опредѣленія этого размѣра немыслимо, ибо судъ можетъ быть только исполнителемъ опредѣленныхъ предписаній закона. Остается поэтому одно: предоставить опредѣленіе размѣра содержанія дѣтей исключительно свободному усмотрѣнію родителей.

<sup>1)</sup> Сборн. рѣш. сената, т. 1, ч. 2. № 662.

<sup>2)</sup> Oudot, p. 65.

Такъ какъ аргументація эта вполне примѣнима и къ обязанности мужа, давать содержаніе женѣ, то, безъ сомнѣнія, сенатъ такимъ же образомъ разрѣшилъ бы этотъ вопросъ въ случаѣ спора между супругами относительно размѣра содержанія жены. Съ другой стороны кассационный сенатъ въ дѣлѣ Вагнеръ, не касаясь въ принципѣ этого вопроса, находитъ однакожъ непреодолимое затрудненіе для суда при опредѣленіи размѣра содержанія жены то обстоятельство, что средства мужа могутъ часто измѣняться, вслѣдствіе чего «немыслимо опредѣлить какой бы то ни было цифрой, сколько онъ можетъ и долженъ ежегодно отдѣлять изъ своихъ доходовъ на содержаніе жены, но при этомъ, въ какомъ бы положеніи мужъ не находился, на немъ все-таки остается личная обязанность, указанная въ ст. 106, доставлять женѣ пропитаніе по состоянію и возможности своей, т. е. соотвѣтственно тѣмъ средствамъ, которыя онъ самъ на прожитокъ свой вмѣстѣ съ женой употребляетъ можетъ». Тутъ уже не отрицается, какъ въ рѣшеніи стараго сената, вообще право вмѣшательства суда въ опредѣленіе размѣра алиментовъ. Несостоятельность отвергаемаго здѣсь начала впрочемъ слишкомъ очевидна. Законъ не опредѣляетъ также размѣра содержанія, которое дѣти обязаны дать нуждающимся родителямъ (ст. 194 зак. гр.), а между тѣмъ онъ возлагаетъ на обязанность суда опредѣленіе этого размѣра (ст. 143 уст. о наказ.). Очевидно, что начало усмотрѣнія суда при опредѣленіи спорнаго размѣра содержанія должно быть примѣняемо ко всѣмъ видамъ алиментовъ, какъ вытекающимъ изъ одного основанія и имѣющимъ одинаковый юридическій характеръ. Но если примѣнить соображенія, высказанныя въ рѣшеніи по дѣлу Вагнера къ разсматриваемому теперь вопросу, то результатъ получится двойственный. Съ одной стороны мы имѣемъ такой тезисъ: при совмѣстной жизни супруговъ на мужѣ всегда лежитъ опредѣленная обязанность давать женѣ содержаніе по состоянію и возможности своей. Сенатъ особенно напираетъ на эту обязанность, очевидно приписывая ей полную юридическую силу. Но для того, чтобъ обязанность эта была не мнимой величиной, а дѣйствительнымъ правомъ жены, необходимо допустить право суда въ случаѣ спора опредѣлить размѣръ содержанія жены. Если предоставить опредѣленіе содержанія всегда одному произволу мужа, тогда обязанность установленная въ ст. 106 окажется вполне мертвой буквой. Богатый скряга, который держитъ свою жену на хлѣбѣ и водѣ, очевидно не исполняетъ обязанности давать женѣ содержаніе «по состоянію и возможности своей». Поэтому необходимо допустить, что въ случаѣ жалобы жены судъ имѣетъ право опредѣлять размѣръ содержанія жены живущей совмѣстно съ мужемъ не



по голословнымъ показаніямъ мужа о своихъ средствахъ, а на основаніи представленныхъ сторонами доказательствъ. Съ другой стороны сенатъ говоритъ, что въ виду возможности частыхъ колебаній въ имущественномъ состояніи мужа судебное опредѣленіе цифры содержанія «немыслимо». Это соображеніе одинаково примѣнимо къ случаю разсматриваемому нами теперь (споръ между совмѣстно живущими супругами о размѣрѣ содержанія) и тому, который обсуждался сенатомъ (пропитаніе жены отдѣльно живущей). Стало бытъ надо признать, что судъ не компетентенъ вообще въ опредѣленіи размѣра содержанія жены независимо отъ показаній мужа. Но если такимъ образомъ два рядомъ стоящихъ тезиса приводятъ къ противоположнымъ рѣшеніямъ одного вопроса, то не трудно видѣть, что одинъ изъ нихъ долженъ быть ложенъ. Въ данномъ случаѣ ясно, что ложнымъ оказывается мнѣніе, будто возможность частыхъ перемѣнъ въ состояніи лица дающаго алименты, служить препятствіемъ къ опредѣленію ихъ размѣра судомъ. Довольно того, что это возраженіе примѣнимо къ алиментамъ всякаго рода, а между тѣмъ законъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ положительно возлагаетъ на судебныя мѣста обязанность опредѣлять размѣръ алиментовъ, не давая имъ никакой руководящей для этого нормы (прилож. къ ст. 103 зак. гр., ст. 143 уст. о нак.). Возможность перемѣнъ въ причинахъ опредѣляющихъ размѣръ алиментовъ можетъ дать мѣсто только тому правилу, которое установлено въ ст. 144 италіанск. кодекса: если послѣ назначенія алиментовъ произойдутъ перемѣны въ состояніи лица дающаго или лица получающаго оныя, судъ принимаетъ мѣры къ уменьшенію или увеличенію ихъ или полному прекращенію выдачи ихъ, смотря по обстоятельствамъ. Вотъ почему сенатъ въ послѣдствіи отказался отъ взгляда, высказаннаго имъ по дѣлу Вагнера и въ рѣшеніи по дѣлу Кокораки призналъ право суда опредѣлять содержаніе женѣ. Въ дѣлѣ этомъ правда не былъ возбужденъ вовсе вопросъ: чѣмъ руководствуется судъ при опредѣленіи *размѣра* содержанія, отзывомъ мужа или своимъ усмотрѣніемъ по обстоятельствамъ дѣла, притомъ рѣшеніе это опять-таки коснется случая раздѣльной, а не совмѣстной жизни супруговъ. Но, какъ замѣчено выше, разъ признавъ въ принципѣ право суда опредѣлять содержаніе женѣ въ случаѣ спора невозможно не допустить: 1) что судъ руководствуется при этомъ ни однимъ отзывомъ мужа о его средствахъ; и 2) что и при совмѣстной жизни размѣръ содержанія можетъ быть предметомъ судебного иска. Послѣ рѣшенія по дѣлу Кокораки выводы эти, какъ намъ кажется, положительное основаніе. При томъ же только при этомъ толкованіи слова ст. 106 «по состоянію и возможности своей»

приобрѣтають дѣйствительное юридическое значеніе и для супруговъ совместно живущихъ, и толкованіе закона всегда должно исходить изъ того начала, что въ немъ нѣтъ словъ незначащихъ, излишнихъ.

е) Можно ли договоромъ установить размѣръ пропитанія, т. е. въ какой степени подобные договоры обязательны для супруговъ? Московскій окружный судъ въ дѣлѣ Горскихъ присудилъ женѣ пропитаніе въ томъ размѣрѣ, который былъ установленъ договоромъ ея съ мужемъ <sup>1)</sup>. Въ дѣлѣ супруговъ Гудовичъ тоже признана судебными мѣстами законность акта, по которому мужъ далъ женѣ опредѣленную сумму, а она обязалась не требовать больше отъ него содержанія <sup>2)</sup>. Вообще подобные договоры, повидимому, нерѣдки у насъ на практикѣ. По этому предмету у насъ одно время былъ споръ въ печати. Гг. Гордонъ и Боровиковскій доказывали дѣйствительность подобныхъ договоровъ, г. Думашевскій защищалъ противоположное мнѣніе. На основаніи изложеннаго до сихъ поръ мы думаемъ, что вопросъ этотъ разрѣшается слѣдующимъ образомъ. Несомнѣнно, что супруги имѣютъ право заключать подобные договоры, не содержащіе въ себѣ ничего противозаконнаго, и договоры эти сами по себѣ дѣйствительны. Но каждой сторонѣ предоставляется право требовать судебнымъ порядкомъ ихъ уничтоженія, вслѣдствіе измѣнившихся обстоятельствъ, дающихъ основаніе къ увеличенію, уменьшенію или прекращенію содержанія. Въ самомъ дѣлѣ, хотя законъ даетъ женѣ право требовать пропитанія, сообразное ея потребностямъ и средствамъ мужа, но никто не препятствуетъ ей довольствоваться содержаніемъ болѣе скуднымъ, если на то ея добрая воля. И наоборотъ: законъ не воспрещаетъ мужу тратить на жену выше своихъ средствъ и ея нужды. Почему же такое уклоненіе отъ средней нормы содержанія въ ту или другую сторону можетъ быть сдѣлано только словесно *de facto* или *tacito consensu*, а не можетъ быть облечено въ форму договора? Но очевидно съ другой стороны, что мужъ, обѣщавшій женѣ богатое содержаніе, не можетъ быть присуждаемъ къ исполненію этого договора послѣ того, какъ обстоятельства его существенно ухудшились. Точно также жена не можетъ быть принуждаема довольствоваться условленнымъ содержаніемъ послѣ того, какъ потребности ея увеличились, напр. вслѣдствіе болѣзни, рожденія новаго ребенка и т. под. Поэтому суду должно быть предоставлено право оцѣнки возраженій противъ договора и уничтоженія его, если возраженія найдены будутъ основательными. Корень недоумѣній, околѣ которыхъ вращается полемика упомянутыхъ юристовъ, заключается въ томъ, что они прини-

<sup>1)</sup> «Суд. Вѣстн.» 1866 г., № 117.

<sup>2)</sup> См. гр. касс. рѣш. 1870, 126.

мали въ разсчетъ только двухъ регуляторовъ размѣра содержанія жены: законную норму (средства мужа и потребности жены) и соглашеніе сторонъ, но упустили изъ виду третьяго регулятора, неизбѣжнаго по самой сущности предмета—умотрѣніе суда. Если имѣть въ виду роль, которое судебное умотрѣніе играетъ относительно этого предмета въ другихъ законодательствахъ, и которую оно необходимо должно играть и у насъ, то возраженія противъ возможности подобныхъ договоровъ теряютъ всю силу и оба мнѣнія удобно соединяются въ одно среднее, какъ оно изложено выше.

ж) Весьма важенъ практически вопросъ: возможно ли требованіе женой пропитанія при отдѣльной отъ мужа жизни? Извѣстно, что сенатъ прежде отвергалъ безусловно подобные иски. Неправильность соображеній высказанныхъ по этому вопросу въ рѣшеніяхъ по дѣламъ Вагнеръ и Макаровыхъ впрочемъ совершенно очевидна. Такъ мы видѣли прежде, что самъ законъ во многихъ частныхъ случаяхъ признаетъ право жены на содержаніе изъ имущества мужа: при ссылкѣ послѣдняго по приговору общества, при безвѣстномъ его отсутствіи, при ссылкѣ дворянина по суду. Въ случаяхъ предусмотрѣнныхъ ст. 1029 т. X ч. 2 и ст. 1086 уст. гр. суд., законъ также не обуславливаетъ права жены на пропитаніе совмѣстной жизнью. Какая мысль руководила при этомъ законодателя? Очевидно та, что если вина раздѣльной жизни принадлежитъ мужу (преступленіе его, дурное поведеніе, ведущее къ ссылкѣ по приговору общества, безвѣстное отсутствіе за границей), то невозможно лишать на этомъ основаніи жену принадлежащаго ей права на пропитаніе изъ мужнина имѣнія. Мысль эта, по обыкновенію, высказана закономъ въ казуистической формѣ, но задача юриспруденціи и судебной практики заключается въ распространительномъ ея примѣненіи. Имѣя въ виду законы, указанные выше (а .3 — 6) сенатъ могъ вывести слѣдующее начало: если раздѣльная жизнь происходитъ не по винѣ жены, а по какой-нибудь другой причинѣ, особенно винѣ мужа, то она не лишается права на содержаніе мужемъ. Въ другихъ законодательствахъ этотъ принципъ давно признанъ во всей силѣ, такъ какъ онъ вытекаетъ изъ основнаго начала права: каждый отвѣчаетъ только за свои дѣйствія; никто не можетъ лишиться своего права вслѣдствіе дѣйствій другого лица. Г. Побѣдоносцевъ, не соглашаясь съ выводомъ рѣшенія по дѣлу Вагнеръ, опровергаетъ его выводы соображеніями нравственнаго и бытоваго свойства, а не юридическими доводами. Затѣмъ сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу Кокораки отказался отъ прежняго ригоризма и призналъ возможность иска о пропитаніи, когда раздѣльная жизнь происходитъ единственно по винѣ мужа; но и тутъ преобладаетъ точка

зрѣнія естественной справедливости. Между тѣмъ, какъ мы показали, это вопросъ чисто-юридическій, вопросъ логическаго толкованія или, пожалуй, аналогическаго примѣненія закона: въ нѣсколькихъ спеціальныхъ случаяхъ законъ положительно высказалъ, что если раздѣльная жизнь происходитъ по винѣ мужа, то жена не лишается пропитанія изъ его имущества; суду остается, на основаніи ст. 9 уст. гр. суд., обобщить это начало относительно всѣхъ аналогичныхъ случаевъ. Только на этой почвѣ можно найти твердую опору для взгляда, выраженнаго сенатомъ по дѣлу Кокораки.

з) Могутъ ли третьи лица давашія женѣ необходимыя для жизни средства, требовать вознагражденія отъ мужа? Французская судебная практика признаетъ, что если жена вынуждена была обратиться за поддержкой къ постороннимъ лицамъ и не могла ждать пропитанія отъ мужа (напр. въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія мужа), то даже послѣ ея смерти кредиторы могутъ требовать уплаты отъ мужа. Это правило имѣетъ тамъ свою аналогію съ другимъ правиломъ, въ силу котораго содержатель учебнаго заведенія напр. можетъ требовать отъ отца платы за содержаніе сына, хотя бы послѣдній былъ принятъ въ заведеніе безъ вѣдома и согласія отца. У насъ кассационный сенатъ призналъ, что за долги, дѣлаемые дѣтьми для необходимаго своего содержанія родители не отвѣтствуютъ предъ кредиторами <sup>1)</sup>). Примѣняя по аналогіи выводы этого рѣшенія, надо признать, что, по мнѣнію сената, мужъ никогда не отвѣчаетъ за долги, сдѣланные женой для ея пропитанія. Выводъ очевидно совершенно невѣрный относительно тѣхъ случаевъ, когда жена вынуждена была прибѣгать къ займамъ вслѣдствіе вины мужа. Съ этимъ согласенъ и г. Побѣдоносцевъ, который допускаетъ однакожь это правило только «по всей справедливости». По нашему мнѣнію, этотъ выводъ—чисто юридическій и не нуждается въ соображеніяхъ отвлеченной справедливости. Коль скоро ст. 106 имѣетъ юридическое значеніе (а не допустить этого мы не имѣемъ права), то обязанность въ ней указанная должна быть выполнена мужемъ такъ или иначе. Если онъ своевременно не давалъ женѣ пропитанія по своей винѣ, то онъ долженъ потомъ исполнить свой долгъ удовлетвореніемъ кредиторовъ жены. Иначе слѣдовало бы признать, что каждый можетъ собственной властью освободить себя отъ обязанности, возложенной на него закономъ: если онъ находитъ для себя обременительнымъ или неудобнымъ содержаніе семьи, то стоитъ только бросить ее на произволъ судьбы и затѣмъ быть увѣреннымъ, что въ случаѣ предьявленія женой иска о

<sup>1)</sup> Гр. касс. рѣш. 1866 г. № 28.

пропитаніи, судъ въ крайнемъ случаѣ только обяжетъ его давать содержаніе въ будущее время, но за долги, сдѣланные женой до предъявленія иска, онъ отвѣчать не будетъ. Но эта несообразность очевидная: каждый отвѣчаетъ за вредъ и убытки происшедшіе отъ его дѣяній, хотя бы они были вполне законны (ст. 684 зак. гр.), а тѣмъ болѣе если дѣянія эти клонились къ тому, чтобъ избѣгнуть опредѣленной обязанности, установленной закономъ: въ данномъ случаѣ недоставленіе женѣ пропитанія есть именно такое «упущеніе» (ст. 684), результатомъ котораго будутъ для жены вредъ и убытокъ, состоящіе въ необходимости прибѣгать къ займамъ и отвѣчать за нихъ своей личною и имуществомъ. А если мужъ обязанъ вознаграждать жену за этотъ ущербъ, то не разумнѣе ли допустить прямой искъ къ нему кредиторамъ жены, чѣмъ двойную процедуру иска кредиторовъ къ женѣ и жены къ мужу. Мы не понимаемъ поэтому разсужденій г. Побѣдоносцева, когда онъ говоритъ: справедливо разсуждаетъ судъ, что нельзя взыскивать въ пользу жены сумму исчисленную за 5 лѣтъ отдѣльной ея жизни, ибо искъ сего рода переходитъ уже за предѣлы наличной потребности и есть точно искъ объ имуществѣ, но на будущее время нѣтъ. Въ такомъ общемъ видѣ разсужденіе это не имѣетъ смысла. Вопросъ всегда сводится къ тому, на чьей сторонѣ bona fides, кто виновенъ въ раздѣльной жизни и долгахъ, сдѣланныхъ женой. Если судъ найдетъ, что вина вполне на сторонѣ мужа, то прошедшее и будущее время тутъ одинаковы и жена можетъ требовать вознагражденія за издержки на прежнее содержаніе, сколько бы лѣтъ тамъ ни было и какъ велика ни была бы сумма иска: продолжительность оставленія жены только увеличиваетъ вину мужа, а не служитъ къ освобожденію его отъ разъ принятой на себя законной обязанности. Если и можно иногда отказывать въ искахъ такого рода, то на основаніи слѣдующихъ двухъ соображеній: 1) *Beneficium competentiae*. Обязательства вытекающія изъ семейнаго союза имѣютъ кромѣ правовой еще и нравственную сторону, которая не оставляется безъ вниманія и правомъ. Отсюда между прочимъ льготный характеръ взысканій по обязательствамъ этого рода: если мужъ докажетъ, что у него нѣтъ достаточныхъ средствъ для удовлетворенія напр. требованій жены о пропитаніи, судъ уменьшаетъ размѣръ его отвѣтственности сообразно его средствамъ. 2) Субсидіарный характеръ обязанности пропитанія (см. выше). Если изъ дѣла видно, что жена хотя и оставленная мужемъ не нуждалась въ пропитаніи, имѣя достаточныя собственныя средства, то судъ можетъ отказать въ искѣ жены о вознагражденіи за издержанное прежде на содержаніе, руководствуясь сказаннымъ выше о субсидіарномъ

характеръ этой обязанности мужа. Но г. Побѣдоносцевъ, вмѣсто этихъ опредѣленныхъ юридическихъ доводовъ, довольствуется голословными замѣчаніями относительно того, что «справедливо», по его субъективному мнѣнію, въ томъ или другомъ случаѣ. Онъ замѣчаетъ правда еще, что искъ за прежнее пропитаніе есть уже искъ объ имуществѣ, а не личномъ правѣ. Но право на алименты всегда есть искъ объ имуществѣ, имѣющій притомъ отънокъ личного права. Срочность или одновременность выплаты присуждаемаго судомъ пропитанія нисколько не измѣняетъ характера признаннаго судомъ права: иначе пришлось бы признать, что разсрочка уплаты по какому бы то ни было исполнительному листу на извѣстную сумму измѣняетъ характеръ присужденнаго взысканія.

і) Какія послѣдствія влечетъ за собой недоставленіе мужемъ женѣ пропитанія? Рѣшеніемъ сената по дѣлу Марковыхъ признано, что въ этомъ случаѣ жена можетъ только обратиться въ судъ съ требованіемъ пропитанія (отсюда видно, что и при совмѣстной жизни пропитаніе можетъ быть предметомъ иска, стало быть и размѣръ содержанія—см. выше, п. *д*—подлежитъ охранѣ суда); но она не можетъ на этомъ основаніи требовать раздѣльной жизни. Въ этомъ самомъ дѣлѣ старыя судебныя и административныя мѣста выразили противоположный взглядъ на этотъ вопросъ и дозволили женѣ отдѣльную жизнь вслѣдствіе недоставленія ей мужемъ содержанія. По другимъ законодательствамъ, неисполненіе мужемъ обязанности содержать жену не служитъ прямымъ основаніемъ требовать развода или разлученія отъ стола и ложа, развѣ если оно соединено съ злоумышленнымъ оставленіемъ или жестокимъ обращеніемъ, какъ это обыкновенно и бываетъ. Въ послѣднемъ случаѣ необходимо допустить право жены на раздѣльную жизнь именно потому, что всѣ обязанности, безусловно возложенныя на мужа и жену, неразрывно связаны съ такой же безусловной обязанностью супруговъ жить вмѣстѣ (рѣшеніе по дѣлу Вагнеръ) и слѣдовательно при рѣшительномъ и многократномъ отказѣ мужа содержать жену согласно возложенной на него закономъ обязанности исчезнетъ и обязанность жены слѣдовать за мужемъ. Замѣчательно, что у насъ на практикѣ бывають договоры такого рода: мужъ, не имѣя средствъ содержать жену, отпускаетъ ее отъ себя и обязывается не препятствовать ей раздѣльной жизни <sup>1)</sup>).

и) Наконецъ слѣдуетъ отмѣтить еще различіе между нашимъ закономъ и другими кодексами относительно объема понятія «содержанія». Буквальный смыслъ свода даетъ понять, что законъ имѣетъ въ виду только имущественныя траты мужа, дѣлаемыя на содержаніе

<sup>1)</sup> Oudot, p. 64.

жены въ тѣсномъ смыслѣ слова «пропитаніе». Но другія законодательства придаютъ понятію «содержанія» болѣе обширный объемъ. Такъ напр. прусскій кодексъ включаетъ сюда расходы на лечение жены и на ея личныя (не по имуществу) судебныя дѣла, напр. по дѣламъ объ уголовномъ преслѣдованіи жены (§ 187 тит. о бракѣ). Еще обширнѣе дефиниція, принятая французскимъ (ст. 214) и италіянскимъ кодексами: «мужъ обязанъ доставлять женѣ все необходимое для жизни по состоянію и средствамъ своимъ. Такая редакція закона въ высшей степани удачна въ томъ отношеніи, что даетъ полное основаніе къ слѣдующему, практически весьма важному выводу: всѣ права мужа на личность жены дѣйствительны лишь настолько, насколько они не противорѣчатъ обязанности мужа доставлять женѣ *все необходимое для жизни*. Такимъ образомъ французская практика выводитъ изъ ст. 214 code civil слѣдующее положеніе. Если мѣстожителство выбранное мужемъ такого рода, что оно угрожаетъ безопасности или здоровью жены или неудобно съ точки зрѣнія нравственной, или если онъ мѣняетъ свое пребываніе каждый день, подобно кочующему арабу, жена не обязана слѣдовать за нимъ, ибо подобное требованіе со стороны мужа нарушаетъ его обязанность «доставлять женѣ все необходимое для жизни.» Разсуждая такимъ образомъ французскіе суды исходятъ изъ того же основнаго положенія, что нашъ сенатъ по дѣлу Вагнеръ: «всѣ обязанности, безусловно возложенныя на мужа и жену, неразрывно связаны съ такой же безусловной обязанностью супруговъ жить вмѣстѣ». Но какая разница въ примѣненіи этого начала у насъ и во Франціи! Тамъ практика выводитъ изъ этого принципа слѣдующіе выводы: 1) Нарушеніе однимъ изъ супруговъ своихъ обязанностей даетъ другому право не исполнять своихъ обязанностей (по аналогіи съ общимъ юридическимъ началомъ *exertio non adimpleti contractus*); 2) каждый несетъ полную отвѣтственность за свои дѣйствія; 3) судъ принимаетъ всѣ возможныя мѣры къ охранѣ и возстановленію нарушенныхъ правъ каждаго супруга. У насъ практика болѣе склонна къ выводамъ прямо противоположнымъ, какъ достаточно видно изъ всего вышеизложеннаго, хотя законодательный матеріаль по этому предмету у насъ почти тотъ же самый, что и во Франціи. Таково *практическое* значеніе *теоретическаго* образованія судей, въ чемъ, какъ извѣстно, многіе у насъ сомнѣваются до сихъ поръ.

Оршанскій.

(Окончаніе слѣдуетъ).

## КЪ ВОПРОСУ О СЛѢДСТВЕННОЙ ДѢЯТЕЛЬНОСТИ ВЪ ПРОВИНЦІИ.

Помѣщенная въ «Судебномъ Журналѣ» за 1873 годъ (кн. 5 и 6) статья г-на К. А. «Наблюденія и замѣтки объ условіяхъ слѣдственной дѣятельности въ провинціи» является едва-ли не первою попыткою изученія дѣятельности новыхъ судебныхъ слѣдователей, со стороны практическаго примѣненія началъ судебныхъ уставовъ 20-го ноября 1864 года, въ связи съ изслѣдованіемъ тѣхъ условій, которыя тормозятъ или, по крайней мѣрѣ, задерживаютъ развитіе этой дѣятельности на столько, что они, при всей добросовѣстности своихъ представителей, не въ состояніи подняться до того уровня, на которомъ должна стоять по мысли законодателя.

Нѣтъ сомнѣнія, что «Наблюденія и замѣтки» г-на К. А. выхвачены, такъ-сказать, изъ самой жизни, что почтенный авторъ, которому служебное его положеніе предоставило возможность изучить практическую дѣятельность судебныхъ слѣдователей со всѣхъ сторонъ, обладаетъ богатымъ запасомъ свѣдѣній, послужившимъ ему матеріаломъ для статьи, тѣмъ не менѣе эта послѣдняя, какъ первая попытка изученія указанной стороны слѣдственнаго института, не могла не вызвать критики въ печати, которая, однако, по нашему мнѣнію, нисколько не ослабляетъ силы и значенія положеній, развитыхъ г. К. А.

Мы говоримъ о статьѣ г. К. К., напечатанной въ №№ 26 и 27 «Судебнаго Вѣстника» за настоящій годъ, подъ заглавіемъ «О нашихъ слѣдственныхъ дѣятеляхъ». Къ такого рода статьямъ, какъ статья г-на К. К., нельзя, конечно, отнестись иначе, какъ съ полнымъ сочувствіемъ и благодарностію: касаясь другаго края, онѣ вызываютъ дополненіе того, что, можетъ быть, не замѣчено г. К. А. въ его «Наблюденіяхъ»; онѣ помогаютъ выяснитъ тѣ причины, которыя неблагопріятствуютъ развитію слѣдственной дѣятельности, и въ концѣ концовъ, по всей вѣроятности, сдѣлаются богатымъ матеріаломъ для дальнѣйшихъ работъ, въ родѣ тѣхъ, начало которыхъ положено г. К. А.

Вотъ почему и мы съ своей стороны рѣшили высказать нашъ взглядъ по поводу статьи г. К. К., который, какъ намъ кажется, не



вполнѣ вѣрно понялъ нѣкоторыя мысли автора «Наблюденій и замѣтокъ».

Въ статьѣ своей г. К. К. прежде всего возражаетъ противъ замѣчанія г. К. А. о томъ, что «судебные уставы внесли въ систему нашего законодательства относительно порядка производства предварительныхъ слѣдствій совершенно новыя начала», — и затѣмъ старается доказать, что никакихъ такихъ новыхъ началъ уставами не внесено, а напротивъ, въ слѣдственной части оставлены тѣ же начала, которыя дѣйствовали и до сего времени: секретное и письменное производство, преобладаніе инквизиціоннаго принципа, стремленіе получить сознаніе обвиняемаго и не допущеніе защиты; частныя же улучшенія, которыя введены въ предварительное слѣдствіе, не могли сдѣлать возможнымъ соединеніе въ лицѣ судебного слѣдователя обязанностей судьи, защитника и сыщика».

Мы не можемъ согласиться съ такимъ мнѣніемъ г. К. К. Никто не станеть спорить противъ того, что уставы 20-го ноября, преобразовавъ радикально уголовный процессъ, оставили многого желать по части производства предварительнаго слѣдствія, но изъ этого вовсе еще не слѣдуетъ, чтобы по отношенію къ послѣднему въ уставѣ уголовного судопроизводства не заключалось новыхъ началъ. Такія начала существуютъ, но мы не станемъ ихъ перечислять, потому что не задались намѣреніемъ теоретическаго обсужденія уставовъ. Не можемъ не замѣтить при этомъ, что напрасно упрекаетъ г. К. К. г-на К. А. въ томъ, что онъ не указалъ этихъ «началъ»; «Наблюденія и замѣтки» имѣли другую цѣль и автору не было надобности, разбирать учрежденіе судебныхъ слѣдователей со стороны теоретическихъ его основъ. А между прочимъ самъ же г. К. К. упоминаетъ въ своей статьѣ о нѣкоторыхъ «частныхъ улучшеніяхъ» устава уголовного судопроизводства относительно предварительнаго слѣдствія, какъ-то: о болѣе опредѣленномъ и точномъ разъясненіи поводовъ приступа къ слѣдствію, о предоставленіи потерпѣвшимъ и обвиняемымъ нѣкоторыхъ правъ, которыхъ они прежде не имѣли, о стремленіи предоставить обвиняемому большую возможность пользоваться свободою до рѣшенія дѣла и проч. Но развѣ эти «улучшенія» не «новыя начала», о которыхъ говоритъ и г. К. А.? Мы могли бы указать и на многія другія «улучшенія», но повторяемъ—это не наша задача. Во всякомъ случаѣ и тѣ нововведенія, о которыхъ заявляетъ г. К. К., заслуживаютъ, мнѣ кажется, иного названія, нежели то, которымъ онъ ихъ окрестилъ: если это только и улучшенія, то никакъ ужъ не частныя, а коренныя.

Въ свою очередь, мы можемъ спросить г. К. К. какія же бы онъ

желалъ провести начала въ слѣдственную организацію? Единственный, повидимому, принципъ, который слѣдовало бы установить съ его точки зрѣнія, — это принципъ публичности производства предварительныхъ слѣдствій и равноправности сторонъ. Но сѣтованія г. К. К. о не существованіи будто бы въ настоящее время этой публичности и равноправности сторонъ намъ кажутся преувеличенными. Прежде чѣмъ желать публичности производства предварительныхъ слѣдствій, надо доказать ея необходимость, а это вопросъ, который пока, какъ говорить и самъ г. К. К., встрѣчаетъ у насъ не мало противниковъ. Да и въ самомъ дѣлѣ, такъ ли необходима эта публичность въ предварительномъ слѣдствіи, какъ она нужна въ судебномъ? для чего собственно она необходима! Если только для того, чтобы удерживать слѣдователей отъ увлеченій излишнею ревностью въ открытіи виновника преступленія, то и безъ того личность, свобода и честь обвиняемыхъ достаточно гарантированы тѣми нормами, которыя существуютъ въ уставѣ.

Предварительное слѣдствіе вовсе не обставлено такою непроницаемою тайною, при которой невозможенъ уже никакой контроль: не говоря о томъ, что за дѣйствіями слѣдователя наблюдаетъ прокурорскій надзоръ, что каждое такое дѣйствіе можетъ быть обжаловано суду (ст. 491), но и при самомъ производствѣ слѣдствія всякій шагъ судебного слѣдователя не укрывается отъ посторонняго взора, ибо по уставу при слѣдствіяхъ присутствуютъ и обвиняемые и лица потерпѣвшія, частные обвинители или гражданскіе истцы, понятые, эксперты и т. д., а на практикѣ даже и постороннія лица, какъ на примѣръ писаря, которые подписываются за неграмотныхъ, сотскіе и десятскіе, исполняющіе различныя порученія слѣдователей, и проч. Мнѣ кажется, что и въ присутствіи этихъ только лицъ для слѣдователя становятся не возможными никакія уклоненія отъ нормальныхъ ихъ обязанностей.

Да притомъ, возводить увлеченія нѣкоторыхъ представителей слѣдственной дѣятельности на степень общаго явленія, общаго правила, значить слишкомъ ужъ недовѣрчиво относиться ко всему институту и приписывать ему-то, что составляетъ недостатокъ только отдѣльныхъ личностей. Г. К. К., говоритъ, что у насъ въ слѣдственной дѣятельности до сихъ поръ существуетъ преобладаніе инквизиціоннаго принципа, стремленіе сознание обвиняемаго и сыскной характеръ изслѣдованія. Но мы не знаемъ откуда взять г. К. К. существованіе подобныхъ началъ и тенденцій. Уставъ уголовного судопроизводства проповѣдуетъ не то, и мы думаемъ, что въ немъ подобныя принципы и наклонности не только не освящаются,

но даже и не одобряются. Правда, допросъ обвиняемыхъ изъ слѣдственныхъ дѣйствій не исключенъ, но онъ установленъ болѣе въ интересахъ самихъ же лицъ, подозрѣваемыхъ въ преступленіяхъ, для того, чтобы выяснитъ, въ чемъ ихъ обвиняютъ, и дать имъ возможность представить замѣчанія противъ тѣхъ раскрытыхъ слѣдствіемъ обстоятельствъ, которыя ставятся имъ въ улику, или же съ своей стороны указать на такія обстоятельства, которыя могутъ ихъ оправдать. Что по уставу вовсе не требуется признаніе обвиняемаго, это прямо выражено въ 405 ст., а ст. 406 обязываетъ слѣдователя, если обвиняемый отказывается отвѣчать на вопросы, изыскивать другія средства къ открытію истины, статья же 412 положительно запрещаетъ слѣдователямъ прибѣгать къ повторенію допросовъ, развѣ встрѣтится въ томъ особенная надобность. Г. К. К. заявляетъ, что слѣдователи, помимо способовъ, обозначенныхъ въ 405 ст., прибѣгаютъ и къ другимъ, чтобы добиться признанія; но, повторяемъ. такіе приемы должны быть поставлены въ упрекъ самимъ же слѣдователямъ, а не уставу уголовн. судопр., который даже не дозволяетъ привлекать лицъ къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемыхъ безъ достаточнаго къ тому основанія (ст. 396). Г. К. К. говоритъ даже, что будто бы уставы желали соединить въ лицѣ слѣдователя обязанность судьи съ обязанностью сыщика, но откуда явился такой выводъ—намъ рѣшительно не понятно. Г. К. К. ссылается на ст. 276, которая не дозволяетъ слѣдователю останавливаться въ производствѣ слѣдствія по тому случаю, что обвиняемый скрылся или что нѣтъ въ виду подозрѣваемаго въ совершеніи преступленія, но авторъ забываетъ и о ст. 277, которая даетъ право слѣдователю въ такихъ случаяхъ испрашивать на прекращеніе дѣла разрѣшеніе суда, и о ст. 271, по которой судебный слѣдователь можетъ поручать полиціи производство дознаній и собраніе справокъ. Мы думаемъ, что ст. 276 только и можетъ быть разсматриваема въ связи съ приведенными статьями, т. е. что судебные слѣдователи, въ случаяхъ неимѣнія лицъ, на которыхъ падаетъ подозрѣніе въ совершеніи преступленія, или прибѣгаютъ къ помощи розысканій дѣятельности полиціи, при чемъ сами лишь направляютъ и регулируютъ эту дѣятельность, или же, при не успѣшности этихъ мѣръ, пріостанавливаютъ производство и испрашиваютъ у суда разрѣшеніе на прекращеніе дѣла.

Что касается принципа равноправности сторонъ, то по нашему мнѣнію, онъ уставомъ не нарушается и по отношенію къ предварительному слѣдствію. Отъ обвиняемыхъ лицъ не укрывается ни одно слѣдственное дѣйствіе, имъ предоставляются всевозможныя средства къ оправданію и дозволяется требовать разслѣдованія тѣхъ обстоя-

тельствъ, которыя могутъ послужить матеріаломъ для ихъ защиты (403, 448, 476, 477 ст. уст. угол. суд.). Г. К. К. говоритъ, что исполненіе большинства требованій обвиняемаго зависитъ отъ усмотрѣнія судебного слѣдователя. Правда, слѣдователю по 477 ст. предоставлено право провѣрять тѣ только изъ указанныхъ обвиняемымъ обстоятельствъ, которыя могутъ, по его мнѣнію, имѣть вліяніе на рѣшеніе дѣла, но если обвиняемые считаютъ въ этихъ случаяхъ взглядъ слѣдователя неправильнымъ, то отъ нихъ зависитъ, на основаніи 491 ст., принести жалобу суду и послѣдній, признавъ жалобу уважительною, предпишетъ слѣдователю произвести требуемое обвиняемымъ слѣдственное дѣйствіе. Г. К. К., какъ на доказательство неравноправности сторонъ, при предварительномъ слѣдствіи, указываетъ на соединеніе въ лицѣ прокурора правъ обвинителя и власти наблюдателя за предварительнымъ слѣдствіемъ, при чемъ даже ссылается на ст. 18 и 23-го закона 8-го іюня 1860 года, при существованіи которыхъ слѣдователи пользовались какъ бы большею самостоятельностью, а направленіе слѣдствія, прекращеніе его или приостановленіе зависѣли только отъ судебного мѣста. Но развѣ 277 ст. уст. угол. суд., не говоритъ тоже, что производство слѣдствія можетъ быть приостановлено или прекращено только судомъ, а ст. 482 не даетъ ли слѣдователю права самому измѣнять направленіе дѣла, если по слѣдствію оно окажется не подсуднымъ окружному суду; развѣ, наконецъ, по уставу судебный слѣдователь не пользуется такою же самостоятельностью, какъ и по закону 8-го іюня 1860 года? Правда, въ дѣйствительности наши судебные слѣдователи являются не тѣми судьями, которыми должны быть по силѣ 79, 212 и 243 ст. учр. суд. уст., а органами министерства юстиціи, командированными только къ исполненію слѣдственныхъ обязанностей, но вина въ этомъ отношеніи падаетъ не на уставы. Не только въ средѣ судебного вѣдомства, но въ обществѣ и литературѣ давно уже говорятъ противъ такого отступленія отъ началъ уставовъ 20-го ноября 1864 года, и конечно возвращеніе судебныхъ слѣдователей къ тому положенію, въ которомъ они должны находиться по мысли законодателя, было бы весьма желательно; но и въ настоящее время, при существованіи другаго порядка, едва-ли судебные слѣдователи поставлены въ такую зависимость отъ прокурорскаго надзора, при которой они теряютъ всякую самостоятельность. Все дѣло зависитъ отъ представителей этого надзора, въ нихъ самихъ и польза и вредъ для успѣховъ слѣдственной дѣятельности, смотря потому, какого они держатся взгляда на свои обязанности по отношенію къ судебнымъ слѣдователямъ. Уважаемый авторъ «Наблюденій и замѣтокъ» совер-

шенно искренно и справедливо указаль на ошибки судебных дѣтелей въ провинціяхъ, при первыхъ шагахъ судебной реформы, ошибки, заключавшіяся въ томъ, что представители этой дѣятельности слишкомъ уже рѣзко повели дѣло проведенія новыхъ началъ въ жизнь и кончили полнымъ упадкомъ собственной энергіи. Тоже можно сказать въ частности и о первыхъ представителяхъ прокурорской власти, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ провинціяхъ, изъ которыхъ черпалъ свои наблюденія г. К. А. Пользуясь своимъ положеніемъ, какъ органъ наблюдающій за производствомъ предварительнаго слѣдствія, и увлекшись прелестью нѣкоторой власти, чины прокурорскаго надзора пришли на первыхъ порахъ къ неправильному заключенію о значеніи своихъ обязанностей по отношенію къ судебнымъ слѣдователямъ, стали слишкомъ усердно заботиться о направленіи слѣдствій, указывали чуть ли не каждый шагъ, которому, по ихъ мнѣнію, должны были слѣдовать судебные слѣдователи, и такимъ образомъ способствовали отчасти, помимо другихъ причинъ, упадку самостоятельности слѣдственныхъ органовъ. Но нельзя особенно винить въ этомъ случаѣ и прокурорскій надзоръ: ни одна реформа не прививается сразу къ жизни, нигдѣ не обходится безъ недоразумѣній и увлеченій. Время изглаживаетъ шероховатости и дѣло мало по малу принимаетъ надлежащее направленіе, дѣтели вырабатываютъ правильный взглядъ на свои обязанности, устанавливаютъ систему дѣйствій и не вторгаются уже выше мѣры въ область чужой дѣятельности. При строгомъ же соблюденіи только прямого своего назначенія, согласно началамъ устава, едва-ли можно ожидать какого-либо вреда отъ совмѣстной, дружной работы представителей слѣдственного института и прокурорской власти въ области изслѣдованія преступленій. Можно, конечно, съ точки зрѣнія теоріи оспаривать законность смѣшенія въ лицахъ прокурорскаго надзора обязанностей обвинителя и органа, наблюдающаго за предварительнымъ слѣдствіемъ, но жизнь не всегда подчиняется теоретическимъ требованіямъ. Самъ же г. К. К. указываеъ на примѣръ петербургскаго округа, гдѣ судебные слѣдователи, благодаря дружному содѣйствію прокуратуры, пользуются и должнымъ авторитетомъ и достаточнымъ личнымъ вліяніемъ на вспомошествоющіе органы, а слѣдовательно имѣютъ и большіе шансы на успѣхъ. Мы, съ своей стороны, можемъ сослаться на одинъ изъ тѣхъ провинціальныхъ округовъ, которые описывалъ и г. К. К. Можетъ быть такихъ округовъ найдется въ Россіи не мало, но мы съ ними не достаточно знакомы и знаемъ болѣе другихъ округъ курекаго окружнаго суда. Спросите здѣсь судебныхъ слѣдователей и всѣ они, я думаю, скажутъ, что наблюденія прокуратуры за поряд-

комъ производства предварительныхъ слѣдствій не только не стѣсняютъ ихъ дѣятельности, а напротивъ способствуютъ успѣшному ходу слѣдствій, не въ ущербъ истинѣ и не въ обиду обвиняемымъ. Мы соглашаемся съ г. К. К., что для большаго уравненія правъ обѣихъ сторонъ полезно бы было предоставить обвиняемымъ возможность пользоваться защитою повѣренныхъ и допустить послѣднихъ къ присутствованію при производствѣ слѣдствій, но для того, чтобы защита принесла пользу и обвиняемому и самому дѣлу, слѣдуетъ прежде создать защитниковъ, а такихъ, не только присяжныхъ, но и обыкновенныхъ, въ провинціяхъ весьма мало; тѣ же уѣздные повѣренные, которыхъ считаютъ, пожалуй, цѣлымисотнями, едва-ли окажутъ помощь обвиняемымъ и только будутъ мѣшать правильному движенію слѣдствія. Не надо при этомъ забывать, что условія производства слѣдствій въ провинціяхъ не тѣ, что въ столицахъ, да и самыя преступленія совершаются здѣсь въ большинствѣ случаевъ въ средѣ деревенскаго населенія. Гдѣ же у насъ крестьянинъ найдетъ себѣ защитника, хотя бы и изъ той породы «аблокатовъ», которые зачастую его надуваютъ и выжимаютъ изъ него всевозможными путями свой гонорарій? Едва-ли и эти повѣренные рѣшатся выѣхать на продолжительное время въ деревню, гдѣ производится слѣдствіе, а слѣдовательно и окажется, что помощію защитниковъ на предварительномъ слѣдствіи будетъ пользоваться самое незначительное меньшинство, большинство же, по прежнему, всѣ свои надежды будетъ полагать на добросовѣстность и честность судебныхъ слѣдователей, прокурорскаго надзора и суда присяжныхъ заседателей.

Мы не будемъ далѣе останавливаться на сожалѣніяхъ г. К. К. о томъ, что новые уставы не дали развитія учрежденію депутатовъ, принимавшихъ участіе по закону 8-го іюня 1860 года въ предварительномъ слѣдствіи, и не оставили въ силѣ постановленія того же закона о производствѣ слѣдственныхъ дѣйствій, въ случаѣ отсутствія депутатовъ, при двухъ постороннихъ свидѣтеляхъ. Всякій, кому извѣстенъ порядокъ производства слѣдствій по закону 8-го іюня 1860 года, знаетъ, насколько въ дѣйствительности депутаты приносили пользы дѣлу: они весьма часто вовсе не бывали на слѣдствіяхъ, а если и являлись, то для того только, чтобы внести въ дѣло личныя интриги и поддерживать безпрестанную мелкую войну съ судебнымъ слѣдователемъ, который, естественно, лучше ихъ понималъ законы; такимъ образомъ своими дѣйствіями лишь мѣшаютъ успѣху слѣдствія, направленнаго къ открытію истины. Что касается до присутствованія при слѣдствіи двухъ свидѣтелей, то

оно, равно какъ и участіе депутатовъ, имѣть, въ глазахъ г. К. К., то великое удобство, что можетъ служить тормазомъ, сдерживающимъ черезъ-чуръ сильное проявленіе инквизиторскихъ наклонностей слѣдователей; но мы уже имѣли случай высказать нашъ взглядъ на quasi-инквизиторскія тенденціи судебныхъ слѣдователей и потому считаемъ лишнимъ повторять здѣсь тѣ же соображенія. Замѣтимъ только, что всѣ эти стѣсненія, въ лицѣ депутатовъ и свидѣтелей, при дѣйствіи закона 8-го іюня 1860 года, можетъ быть и имѣли нѣкоторый смыслъ, въ виду того, что тогда слѣдствіе, произведенное судебнымъ слѣдователемъ, составляло вмѣстѣ съ тѣмъ и основаніе приговора суда; въ настоящее же время, когда всѣ доказательства, собранныя предварительнымъ слѣдствіемъ противъ обвиняемыхъ, провѣряются судомъ, въ присутствіи присяжныхъ засѣдателей и судей, едва-ли не слѣдуетъ пожелать устраненія нѣкоторыхъ излишнихъ формальностей, которыми обставлено предварительное слѣдствіе, а не жалѣть объ отмѣнѣ учрежденія депутатовъ и тому подобн.

Переходимъ къ другимъ частямъ возраженій г. К. К. по поводу «Наблюденій и замѣтокъ». Авторъ послѣдней статьи, говоря о личномъ составѣ слѣдователей въ провинціяхъ, замѣчаетъ между прочимъ, что слѣдственный персоналъ образовывался до сихъ поръ, по преимуществу, изъ кандидатовъ на судебныя должности, изъ канцелярскихъ должностей судебныхъ учреждений, т. е. изъ секретарей и ихъ помощниковъ; что быстрота передвиженія въ составѣ органовъ слѣдственного института, направленная къ переходу въ другія судебныя должности, сдѣлала доступъ въ званіе слѣдователей болѣе легкимъ даже и для такихъ лицъ, которыя, при нормальномъ ходѣ передвиженія и замѣщенія слѣдственныхъ должностей, лишены были бы этой возможности, что вслѣдствіе этого личный составъ слѣдователей въ провинціяхъ представляется въ настоящее время, по преимуществу молодежью, имѣющею за собою кратковременное прошлое въ званіи кандидатовъ на судебныя должности, секретарей и ихъ помощниковъ, и что вообще личный составъ слѣдственного института провинцій измелъчалъ по невозможности наполнять его болѣе зрѣлыми силами, какъ это требуется и по мысли законодателя, и по свойству самой слѣдственной дѣятельности. Но и при всемъ томъ, говорить далѣе г. К. А., личный составъ слѣдственныхъ органовъ въ провинціяхъ, дѣйствующихъ на основаніи уставовъ 20-го ноября 1864 года, вообще представляетъ собою вполне надежную силу, могущую вынести бремя трудной слѣдственной дѣятельности, если только сила эта разумно направляется и поддерживается. Г. К. К.,

усматривая въ этихъ положеніяхъ автора «Наблюденій и замѣтокъ» какъ бы противорѣчіе, замѣчаетъ, что онъ не понимаетъ какимъ образомъ, при существованіи упомянутыхъ условій относительно положенія личнаго состава судебныхъ слѣдователей, эти послѣдніе представляютъ собою вполнѣ надежную силу, какъ о томъ говоритъ г. К. А. При этомъ г. К. К., ссылаясь на практику наиболѣе развитыхъ законодательствъ и на требованіе науки, доказываетъ, что для успѣшнаго исполненія обязанностей слѣдователя необходимы, не только теоретическое школьное образованіе, но и зрѣлый умъ, житейская опытность и долгая судебная практика. Но развѣ противъ этого кто-нибудь спорить, развѣ и авторъ «Наблюденій и замѣтокъ» не говоритъ, что явленіе указаннаго стремленія провинціальныхъ слѣдователей къ переходу въ другія судебныя должности слишкомъ важно и вызываетъ «далеко не праздный вопросъ о томъ, что нужно для того, чтобы способствовать у насъ образованію солиднаго слѣдственнаго сословія, чтобы съ одной стороны, доступъ въ это званіе сдѣлался достояніемъ лицъ, достаточно подготовленныхъ къ этого рода дѣятельности, а съ другой — чтобы въ условіяхъ слѣдственной дѣятельности устранили все то, что вызываетъ въ органахъ взглядъ на свое служебное положеніе, какъ на переходное и лишь необходимое для дальнѣйшихъ передвиженій» («Суд. Журн.» 1873 г., кн. 5, стр. 6).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что для успѣшнаго отправленія слѣдственныхъ обязанностей необходимы, кромѣ теоретическаго образованія, зрѣлая подготовка и достаточная судебная практика, что не только существующій порядокъ назначенія въ должность судебныхъ слѣдователей, но и тотъ, который опредѣленъ уставами (202, 205 ст. учр. суд. уст.), не можетъ образовать солиднаго слѣдственнаго сословія; что наши судебные слѣдователи не обладаютъ тѣми качествами, которыя требуются отъ нихъ по ученію Фостенъ-Эли, мнѣніе коего приводитъ г. К. К. Но и при всемъ томъ мы согласны съ авторомъ «Наблюденій и замѣтокъ», что личный составъ слѣдственныхъ органовъ въ провинціяхъ представляетъ самъ по себѣ надлежащую силу, если только эта сила разумно регулируется и поддерживается. Мы здѣсь не видимъ никакого противорѣчія или особенной натяжки. Г. К. А. объясняетъ вѣдь, почему онъ считаетъ эту силу надежною: потому, что личный составъ провинціального слѣдственнаго института пополняется большей частью людьми, получившими высшее юридическое образованіе, а если нѣкоторые слѣдователи такого образованія и не получили, то они за то являются дѣятелями съ достаточнымъ запасомъ практической слѣдственной опытности.



Не будемъ говорить объ отдѣльныхъ личностяхъ, возьмемъ большинство провинціальныхъ слѣдователей, т. е. людей, получившихъ высшее юридическое образованіе. Чего же, спрашивается, недостаетъ имъ для того, чтобы олицетворить собою идеаль слѣдственныхъ дѣятелей? По мысли г. К. К., недостаетъ житейской опытности и достаточной судебной практики. Это совершенно вѣрно и этого не отрицаетъ и г. К. А., который поэтому-то и говоритъ, что какъ сила— слѣдственный персоналъ хорошъ, но сила эта нуждается и въ поддержкѣ и въ регулированіи, т. е. во всемъ томъ, что можетъ создать опытныхъ и зрѣлыхъ дѣятелей. Мы же, съ своей стороны, прибавимъ къ мыслямъ г. К. А., что дѣйствительно это сила крѣпкая, потому что она представляется людьми, получившими юридическое образованіе, слѣдовательно специально подготовленными къ своей дѣятельности, и притомъ людьми не вовсе уже лишенными практической подготовки. Дайте судебнымъ слѣдователямъ лучшее общественное положеніе, предоставьте имъ большія матеріальныя средства, направьте полицію и другіе вспомоществующіе органы слѣдственной дѣятельности къ дружному и единодушному осуществленію однихъ и тѣхъ же цѣлей— возможно полному раскрытію истины въ дѣлѣ изслѣдованія преступленій; уничтожьте индиферентизмъ общества, устраните причины, вызывающія въ слѣдователяхъ стремленіе къ перемѣщенію въ другія судебныя должности, и дайте имъ болѣе прочное служебное положеніе, такое, какое предполагалось по учрежд. судебн. устан., и едва ли тогда не явятся у насъ судебныя слѣдователи, обладающіе и житейскою опытностью и зрѣлою практическою судебною подготовкою. Но все это дѣло будущаго, а г. К. А. въ своихъ наблюденіяхъ говорить о настоящемъ и, по нашему мнѣнію, старается изыскать способы къ возможно болѣе успѣшному направленію слѣдственной дѣятельности, при существующемъ порядкѣ вещей и при имѣющихся уже средствахъ. Г. же К. К. въ своей статьѣ мечтаетъ, повидимому, объ идеалахъ и смотритъ вообще на вопросъ съ точки зрѣнія совершенно отвлеченной. Въ этомъ, кажется, главнымъ образомъ и заключается несогласіе въ мнѣніяхъ обоихъ авторовъ о нашихъ слѣдственныхъ дѣятеляхъ: они исходятъ въ своихъ изслѣдованіяхъ изъ разныхъ точекъ отправленій и оба, можетъ быть, правы.

Возражая далѣе противъ мнѣнія г. К. А. о томъ, что неудовлетворительное общественное положеніе провинціальныхъ слѣдователей, недостатокъ ихъ личнаго вліянія и авторитета—власти вызваны, между прочимъ, тою борьбою представителей судебного управленія съ административнымъ произволомъ, крѣпостническими тенденціями и неотжившими понятіями самого общества, которая замѣчалась на

первыхъ порахъ введенія судебной реформы въ провинціяхъ, — г. К. К. замѣчаетъ, что институтъ судебныхъ слѣдователей былъ призванъ къ жизни еще въ 1860 году, въ самый разгаръ крѣпостной борьбы, въ тотъ моментъ, когда бюрократизмъ проявлялъ самыя энергическія усилія къ сохраненію ускользавшаго отъ него вліянія, и однако тогда судебные слѣдователи успѣли не только выдѣлиться изъ круга уѣзднаго чиновничества, но и закрѣпить за собою нѣкоторую долю авторитетности и личнаго вліянія. Но что же хочеть доказать этимъ г. К. К.? То, что въ то время не происходило такой борьбы, о какой свидѣтельствуетъ г. К. А? Да это весьма понятно и объясняется не тѣми явленіями, въ которыхъ хочеть видѣть причину борьбы г. К. К. Весьма естественно, что при дѣйствіи закона 8 іюня 1860 года ни администраціи, ни уѣздному чиновничьему обществу, не представлялось никакого повода къ войнѣ съ судебными слѣдователями, такъ какъ послѣдніе были такими же органами административной власти, какими являлись и исправники, и мировые посредники, и самый судъ; они были представителями одного и того же лагеря, членами одной и той же административной семьи и уѣзднаго чиновничьяго общества. Вести въ то время войну съ слѣдователями значило бы тоже самое, что истязать частицы собственнаго тѣла. Положеніе же, о которомъ говоритъ г. К. А., совсѣмъ другое: здѣсь слѣдователи сдѣлались членами другой семьи, враждебной тенденціямъ административной власти, поэтому-то и борьба, происходящая въ центрахъ, должна была неминуемо отразиться и на младшихъ членахъ этой семьи. И это понятно: какъ органы новой судебной дѣятельности, — слѣдователи въ провинціи стали какъ бы чужестранцами: они уже изъ уѣздныхъ чиновниковъ, изъ членовъ одной административной семьи, обратились въ органъ новаго судебного міра, преслѣдующаго особыя цѣли и имѣющаго совершенно отдѣльную сферу дѣятельности. Центръ этого міра сосредоточивался тамъ, гдѣ находился окружный судъ, т. е. по преимуществу въ губернскомъ городѣ, и слѣдователямъ, единственнымъ представителямъ судебного вѣдомства въ уѣздахъ, пришлось бороться однимъ съ тѣми тенденціями провинціального общества, которыя не сочувствовали въ судебной реформѣ, явившейся, по мѣткому выраженію автора «Наблюденій и замѣтокъ», «со всеоружіемъ проведенія въ жизни началъ законности и равноправности».

Г. К. К. приписываетъ недостатокъ авторитета и личнаго вліянія слѣдователей въ провинціяхъ не столько факту этой борьбы, сколько послѣдовавшему вскорѣ послѣ введенія въ дѣйствіе судебной реформы «стремленію прокурорскаго надзора нѣкоторыхъ окружныхъ судовъ забрать въ свои руки направленіе предварительнаго слѣдствія,

для чего потребовалось и приобретение исключительного влияния на судебных следователей, которое не допускало бы ни оппозиции съ ихъ стороны, ни противовѣса со стороны судовъ». Мы высказали уже раньше нашъ взглядъ относительно этого предмета и потому не станемъ повторять опять тоже самое. Замѣтимъ только, что указанное стремленіе прокурорскаго надзора едва ли оказало исключительное или, по крайней мѣрѣ особенное влияние на упадокъ служебнаго авторитета следователей. Намъ кажется, что на первыхъ порахъ послѣдніе, напротивъ, нуждались въ поддержкѣ прокуратуры, такъ во 1-хъ они встрѣтили, вслѣдствіе описанныхъ г. К. А. явленій, противо-дѣйствіе со стороны всего того, что можетъ способствовать успѣху слѣдственной дѣятельности, и во 2-хъ окружный судъ порвалъ съ ними связь и не оказывалъ должнаго содѣйствія, въ чемъ никакъ нельзя винить прокуратуру. А г. К. А. удостовѣряетъ даже, что и прокурорскій надзоръ тогда не только не забиралъ, но даже упускалъ изъ своихъ рукъ то, что ему принадлежало и что составляло прямую его обязанность («Суд. Журн.» 1873 г., кн. 5 стр. 10). Въ настоящее время взаимныя отношенія органовъ судебной дѣятельности мало по малу выясняются и можно надѣяться, что скоро во всѣхъ округахъ прокуратура придетъ къ правильному взгляду на свои обязанности по отношенію къ следователямъ и предварительному слѣдствію.

Намъ остается сказать нѣсколько словъ по поводу заключеній г. К. К. противъ статьи г. К. А. относительно дѣятельности волостной и сельской полиціи. Оба автора согласны, повидимому, въ томъ, что участіе волостной и сельской полиціи въ производствѣ дознаній принесло бы значительную пользу дѣлу, что слѣдовало бы стараться вообще возможно чаще привлекать волостныхъ старшинъ и сельскихъ старостъ къ вспомоществующей дѣятельности по производству разслѣдованій, и что сельская полиція, по самой организаціи, какъ раздѣленная на мелкія единицы, связанная между собою іерархическою подчиненностію и дѣйствующія на незначительныхъ раіонахъ, поставлена въ болѣе тѣсныя отношенія къ населенію и потому носить въ себѣ самой большіе шансы на успѣхъ, нежели общая полиція въ уѣздахъ. Но г. К. А. говоритъ, что чины сельской полиціи въ провинціяхъ почти не участвуютъ въ дознаніяхъ и даже не развили въ себѣ сознанія о томъ, что къ прямымъ ихъ обязанностямъ принадлежитъ и изслѣдованіе преступленій; а г. К. К. ссылается на примѣръ петербургскаго округа и указываетъ на то, что ему самому случалось поручать дознанія волостнымъ старшинамъ и дознанія эти производились весьма тщательно. Здѣсь нѣтъ никакого несогласія между

обоими авторами, такъ какъ наблюденія ихъ черпались изъ разныхъ мѣстностей.

Мы, съ своей стороны, знаемъ не мало примѣровъ успѣшной дѣятельности старшинъ и въ тѣхъ провинціяхъ, которыя описываетъ и г. К. А. Но дѣло въ томъ, что въ провинціяхъ весьма мало можно встрѣтить волостныхъ старшинъ, не уклоняющихся отъ розыскной дѣятельности въ области изслѣдованія преступленій, а еще меньше найдется мировыхъ посредниковъ, которые бы взяли на себя трудъ разъясненія органамъ сельской полиціи ихъ прямыхъ обязанностей относительно этой дѣятельности и наставили бы ихъ въ законахъ; судебные же слѣдователи и лица прокурорскаго надзора почти лишены возможности личныхъ сношеній съ такими органами и могутъ оказывать лишь нѣкоторое вліяніе на ихъ дѣятельность посредствомъ переписки. Для усиленія въ органахъ сельской полиціи желанія помогать судебнымъ слѣдователямъ въ раскрытіи преступленій и для развитія въ нихъ способности къ розыскной дѣятельности необходимо прежде всего содѣйствіе мировыхъ посредниковъ, какъ ближайшаго ихъ начальства, а вмѣстѣ съ тѣмъ полезно бы было установить и какія нибудь поощренія для особенно отличившихся личностей. Въ настоящее же время желательно бы было, по крайней мѣрѣ, уничтожить то противодѣйствіе, которое замѣчается въ органахъ общей полиціи, преимущественно въ станovýchъ приставахъ, участію сельской полиціи въ производствѣ дознаній, и привлечь объ эти силы на помощь слѣдственной дѣятельности. Противодѣйствіе это дѣйствительно существуетъ, хотя и въ значительно меньшей степени, чѣмъ прежде, на первыхъ дняхъ введенія судебной реформы, и оно объясняется не только желаніемъ органовъ общей полиціи пользоваться плодами чужихъ рукъ, какъ говоритъ г. К. К., или опасеніемъ за уменьшеніе своего значенія и сокращеніе личнаго состава, что также вѣрно подмѣтилъ г. К. А., но и просто мелкимъ самолюбіемъ нашихъ станovýchъ приставовъ. Намъ нерѣдко приходилось бесѣдовать съ послѣдними въ первые годы послѣ введенія судебной реформы въ провинціяхъ харьковскаго округа и мы не разъ слышали отъ нихъ жалобы на то, что судебные уставы будто бы лишили ихъ какихъ-то правъ въ дѣлѣ разслѣдованія преступленій и сдѣлали изъ нихъ, наравнѣ съ органами волостной и сельской полиціи, лишь исполнительныхъ чиновниковъ какъ бы команды, находящейся въ распоряженіи судебныхъ слѣдователей. Случалось слышать прямо такія фразы: «не стоитъ особенно работать для слѣдователей, когда работа наша не видна; пусть сами возьмется», — и, не смотря ни на какія очевидныя доказательства, весьма трудно было убѣдить этихъ

людей, что, напротив, область ихъ правъ по части первоначальныхъ розысковъ, пожалуй, расширена уставами, такъ какъ органы полиціи не стѣснены никакими формальностями, а производятъ дознанія средствами, указанными въ 254 ст. уст. угол. судопр., и что они являются теперь ближайшими сотрудниками слѣдователей, а честь открытія истины во всякомъ дѣлѣ принадлежитъ обѣимъ сторонамъ. Относясь довольно равнодушно къ своимъ обязанностямъ по производству дознаній и исполняя эти обязанности кое-какъ, органы общей полиціи въ то же время хотѣли доказать, что безъ ихъ содѣйствія никакой судебный слѣдователь ничего не въ состояніи сдѣлать, что институтъ судебныхъ слѣдователей почти-что не нуженъ и что вся честь открытія преступленій принадлежитъ полиціи. На помощь судебнымъ слѣдователямъ могла явиться волостная или сельская полиція, но ее-то всевозможными средствами устраняла общая полиція, какъ изъ-за желанія поддержать свои планы, такъ и изъ простой зависти: сельская полиція поставлена въ лучшія условія, при большемъ развитіи ея дѣятельности она можетъ принести гораздо большую пользу слѣдователямъ и, пожалуй, сдѣлать не особенно ощутительнымъ недостатокъ содѣйствія общей полиціи. Но возможно ли, чтобы становой приставъ, этотъ «баринъ», какъ его называетъ мѣстное крестьянское населеніе, позволилъ старшинѣ или старостѣ, которые у него служатъ чуть ли не на побѣгушкахъ, исполнять ту же работу, какую исполняетъ онъ самъ, и при томъ исполнять если не лучше, то и не хуже. Какъ же тогда онъ поддержитъ свое значеніе въ станѣ? Нельзя допустить, съ точки зрѣнія приставовъ, даже непосредственныхъ сношеній сельской полиціи съ судебными слѣдователями, въ виду поддержанія собственной власти. И дѣйствительно, намъ самимъ приходилось слышать рассказы нѣкоторыхъ волостныхъ старшинъ, что они не могутъ передавать своихъ дознаній прямо судебному слѣдователю, потому что «баринъ» приказалъ доставлять все производство непременно къ нему, и слѣдователямъ стоило немалыхъ трудовъ убѣдить этихъ старшинъ, что подобное приказаніе не имѣетъ законнаго основанія, — а обязанность «барина» въ этихъ случаяхъ часто ограничивалась только передачею дознанія слѣдователямъ. Г. К. К. говоритъ, что становые пристава уничтожаютъ рапорты старшинъ и старостъ и выдаютъ ихъ работу за свою, но мы встрѣчали и такихъ, которые препровождали къ слѣдователямъ подлинныя дознанія сельской полиціи, не позволяя только послѣдней сноситься непосредственно съ слѣдователями. Г. К. А., указывая въ своей статьѣ на упомянутое направленіе общей полиціи противодѣйствовать дѣятельности органовъ сельской полиціи, говоритъ между прочимъ,

что такое направлѣніе поддерживается и въ сферѣ высшей мѣстной административной власти, а г. К. К. замѣчаетъ, что это прискорбное явленіе должно быть признано чисто мѣстнымъ. Намъ кажется, что слова г. К. А. невѣрно поняты: онъ не хотѣлъ, по всей вѣроятности, выразить, что мѣстная высшая административная власть раздѣляла и поощряла указанное направлѣніе общей полиціи, а желалъ, повидимому, сказать, что высшее начальство становыхъ приставовъ и исправниковъ, зная, можетъ быть, что въ средѣ общей полиціи существуетъ неправильный взглядъ на участіе сельской полиціи въ дѣлѣ изслѣдованія преступленій, не старалось на первыхъ порахъ искоренить насильственнымъ, такъ сказать, путемъ этотъ взглядъ, рассчитывая на то, что само время выяснитъ взаимныя отношенія вспомоществующихъ органовъ слѣдственной дѣятельности и приведетъ чиновъ общей полиціи къ болѣе правильнымъ убѣжденіямъ. Не надо забывать, что «Наблюденія и замѣтки» г. К. А. касаются первыхъ временъ дѣйствія судебныхъ уставовъ въ провинціяхъ, когда многое не было еще разъяснено и само судебное вѣдомство грѣшило подчасъ противъ администраціи, увлекшись дѣломъ проведенія въ жизнь началъ судебной реформы. Въ настоящее время страсти успѣли уже стихнуть, борьба отошла въ область прошедшаго и взаимныя отношенія различныхъ сферъ общественной дѣятельности мало по малу устанавливаются. Теперь падаетъ по немногу и убѣжденіе общей полиціи, направленное къ противодѣйствію дѣятельности сельской полиціи, а мѣстная высшая административная власть путемъ циркуляровъ старается, съ своей стороны, искоренить заблужденіе подвластныхъ ей чиновъ. Мы знаемъ, по крайней мѣрѣ, такіе циркуляры по Курской губерніи.

Н. В.

## КРИТИКА И БИБЛИОГРАФИЯ.

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

(Окончаніе \*).

Однимъ изъ спорныхъ до сихъ поръ вопросовъ въ наукѣ уголовного права, слѣдуетъ несомнѣнно признать вопросъ—о значеніи, содержаніи и границахъ необходимой обороны. На этотъ вопросъ въ польской литературѣ \*\*) обратилъ недавно вниманіе *Александръ Краугаръ* въ своемъ сочиненіи п. з. «*Ostanie Konięzności w prawie Karném*». Kraków. 1868 (О состояніи крайней необходимости въ уголовномъ правѣ. Краковъ. 1868).

Въ 1872 г. вышла новая монографія по этому предмету: «*O Konięznej obronie w prawie Karném puer Stanisława Jaszowskiego*». Warszawa. 1872. (*Станиславъ Яшовскій* О необходимой оборонѣ въ уголовномъ правѣ. Варшава. 1872). Содержаніе которой слѣдующее:

Сочиненіе Яшовскаго состоитъ изъ введенія и трехъ раздѣловъ.

Въ введеніи авторъ старается привести въ логическій порядокъ матеріалъ избраннаго вопроса и прежде всего говоритъ о методѣ изложенія. Онъ указываетъ, что вопросъ о необходимой оборонѣ слѣдуетъ разрабатывать по догматическому или философскому, историческому и сравнительному методу, имѣя всегда въ виду весьма богатую литературу этого предмета. Между этими методами онъ даетъ однако преимущество догматическому или философскому, но не упускаетъ изъ виду и остальныхъ. Порѣшивъ вопросъ о методѣ изложенія, Яшовскій разсматриваетъ далѣе содержаніе избраннаго предмета и, основываясь на его существѣ, дѣлитъ свое изложеніе на три раздѣла, а именно: 1) о правѣ необходимой обороны; 2) о состояніи необходимой обороны; 3) о необхо-

\*) См. «Суд. Журн.» кн. I.

\*\*) Прежде печаталъ по этому предмету свое сочиненіе *Заварезкій* п. з. *Konprawa o prawie wrasnej czyli koniecznej obrony*. Warszawa и Pijarów. 1815.

димой обороной (Правильнѣе сказать, объ исполненіи или границахъ необходимой обороны).

Затѣмъ во 2 § введенія, авторъ приводитъ литературу предмета, подраздѣливъ оную на монографіи, трактующія о необходимой оборонѣ, начиная съ сочиненія, *Just. Menius. Unterricht von der Nothwehr.* 1547,—и сочиненія объ уголовномъ правѣ вообще, начиная съ *Grollman Grundsätze der Criminalrechts wissenschaft.* 1805.

Въ первомъ раздѣлѣ, о правѣ необходимой обороны, Яшовскій сперва разсматриваетъ понятіе этого права въ историческомъ развитіи, въ особенности въ римскомъ, каноническомъ, древнепольскомъ, средневѣковомъ германскомъ и законодательствахъ XVIII столѣтія и взглядъ на этотъ предметъ ученыхъ, подвергая подробному разбору взглядъ *A. Geyer'a Die Lehre von der Nothwehr.* Jena 1857, который считаетъ необходимую оборону правонарушеніемъ, допускаемымъ закономъ положительнымъ и не подлежащимъ наказанію. Затѣмъ авторъ резюмируетъ взгляды философовъ и криминалистовъ нашего столѣтія на этотъ предметъ, и высказываетъ свой взглядъ, а именно: онъ считаетъ необходимую оборону правомъ, а также, согласно съ *Seegeromъ*, видомъ самопомощи, состоящей въ такомъ отношеніи къ исполнительной государственной власти, въ какомъ находится обычай къ закону положительному. По Яшовскому, необходимая оборона пополняетъ дѣятельность государства для обезпеченія права его гражданъ. Наконецъ, въ томъ же раздѣлѣ авторъ старается различить необходимую оборону отъ родственныхъ ей понятій, а именно: отъ состоянія крайнѣйшей необходимости, наказанія и мести.

Въ второмъ раздѣлѣ Яшовскій трактуетъ объ условіяхъ необходимой обороны и сперва исчисляетъ эти условія по требованіямъ различныхъ авторовъ, а затѣмъ высказываетъ свой взглядъ на этотъ вопросъ. По мнѣнію Яшовскаго, необходимая оборона обусловливается:

1) нападеніемъ, которое должно состоять въ положительномъ, настоящемъ и незаконномъ дѣяніи. Здѣсь авторъ разсматриваетъ значеніе *настоящаго* нападенія и указываетъ на отличительныя его черты отъ прошедшаго и будущаго, а затѣмъ подвергаетъ разбору вопроса: допускается ли необходимая оборона противъ лицъ, которымъ содѣянное не можетъ быть вѣнено въ вину и противъ чиновника? Разсмотрѣвъ мнѣнія ученыхъ по этимъ вопросамъ, Яшовскій рѣшаетъ первый положительно, второй на столько положительно, на сколько дѣяніе чиновника незаконно, т. е. на сколько чиновникъ превысилъ свою власть или, дѣйствуя, упустилъ формальности, предписанныя закономъ положительнымъ. Наконецъ авторъ старается рѣшить—лишается ли права необхо-



димой обороны тотъ, который вызвалъ нападеніе? и рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно.

2) Нарушеніемъ права, состоящаго во владѣніи лица, подлежащаго нападенію. По мнѣнію Яшовскаго, необходимая оборона служить для защиты всѣхъ правъ безъ исключенія: а такъ какъ въ исторіи и литературѣ онъ замѣчаетъ ограниченіе или отрицаніе необходимой обороны для защиты имущественныхъ правъ и чести, а также ограниченіе права защищать третьихъ лицъ, то эти три вопроса онъ подвергаетъ подробному разбору. Въ отношеніи каждаго изъ этихъ вопросовъ онъ приводитъ историческія замѣчанія и мнѣнія ученыхъ, отрицающихъ право необходимой обороны, а также допускающихъ оное, но съ различными ограниченіями и подвергаетъ ихъ выводы и заключенія критическому разбору.

3) Необходимостью, — которая, по мнѣнію автора, существуетъ тогда, когда нѣтъ другихъ средствъ защиты противъ нападенія, кромѣ употребленія необходимой обороны. Необходимость эта не совпадаетъ съ требованіемъ другихъ ученыхъ, чтобы нападеніе было неотвратимо государствомъ, такъ какъ кромѣ государственной помощи могутъ быть еще и другія средства противъ незаконнаго нападенія. Авторъ разсматриваетъ здѣсь еще вопросы: служить ли право необходимой обороны тому, кто могъ спастись отъ нападенія бѣгствомъ, или кто могъ удалиться съ мѣста, на которомъ оно угрожало, или кто могъ заблаговременно обратиться къ защитѣ законныхъ властей?

Наконецъ третій и послѣдній раздѣлъ своего сочиненія Яшовскій посвящаетъ исполненію необходимой обороны», а именно онъ говоритъ: о предѣлахъ необходимой обороны, о превышеніи предѣловъ необходимой обороны (*Excess der Nothwehr*), объ обязанности довести до свѣдѣнія власти объ употребленіи въ данномъ случаѣ необходимой обороны и заключаетъ свою книгу краткимъ замѣчаніемъ о доказательствѣ необходимой обороны.

Вообще о сочиненіи Яшовскаго мы можемъ сказать, что авторъ принадлежитъ къ защитникамъ необходимой обороны, какъ права, служащаго каждому гражданину для защиты противъ всякаго правонарушенія, и что трудолюбивая работа его не отличается ни особенно важными научными результатами, ни ясностью изложенія, хотя съ другой стороны нельзя отрицать, что книга эта можетъ быть прочитана изучающимъ этотъ важный вопросъ уголовного права не безъ пользы.

Извѣстный своими учеными трудами *Ромульдъ Губе* принялъ печатать: «Исторію славянскихъ уголовныхъ законодательствъ»; еще въ 1870 г. началъ этотъ громадный трудъ съ первой части перваго тома, объемлющаго «Исторію русскаго уголовного права разработаннаго по источникамъ, съ древнѣйшихъ временъ до

царствованія императора Николая I-го». Вторая часть перваго тома «Исторіи русскаго уголовного права» (*Historya prawa Karnego ruskiego, ze źródel opracował Romuald Hube. Panowanie Cesarza Mikolaja I-go i Aleksandra II go. Warszawa. 1872*) вышла въ 1872 г. Почтенный авторъ, въ этой послѣдней части, рассмотрѣлъ законодательные памятники, касающіеся уголовного права, начиная со вступленія на престолъ императора Николая I-го до новѣйшихъ временъ, до 1870 г., въ хронологическомъ порядкѣ.

Въ первомъ отдѣлѣ этой части, объемлющемъ царствованіе императора Николая I-го, особенно важно изложеніе приготовительныхъ работъ, разработки проектовъ и окончательнаго утвержденія Свода законовъ (который авторъ называетъ Дигестами) 1832 г. и уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ 1845 г. Авторъ, познакомившійся съ разрѣшенія Его Императорскаго Величества съ архивами государственнаго совѣта и II отдѣленія собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи, хотя въ самомъ краткомъ очеркѣ, указалъ однако на главныхъ дѣателей въ этихъ кодификаціонныхъ работахъ и далъ возможность, на основаніи сообщенныхъ подробностей, составить себѣ общую характеристику ихъ дѣятельности и направленій, подъ вліяніемъ которыхъ сложились эти законодательные памятники. Сравнивъ затѣмъ Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ 1845 г. со Сводомъ Законовъ, и указавъ на постановленія, отмѣняющія опредѣленія уложенія, изданныя до вступленія на престолъ Императора Александра II-го, авторъ второй отдѣлъ посвящаетъ изложенію законодательныхъ памятниковъ по уголовному праву, изданныхъ въ царствованіе Императора Александра II до 1870 г. Объяснивъ причины, вызвавшія второе изданіе свода законовъ въ 1857 г., авторъ подробно излагаетъ происхожденіе указа 17-го апрѣля 1863 года по вопросу объ отмѣнѣ тѣлесныхъ наказаній, и затѣмъ разсматриваетъ уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями 1864 г.

Р. Губе замѣчаетъ, что уже при составленіи перваго изданія Свода законовъ 1832 г., много постановленій административно-и полицейско-уголовныхъ не вошло въ составъ XV тома Свода законовъ, и что слѣдуетъ думать, хотя это нигдѣ не выражено ясно, что уже тогда предполагалось выдѣлить всѣ постановленія этого рода изъ системы уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ (стр. 13). Стремленіе это становится нагляднымъ съ 1839 г. (стр. 33) и имѣлось въ виду при составленіи уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ 1845 г. (стр. 49); но только въ 1864 г. стремленіе это осуществилось въ уставѣ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, вслѣдствіе чего, при согласованіи этого устава съ уложеніемъ о наказаніяхъ, изъ изданія послѣдняго въ 1857 г. исключено 583 статьи (стр. 129),

такъ что изданіе уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ 1866 г. содержитъ въ себѣ только 1711 статей.

Въ заключеніи этого отдѣла, авторъ указываетъ на новыя постановленія, вошедшія въ области уголовного права съ 1866 г. до конца 1870 г., отмѣняющія опредѣленія уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ и устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями; признавая же учрежденіе кассационныхъ департаментовъ правительствующаго сената вопросомъ первостепенной важности, онъ сопоставляетъ самыя важныя, по его мнѣнію, положенія, высказанныя кассационнымъ департаментомъ сената до конца 1870 года.

Въ III отдѣлѣ своего сочиненія, Ромуальдъ Губе сравниваетъ историческое развитіе русскаго уголовного права, съ развитіемъ онаго въ другихъ европейскихъ законодательствахъ. Окончательные выводы этого сравненія очень важны и хотя они не составляютъ новости для ознакомленныхъ съ историческимъ развитіемъ русскаго законодательства, тѣмъ не менѣе, изложенные наглядно, принесутъ не маловажную пользу для сравнительнаго изученія исторіи и вообще русскаго права и откроютъ для западныхъ ученыхъ новый источникъ, происходящій отъ весьма уважаемаго ими автора, къ усвоенію себѣ правильного взгляда на юридическое развитіе русскаго народа. Эти выводы автора слѣдующіе:

Уголовное право всѣхъ европейскихъ народовъ развивалось съ самаго начала до настоящаго времени однообразно.

Всѣ европейскіе народы выработали однообразныя понятія о преступленіи и наказаніи въ главныхъ эпохахъ развитія этихъ понятій, и переходъ отъ одного понятія къ другому былъ вызванъ тѣми же общественными условіями, нравственными побужденіями и цивилизаціоннымъ вліяніемъ.

Въ подробностяхъ одинъ народъ разработалъ отдѣльные вопросы тщательнѣе и до тонкостей, тогда какъ другой довольствовался болѣе общими, не столь изысканными опредѣленіями, но начала, которыя были осуществлены всѣми европейскими народами, тождественны.

Русское законодательство опередило всѣ европейскія въ замѣнѣ смертной казни лишеніемъ свободы, каторжными работами, и доселѣ еще становится образцовымъ для многихъ законодательствъ, не рѣшившихся еще отмѣнить окончательно этотъ средневѣковой, варварскій, несогласный съ новою цивилизаціею родъ наказанія.

Съ указа 17 апрѣля 1863 г. русское уголовное право, въ отношеніи тѣлесныхъ наказаній, достигло той степени развитія, на которой стоятъ законодательства первенствующихъ народовъ Европы.

О достоинствахъ разсматриваемаго нами сочиненія Ромуальда

Губе говорить нечего. Имя автора, известнаго своими долготными законодательными и учеными трудами, слишком знакомо нашимъ и чужестраннымъ юристамъ, чтобы достоинство этого сочиненія разматривать въ нашей замѣткѣ. Прибавимъ только, что по дошедшимъ до насъ свѣдѣнiямъ, почтенный авторъ не расстался съ мыслью разработать исторiю славянскихъ уголовныхъ законодательствъ, и что въ продолженiи этого громаднаго труда незадолго будетъ напечатана первая часть перваго тома, объемлющаго исторiю польскаго уголовного права.

По международному уголовному праву вышло сочиненiе *Romana Buczynskiego*. О *jurysdykcji karnej w stosunkach między narodowych*. Warszawa. 1872 (*Романъ Бучинскiй*. Объ уголовной юрисдикци въ международныхъ отношенiяхъ. Варшава. 1872).

Въ предисловiи авторъ объясняетъ, что онъ намѣренъ дать читателю только компиляцiю, систематическое сопоставленiе всего материала, касающагося международного уголовного права; что этотъ трудъ его подлежалъ уже разбору ученыхъ \*); что возраженiя, ими сдѣланныя, не убѣдили его въ необходимости вполне переработать эту книгу; что онъ однако исправилъ свое изложенiе въ нѣкоторыхъ отношенiяхъ; и наконецъ, что онъ, не смотря на нѣкоторые недостатки этой системы, раздѣлилъ свое сочиненiе на двѣ части, и въ первой изложилъ главные начала международного уголовного права по дѣйствующимъ законодательствамъ и по наукѣ, а во второй свои личные взгляды на болѣе важные и спорные вопросы.

Въ первой части, замѣтивъ, что въ международныхъ гражданскихъ отношенiяхъ примѣняется преимущественно личное начало (*status personalis*), и что основанiемъ примѣненiя законовъ уголовныхъ и полицейскихъ признается территориальное начало, авторъ сперва указываетъ на исключенiя отъ этого общаго начала, а именно: на внѣземельность (*extritorialité*), наказуемость преступленiй, совершенныхъ на корабляхъ въ открытомъ морѣ, преслѣдованiе морскихъ разбойниковъ и юрисдикцию консуловъ на востокѣ, а затѣмъ переходитъ къ разсмотрѣнiю слѣдующихъ главныхъ вопросовъ:

§ 1. Объ объемѣ уголовной юрисдикци государства (*Umfang der Strafrechtspflege*).

§ 2. О наказуемости преступленiй, совершенныхъ:

а) внѣ территорiи государства;

б) противъ чужестраннаго государства и его гражданъ.

§ 3. О выдачѣ преступниковъ (*extraditio, deditio*).

§ 4. О правѣ убѣжища (*jus asyli*).

\*) Сочиненiе это было представлено авторомъ юридическому факультету императорскаго варшавскаго университета *pro venia legendi*.

Вторую часть своего сочинения авторъ дѣлитъ совершенно тождественно съ первою и подѣ соотвѣтственными параграфами разсматриваетъ и разрѣшаетъ болѣе важные и спорные частные вопросы, на основаніи положительнаго и литературнаго матеріала, сопоставленнаго въ первой части сочиненія.

Въ первыхъ двухъ параграфахъ авторъ разсматриваетъ основанія наказуемости преступленій, совершенныхъ за границу или противъ чужестраннаго государства и его подданныхъ и взгляды науки на этотъ вопросъ. Указавъ на три главныя системы разрѣшенія этого вопроса, а именно: территоріальную, космополитическую и смѣшанную, авторъ подвергаетъ критикѣ послѣднія двѣ, и объявляетъ себя защитникомъ территоріальной системы, хотя онъ и признаетъ необходимость нѣкоторыхъ исключеній.

Въ 3 § Бучинскій разсматриваетъ вопросъ о выдачѣ преступниковъ (extraditio), и сообщивъ историческія свѣдѣнія по этому предмету, подвергаетъ разбору основанія выдачи преступниковъ, условія, при существованіи которыхъ выдача должна происходить, и форма, въ которыхъ она осуществляется. По мнѣнію автора, выдача преступниковъ можетъ имѣть только одно основаніе, а именно—трактатъ.

Въ 4 § Бучинскій излагаетъ историческій очеркъ, положенія новѣйшихъ законодательствъ и взгляды науки на право убѣжища, jus asylii и защищаетъ безусловное представленіе убѣжища заграничнымъ преступникамъ.

Рѣдко приходится встрѣтить сочиненіе, въ которое бы авторъ положилъ столько добросовѣтнаго труда, сколько употребилъ онаго Бучинскій для составленія названной книги. Всѣ вопросы, подлежащіе его разбору, разработаны всесторонне. И историческіе очерки, и постановленія европейскихъ положительныхъ законодательствъ, и самое подробное изложеніе взглядовъ ученыхъ— все это находится въ книгѣ; нельзя сказать, чтобы въ ней недоставало и личныхъ взглядовъ автора. Изложеніе чужихъ мнѣній вообще вѣрно, указанія на источники весьма обильны, предметъ и въ теоретическомъ и практическомъ отношеніи очень важный и интересный; а между тѣмъ стоитъ не малаго труда прочесть это сочиненіе, и преодоливъ различныя трудности и очень частыя повторенія и добившись наконецъ до послѣдней страницы, приходится спросить, отчего отъ прочтенія этой книги такъ мало пользы, а чувствуется неимоверная усталость? Отвѣтъ на это очень простой. Если при разработкѣ авторъ принимаетъ ложную систему изложенія, то и книга его теряетъ почти всѣ свои достоинства и значеніе. Бучинскій, какъ мы замѣтили, раздѣлилъ свое сочиненіе на двѣ части и представилъ въ первой сырой матеріалъ, довольно систематическія выписки изъ сочиненій, во второй предпринялъ разрѣшить болѣе важные и спорные вопросы по избранному имъ пред-

мету. Это дѣленіе и вызываетъ затрудненія для читателя, который истощитъ свое вниманіе прежде, чѣмъ онъ въ состояніи открыть путеводящую мысль автора. Чтеніе облегчается значительно, если устранить это искусственное, неестественное дѣленіе автора, и сопоставлять сразу соотвѣтственно параграфы обѣихъ частей сочиненія. Во всякомъ, однако, случаѣ изложеніе въ содержаніи книги чрезмѣрнаго количества выписокъ вызываетъ постоянныя повторенія и принуждаетъ изучать книгу, а не читать оную, такъ что ее можно считать доступною только для лицъ, привыкшихъ къ научному труду, къ чтенію сочиненій большинства нѣмецкихъ ученыхъ первыхъ десятилѣтій текущаго столѣтія. Дѣленіе это смутило и самаго автора неоднократно, который, можно сказать, иногда невольно противорѣчитъ себѣ въ обѣихъ частяхъ своего сочиненія. Было-бы желательно, чтобы авторъ приготовилъ второе изданіе своей книги, обращая особенное вниманіе на то, чтобы сдѣлать оную доступною для читателя, облегчить его трудъ, чего онъ достигнетъ устраненіемъ этого искусственнаго дѣленія на двѣ части и устраненіемъ множества лишнихъ выписокъ изъ текста книги, перенося оныя въ прибавленія или даже просто въ выноски.

Указъ 21-го декабря 1866 г. объ исправительныхъ пріютахъ открылъ для общественной дѣятельности новое поприще и вызвалъ нѣсколько обществъ, которыя поставили себѣ задачею содѣйствовать нравственному исправленію несовершеннолѣтнихъ, приговоренныхъ къ наказанію, или же лишенныхъ опеки и правильнаго воспитанія. Къ числу этихъ обществъ принадлежитъ и варшавское общество земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ, уставъ котораго утвержденъ въ 20 день февраля 1871 г.

Стремленіе къ нравственному исправленію малолѣтнихъ въ Царствѣ Польскомъ не новое. Еще на основаніи постановленія административнаго совѣта Царства Польскаго 20 января 1829 г., графъ Фр. Скарбекъ основалъ общество попеченія о нравственно-испорченныхъ дѣтяхъ, которое съ 1-го октября 1830 г. открыло въ Варшавѣ институтъ для дѣтей, оставшихся безъ нравственнаго попеченія, который до сихъ поръ существуетъ въ Мокотовѣ подъ названіемъ *Instytut moralnie zaniedbanych dzieci* \*). О малолѣтнихъ другихъ категорій, нуждающихся въ попеченіи и правильномъ воспитаніи, заботятся кромѣ того заведенія различныхъ наименованій, существующія въ Царствѣ Польскомъ. Не смотря однако на то, для общества земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ осталась еще очень обширная сфера дѣятельности, а именно:

\*) Срав. нашу статью п. з. «Варшавское общество земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ», въ «Судебномъ Вѣстникѣ» 1873 г. № 6.

- 1) малолѣтніе преступники, приговоренные судами къ наказанію;
- 2) несовершеннолѣтніе, подвергнушіеся за упорное неповиновеніе родительской власти, развратную жизнь и другіе явные пороки по требованію родителей, заключенію въ смиренный домъ;
- 3) малолѣтніе, учинившіе преступленіе безъ разумія и вслѣдствіе того освобожденные отъ наказанія, но отдаваемые родителямъ или благонадежнымъ родственникамъ для строгаго надъ ними присмотра, исправленія и наставленія, между прочимъ и чрезъ духовника ихъ или другаго священнослужителя (ст. 144 ул. о нак. угол. и испр. 1847 г.).

4) несовершеннолѣтніе нищіе и бродяги, не имѣющіе пріюта. Правда, несовершеннолѣтніе послѣдней категоріи находятся уже подъ покровительствомъ моковтоскаго института и другихъ заведеній, но все-таки остается еще очень много такихъ малолѣтнихъ безъ пріюта, лишенныхъ правильнаго воспитанія. Въ такихъ обстоятельствахъ, естественно, что общество земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ пріобрѣло довольно общую извѣстность и симпатію у мѣстныхъ жителей, и что собраніе необходимыхъ для осуществленія задачъ общества матеріальныхъ средствъ идетъ, хотя медленно, но довольно успѣшно. Но для достиженія этого необходимо было болѣе точно разработать и изяснить задачу этого общества и по возможности всесторонне познакомить публику съ этимъ вопросомъ. Для удовлетворенія этой потребности съ 1871 г. явился рядъ публичныхъ лекцій, статей и брошюръ, посвященныхъ этому предмету. Объ одной изъ такихъ книгъ мы упоминали уже въ нашемъ «Обзрѣніи польской юридической литературы за 1871 г.» \*). Изъ напечатанныхъ въ 1872 г. болѣе важныя слѣдующія суть:

*Strasburger.* Zakrady poprawy dla moralnie zaniedbanych dziec u Anglii. Gazeta Warszawska. 1872. №№ 229, 230, 231 i dodatek do № 232. (*Страсбургеръ.* Заведенія для исправленія нравственно-испорченныхъ дѣтей въ Англіи), въ которой авторъ разсказываетъ свои личныя наблюденія, сдѣланныя въ англійскихъ заведеніяхъ для нравственно-испорченныхъ дѣтей.

*Ehrenfeucht.* Skrice spoleczne. Warszawa. 1872. стр. 66 и слѣд.

Протоколы правленія общества земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ, печатанные въ «Gazeta Polska» 1872. №№ 257, 263, 281 и затѣмъ въ продолженіи слѣдующаго 1873 года, перепечатанные въ другихъ періодическихъ изданіяхъ, и содержащія въ себѣ мотивированныя опредѣленія правленія общества, касающіяся всѣхъ болѣе важныхъ вопросовъ устройства предполагаемой колоніи для малолѣтнихъ преступниковъ. Разработка эта

\*) См. «Судебный Журналъ» 1873 г. кн. I, стр. 11.

предпринята была правленіемъ съ цѣлью приготовленія матеріаловъ для возможно лучшаго составленія проекта устава для предполагаемой земледѣльческо-ремесленной колоніи Студенець. Результаты этой разработки печатались потому, чтобы дать возможность всѣмъ интересующимся этимъ вопросомъ, дѣлать свои замѣчанія и содѣйствовать правленію обществу земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ къ возможно точному исполненію лежащей на немъ обязанности.

Rocznik Towarzystwa osad rolnych i pnyturkow rzemieslnicznych. 1872. Warszawa. 1872. (Ежегодникъ Общества земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ 1872 г.), въ которомъ кромѣ вступительной рѣчи и заключительнаго слова товарища председателя комитета общества земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ дѣйствительнаго статскаго совѣтника І. Вечерковскаго, отчета комитета и правленія общества за 1871 и начало 1872 г.; отчета комиссіи, назначенной комитетомъ общества, который возложилъ на нее обязанность обозначить болѣе точно будущую дѣятельность общества; отчета комиссіи, назначенной тѣмъ же комитетомъ, для разсмотрѣнія юридическихъ отношеній общества, и выработанія соотвѣтственнаго проекта на основаніи дѣйствующихъ въ Царствѣ Польскомъ законоположеній; писемъ; секретаря петербургскаго общества земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ — Рогозина, директора заведенія Ruysselede, Verpeem u Winghamè—Полля, директора колоніи въ Metrayde Метца, содержащихъ ихъ мнѣнія о вопросахъ, касающихся устройства земледѣльческо-ремесленной колоніи для малолѣтнихъ преступниковъ въ Царствѣ Польскомъ, и списковъ членовъ комитета, правленія и почетныхъ членовъ варшавскаго общества земледѣльческихъ колоній, — напечатана статья: *A. Moldenhawera. Rys historyczny instytucji bla nieletnich przestepcow, zebrakow, oras wlocregow sa granica i w tutejszym Kraju* (*А. Мольденгаверъ. Историческій очеркъ исправительныхъ заведеній для малолѣтнихъ преступниковъ, нищихъ и бродягъ за границую и въ здѣшнемъ краѣ*). Въ этой статьѣ А. Мольденгаверъ, изучившій до мельчайшихъ подробностей вопросъ о земледѣльческихъ колоніяхъ и ремесленныхъ пріютахъ, помѣстилъ бѣглый очеркъ развитія этого предмета въ Европѣ и Америкѣ и, указавъ на основанія, вызывающія необходимость общественной дѣятельности на этомъ поприще, приглашаетъ мѣстныхъ жителей къ содѣйствію дѣтямъ общества земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ.

*A. Moldenhawer. O zakladach karnych dla nieletnich przestepcow i dzieci potrzebujacych opieki. Czescé II Prieglád Sadowy. 1872. XVII. 233—281.* (*А. Мольденгаверъ. О заведеніяхъ для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ и безпріютныхъ дѣтей, часть 2*). О первой части этого труда мы дали отчетъ въ «Обозрѣніи польской



юридической литературы за 1871 г. \*)). Въ подлежащей второй части, авторъ характеризуетъ три главныя системы содержанія и воспитанія малолѣтнихъ, а именно: основанную на семейномъ началѣ—метрейскую, основанную на системѣ наградъ (Classen und Marken system), ирландскую, и совмѣстнаго содержанія—бельгійскую. Для нагляднаго представленія различій этихъ системъ, А. Мольденгаверъ подробно описываетъ порядокъ содержанія и воспитанія малолѣтнихъ въ Mettray, далѣе Raucheslaus близъ Гамбурга, Niberländisch Mettray, Redhill въ нѣсколькихъ миляхъ, отъ Лондона; обозначаетъ общую характеристику и главныя начала ирландской системы по сочиненію *Monahan'a* (Transactions 1861. The protestant reformatory schools of Irland); и затѣмъ помѣщаетъ подробный разсказъ о колоніяхъ Ruysselede, Berneem и Winghène, St. Hubert, и моковтскомъ институтѣ близъ Варшавы, которые въ послѣднее время онъ посѣщалъ и тщательно изучалъ.

Трудъ этотъ, результатъ нагляднаго, личнаго, и основательнаго изученія авторомъ упомянутыхъ заведеній, отличается многими достоинствами и можетъ служить очень полезнымъ руководствомъ для желающаго познакомиться съ этимъ вопросомъ въ общихъ чертахъ.

Наконецъ, слѣдуетъ еще, ради полноты, упомянуть о изданной нами книгѣ *Walenty Miklaszewski. O maloletnich przestępcach oraz Towarzystwie osad rolnych i pnyssulkow rzemiślniczych. Skrie Ogolny. Warszawa. 1872. (Валентій Миклашевскій. О несовершеннолѣтнихъ преступникахъ и обществѣ земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ)*. Въ этой книгѣ, охарактеризовавъ въ общихъ чертахъ различныя категоріи несовершеннолѣтнихъ, нуждающихся въ попеченіи, и разрѣшивъ вопросъ о правѣ, и обязанности общества, въ однихъ случаяхъ содѣйствовать въ различной степени воспитанію малолѣтнихъ, а въ другихъ, крайнихъ даже принять на себя попеченіе о несовершеннолѣтнихъ для правильнаго воспитанія оныхъ и пріученія къ трудовой жизни,—представивъ мотивы, оправдывающіе необходимость попеченія о малолѣтнихъ преступникахъ со стороны благоустроеннаго общества,—авторъ задается вопросомъ—можетъ ли малолѣтній быть преступникомъ? Для разрѣшенія этого вопроса, авторъ разсматриваетъ физіологическія, психологическія и педагогическія свойства четырехъ возрастовъ несовершеннолѣтія, а именно: младенчества дѣтства, отрочества и юности, и старается разрѣшить, на основаніи представленныхъ данныхъ, на сколько несовершеннолѣтніе каждаго возраста могутъ подвергаться наказаніямъ за содѣянные ими преступленія. Затѣмъ авторъ приводитъ и толкуетъ опредѣленія уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ 1847 г.

и позднѣйшихъ постановленій, касающихся уголовной отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ, представляетъ результаты примѣненія оныхъ на основаніи тщательно разработанныхъ статистическихъ данныхъ за 1865—1870 г., и объясняетъ главнѣйшія причины, вызывающія каждый родъ преступленій. Изъ этой разработки оказывается, что въ продолженіи шести лѣтъ (1865—1870 г.) въ Царствѣ Польскомъ несовершеннолѣтнихъ, приговоренныхъ къ наказаніямъ, было: съ 10—14 лѣтняго возраста—400; съ 14—21 л. отъ роду—4,466, итого 4,866; т. е. среднимъ числомъ 811 несовершеннолѣтнихъ въ годъ. Далѣе авторъ переходитъ къ разсмотрѣнію исполненія наказаній, къ которымъ приговариваются несовершеннолѣтніе и здѣсь упоминаетъ о институтѣ для нравственно-испорченныхъ дѣтей въ Мокотовѣ (*Institut moralnie zaniebanuch dzieci w Mokotowie*), предлагая подчинить оный обществу земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ, дѣлаетъ замѣчанія о заключеніи въ монастырь, которое въ Царствѣ Польскомъ не было примѣнено на практикѣ, и наконецъ о заключеніи въ тюрьмѣ. Въ послѣднемъ отношеніи, указавъ на устройство тюремныхъ школъ для малолѣтнихъ преступниковъ и, на заслуги по этому предмету надзирателя варшавской главной тюрьмы Ф. Матерницкаго, авторъ приходитъ къ заключенію, что исполненіе наказанія надъ малолѣтними преступниками въ нашихъ тюрьмахъ далеко еще не удовлетворяетъ потребностямъ.

Разработавъ вопросъ о несовершеннолѣтнихъ преступникахъ, авторъ привѣтствуетъ новое общество земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ и охарактеризовавъ задачи и цѣли онаго, приходитъ къ слѣдующимъ заключеніямъ, которыя онъ мотивируетъ подробно:

Съ открытія земледѣльческо-ремесленной колоніи для малолѣтнихъ преступниковъ правильное устройство тюремныхъ отдѣленій для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ становится настоятельною потребностью.

Въ земледѣльческо-ремесленную колонію можно принимать малолѣтнихъ не моложе 10 и не старше 15 или 16 лѣтъ отъ роду.

Съ точки зрѣнія осуществленія задачъ заведенія, нѣтъ препятствій къ тому, чтобы принимать въ колонію малолѣтнихъ до 14 лѣтъ отъ роду, хотя-бы приговоренныхъ къ самымъ тяжелымъ наказаніямъ (ст. 145 уложен. о нак. 1847).

Первоначально, до совершеннаго устройства колоніи не слѣдовало-бы принимать въ оную малолѣтнихъ рецидивистовъ.

Тѣхъ изъ малолѣтнихъ преступниковъ, которыхъ нельзя задержать въ колоніи по крайнѣй мѣрѣ въ продолженіи двухъ лѣтъ, слѣдуетъ лишить права быть принятыми въ земледѣльческо-ремесленную колонію.

Для осуществленія главной цѣли заведенія необходимо, чтобы

воспитанники земледѣльческо-ремесленной колоніи могли получать условное освобожденіе, и чтобы и послѣ увольненія изъ колоніи состояли подъ замѣняющимъ полицейскій надзоръ покровительствомъ общества.

Для правильнаго развитія дѣятельности общества земледѣльческихъ колоній и ремесленныхъ пріютовъ, и самой земледѣльческо-ремесленной колоніи для малолѣтнихъ преступниковъ необходимо исходатайствовать разрѣшеніе вопроса о томъ, какіе малолѣтніе и въ какомъ порядкѣ должны быть переводимы въ колонію, не въ административномъ, но въ законодательномъ порядкѣ.

Малолѣтніе, освобожденные отъ наказанія потому, что они дѣйствовали безъ разумѣнія, а также малолѣтніе нищіе и бродяги, не имѣющіе пріюта, должны быть воспитываемы въ отдѣльныхъ земледѣльческихъ колоніяхъ или ремесленныхъ пріютахъ, основанныхъ на другихъ началахъ, чѣмъ земледѣльческо-ремесленная колонія для малолѣтнихъ преступниковъ.

Далѣе авторъ приводитъ причины, вызывающія преступныя дѣйствія малолѣтнихъ, указываетъ главныя основанія воспитыванія малолѣтнихъ преступниковъ, принимаемыхъ въ предполагаемую колонію, и наконецъ сопоставляетъ числовыя данныя издержекъ по основанію и содержанію земледѣльческо-ремесленной колоніи для 150—200 малолѣтнихъ преступниковъ и указываетъ на источники доходовъ, опредѣленные уставомъ общества. По этому приблизительному исчисленію, основаніе земледѣльческо-ремесленной колоніи обойдется, по крайнѣй мѣрѣ, въ 40,000 р. \*), разумѣется, не считая земли и труда воспитанниковъ; а содержаніе колоніи, по крайней мѣрѣ, въ 15,000 р. въ годъ, кромѣ сырыхъ продуктовъ, произведенныхъ въ колоніи.

По судебной медицинѣ профессоръ судебной медицины краковскаго университета *д-ръ Блюменштокъ* напечаталъ:

*Dr. Blumensztock.* Kilka wypadków dochodzenia stanu umysłowego. Lwow. 1872 (Нѣсколько случаевъ освидѣтельствованія умственныхъ способностей). Между прочимъ авторъ приводитъ здѣсь одинъ весьма любопытный и рѣдкій случай экспертизы объ умственныхъ способностяхъ глухонѣмого, убившаго своего родного брата тоже глухонѣмого, безъ всякой, кажется, причины, которая бы объясняла его дѣйствіе.

*Dr. Blumensztock.* Uwagi sadowo-lekarskie o zacradreniu. Rzecz czytana na posiedzeniu Towarzystwa lekarskiego krakowskiego w d. 16 styesnia 1872. Kraków. 1872 (Судебно-медицинскія

---

\*) Авторъ предполагалъ строить деревянные двухъ-этажные домаки, такъ чтобы въ первомъ этажѣ была мастерская, а во второмъ спальня малолѣтнихъ. Въ земледѣльческо-ремесленной колоніи Студенецъ, варшавское общество начинаетъ строить двухъ-этажные каменные домаки, которые обойдутся обществу почти въ 5.000 р. каждый. Разумѣется, что и основаніе колоніи обойдется почти въ трое дороже.

замѣчанія объ угорѣннѣ. Рѣчь, произнесенная въ засѣданіи краковскаго медицинскаго общества въ 16 день января 1872 г.)

*Dr. Blumensztoł.* Oneglad krytyesny prac sądowo-lekarskich, ogłoszonych w 1871 r. Lwow. 1872 (Критическое обозрѣніе трудовъ, по судебной медицинѣ, напечатанныхъ въ 1871 г.),—въ которомъ авторъ систематически, подъ отдѣльными рубриками, сопоставляетъ всѣ новыя приобрѣтенія науки по предмету судебной медицины.

*Dr. Mierzejewski Wladislaw.* Badania nad blona driewicza dokonane, material do rozstnygnięcia kwestyj sądowo-lekarskich o z'gwalceniu, z 40 rysunkami, pomieszewnymi na dwóch chromolitografowanych tablicach. podał *Tadeusz Zlobikowski.* Warszawa. 1872 (Д-ръ *Мержеевскій Владиславъ.* Изслѣдованія о дѣвственной плевѣ. Матеріаль для разрѣшенія судебно-медицинскихъ вопросовъ объ изнасилованіи. Изложилъ *Т. Жлобиковскій.*) Сочиненіе это принадлежитъ къ самымъ важнымъ приобрѣтеніямъ науки судебной медицины въ последнее время, и поэтому нельзя не быть благодарнымъ д-ру Жлобиковскому, который присвоилъ оно польской литературѣ.

Между изданіями по другимъ частямъ законовѣдѣнія мы считаемъ необходимымъ упомянуть здѣсь о слѣдующихъ сочиненіяхъ:

*Dr. Ignacy Czermersynski.* Powszechnie prawo prywatne austriackie, dla wiytku dooorsenego, na wrór Ellingera ulozone. Lwow. 1872 (Д-ръ *Игнатій Гемержинскій.* Общее австрійское гражданское право).

*Dr. Em. Till.* O podmiocie praw i prawach bez podmiotu. Studium z dziedziny prawa prywatnego. Lwow. 1872 (Д-ръ *Тилль.* О субъектѣ правъ и правахъ безъ субъекта. Изслѣдованіе по гражданскому праву).

*Dr. Zoll.* O krytysznych badaniach tekstu zbiorow Justynianskich I. Instytucye. Krakow. 1872 (Д-ръ *Цолль.* О критическихъ изслѣдованіяхъ текста юстиніанскихъ сборниковъ. I института. Краковъ. 1872 г.) Сочиненіе это принадлежитъ къ самымъ основательнымъ и важнымъ по этому предмету, и становится необходимымъ для правильнаго изученія римскаго права по источникамъ.

*Juliusz Walewski.* Kodeks cywilny krolestwa polskiego (praw z r. 1825). Objasniony motywami do prawa i jurisprudencya. Kniha 1. Warszawa. 1872 (Юлій Валевскій. Гражданскій кодексъ царства польскаго съ изложеніемъ мотивовъ и юриспруденціи. Кн. 1. Варшава. 1872).

*Łozef Karpinski.* Pytania prawne przez IX departament Radzacego Senatu z 1871 t. rozstnygniste, w sprawozdaniu z crynności IX departamentu, w tomie XIV rencyie 2. Przegladi Sądowego zamieszczone, alfabetyszny ponadkiem, z dolaczeniem nykazu

roznych praw i portanowien w lychre pytaniach powolanych. Warszawa. 1872 (*Юсифъ Карпунскій*. Юридическіе вопросы, разрѣшенные IX департаментомъ правительствующаго сената въ 1871 г.).

*Dr. Wladyslaw Dajsenberg*. Dzieje filosefii prawa i panstwa, przedstawione na tle dziejow cywilisacyi. Tom. I resz. I. Krakow. 1872 (*Д-ръ Владиславъ Дайзенбергъ*. Исторія философіи права и государства. Томъ I, выпускъ 1. Краковъ. 1872). Этотъ первый выпускъ составляетъ начало весьма обширнаго труда, который продолжаетъ печататься до сихъ поръ, и окончанія котораго ожидаемъ съ нетерпѣніемъ.

*Dr. Franciszek Kasperek*. Zasady Hugona Grociuska o prawie interwencyi ze stanowiska dzisiejszej nauki filoseficznego i politywnego prawa narodow. Krakow. 1872 (*Д-ръ Францъ Каспекъ*. Основанія Гуго Гроція о правѣ интервенціи по началамъ современной науки междунаrodnаго права. Краковъ. 1872).

*Dr. Gustaw Roszkowski*. O poselstwach dyplomatycznych i konsulatach. Warszawa. 1872 (*Д-ръ Густавъ Рошковскій*. О посольствахъ и консулатахъ. Варшава. 1872).

*Dr. Franciszek Kasperek*. Zasady glowne ustaw kosciola katolickiego ze stanowiska filosefii prawa. Krakow. 1872 (*Д-ръ Францъ Каспекъ*. Основанія католическаго церковнаго права съ точки зрѣнія философіи права. Краковъ. 1872).

*T. Thoerner*. Zasady i preglad prawodawstw alwyjnych europejskich. Warszawa. 1872 (*Тернеръ*. Начала и обзоръ европейскихкихъ законодательствъ объ акціонерныхъ обществахъ).

Заключая наше обзоръ, мы не можемъ упустить въ виду періодическихъ юридическихъ изданій, а именно: газеты *Prawnik* (Юристъ), издаваемой въ Лембергѣ, *Pamietnik* wydzialu prawa i administracyi w С. К. Uniwersytecie Jagiellonskim w Krakowie за г. 1872 (Памятникъ юридическаго факультета императорско-королевскаго ягеллонскаго университета за 1872 г. и наконецъ *Pszeglad Sadowy*, pismo popularno-naukowe, posurecone teoryi i praktyce prawa.

Первое изъ этихъ изданій помѣщаетъ не объемистыя статьи, посвященныя разработкѣ теоріи и дѣйствующаго австрійскаго законодательства, а также отчеты о разрѣшенныхъ судами дѣлахъ. *Pamietnik* выходитъ одинъ разъ въ годъ и содержитъ въ себѣ объемистые ученые труды профессоровъ юридическаго факультета ягеллонскаго университета. Наконецъ *Preglad Sadowy* помѣщаетъ статьи юридическаго содержанія, преимущественно имѣющія въ виду догматическую разработку мѣстнаго положительнаго законодательства, хотя для историческаго и теоретическаго отдѣловъ отведено довольно обширное мѣсто. Въ XIV, XV, XVI и XVII томахъ, вышедшихъ въ 1872 г. видное мѣсто зани-

маеть продолженіе «Курса гражданскаго судоустройства и судо-производства», составленное оберъ-прокуроромъ IX департамента правительствующаго сената, д. ст. сов. *И. Хвалмибогомъ*. Кромѣ того, изъ статей, вошедшихъ въ составъ исчисленныхъ томовъ, слѣдуетъ замѣтить: *dr. Roszkowski*. О zyciu Fryderyka Korola Savigny (*Дрѣ Рошковскій*. Жизнь Фрид. Кар. Савиньи); *Waslaw Horodynski*. О zastawie niehomym wedlug dawnych praw polskich (*Вацлавъ Городинскій*. О залогъ недвижимости по древнему польскому праву); *Filip Flamm*. Znaczenie art. 89. K. C. F. (*Филипъ Фламъ*. Значеніе 789 ст. франц. гражд. кодекса); его же еще три статьи по дѣйствующему гражданскому праву; *Mieczyslaw Koszanowisz*. Ustroj państwowy rzecypospolitej Nowogorodckiej (*Мечиславъ Кочановичъ*. Государственное устройство новгородской республики) и пр.

Изъ статей по уголовному праву, помѣщенныхъ въ Przeglądzie Sądowym, мы упомянули уже о статьѣ *A. Мольденагера*. Историческій очеркъ исправительныхъ заведеній для малолѣтнихъ преступниковъ, нищихъ и бродягъ за границею и въ здѣшнемъ краѣ. Кромѣ того заслуживаетъ вниманія статья: *Adam Kosmowski*. Pogląd na dekret krola Saskiego księcia Warszawskiego ad. 26 Lipca 1810 r., co do oteiu oskalienia, затрогивающая одинъ изъ важныхъ и трудныхъ вопросовъ дѣйствующаго по уголовному судо-производству законодательства.

Съ образованія княжества варшавскаго, рядомъ съ дѣйствующими по уголовному судопроизводству уставами: прусскимъ 1808 и австрійскимъ 1803 г., были издаваемы различныя законоположенія, исправляющія эти уставы, основанные, въ періодъ княжества, на французскихъ образцахъ. Между прочимъ § 13 названнаго декрета 1810 г. возлагаетъ на прокуроровъ обязанность составлять обвинительные акты. При производствѣ, основанномъ на чисто слѣдственныхъ началахъ, къ которому позднѣйшія узаконенія прибавили публичное судоговореніе, происходящее послѣ выслушанія выписки изъ акта дѣла, прочитанной членомъ докладчикомъ, защиты, прочитанной адвокатомъ, если онъ избранъ подсудимымъ или въ извѣстныхъ случаяхъ назначенъ судомъ, объясненій подсудимаго, если онъ присутствуетъ и предложеній прокурора,—судебная практика не нашла возможнымъ примѣнить это постановленіе упомянутаго декрета, тѣмъ болѣе, что, по позднѣйшимъ постановленіямъ, могла считать опредѣленіе, касающееся обвинительнаго акта, отмѣненнымъ.

Прокуроръ *Космовскій*, въ названной статьѣ, старается доказать, что § 13 декрета 1810 г. не отмѣненъ, и что вѣдѣствіе того по всѣмъ преступленіямъ, за которыя въ законѣ полагается уголовное наказаніе до рѣшенія дѣла въ I-й инстанціи, прокуроры должны составлять обвинительные акты, которые вмѣстѣ со слѣд-

ственнымъ дѣломъ препровождались бы защитникамъ, и что наконецъ, производство при судоговореніи должно начинаться съ чтенія обвинительнаго акта, а заключаться предложеніями прокурора касательно примѣненія законовъ къ дѣлу, подлежащему разрѣшенію.

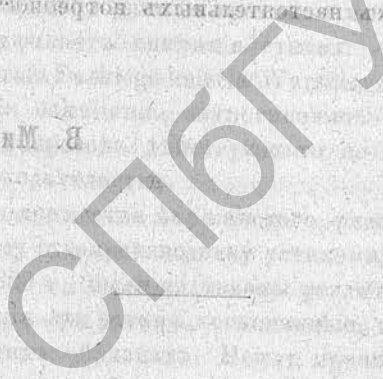
Мнѣніе это хотя и обратило вниманіе здѣшнихъ юристовъ, и даже подлежало тщательному разбору правительствующей комиссіи юстиціи, не могло быть одобрено практикою, въ виду дѣйствующаго въ царствѣ Польскомъ законодательства. Мнѣніе это и вообще возбужденіе такихъ вопросовъ имѣетъ только одинъ смыслъ — полнѣйшее сознаніе, что дѣйствующіе въ царствѣ Польскомъ уставы прусскаго и австрійскаго уголовного судопроизводства давно уже не удовлетворяютъ мѣстнымъ потребностямъ, что жизнь ушла уже далеко отъ тѣхъ началъ, на которыхъ они основываются, и не можетъ уже совмѣститься въ формы предписанные закономъ, — однимъ словомъ, что законодательная реформа по части уголовного судопроизводства давно уже считается одною изъ самыхъ настоятельныхъ потребностей здѣшняго общества.

В. Микляшевскій.

старинный домъ и предположениямъ бы существовалъ, и что нико-  
нине, признанности при въторгованъ, а также вымолитъ отъ ста-  
ннъ обвинительного акта, а въ случаѣ нежелательнаго приговора  
незастыдно пригласитъ свидѣтелей къ тому, пожелавшему бара-  
шину.

Истинно это хотя и обрѣтаетъ видимость злорадства поистинѣ, н  
даже подмываетъ пылаламу драбери, но не имѣетъ никакой комиче-  
скости, не мало бытъ одобренно и признано, не видѣть  
отраженно въ парствѣ Польскаго законодательства, Истинно это  
и потому возбуждаетъ такую горячую борьбу, которая только можетъ  
смыслъ — вслѣдствіе беззаконія, что дѣлается въ парствѣ Поль-  
скаго, и потому, и потому, и потому, и потому, и потому, и потому,  
которые явилось уже не удовлетворителны, и потому, и потому, и потому,  
это жана ушла уже далеко отъ того, какъ было, и потому, и потому, и  
объясняется, и не можетъ уже болѣе, и потому, и потому, и потому,  
самые законы, — одинъ законъ, то законъ, то законъ, то законъ,  
на по дѣлѣ, что законъ, что законъ, что законъ, что законъ, что законъ,  
одного изъ самыхъ вѣдѣтельныхъ и потому, и потому, и потому, и  
постига.

В. Мясоедовъ.





Ст. 77. Всѣ обвиняемые безъ различія судятся военными трибуналами:

1) «Если они всѣ военные или приравненные къ военнымъ, даже и въ томъ случаѣ, если между ними есть такіе, которые не подлежали бы суду этихъ трибуналовъ, по своему положенію въ моментъ совершенія преступленія или проступка».

2) «Если дѣло идетъ о преступленіяхъ или проступкахъ, совершенныхъ лицами, подлежащими суду полевыхъ совѣтовъ и иностранцами».

3) «Если дѣло идетъ о преступленіяхъ и проступкахъ, совершенныхъ въ арміи на иностранной территоріи».

4) «Если дѣло идетъ о преступленіяхъ и проступкахъ, совершенныхъ въ арміи на французской территоріи въ присутствіи не-пріятели».

Ст. 78. «Если преступленіе или проступокъ были совершены лицами, подсудными военнымъ сухопутнымъ судамъ въ сообществѣ съ лицами, подсудными судамъ морскимъ, то вѣдѣніе этого преступленія предоставлено морской юрисдикціи, если фактъ былъ совершенъ на кораблѣ или на другіихъ судахъ государства, или же въ военныхъ гаваняхъ, арсеналахъ или другихъ морскихъ учрежденіяхъ».

Ст. 79. «Если же преступленіе или проступокъ были совершены во всѣхъ другихъ мѣстахъ, кромѣ указанныхъ въ предыдущей статьѣ, то компетентными являются въ этомъ случаѣ только военные сухопутные суды. Равнымъ образомъ и въ томъ случаѣ, если корабли, гавани, арсеналы или другія морскія установленія, въ которыхъ было совершено преступленіе находятся въ осадномъ положеніи».

Къ этимъ исключеніямъ можно прибавить еще содержащіяся въ ст. 58 и 59 того же устава, которыя гласятъ:

Ст. 58. «Рекруты, охотники и замѣняющіе рекрутовъ, съ момента полученія приказанія отправиться къ своимъ корпусамъ или отрядамъ до прибытія къ таковымъ подсудны тѣмъ же полевымъ совѣтамъ лишь за неповиновеніе кромѣ случаевъ, предусмотрѣнныхъ п. 2 и 4 вышеприведенной ст. 56».

Ст. 59. «Офицеры корпуса жандармовъ, унтеръ-офицеры и солдаты не подлежатъ суду полевыхъ совѣтовъ за преступленія и проступки, совершенные ими при исполненіи судебно-полицейскихъ обязанностей или по административнымъ дѣламъ».

Ст. 80 устава военной юстиціи прибавляетъ къ числу лицъ, не могущихъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ, еще такихъ, которыя подсудны полевымъ совѣтамъ въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 62, 63 и 64 того же устава, которыя суть:

Ст. 62. «§ I. Лица, подсудныя полевымъ совѣтамъ областныхъ дивизій въ мирное время».

§ II. Лица, служащія въ какой бы то ни было должности въ штабахъ и въ управленіяхъ или должностяхъ, находящихся въ зависимости отъ арміи.

§ III. Маркитанты и маркитантки, портомои, купцы, прислуга и всѣ другія лица, слѣдующія за арміей.

Ст. 63. «Подсудны полевымъ совѣтамъ, если армія находится на непріятельской землѣ, всѣ лица, обвиняемые, въ качествѣ виновниковъ или сообщниковъ, въ преступленіяхъ или проступкахъ, предусмотрѣнныхъ раздѣломъ II кнѣги IV настоящаго устава (измѣна, шпіонство и подстрекательство къ побѣгу).

Ст. 64. «Равнымъ образомъ подсудны полевымъ совѣтамъ, если армія находится на французской территоріи въ присутствіи непріятеля, преслѣдуемые за преступленія и проступки, совершенные въ округѣ этой арміи:

1) Иностранцы, обвиняемые въ преступленіяхъ или проступкахъ, предусмотрѣнныхъ предыдущею статьею;

2) Всѣ лица, обвиняемыя какъ виновники или сообщники преступленій, предусмотрѣнныхъ ст. 204, 205, 206, 207, 208, 249, 250, 251, 252, 253 и 254 настоящаго устава. Эти статьи имѣютъ предметомъ измѣну, шпіонство, подстрекательство къ побѣгу, грабежь, разрушеніе и поврежденіе зданій.

Ст. 80. § IV прибавляетъ еще къ этому перечню: Лица, заключенныя въ мѣстахъ войны, находящихся въ осадномъ положеніи.

Наконецъ §§ I и II той же ст. 80 закрываютъ путь къ кассациі не только военнымъ, но и приравненнымъ къ военнымъ и лицамъ, подчиненнымъ, по своему положенію, военнымъ законамъ и регламентамъ.

Для того, чтобы узнать, имѣетъ ли право лице, совершившее преступленіе, проступокъ или полицейское нарушеніе жаловаться въ кассационномъ порядкѣ, слѣдуетъ справиться, подсудно оно или нѣтъ, по словамъ вышеприведенныхъ статей военнымъ судамъ.

143. Предъидущія правила примѣняются и въ томъ случаѣ, если иностранный военный былъ осужденъ на иностранной землѣ французскимъ полевымъ совѣтомъ за преступленіе или проступокъ, совершенный на территоріи, занимаемой французскою арміею, если это преступленіе или проступокъ подсудны военному суду. Такому иностранцу не предоставлено право обжалованія въ кассационномъ порядкѣ (Arr. Graziani, 19 января 1865, В. 14).

144. Перечисленіе тѣхъ лицъ, которымъ предоставлено право обжалованія является гораздо болѣе легкимъ.

Обвиняемые или осужденные, не упомянутые въ предъидущей статьѣ, говорятъ ст. 81 устава военной юстиціи могутъ обжаловать приговоры полевыхъ ревизіонныхъ совѣтовъ кассационному суду, но лишь только по причинѣ неподсудности.

До изданія новаго военнаго устава и согласно ст. 77 закона 27 Вентоза VIII года не военные могли жаловаться по поводу неподсудности и превышенія власти. Теперь они могут жаловаться лишь по поводу неподсудности, какъ это выражено въ рѣшеніи по дѣлу Могамедъ отъ 17 декабря 1858. (В. 308).

Согласно вышеуказанной 81 статьѣ: «Кассационная жалоба не можетъ быть подана ранѣ разсмотрѣнія этого дѣла въ порядкѣ ревизіонномъ, или ранѣ истеченія срока, предоставленнаго на подачу просьбы о ревизіи рѣшенія.

145. По словамъ ст. 82, распоряженія ст. 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 452 § I устава уголовного судопроизводства касающихся до кассационныхъ жалобъ въ интересахъ закона, и просьбъ о ревизіи, примѣнимы и къ приговорамъ военныхъ судовъ (см. нум. 23, 96, 188, 257 и 302).

Статья эта прибавляетъ: «ст. 527 того же устава о пререканіи о подсудности, не измѣняется».

## § II. Кассационныя жалобы на рѣшенія морскихъ судовъ.

146. Морской уставъ, обнародованный 4 июня 1858 г., какъ и военный уставъ, дѣлаетъ перечисленіе тѣхъ лицъ, которыя не могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ.

Статья 160 гласитъ: «ни въ какомъ случаѣ не могутъ обжаловать въ кассационномъ порядкѣ приговоры полевыхъ совѣтовъ, ревизіонныхъ совѣтовъ, морскихъ трибуналовъ и ревизіонныхъ трибуналовъ».

«Моряки или военные морской службы, приравненные къ морскимъ или военнымъ и всѣ другія лица, указанныя въ ст. 76, 77, 78, 79, 89 и 94, нижеслѣдующихъ».

Вотъ что заключается въ этихъ статьяхъ:

Ст. 76. «Всякое лицо, принадлежащее къ морскому вѣдомству, въ силу закона о занесеніи въ списки морскаго вѣдомства или набору, по патенту или временному порученію подсудны постояннымъ морскимъ военно-окружнымъ совѣтамъ, съ различіями, указанными въ послѣдующихъ статьяхъ».

Ст. 77. Подсудны постояннымъ морскимъ военно-окружнымъ совѣтамъ, за всѣ преступленія и проступки, кромѣ исключеній, указанныхъ въ ст. 88 и 108, § 1 и разд. III этой книги.

1) Офицеры всѣхъ чиновъ морской службы, гардемарины, запасные офицеры, унтеръ-офицеры, квартирмейстеры, матросы, рабочіе, качегары, рекруты, морскіе ученики и юнги; офицеры всѣхъ чиновъ, чиновники и агенты различныхъ корпусовъ морскаго вѣдомства; офицеры всѣхъ чиновъ, унтеръ-офицеры, капралы, бригадиры, солдаты, музыканты и кантонисты морскаго вѣдомства; всѣ лица приравненные къ морякамъ или военнымъ указамъ, органическими декретами, находящіяся на дѣйствительной служ-

бъ и внесенныя или въ списки морской арміи или въ списокъ экипажа или же прикомандированныя для специальныхъ занятій.

2) Моряки или военные морской арміи и приравненные къ морякамъ или военнымъ, находящіеся въ гражданскихъ морскихъ госпиталяхъ, или путешествующіе подъ военнымъ конвоемъ, или же содержащіеся въ морскихъ заведеніяхъ, тюрьмахъ и карцерахъ.

Военно-плѣнные, находящіеся подъ морскою властью, также подсудны полевымъ судамъ.

Ст. 78. Равнымъ образомъ подсудны постояннымъ полевымъ судамъ морскихъ округовъ, за все преступленія и проступки, совершенныя на борту или на берегу и за исключеніями, предусмотрѣнными въ ст. 88 и 102 и въ III главѣ настоящей книги, все лица, внесенныя подъ какимъ бы то ни было наименованіемъ въ списки экипажа военныхъ кораблей или командированныя съ корабля для какого-либо специального дѣла, если судно находится внутри морскаго арсенала.

Тѣмъ же совѣтамъ подсудны виновныя въ преступленіяхъ и проступкахъ подсудныхъ морскимъ корабельнымъ судамъ, если они оставили судно, на которомъ они прибыли, или на борту котораго совершены преступленіе или проступокъ и если это судно не находится въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ онъ былъ обнаруженъ. Во всехъ случаяхъ подсудны постояннымъ полевымъ совѣтамъ морскихъ округовъ, все лица, обвиняемыя въ дѣяніяхъ предусмотрѣнныхъ ст. 267, 268 и 269 настоящаго устава.

Эти три статьи гласятъ:

Ст. 267. Всякій генералъ и начальникъ дивизіи, всякое лицо командующее, виновное въ допущеніи гибели военнаго судна вѣреннаго его командѣ, или причинившее гибель или взятіе неприятелемъ этого судна наказывается и т. д.

Ст. 268. Всякій командующій какою-либо частью морскихъ силъ государства, виновный въ сущеніи флага, въ то время, когда она еще имѣла возможность его защищать или оставилъ командованіе при обстоятельствахъ, грозившихъ опасностью, подвергается наказанію и т. д.

Ст. 269. Всякій штурманъ или вахтенный офицеръ, всякое лицо находившееся на суднѣ, виновное въ гибели или взятіи неприятелемъ военнаго корабля, подлежитъ наказанію и т. д.

Ст. 79. Равнымъ образомъ подсудны постояннымъ полевымъ совѣтамъ морскихъ округовъ, моряки или принадлежащіе къ морской арміи и лица, приравненные къ военнымъ, но лишь за преступленія и проступки, предусмотрѣнные главою II книги IV настоящаго устава.

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

2) Когда они находятся въ отставкѣ или отпускѣ.

Ст. 80. Морскіе рекруты, съ момента полученія ими дорожнаго листа до прибытія въ отрядъ или арсеналь и рабочіе морской службы, состоящіе въ разныхъ установленіяхъ морскаго вѣдомства, подлежатъ суду постоянныхъ полевыхъ совѣтовъ лишь за дезертерство и за дѣянія предусмотрѣнныя въ № 2 ст. 77, т. е. за преступленія и проступки совершенные лицами, находящимися въ гражданскихъ или военныхъ госпиталяхъ, или путешествующими подъ военнымъ конвоемъ, или же содержащіеся въ установленіяхъ, тюрьмахъ и карцерахъ морскаго вѣдомства.

По словамъ ст. 81 морскаго устава, офицеры корпуса морскихъ жандармовъ подсудны военнымъ судамъ лишь за дѣянія, совершенныя внѣ ихъ обязанностей, относящихся до судебной полиціи и до констатированія полицейскихъ нарушеній въ дѣлахъ административныхъ.

Кромѣ двухъ предшествующихъ исключеній, офицеры морской арміи, моряки или приравненные къ таковымъ не могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ. Они могутъ только просить о пересмотрѣ дѣла въ ревизіонномъ порядкѣ, согласно ст. 92 и 93 устава 4 іюня 1858 г.

Ст. 110 морскаго устава продолжаетъ такимъ образомъ перечисленіе тѣхъ лицъ, которые не могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ: § 2. Лица, подлежація по своему положенію военнымъ или морскимъ законамъ. § 3. Лица, подсудныя полевымъ совѣтамъ, по словамъ ст. 62, 63 и 64 устава военной юстиціи для сухопутной арміи, въ случаяхъ предусмотрѣнныхъ ст. 84 настоящаго устава, относящихся до состава полевыхъ совѣтовъ въ корпусахъ.

Такъ какъ никто изъ лицъ, подсудныхъ морскимъ судамъ не можетъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ, то слѣдуетъ къ вышеприведенному перечню еще прибавить лицъ, указанныхъ въ ст. 88, въ которой сказано: «всѣ лица осужденныя морскими судами, хотя бы они и не принадлежали ни къ морскому, ни къ военному сословію, въ качествѣ виновниковъ или соучастниковъ преступленій или проступковъ, совершенныхъ въ гаваняхъ, арсеналахъ и установленіяхъ морскаго вѣдомства, если эти преступленія или проступки признаны за такіе, отъ которыхъ могла пострадать полиція или безопасность этихъ установленій, или морская дисциплина.

Та же ст. 110 ссылается на ст. 89, которая предусматриваетъ преступленія или проступки, совершенные осужденными на каторжныя работы въ гаваняхъ, арсеналахъ и установленіяхъ морскаго вѣдомства.

Слѣдуетъ также помѣтить въ эту категорію осужденныхъ за морской разбой, которые подсудны морскимъ судамъ, согласно ст. 90 и 94, а также: «всѣхъ лицъ, которые осуждены за преступ-

ленія и проступки, совершенныя на кораблѣ или на берегу... если они внесены по какому либо поводу въ списокъ экипажа военныхъ кораблей или командированы съ корабля для специальныхъ занятій въ то время, когда эти суда не находятся въ морскомъ арсеналѣ.

Наконецъ, то же самое слѣдуетъ сказать и по отношенію къ лицамъ, упомянутымъ въ ст. 95, 96, 97, 98, 99 и 100, судимые полевыми совѣтами, они не могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ, а лишь въ ревізійномъ.

По словамъ ст. 84 и 110, военные и моряки, составляющіе часть экспедиціонныхъ корпусовъ и слѣдовательно подчиненные военной или морской юрисдикціи, не могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ (Arr. Martin, 2 mai 1864, В. 127).

147. Ст. 111 морскаго устава дѣлаетъ въ нѣсколькихъ строкахъ перечисленія тѣхъ лицъ, которымъ предоставлено право жаловаться въ кассационномъ порядкѣ, она гласитъ: «обвиняемые или осужденные, которые не упомянуты въ предъидущей статьѣ (110), могутъ обжаловать рѣшенія полевыхъ совѣтовъ, ревізійныхъ совѣтовъ, морскихъ судовъ ревізійныхъ судовъ, кассационному суду, но лишь только по поводу неподсудности.

Слѣдовательно лишь только осужденнымъ, не подлежащимъ юрисдикціи морскихъ судовъ предоставлено право обжалованія въ кассационномъ порядкѣ, и лишь только по одному поводу—неподсудности (вышеприведенное рѣшеніе по дѣлу Магаметь-бенъ-амаръ отъ 17 декабря 1858 г., В. 308. См. № 144).

Кассационная жалоба, присовокупляетъ та же ст. 111, § 1 не можетъ быть подана ранѣе, чѣмъ дѣло будетъ рассмотрѣно въ порядкѣ ревізійномъ, или ранѣе истечения срока, установленнаго на подачу просьбы о ревізій.

148. Ст. 142 морскаго устава, гласитъ: постановленія ст. 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447 и 452, § 1, С. d'instr. crim. содержащія въ себѣ правила относительно кассационныхъ жалобъ въ интересахъ закона, и просьбы о ревізій, примѣняются и къ рѣшеніямъ морскихъ судовъ. (См. № 145).

Ст. 142 присовокупляетъ: ст. 527 того же устава, содержащая въ себѣ правила относительно пререканія о подсудности не отмѣняется.

### § III. Замѣчанія, примѣняемыя къ обоимъ родамъ жалобъ.

149. До изданія устава военной и морской юстиціи практики кассационнаго суда примѣняли ст. 77 закона 27 Вентоза VIII года, по выраженію которой обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ допускалось лишь по поводу неподсудности и превышенія власти и лишь для лицъ не принадлежащихъ къ военному сословію и неприравненныхъ къ военнымъ. Изъ таковой практики происте-

кала масса различій въ случаяхъ, когда извѣстное лицо должно быть разсматриваемо какъ принадлежащее къ военному или морскому сословію и когда оно не можетъ быть разсматриваемо какъ таковое; оба устава военной и морской порѣшили съ этими различіями, или лучше сказать они ихъ приняли, включивъ въ свои постановленія эти освященные долготнєю практикою опредѣленія. Такимъ образомъ эта практика будетъ долго служить комментариемъ къ постановленіямъ новыхъ уставовъ.

150. Согласно статьямъ 81 уст. воен. и 111 уст. морск. обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ можетъ быть допущено не ранѣе, какъ когда состоится рѣшеніе въ порядкѣ ревизіонномъ или когда истечетъ срокъ на подачу ревизіонной жалобы.

151. Между закономъ 27 Вентоза VIII года военнымъ уставомъ существуетъ та разница, что согласно первому обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ для невоенныхъ было предоставлено и по поводу неподсудности, и въ случаѣ превышенія власти; согласно новымъ уставамъ военному (ст. 81) и морскому (ст. 111) лишь *по поводу неподсудности*, будетъ ли возбужденъ этотъ вопросъ относительно рѣшеній полевыхъ совѣтовъ или ревизіонныхъ—безразлично. (Arg. Lavoue, 6 novembre 1862, В. 244).

152. Изъ рѣшенія по дѣлу Маладо отъ 14 марта 1856 (В. 110) видно, что ст. 77 закона 27 Вентоза VIII года, которая сохраняетъ за не военными гражданами право обжалованія рѣшеній военныхъ судовъ, лишь по поводу неподсудности и превышенія власти, должна быть понимаема въ томъ смыслѣ, что въ правѣ обжалованія отказано всеѣмъ лицамъ, составляющимъ часть сухопутной или морской арміи, безъ различія случая, гдѣ членъ сухопутной арміи былъ бы судимъ некомпетентнымъ морскимъ полевымъ совѣтомъ, или того, когда морякъ былъ бы преданъ суду сухопутнаго полевого совѣта. Ни тотъ не другой не могутъ не нарушая правилъ, жаловаться въ кассационномъ порядкѣ, а лишь въ ревизіонномъ.

По словамъ рѣшенія по дѣлу Лартигъ отъ 9 мая 1857 г. (В. 185), лица не военныя могутъ обжаловать рѣшенія полевыхъ совѣтовъ по причинѣ неподсудности лишь въ томъ случаѣ, если таковая неподсудность проистекаетъ изъ личныхъ качествъ подсудимаго или по роду преступнаго дѣянія, но ни тогда, если предлагаемая некомпетентность является слѣдствіемъ неправильнаго состава суда.

Вслѣдствіе этой особенности, осужденное не военное лицо, принося жалобу, не можетъ ссылаться на не гласность судебныхъ преній, ни на опущеніе вопросовъ, касающихся смягчающихъ вину обстоятельствъ, ни на превышеніе власти, какъ на основаніе для кассации рѣшенія, если онъ не можетъ указать на неподсудность ни по поводу того, что онъ самъ лично не принадлежитъ къ военному сословію, ни по роду дѣянія, то онъ разсмат-

ривается, какъ военный, и лишается всякаго другаго пути къ обжалованію, кромѣ ревизіоннаго.

153. Ст. 42 указа отъ 28 февраля 1841 г. ввела въ дѣйствіе ст. 77 закона 27 Вентоза VIII года въ Лижарѣ. Въ настоящее время тамъ имѣетъ силу тоже постановленіе, измѣненное ст. 111 морск. уст. и 81 воен. уст. и единственнымъ поводомъ для обжалованія рѣшенія, постановленнаго въ Лижарѣ является только случай неподсудности (Arr. Castera, 21 septembre 1850, В. 328; Delafraye, 4 juillet 1856 В. 343).

154. Если военный или морякъ не можетъ жаловаться въ порядкѣ кассационномъ, если онъ осужденъ судомъ военнымъ или морскимъ (arr. Martin, 10 mai 1864, В. 127), то въ томъ случаѣ, если онъ незаконно преданъ суду обыкновенныхъ судебныхъ мѣстъ и ими осужденъ, онъ можетъ жаловаться въ порядкѣ апелляціонномъ или кассационномъ наравнѣ со всякимъ подсудимымъ; онъ почерпаетъ это свое право въ натурѣ той юрисдикціи, которая его судила въ первой и второй инстанціи.

155. Если кассационная жалоба была подана при несогласныхъ съ закономъ условіяхъ, то право разсмотрѣнія таковой въ этомъ смыслѣ принадлежитъ не полевымъ и резервнымъ совѣтамъ, а кассационному суду (Arr. Lavoie, 6 novembre 1862, В. 244).

#### § IV. О нѣкоторыхъ предварительныхъ рѣшеніяхъ, которыя входятъ въ составъ новыхъ уставовъ.

156. § 2 ст. 110 морск. уст., который лишаетъ права обжалованія лицъ, подчиненныхъ морскимъ и военнымъ законамъ, встрѣчается въ рѣшеніи подѣлу Маурера отъ 16 февраля 1854 г., которое постановляетъ, что ст. 77 закона 27 Вентоза VIII года относится какъ къ рѣшенію морскихъ, такъ и военныхъ судовъ; что вслѣдствіе того корабельные плотники, канопатчики, парусники и механики, получающіе пенсію за долговременную службу или раны, которые должны быть приравнены къ морскимъ, согласно ст. 3 указа отъ 5 октября 1814, и призваны на службу во флотъ или при арсеналахъ, не могутъ обжаловать въ кассационномъ порядкѣ рѣшеній морскихъ судовъ и ревизіонныхъ совѣтовъ.

Согласно рѣшенію по дѣлу Тюррель отъ 27 января 1855 г. (В. 24), лица, подчиненныя надзору арсеналовъ, хотя бы они и не принадлежали къ военному сословію и не были бы прикомандированы къ морскому вѣдомству, подлежатъ юрисдикціи морскихъ судовъ и не могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ.

То же надо сказать и по отношенію къ рекрутамъ, которые ранѣе вступленія въ отрядъ, уже занесены въ списки тѣхъ отрядовъ, въ которые они назначены; они не могутъ обжаловать постановленій совѣтовъ, осудившихъ ихъ за военный проступокъ,



какъ напр. кража у солдата того же отряда. (Arr. proc. imp. de Chartres, 19 mars 1853 г., В. 103).

Рѣшеніемъ по дѣлу Анжелери отъ 12 апрѣля 1866 (В. 102) постановлено, что казначей морскаго вѣдомства приравнены къ военнымъ по чинамъ, жалованью, военнымъ почестямъ юрисдикціи и отставкѣ съ пенсіею; изъ этого слѣдуетъ, что они подсудны военнымъ совѣтамъ и въ слѣдствіе того не имѣютъ права жаловаться въ кассационномъ порядкѣ.

Матросъ, находящійся на суднѣ, занимающемся ловлею трески, въ предѣлахъ морскаго набора и крадущій треску, подсуденъ морскому суду, даже и въ томъ случаѣ, если онъ не внесенъ въ списокъ экипажа, такъ какъ ст. 371 закона 24 марта 1852 г. примѣняется ко всемъ французскимъ кораблямъ и судамъ, отправляющимся въ плаваніе или на рыбную ловлю, въ предѣлахъ морскаго набора (Arr. proc. gén. С. Lacroix, 26 mars 1858, В. 156).

Военные, находящіеся въ отпускѣ или отлучившіеся отъ своихъ корпусовъ, но отсутствіе которыхъ не столь продолжительно, чтобы ихъ можно было считать дезертерами, за совершенныя ими проступки и преступленія подлежатъ суду не морскихъ или военныхъ трибуналовъ, а общимъ судебнымъ мѣстамъ (см. arr. proc. gén. 11 avril 1850 (не напеч.) и 4 décembre 1851, В. 570), исключеніе въ этомъ случаѣ составляютъ преступленія и проступки, предусмотрѣнные гл. II книги IV воен. уст. и специально указанные въ ст. 248, примѣняемой къ кражѣ оружія и провіанта (Arr. proc. gén. 6 février 1858, В. 36).

157. Преступленія, совершенныя военными и морскими, осужденными, но еще не разжалованными, подсудны военной и морской юрисдикціи (Arr. Legros, 13 novembre 1852, В. 368).

158. Ст. 76 воен. уст., которая дословно вошла въ ст. 103 морск. уст., гласитъ: какъ скоро въ числѣ обвиняемыхъ за преступленіе, проступокъ или полицейское нарушеніе является лицо, не подсудное военнымъ (или морскимъ) судамъ, и военные (или моряки), подвѣдомственные юрисдикціи таковыхъ, то все обвиняемые безразлично судятся общими судебными мѣстами, кромѣ исключеній, указанныхъ въ слѣдующей статьѣ или въ другихъ особыхъ распоряженіяхъ закона \*).

159. Такое постановленіе примѣняется и въ томъ случаѣ, если вмѣняемое въ вину дѣяніе составляетъ для не военныхъ про-

\*) Рѣшеніе по дѣлу Брулье и др. отъ 11 апрѣля 1867 г. разсматриваетъ ст. 267 воен. уст., какъ заключающую въ себѣ исключительное правило относительно продавца и покупателя оружія и экипировки и согласно этому рѣшенію, продажа или отдача въ закладъ этихъ вещей военнымъ и покупка или приемъ въ закладъ таковыхъ лицемъ, не принадлежащимъ къ военному сословію, составляютъ два проступка совершенно различные, изъ которыхъ первый подсуденъ полевому совѣту, а второй—суду полиціи исправительной.

ступокъ, а относительно военныхъ разсматривается какъ преступленіе; въ этомъ случаѣ они все предаются ассизному суду. Тѣмъ не менѣе въ томъ случаѣ, еслибы исправительный трибуналъ осудилъ не военного обвиняемаго и приговоръ вошелъ бы въ законную силу, и въ то же время предалъ бы суду ассизному лишь одного военного, вслѣдствіе чего произошло бы столкновение юрисдикцій, что повело бы за собою пререканіе о подсудности, то военный, о которомъ идетъ дѣло, былъ бы переданъ военному суду и былъ бы лишенъ права обжалованія въ кассационномъ порядкѣ, тогда какъ при другой комбинаціи это право было бы ему предоставлено. (Arr. proc. den. C. Brevet, 11 octobre 1838, В. 330; Vovart, 23 août 1855, В. 296). Такія же послѣдствія ведетъ за собою освобожденіе лица не военного за недостаточностью уликъ; въ этомъ случаѣ военный предается военному суду, а не суду общихъ судебныхъ мѣстъ (Arr. Renault et Rivac, 19 février 1829, В. 44).

160. Изъ всего этого весьма легко заключить, что если не военные и военные преданы суду общихъ судебныхъ мѣстъ и осуждены ими, то они все пользуются правомъ обжалованія въ кассационномъ порядкѣ, на общемъ основаніи, такъ какъ рѣшенія общихъ судебныхъ мѣстъ подлежатъ вышеуказанному порядку обжалованія.

161. По словамъ ст. 71 уст. воен. и 93 уст. морск., моряки или военные, или лица, приравненные къ таковымъ, осужденные морскими или военными трибуналами, могутъ жаловаться лишь ревизіоннымъ совѣтамъ.

162. Только лишь осужденные не военного сословія и генеральный прокуроръ при высшемъ судѣ могутъ обжаловать въ кассационномъ порядкѣ приговоры ревизіонныхъ совѣтовъ (Arr. proc. gén., 22 juillet 1857, В. 209; Gugot, 5 février 1858, В. 37. См. № 145).

Императорскіе комиссары не могутъ обжаловать приговоры военныхъ или морскихъ судовъ.

Допуская обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ приговоры военныхъ и морскихъ судовъ лишь по поводу неподсудности и превышенія власти лишь для лицъ, непринадлежащихъ къ военному сословію, ст. 77 закона 27 Вентоза VIII года, тѣмъ самымъ постановила, что и публичный обвинитель при военныхъ судахъ не пользуется этимъ правомъ. (Arr. Hippolyte, 4 janvier 1857, В. 10). «Принимая во вниманіе», гласитъ рѣшеніе по дѣлу Норманъ отъ 22 августа 1839 (В. 368), «что никакая статья закона не уполномочиваетъ королевскихъ комиссаровъ при полевыхъ совѣтахъ обжаловать рѣшенія ревизіонныхъ совѣтовъ, которыя являются въ военной іерархіи высшимъ судебнымъ мѣстамъ, созданнымъ закономъ 18 Вандеміра VI года (9 октября 1797 г.). Принимая во

вниманіе, что предѣлы ихъ (королевскихъ комиссаровъ) власти ограничены ст. 12 того же закона правомъ обжалованія въ порядкѣ ревизіонномъ. Принимая во вниманіе наконецъ, что кассационный судъ не является такимъ судебнымъ мѣстомъ, на обязанности котораго лежала бы ревизія постановленій полевыхъ или ревизіонныхъ совѣтовъ, и что при противорѣчій рѣшеній полевого и ревизіоннаго совѣтовъ можно жаловаться кассационному суду лишь въ случаѣ, предусмотрѣнномъ послѣднимъ постановленіемъ мнѣнія государственнаго совѣта отъ 10 Жерминаля XI года (30 марта 1813), внесеннаго въ бюллетень законовъ 9 августа 1831 г. (о несходствѣ мнѣній многихъ полевыхъ и ревизіонныхъ совѣтовъ).

Постановленія приведеннаго рѣшенія равнымъ образомъ применяются и къ императорскимъ комиссарамъ при морскихъ судахъ. Право обжалованія въ кассационномъ порядкѣ приговоровъ морскихъ судовъ имъ не предоставлено (Arg. *in* pub. с. Musnier, 19 mai 1838, В. 134). Императорскій комиссаръ можетъ только представить приговоры этихъ судовъ ревизіонному совѣту (ст. 51, 52 и 53 декрета 12 ноября 1806, Arg. *in* pub. с. Bertrand, 30 juin 1836, не напеч.).

163. Можно ли обжаловать въ кассационномъ порядкѣ приговоры корабельныхъ совѣтовъ (Couseils de justice à bord des navires).

Вопросъ этотъ былъ возбужденъ во время обсужденія морскаго устава, но онъ былъ разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ и докладчикъ закона давши такого рода исключеніе мотивировалъ его тѣмъ, что не только что корабельный совѣтъ есть специальное установленіе морскаго вѣдомства, носящее чисто семейный характеръ, которое присуждаетъ лишь самыя слабыя наказанія, относительно которыхъ обжалованіе въ кассационномъ порядкѣ не имѣетъ столь важнаго значенія, какое оно имѣетъ въ другихъ случаяхъ, но и что кромѣ того, эти совѣты отправляютъ свои обязанности лишь на кораблѣ, такъ что никакое постороннее лице ими не можетъ быть судимо, и что поэтому представленіе права обжалованія въ кассационномъ порядкѣ рѣшеній корабельныхъ судовъ было бы положительно бесполезно; и дѣйствительно ст. 102 формально запрещаетъ подачу кассационныхъ жалобъ. Но генеральному прокурору при кассационномъ судѣ предоставлено право обжалованія постановленій корабельныхъ совѣтовъ въ интересахъ закона. (Arg. Griseri, 1 décembre 1864, В. 271).

То же самое надо сказать и относительно военнаго вѣдомства, въ дѣлахъ маркитантовъ и другихъ, по которымъ не допускаются кассационныя жалобы, согласно ст. 75 уст. воен.

164. Кассационныя жалобы въ дѣлахъ военной и морской юрисдикціи, могутъ быть подаваемы лишь по поводу неподсудности и

потому, чтобы узнать, какія изъ рѣшеній подлежатъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ, слѣдуетъ обратиться къ правиламъ о компетентности морскихъ и военныхъ судовъ.

Компетентность военныхъ и морскихъ судовъ изложена въ № 142 и послѣд.

165. Ст. 1 закона 22 Мессидора IV года и мнѣніе государственнаго совѣта 30 Термидора XII, принятое 7 слѣдующаго Фруктидора возложили на обязанность полевыхъ совѣтовъ преслѣдованіе за простыя полицейскія нарушенія, совершенныя военными, если только юрисдикція по тѣмъ проступкамъ, въ которыхъ они обвиняются, не предоставлена особымъ специальнымъ закономъ общимъ судебнымъ мѣстамъ. Мнѣніе государственнаго совѣта отъ 4 января 1806 отмѣнило это правило лишь относительно проступковъ и нарушеній законовъ объ охотѣ. Изъ этого слѣдуетъ, что военный, нарушившій полицейское распоряженіе судится не полицейскимъ трибуналомъ, а полевымъ совѣтомъ. (Arr. min. pub. 21 mars 1851, V. 114; 11 fevrier 1853, V. 59). Кассационный судъ рѣшилъ этотъ принципъ путемъ пререканія о подсудности по общимъ проступкамъ, неисключеннымъ изъ военной юрисдикціи. (Arr. Lebaurel, 9 mars 1849, V. 190).

166. Можетъ ли гражданскій истецъ обратиться съ искомъ въ военный или морской судъ?

Отвѣтъ на это находится въ ст. 54 военного устава 9 іюня 1857 г., равно какъ и въ ст. 74 и 75 устава морскаго 4 іюня 1858 г. Статья эта слѣдующаго содержанія:

Ст. 54. «Гражданскій искъ не можетъ быть предъявленъ въ военныхъ судахъ. Осуществленіе такого приостанавливается на время слѣдствія и потерпѣвшая сторона должна ожидать окончательнаго приговора по обвиненію, чтобы предъявить таковой въ гражданскіе суды».

Ст. 74. «Морскіе суды постановляютъ приговоры лишь по обвиненію».

«Тѣмъ не менѣе они могутъ постановить въ пользу собственника возвращеніе похищенныхъ предметовъ или наличнаго, если нѣтъ основанія для конфискаціи».

Ст. 75. «Гражданскій искъ можетъ быть предъявленъ только въ гражданскихъ судахъ, предъявленіе таковаго приостанавливаетъ до постановленія окончательнаго приговора по обвиненію, возбужденному до или послѣ начатія гражданскаго иска».

§ V. Формальности, сроки и условія кассационныхъ жалобъ въ дѣлахъ военныхъ и морскихъ.

67. Ст. 147 воен. уст. гласитъ: «въ томъ случаѣ, когда кассационная жалоба допускается ст. 80 настоящаго устава, осужден-

ный долженъ подать кассационную жалобу въ трехдневный срокъ со дня объявленія рѣшенія ревизіоннаго совѣта, если же не было ревизіонной жалобы, то въ трехдневный срокъ со дня истечения срока на подачу таковой».

Кассационная жалоба должна быть признана секретаремъ или директоромъ этого учрежденія, гдѣ содержится осужденный.

Ст. 177 морск. уст. говорить въ тѣхъ же выраженіяхъ относительно кассационныхъ жалобъ по дѣламъ морскимъ.

Та и другая отступаютъ отъ общихъ принциповъ, предоставляя право обжалованія въ кассационномъ порядкѣ по истеченіи срока на обжалованіе въ ревизіонномъ порядкѣ постановленій военныхъ и морскихъ судовъ; въ дѣлахъ, вѣдущихся общимъ порядкомъ рѣшенія въ этомъ случаѣ входятъ въ окончательную законную силу, и не подлежатъ обжалованію ни въ апелляціонномъ, ни въ кассационномъ порядкѣ, и это не ошибка, такъ какъ ст. 81 уст. воен. и 111 уст. морск. содержитъ въ себѣ одни и тѣ же постановленія.

При кассационныхъ жалобахъ по военнымъ и морскимъ дѣламъ вносятся пошрины, но лишь въ случаѣ приговоровъ исправительныхъ или полицейскихъ, а не уголовныхъ. (Arr. Hippolyte, 4 janvier 1851, В. 10).

Декретъ 1 мая 1812 (В. 432, n° 7928) постановлялъ, что военныя, осужденныя за сдачу военныхъ постовъ, могутъ жаловаться въ кассационномъ порядкѣ въ трехдневный срокъ, и что дѣло велось въ комнатѣ совѣта на ненапечатанныхъ запискахъ, но по смыслу ст. 205 уст. воен. это постановленіе является отмѣненными.

## § VI. О жалобахъ на рѣшенія, постановленныя по дѣламъ національной гвардіи.

168. По словамъ ст. 26 закона 22 марта 1831 г., постановленія ревизіоннаго жюри по дѣламъ внесенія въ списки національной гвардіи, не подлежатъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ. Они могутъ быть обжалованы государственному совѣту по поводу неподсудности или превышенія власти (Ard. des 9 mars 1856, Derly et 14 juin 1837. Bompierre. Arrh. 26 de la bai du 14 juillet 1837). Законъ 13—26 июня 1851 г. гласитъ:

Ст. 104. «Окончательныя рѣшенія дисциплинарнаго совѣта (conseil de discipline) подлежатъ лишь обжалованію кассационному суду по поводу неподсудности, превышенія власти и нарушенія закона».

«Подача кассационной жалобы имѣетъ останавливающее значеніе относительно приговоровъ, постановляющихъ заключеніе или другое наказаніе съ лишеніемъ свободы, въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ п. 2, 4, 5 ст. 72. Осужденный освобождается отъ

ареста. Во всякомъ случаѣ при этой жалобѣ вносится пошлина въ 50 фр. за рѣшенія, выслушанныя обѣими сторонами и 25 за рѣшенія заочныя». (Arr. Laguy, 8 mai 1862, не напечат.).

Ст. 105. «Осужденному предоставляется трехдневный срокъ со дня объявленія и доносчику (rapporteur) тотъ же срокъ со дня постановленія рѣшенія на подачу кассационной жалобы».

Обжаловать постановленіе дисциплинарнаго совѣта національной гвардіи, можно не только при посредствѣ заявленія въ секретаріатъ дисциплинарнаго совѣта, но и повѣсткою судебного пристава и въ этомъ случаѣ повѣстка изъемлется отъ формальности, а именно отъ печати и внесенія въ реестръ, какъ объ этомъ говоритъ законъ 22 марта 1831 г. (ст. 121) и законъ 26 іюля 1851 г. (ст. 106. Arr. Demézemaker, 8 avril. 1843, В. 77).

Такая кассационная жалоба, подчиненная правиламъ, существующимъ для дѣлъ полиціи простой и исправительной, не можетъ быть подана ранѣ истеченія срока для представленія возраженія, а таковое должно послѣдовать въ этомъ случаѣ не иначе, какъ на седьмой день со дня объявленія рѣшенія. (Arr. Derquilbet, 14 novembre 1839, В. 343).

Нельзя по одному и тому же дѣлу подать вторую кассационную жалобу, послѣ того какъ первая оставлена безъ послѣдствій. (Ст. 438 Code d'iusl. crim.).

Приговоръ, коимъ присуждается уплата издержекъ, не подлежитъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ. (Arr. Cousjade, 77 avul 1849, В. 207. См. № 177).

## ГЛАВА IX.

О КАССАЦИОННЫХЪ ЖАЛОБАХЪ ПУБЛИЧНАГО ОБВИНИТЕЛЯ И ОБЪ ИХЪ ПОСЛѢДСТВІЯХЪ.

§ I. Общее право обжалованія, предоставленное публичному обвинителю.

169. Все члены прокурорскаго надзора безъ различія не могутъ подавать кассационныхъ жалобъ на судебныя рѣшенія, постановляемые по уголовнымъ дѣламъ. Рѣшеніемъ (Com. de police de Nevers) отъ 1 мая 1857 г. (В. 175) разъяснено, что никакое постановленіе закона не предоставляетъ императорскимъ прокурорамъ права аналогичнаго съ тѣмъ, которое уставъ уголовного судопроизводства даетъ генеральнымъ прокурорамъ относительно обжалованія въ порядкѣ апелляціонномъ рѣшеній исправительныхъ трибуналовъ своего округа (resfort); что слѣдовательно императорскій прокуроръ не можетъ обжаловать въ порядкѣ кассационномъ рѣшеніе полицейскаго трибунала, состоящаго въ его округѣ (arrondissement), и что это право предоставлено лишь полицейскимъ комиссарамъ и должностнымъ лицамъ, указаннымъ въ ст. 167

уст. угол. судопр. согласно приведенному рѣшенію ст. 177 того же устава, предоставляя право сторонамъ и публичному обвинителю обжаловывать въ кассационномъ порядкѣ рѣшенія послѣдней инстанціи, имѣла въ виду не всѣхъ членовъ прокурорскаго надзора вообще, но лишь того публичнаго обвинителя, который состоитъ при судѣ, постановлявшемъ обжалуемое рѣшеніе. Такимъ образомъ императорскій прокуроръ, состоящій при окружномъ трибуналѣ (Tribunal d'arrondissement) не можетъ обжаловать рѣшенія полицейскаго трибунала, а равно и полицейскій комиссаръ не можетъ обжаловать рѣшеніе окружнаго трибунала, постановившаго такое по апелляціонной жалобѣ на рѣшеніе полицейскаго трибунала (Arr. Cedricu, II juillet 1850, V. 218. См. № 38).

Другимъ рѣшеніемъ (по дѣлу Колосъ) они 35 мая 1832 (ненапеч.) равнымъ образомъ постановлено, что изъ сопоставленія статей 284, 296 и 298 уст. угол. судопр. оказывается, что императорскій прокуроръ, засѣдающій въ ассизномъ судѣ главнаго города департамента не можетъ обжаловывать постановленія о преданіи суду; что его обязанности ограничиваются обвиненіемъ по дѣлу въ ассизномъ судѣ и что право обжалованія въ этомъ случаѣ, законъ предоставляетъ генеральному прокурору и обвиняемому.

Право обжалованія предоставлено лишь дѣйствительно носящему званіе публичнаго обвинителя, т. е. полицейскому комиссару, а не замѣняющему его, какъ напр. мэру (Arr. Luze, 23 janvier 1864, V. 24) и если таковой временно исправлялъ должность, то онъ не имѣетъ права, по оставленіи должности, обжаловать въ кассационномъ порядкѣ тѣ рѣшенія, которыя были постановлены во время исполненія имъ обязанностей публичнаго обвинителя (Arr. Commissf-de police du Blane, 12 mai 1854, V. 145). Это право принадлежитъ исключительно полицейскому комиссару, вступившему въ должность, хотя онъ и не присутствовалъ въ засѣданіи (Arr. 6 mars 1845, V. 78).

170. Публичный обвинитель не можетъ обжаловать въ апелляціонномъ порядкѣ рѣшенія полицейскихъ трибуналовъ, какъ это оказывается по смыслу ст. 172 и 177 уст. угол. судопр., но онъ можетъ обжаловать таковыя въ порядкѣ кассационномъ, будутъ ли они постановлены въ первой или въ послѣдней инстанціи (См. гл. III ном. 27 и 31; arr. Bernot, 20 novembre 1844, V. 294; Romadon, 10 féocrier 1849, V. 37; Lancelot, 4 féocrier 1864, V. 31; commisf. de police de Serra 3 mars 1866, V. 61). Въ этомъ случаѣ, по словамъ вышеприведенныхъ рѣшеній, онъ долженъ выждать истеченіе сроковъ на подачу возраженія и апелляціонной жалобы и даже принять мѣры, чтобы эти сроки начали свое теченіе, если стороны сами объ этомъ не позаботились. Исключеніе изъ вышесказаннаго предоставляетъ, согласно рѣшенію по дѣлу Лансело, тотъ случай, когда обвиняемый былъ освобожденъ отъ преслѣдо-

ванія за неявкою съ судъ, такъ какъ рѣшеніе почитается окончательнымъ, въ виду отсутствія той стороны, въ интересахъ которое было предъавлять возраженія (См. ном. 198).

171. Кромѣ вышеприведеннаго случая, публичный обвинитель можетъ обжаловать лишь рѣшенія и постановленія послѣдней инстанціи (ст. 408 и 413 уст. угол. судопр.) и если онъ жалуется, то рѣшеніе, которое послѣдуетъ, можетъ быть, въ неявку подсудимаго, не принесшаго жалобы (arg. Grivot, 2 septembre 1830, В. 210), развъ, что онъ принесетъ жалобу исключительно въ интересахъ обвиненія и если судъ откажетъ ему въ жалобѣ, оставивъ въ то же время безъ разсмотрѣнія тѣ поводы, по которымъ можно было бы отмѣнить рѣшеніе въ интересахъ осужденнаго (Arg. *ministère public de Strasbourg*, 2 septembre 1725, ненапеч., *proc. gén. de Donai*, 26 de cembre 1839, В. 389).

172. Если, согласно ст. 409 уст. угол. судопр., публичный обвинитель можетъ жаловаться лишь въ интересахъ закона въ томъ случаѣ, когда подсудимый оправданъ, то это правило не распространяется на рѣшеніе ассизнаго суда, которымъ подсудимый освобожденъ; въ этомъ случаѣ публичный обвинитель можетъ обжаловать рѣшеніе, постановившее объ освобожденіи (Arg. *proc. gén. de Grenoble*, 14 septembre 1833, В. 381; см. ном. 207).

173. Изъ двухъ рѣшеній (*Contributions indirectes contre Masard et Vallier*) отъ 1 апрѣля 1837 (В. 97) и 6 марта 1840 (В. 78) оказывается, что публичному обвинителю не предоставлено жаловаться въ кассационномъ порядкѣ и преслѣдовать отъ имени акцизнаго управления нарушенія законовъ, наказуемыя конфискаціею или штрафомъ, такъ какъ эти наказанія имѣютъ въ виду исключительно гражданское удовлетвореніе, размѣръ котораго акцизное управление, можетъ уменьшить и относительно котораго оно можетъ войти въ мировое соглашеніе (см. ст. 90 закона 5 Вентоза XII года, 23 декрета 1 жерминаля XIII года и гл. 7 и 10 указа 3 января 1826). Совершенно другой порядокъ по дѣламъ устава лѣснаго, даже если дѣло идетъ о поврежденіи лѣса, принадлежащаго частному лицу, право иска въ этомъ случаѣ принадлежитъ столько же администраціи, какъ и публичному обвинителю, и они могутъ пользоваться таковымъ альтернативно (Arg. *Bonnerol*, 27 janoier 1837, В. 34; *Albertini*, 24 décembre 1858, В. 324). Такой же порядокъ существуетъ и для дѣлъ таможенныхъ. (Arg. *Vanderekschrick*, 29 mars 1828, ненапеч.; *Chevalier*, le mars 1846, В. 56. См. гл. II, ном. 21).

174. Есть случаи, въ которыхъ публичный обвинитель не имѣетъ право начинанія и въ то же время можетъ продолжать одинъ преслѣдованіе, какъ скоро послѣдуетъ жалоба заинтересованной стороны. Такъ рѣшеніе (*Tin. public contre Pidouf*) отъ 13 декабря 1855 (В. 398) постановляетъ, что въ дѣлахъ по преступленіямъ



противъ законовъ объ охотѣ на чужой землѣ безъ разрѣшенія владѣльца, достаточно, чтобы потерпѣвшее лицо подало просьбу или сдѣлало бы прямое заявленіе для того, чтобы дѣлу былъ данъ законный ходъ по просьбѣ потерпѣвшаго лица и тогда обвиненіе поддерживается во всѣхъ судоговореніяхъ, не будучи подчинено измѣненію желанія стороны и не приостанавливаетъ своего законнаго хода, несмотря на бездѣйствіе стороны; таковъ смыслъ ст. 1, 11 и 26 закона 3 мая 1844. Тоже самое, надо сказать и относительно обвиненія въ прелюбодѣвіи, начатаго мужемъ. Кончина этого послѣдняго не препятствуетъ публичному обвинителю продолжать преслѣдованіе въ интересахъ обвиненія, хотя въ началѣ онъ и не могъ возбудить такового по собственному произволу. (Arr. M..., 6 juin 1863, V. 158).

175. Публичный обвинитель можетъ обжаловывать лишь постановленія и приговоры, а не простыя судебныя дѣйствія, какъ напр. постановку вопросовъ присяжнымъ (Arr. Boudard. 8 janvier 1848. См. ном. 42 и 45).

176. Если публичный обвинитель не принесъ въ срокъ апелляціонной жалобы, онъ не имѣетъ права обжаловать рѣшеніе апелляціоннаго суда, и въ особенности той части рѣшенія, которую отказываются или присуждаютъ убытки гражданскому истцу, принесшему апелляціонную жалобу, общественная власть не принимаетъ въ этомъ случаѣ участія въ процессѣ (Arr. ministère public contre Marquis, 9 octobre 1840; contre Gallet, 26 décembre 1840, ненапеч.). Разсмотрѣнію кассационнаго суда не подлежитъ та часть обвиненія, которая не была обжалована обвинителемъ въ апелляціонномъ порядкѣ (Arr. Dubois, 18 juin 1853. V. 176).

177. На томъ же основаніи, что общественная власть не заинтересована въ судебныхъ преніяхъ, публичный обвинитель не можетъ обжаловать той части рѣшенія, которая имѣетъ своимъ предметомъ лишь издержки. Не смотря на то, что рѣшеніе постановляется по уголовному дѣлу, вознагражденіе касается только сторонъ (Arr. proc. gén. de Nîmes, 9 juillet 1853, V. 355. См. ном. 168). Публичный обвинитель не можетъ жаловаться и въ томъ случаѣ, если его жалоба не представляетъ никакого интереса (Arr. Chevaller, 10 avril 1873, V. 111) и въ томъ случаѣ, еслибы существовалъ вопросъ, подлежащій разрѣшенію въ принципѣ, то жалоба должна быть представлена въ интересахъ закона (Arr. commiss. de police de Clamecy contre Girault, 11 novembre 1865, V. 197. См. ном. 225).

Равнымъ образомъ, если требованія публичнаго обвинителя были въ существѣ признаны заслуживающими уваженія, то обвиненіе не даетъ ему право жаловаться въ кассационномъ порядкѣ, такъ какъ въ этомъ случаѣ жалоба можетъ имѣть своимъ предметомъ лишь теоритическій вопросъ, по поводу котораго, какъ и въ

предшествующемъ случаѣ можетъ быть подана жалоба лишь въ интересахъ закона, которая составляетъ принадлежность генеральнаго прокурора при кассационномъ судѣ (Arr. proc. gén. contre Roban, 26 août 1826, ненапеч.).

178. Совершенно другое слѣдуетъ сказать относительно постановленія, которымъ отказано публичному обвинителю въ его требованіяхъ, касающихся дополненія доказательствъ для возстановленія предмета обвиненія. Если, въ этомъ случаѣ, судебное мѣсто оставитъ безъ уваженія его требованія, то онъ можетъ жаловаться по поводу превышенія власти (Arr. commisf. de police de Montagne, 4 février 1858, В. 33; Sarrazac, 8 mars 1860, В. 71. См. ном. 57, стр. 36).

## § II. Формальности и сроки на подачу жалобъ публичнымъ обвинителемъ.

179. Публичный обвинитель, какъ и стороны, обязанъ заявить о жалобѣ въ секретариотъ, согласно ст. 417 уст. угол. судопр. и сверхъ того долженъ объяснить въ прошеніи или запискѣ мотивы, по которымъ онъ обжаловываетъ рѣшеніе. Если они не указываютъ никакихъ законныхъ мотивовъ къ измѣненію рѣшенія, а лишь ограничивается разборъ таковыхъ, приведенныхъ въ рѣшеніи, вмѣсто того, чтобы доказать неправильность самого рѣшенія, то его жалоба не подлежитъ разсмотрѣнію (Arr. proc. gén. de Matz 14 mai 1857, В. 187. см. ном. 45 и 19):

180. Публичному обвинителю, какъ и сторонамъ, предоставляется на заявленія жалобы трехдневный срокъ со дня рѣшенія, если стороны находились на лицѣ, или со дня истеченія срока на представленіе возраженія, если рѣшеніе было заочное (Arr. Agren 24 mars 1855, В. 110), тѣмъ же срокомъ онъ пользуется и относительно постановленій обвинительныхъ камеръ, если онъ обжаловываетъ таковыя по другимъ основаніямъ, чѣмъ тѣ, которыя изложены въ ст. 299 уст. угол. судопр. (Arr. proc. gén. d'Angers, 9 juillet 1829, В. 151; proc. gén. de Lyon, 27 juin 1827, В. 171). Публичный обвинитель не можетъ приводить въ оправданіе, что онъ жалуется послѣ срока на томъ основаніи, что постановленіе или приговоръ не были ему извѣстны до времени подачи имъ кассационной жалобы, его положеніе ставитъ его въ возможность узнавать о всѣхъ постановленіяхъ и приговорахъ въ должный срокъ для ихъ обжалованія (Arr. proc. gén. de Bordéauf, 18 décembre 1834; Sacùf. Esprit contre Darjon 8 novembre 1838, ненапеч.).

181. Публичный обвинитель долженъ обратиться въ канцелярію суда, гдѣ находятся реестры для записыванія заявленій о жалобахъ; если онъ заявитъ въ засѣданіи, что онъ намѣренъ обжаловать только что постановленное рѣшеніе, то это заявленіе считается незаконнымъ въ томъ смыслѣ, что оно будетъ сдѣлано не

въ формѣ требуемой закономъ, и что оно не можетъ собою замѣнить сообщенія кассационной жалобы, которое должно быть сдѣлано подсудимому; сказать больше, оно будетъ несоотвѣтствовать общимъ юридическимъ формамъ и противорѣчить смыслу 449 ст. ус. гражд. судопр. Велѣдствіе этого, судъ, которому сдѣлано такое заявленіе, можетъ отказать придать такому какое либо значеніе (Arr. commisf. de police de Châteoudun, 14 juillet 1838, В. 220).

Равнымъ образомъ публичный обвинитель не можетъ сдѣлать заявленіе секретарю при посредствѣ повѣстки судебного пристава, что намѣренъ обжаловать постановленное рѣшеніе, безъ того, чтобы онъ предварительно доказалъ, что это должностное лицо отказало въ принатіи жалобы, или не находилось въ канцеляріи въ законный срокъ для принатія заявленія о жалобѣ (Arr. commiss. de police de Costillionnet, 20 novembre 1845, ненапеч.).

182. Цѣлою массою судебныхъ рѣшеній постановлено, что трехдневный срокъ, предоставленный публичному обвинителю на сообщеніе своей жалобы обвиняемому (ст. 418 ус. угол. судопр.) не предписывается закономъ подъ угрозою недѣйствительности (Arr. min. public contre Gérard, 2 mars 1838, В. 55; Straforelli, 5 aût. 1841, В. 230).

То же самое и относительно гражданскаго истца отсутствіе сообщенія не ведетъ за собою недѣйствительности жалобы, а лишь даетъ защитнику право возраженія если онъ не явился въ засѣданіе (Arr. De-Tinau, 23 septembre 1836, ненапеч.).

Рѣшеніемъ по дѣлу Бюшильо отъ 31 августа 1827 (В. 228) постановлено, что за отсутствіемъ сообщенія, или за недѣйствительностью такового, подача кассационной жалобы не приостанавливаетъ теченія давности, которая приобретается, если законный срокъ истекаетъ безъ преслѣдованія.

183. Ст. 422 ус. угол. судопр. примѣняется къ жалобамъ гражданскаго истца и осужденнаго, равнымъ образомъ примѣняется и къ жалобамъ публичнаго обвинителя; такъ десятидневный срокъ предоставляемый этою статьею на подачу въ канцелярію прошенія съ изложеніемъ для кассациіи, не предписывается подъ угрозою непринатія (Arr. proc. gén de Grenoble contre aree 11 octobre 1861. I. P. 1861, pag. 620).

### § III. Кассационныя жалобы въ интересахъ закона.

189. Кассационныя жалобы въ интересахъ закона подаются генеральнымъ прокуроромъ при кассационномъ судѣ, по предложенію министра юстиціи, или по собственному произволу и съ различіемъ, установленнымъ ниже приводимыми статьями устава уголовнаго судопроизводства.

Ст. 441. Если генеральный прокуроръ, состоящій при кассационномъ судѣ по формальному предложенію министра юстиціи,

представить уголовному департаменту (section criminelle) о некоторых судебных актах, опредѣленіяхъ и приговорахъ противъ нарушающихъ закону, то таковыя акты, опредѣленія и приговоры могутъ быть отмѣнены, а члены полицейскаго трибунала (officiers de police) или судьи, могутъ быть преданы суду, если къ тому имѣются основанія порядкомъ указаннымъ въ гл. III разд. IV настоящей книги.

Ст. 442. «Если апелляціоннымъ судомъ или трибуналомъ полиціи исправительной будетъ постановленъ приговоръ или опредѣленіе въ послѣдней инстанціи, подлежащія кассации и противъ которыхъ тѣмъ не менѣе стороны не протестовали въ опредѣленный срокъ, состоящій при кассационномъ судѣ генеральный прокуроръ можетъ собственною властью и не смотря на истечение срока, донести объ этомъ кассационному суду. Опредѣленіе или приговоръ отмѣняется безъ предоставленія сторонамъ возможности воспользоваться правомъ возраженія противъ его исполненія.

Между двумя вышеприведенными статьями есть существенное различіе: по словамъ первой, генеральный прокуроръ, состоящій при кассационномъ судѣ можетъ начать дѣйствовать лишь по предложенію министра, тогда какъ такое предложеніе является совершенно излишнимъ для того, чтобы дѣйствовать въ послѣднемъ случаѣ. Первая изъ вышеприведенныхъ статей примѣняется къ судебнымъ актамъ равно какъ и къ приговорамъ и опредѣленіямъ, тогда какъ послѣдняя относится лишь до приговоровъ и опредѣленій. Въ первомъ случаѣ право обжалованія не постановлено ни въ какую зависимость отъ срока; во второмъ случаѣ генеральный прокуроръ можетъ жаловаться лишь по истеченіи срока, предоставленнаго сторонамъ на обжалованіе.

Право, принадлежащее специально генеральнымъ прокурорамъ въ колоніяхъ подавать кассационныя жалобы въ интересахъ закона, изложено выше въ главѣ VII, ном. 109 и послѣд.

185. Наконецъ, существуетъ различіе и въ послѣдствіяхъ кассационныхъ жалобъ въ томъ смыслѣ, что въ случаѣ предусмотрѣнномъ въ ст. 442, кассация рѣшенія въ интересахъ закона не вноситъ за собою никакого преданія суду, тогда какъ въ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 441, если дѣло идетъ о неподсудности или о столкновеніи юрисдикцій, кассационная жалоба возбуждаетъ вопросъ объ участи подсудимыхъ, которые, если послѣдуетъ отмѣна рѣшенія, предаются подлежащему суду для разсмотрѣнія дѣла по существу и по формѣ, какъ это сказано въ рѣшеніи по дѣлу Карреля и другихъ отъ 5-го февраля 1824 (В. 20) въ слѣдующихъ выраженіяхъ:

«Кассационный судъ отмѣняетъ приговоръ полевого совѣта въ томъ отношеніи, что онъ неправильно призналъ себя некомпетентнымъ и постановилъ о непріятіи жалобы, поданной просителя»

ми, на преданія ихъ другому полевому совѣту, согласно требованію генеральнаго прокурора; «Принимая во вниманіе, что такое требованіе было представлено суду въ силу ст. 441 уст. угол. судопр. и по предложенію государственнаго канцлера, министра юстиціи:

«что ст. 441 замѣнена собою для уголовныхъ дѣлъ ст. 80 закона 27 Вентоза VIII года, которая допускала кассацию лишь въ интересахъ закона;

«что она не сохранила этого ограниченія и слѣдовательно уничтожила такое; что статья эта измѣнивъ ст. 80 закона 27 Вентоза VIII года; создала новое право характера общественнаго.

«Что она должна быть примѣнена во всей своей цѣлости, такъ какъ въ настоящемъ случаѣ не предстоитъ отмѣнить ко вреду сторонъ рѣшенія, востановленнаго по существу дѣла, а лишь предать надлежащей ходъ правосудію, указавъ настоящій порядокъ производства; судъ отмѣняетъ постановленіе о непринятіи жалобы и отсылаетъ стороны и просителей въ первый полевой совѣтъ западно-пиренейской военной дивизіи для переислѣдованія и рѣшенія дѣла согласно съ законами».

Начало, принятое въ этомъ рѣшеніи было вновь подтверждено рѣшеніемъ подѣлу Рейналя отъ 20-го декабря 1832 (В. 502).

«Принимая во вниманіе», говоритъ это рѣшеніе, «что ст. 442 уст. угол. судопр. примѣняется лишь къ кассационнымъ просьбамъ, подаваемымъ по обязанности или по собственному произволу генеральнымъ прокуроромъ, и что согласно этой статьѣ, отмѣна рѣшеній и опредѣленій, если таковая послѣдуетъ, не имѣетъ другого послѣдствія, кромѣ охраны закона, хотя неправильнаго примѣненія и лишь въ интересахъ такового, безъ предоставленія сторонамъ возможности воспользоваться правомъ возраженія противъ ихъ примѣненія, какъ это видно изъ буквального смысла этой статьи; но что ст. 441 не содержитъ того же ограниченія, что если законодательство милостивымъ толкованіемъ этой статьи и постановило, что стороны сохраняютъ пріобрѣтенныя ими права, то это не относится къ тому случаю, когда не указанъ надлежащій судъ, когда предстоитъ разрѣшить пререканіе о подсудности, придать правильный судъ правосудію, и когда никакое право еще не пріобрѣтено и т. д.

Тоже начало приведено и въ рѣшеніи по дѣлу *Foederis arca* отъ 10-го августа 1866 (В. 205).

Но это не только въ вышеприведенныхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ объ указаніи надлежащаго суда, что жалоба, подаваемая по предложенію министра возбуждаетъ вопросъ объ участи подсудимыхъ. Участь подсудимаго можетъ быть облегчена вслѣдствіе обжалованія, какъ это выражаетъ рѣшеніе по дѣлу Вердонъ отъ 19 февраля 1839 (В. 129) слѣдующаго содержанія:

«Принимая во вниманіе, что изъ вышеприведенныхъ рѣшеній вытекаетъ, что отмѣны рѣшеній, постановленныя согласно ст. 441 уст. угол. судопр. никогда не могутъ послужить во вредъ осужденнымъ, ни отяготить ихъ положеніе, такъ какъ въ этомъ случаѣ, не подается жалоба, ни ими, ни генеральнымъ прокуроромъ того суда, въ округѣ котораго было постановлено обжалуемое рѣшеніе, но что тѣмъ не менѣе, такъ какъ ни смыслу приведенной ст. 481, ни общимъ принципамъ уголовного права не противорѣчитъ распространительное толкованіе законовъ, клонящихся къ пользѣ подсудимыхъ, то отмѣны, послѣдовавшія вслѣдствіе обжалованія, могутъ послужить въ пользу подсудимыхъ, что они не остаются подѣ страхомъ осужденія, какъ скоро кассационный судъ призналъ, что все рѣшеніе есть результатъ неправильнаго примѣненія уголовного закона.

Рѣшеніе по дѣлу Франиве и Ледуе отъ 13 февраля 1851 (В. 60) и 13 мая 1859 (В. 123) высказались въ томъ же смыслѣ (См. ном. 23, 96, 97, 171, 176, 216, 257 и 302).

Мы видѣли, что отмѣна, послѣдовавшая по жалобѣ генеральнаго прокурора можетъ послужить въ пользу осужденной сторонѣ, но есть также примѣръ, что она можетъ повліять на участь стороны оправданной. Прибавимъ, что если рѣшеніе, которое обжаловалъ генеральный прокуроръ, было постановлено судомъ положительно некомпетентнымъ, то судъ, которому передается дѣло для новаго разсмотрѣнія не обязанъ постановить рѣшенія благоприятнаго для подсудимаго; онъ въ этомъ случаѣ разсматриваетъ все дѣло по существу; и подсудимый, не смотря на первоначальное оправданіе, вслѣдствіе новыхъ судебныхъ преній можетъ быть осужденъ, какъ это и случилось по одному дѣлу, гдѣ подсудимый подлежавшій спеціальному суду былъ неправильно преданъ военному суду и этимъ послѣднимъ оправданъ (Arr. Sterne, 12 février 1813. S. 1813, J. 232. См. ном. 96).

186. Слѣдуетъ замѣтить, что кассационная жалоба, поданная по предложенію министра, приостанавливаетъ исполненіе рѣшенія во всѣхъ случаяхъ, когда она клонится къ облегченію участи подсудимаго, хотя бы она и была подана по истеченіи срока.

187. Генеральный прокуроръ обжаловывая рѣшеніе по предложенію министра, долженъ изложить свою жалобу въ предѣлахъ инструкціи, полученной имъ отъ этого послѣдняго и не можетъ преступить таковыхъ. Такъ разрѣшенъ этотъ вопросъ въ рѣшеніи по дѣлу Паскаль отъ 2-го февраля 1850 (В. 44), которымъ постановлено: «что ст. 441 уст. угол. судопр. по своему содержанію и по тѣмъ послѣдствіямъ, которыя она за собою влечетъ, составляетъ исключеніе изъ общаго права и потому должна примѣняться буквально; что право, которое она предоставляетъ правительству дано въ видахъ общественнаго интереса, судью котораго

является лишь одно оно и что предѣлы его вмѣшательства, въ каждомъ дѣлѣ, опредѣлены формальнымъ предложеніемъ, о которомъ говоритъ ст. 441; что генеральный прокуроръ, приводя въ исполненіе это предложеніе, можетъ безъ сомнѣнія присоединить къ нарушеніямъ закона, указаннымъ въ предложеніи, и всѣ тѣ, которыя являются послѣдствіемъ таковыхъ, но онъ не имѣетъ права возбуждать новыхъ обстоятельствъ, не имѣющихъ отношенія къ тѣмъ, которыя указаны правительствомъ, воспользовавшимся своимъ правомъ». Это даже и въ томъ случаѣ, говоритъ рѣшеніе по дѣлу Негръ отъ 19-го марта 1852 (В. 103), если бы министръ въ своемъ предписаніи присовокупилъ «по этимъ основаніямъ и по тѣмъ, которыя ваша опытность и разсмотрѣніе дѣла вамъ укажутъ».

188. Затрудненіе возникло относительно того измѣняютъ ли ст. 441 и 442 уст. угол. судопр. съ другой точки зрѣнія ст. 80 и 88 закона 27 Вентеноза VIII года, а именно предоставлено ли генеральному прокурору то же право относительно приговоровъ военныхъ судовъ, какое онъ имѣетъ относительно рѣшеній и приговоровъ общихъ гражданскихъ и уголовныхъ судовъ, т. е. обжаловать таковыя, по собственному произволу, въ интересахъ закона, безъ предложенія со стороны государственнаго канцлера.

Въ рѣшеніи по дѣлу Ел. Шурфа отъ 11-го марта 1842 (В. 59) этотъ вопросъ разрѣшенъ утвердительно, но лишь только по отношенію къ приговорамъ военныхъ судовъ подлежащихъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ осужденными, т. е. заключающихъ въ себѣ вопросъ о подсудности. Въ рѣшеніи по дѣлу Руль, возбужденному генеральнымъ прокуроромъ отъ 19-го марта 1852 (В. 101); этотъ вопросъ разрѣшенъ отрицательно по отношенію къ тѣмъ случаямъ, когда осуждается лице военнаго сословія, которому законъ не предоставляетъ права обжалованія въ кассационномъ порядкѣ. Въ этомъ случаѣ генеральный прокуроръ можетъ подать жалобу лишь по предложенію министра.

Рѣшеніе это гласитъ: «На основаніи ст. 442 уст. угол. судопр.

«Принимая во вниманіе, что хотя эта статья и предоставляетъ генеральному прокурору *личное* право представлять суду рѣшенія и приговоры, которыя онъ считаетъ несогласными съ закономъ, но это право, которымъ онъ можетъ воспользоваться лишь въ интересахъ закона, примѣняется только къ приговорамъ и опредѣленіямъ, постановленнымъ въ *последней инстанціи*, которые *подлежатъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ*, и по которымъ тѣмъ не менѣе ни одною изъ сторонъ не подано жалобы въ опредѣленный срокъ.

«Что обжалуемый приговоръ былъ постановленъ *полевымъ совѣтомъ* противъ лицъ военнаго сословія; что этотъ приговоръ, согласно ст. 77 закона 27 Вентоза VIII года, не подлежитъ обжа-

дованію въ кассационномъ порядкѣ; и что повѣтому, въ силу ст. 441 того же устава только министру юстиціи принадлежитъ право оцѣнить въ общихъ интересахъ военной полиціи, слѣдуетъ ли ходатайствовать объ отмѣнѣ этого приговора, хотя бы лишь только въ интересахъ закона» (См. arr. Knoblant, 10 janvier 1857. В. 19).

Ст. 441 и 442 уст. угол. судопр. примѣнимыя къ приговорамъ военныхъ и морскихъ судовъ. согласно ст. 82 и 142 уставовъ, регулирующихъ таковыя, статьи эти опредѣляющія права генеральнаго прокурора должны еще получить примѣненіе (См. ном. 145 и 148).

189. Мы видѣли (ном. 23 и 185), что отмѣна рѣшеній, по протесту министра въ видахъ публичнаго интереса, могла служить въ пользу осужденнымъ, которые не подавали жалобы; но если по жалобѣ подсудимаго, послѣдовавшей одновременно съ жалобою генеральнаго прокурора, который принесъ таковую въ интересахъ закона, отмѣна приговора должна имѣть необходимымъ послѣдствіемъ отягощеніе участи подсудимаго, то таковой приговоръ можетъ быть отмѣненъ лишь только въ интересахъ закона (Arr. Barbat, 9 janvier 1840, В. 8), та же часть рѣшенія, которая постановлена въ пользу подсудимаго остается неприкосновенною. (Arr. Vogerre, 5 janvier 1838, В. 4. См. ном. 171 и 176).

190. Кромѣ случая, предусмотрѣннаго ст. 409 уст. угол. судопр., гдѣ предоставляется публичному обвинителю, состоящему при судѣ, который постановилъ оправдательный приговоръ, обжаловать таковой въ интересахъ закона, право обжалованія по этому поводу разнаго рода постановленія принадлежитъ только генеральному прокурору при кассационномъ судѣ (Arr. Daumas, 8 novembre 1852, В. 344; Pincia, 4 mars 1864, В. 59. См. ном. 172).

Право, вытекающее изъ ст. 409 не распространяется на побочныя постановленія, какъ напр. опредѣленіе, которымъ предлагается присяжнымъ возвратиться для совѣщанія (Arr. proc. gén. contre Poutain, 2 janvier 1834, В. 2).

Кромѣ генеральнаго прокурора при кассационномъ судѣ, каждый изъ членовъ прокурорскаго надзора можетъ принести кассационную жалобу въ интересахъ закона, по своему произволу (Arr. Duchemin, 12 juillet 1849, В. 156) и даже, если жалоба принесена въ срокъ, предѣлы котораго достаточно обширны, то они безусловно принимаются къ разсмотрѣнію (Arr. commiss. de police des Audelys, 29 décembre 1853. В. 604; min. public de Drulengen contre Chrétien Sahruny, 27 juin 1845, В. 209; Commiss. de police d'Alger contre Riucia et autres, 4 mars 1864, В. 59).

191. Генеральнымъ прокуроромъ апелляціонныхъ судовъ Мартиники, Гваделупы и Гвіаны предоставлено также право приносить кассационныя жалобы въ интересахъ закона, но только по уголовнымъ дѣламъ, на постановленія обвинительныхъ камеръ,



въ сроки и порядкомъ, указанными въ ст 298, 441 и 442 указа 20 октября 1828 и ст. 73 указа 20 декабря того же года. (Arr. proc. gén. de la Guadeloupe contre Ferdinand, 18 juillet, 1844, B. 268; Terrail, 20 juin 1845, ненапеч.).

Рѣшеніемъ отъ 21 февраля 1852 (ненапеч.) была признана неподлежащую разсмотрѣнію кассационная жалоба генеральнаго прокурора Мартиника, принесенная на постановленіе исправительной палаты императорскаго суда этого острова (См. гл. VII ном. 109, 111 и послѣд.).

Генеральный прокуроръ острова Резоніонъ равнымъ образомъ можетъ приносить жалобы въ случаяхъ, опредѣленныхъ вышеприведенными статьями (Décret du 28 juin 1862; arr. proc. gén. 31 août 1850, ненапеч.).

192. Цѣлою массою рѣшеній постановлено, что публичный обвинитель не можетъ быть приговоренъ къ уплатѣ издержекъ и еще того менѣе къ уплатѣ убытковъ, если по возбужденному имъ преслѣдованію подсудимый будетъ освобожденъ.

Тоже начало было примѣнено и къ префекту Константины, который обвинялъ заводчика предъ судомъ полиціи исправительной въ составленіи подложнаго увольнительнаго свидѣтельства (déclaration de licence) по дѣламъ косвенныхъ податей; та часть постановленія, которою префектъ, дѣйствовавшій въ публичномъ интересѣ, былъ приговоренъ къ уплатѣ убытковъ, была отмѣнена рѣшеніемъ отъ 4 марта 1864 (Arr. Seinou, B. 57).

193. Публичный обвинитель принесшій кассационную жалобу, не можетъ, отказавшись отъ таковой, лишь кассационный судъ имѣть право разсмотрѣть эту послѣднюю (Arr. min. public contre Simon 21 novembre 1839, B. 3 3).

О срокахъ, въ которые должны быть приносимы кассационныя жалобы по дѣламъ уголовнымъ, исправительнымъ и полицейскимъ.

194. Общій срокъ на принесеніе кассационныхъ жалобъ по дѣламъ уголовнымъ указанъ въ ст. 373 уст. угол. судопр., который гласитъ:

«Осужденному предоставляется трехдневный срокъ со дня постановленія приговора, для заявленія въ канцеляріи суда, что онъ обжаловываетъ рѣшеніе въ кассационномъ порядкѣ.

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

«Гражданскому истцу предоставляется тотъ же срокъ, но онъ можетъ обжаловать лишь постановленія, относящіяся до его гражданскихъ интересовъ.

«Впродолженіи этихъ трехъ дней, и затѣмъ, если послѣдуетъ кассационная жалоба приведеніе рѣшенія въ исполненіе отстрочивается».

195. Весьма большое число рѣшеній и между ними по дѣлу Помере отъ 7 декабря 1832 (В. 480) и Дюжарве отъ 18 марта 1843 (В. 64) объясняютъ, что трехдневный срокъ на обжалованіе долженъ быть исчисляемъ такимъ образомъ, что кассационная жалоба на рѣшеніе, постановленное 1 числа можетъ быть подана 5-го, такъ что ни день постановленія рѣшенія, ни день истечения срока ни должны быть въ счету.

Этотъ срокъ не увеличивается ни въ какомъ случаѣ для публичнаго обвинителя (Arr. proc. gén. d'Angers, 9 juillet 1829, В. 151 См. 179 и 180).

196. Трехдневный срокъ на принесеніе кассационной жалобы на рѣшенія, постановленныя въ послѣдней инстанціи или по апелляціи считается со дня рѣшенія, если такое постановлено въ присутствіи обѣихъ сторонъ; срокъ этотъ примѣняется къ дѣламъ полицейскимъ и исправительнымъ, равно какъ и къ уголовнымъ, производившимся въ ассизномъ судѣ; такое, по крайней мѣрѣ, заключеніе можетъ быть выведено изъ умолчанія ст. 177 и 216 уст. угол. судопр., которыя не устанавливая никакого срока по этимъ дѣламъ ссылаются по смыслу на трехдневный срокъ, предусмотрѣнный ст. 373 того же устава (Arr. commiss. de police de Chagny 10 novembre 1854, ненапеч.; Nivoif et Stévenot, 3 février 1865, I. P. 1865, p. 1088).

197. Срокъ на принесеніе кассационной жалобы исчисляется со дня истечения срока на предьявленіе возраженія, если рѣшеніе постановлено заочно.

Возраженіе должно быть предьявлено по дѣламъ полицейскимъ въ трехдневный, по дѣламъ уголовнымъ въ пятидневный срокъ со дня постановленія рѣшенія, ст. 151 и 157 уст. угол. судопр. И такъ, слѣдовательно, только по истеченіи этихъ сроковъ и при томъ, если не послѣдуетъ возраженія, начинается свое теченіе трехдневный срокъ, предоставленный осужденному на подачу кассационной жалобы. (См. arr. Ségy, 21 novembre 1839, В. 352 и примѣчаніе; Orsel, 14 septembre 1844, В. 320; Richter, 15 mars 1845, В. 100; Dumouliu, 24 janvier 1854, В. 20; Hertz, 23 février 1854, В. 40. См. ном. 27, 31 и 170).

198. Если послѣдовало возраженіе на заочный приговоръ или постановленіе, и сторона не явилась поддерживать свое возраженіе, то постановляется новое заочное рѣшеніе, которымъ возраженіе оставляется безъ послѣдствій, и хотя такое рѣшеніе разсматривается, какъ постановленное въ присутствіи сторонъ и имѣетъ всѣ послѣдствія такового, но оно разсматривается какъ заочное относительно срока на обжалованіе, который считается не со дня рѣшенія, но со дня объявленія такового (Arr. Sovary, 18 novembre 1854, В. 319; Cintré, 9 novembre 1861. В. 222).

Тарбе, на страницѣ 113, замѣчаетъ, что если по отношенію

къ публичному обвинителю и къ находящемуся подъ стражею осужденному трехдневный срокъ на принесеніе кассационной жалобы исчисляется со дня постановленія окончательнаго приговора, то по отношенію къ гражданскому истцу, къ осужденному, находящемуся на свободѣ и къ лицамъ граждански отвѣтственнымъ, срокъ этотъ считается лишь со дня объявленія имъ обжалуемаго рѣшенія; это сужденіе вѣрно лишь въ томъ случаѣ, если рѣшеніе заочное, но оно не примѣнимо къ приговору, постановленному въ присутствіи сторонъ (Arr. Machard, 5 décembre 1846, B. 308; Nivoif et Stévenot, 3 février 1865, I. P. 65, p. 1088).

Мы видѣли, что относительно заочныхъ рѣшеній, срокъ на принесеніе кассационной жалобы, согласно ст. 187 и 416 уст. угол. судопр. исчисляется со дня истеченія срока на возраженіе; но какъ разрѣшить этотъ вопросъ въ дѣлахъ, которыя начаты въ присутствіи обѣихъ сторонъ, если обвиняемый не присутствовалъ при произнесеніи приговора; если наконецъ дѣло было разрѣшено не въ тотъ день, который предварительно былъ назначенъ для объявленія приговора? Въ этомъ случаѣ срокъ исчисляется со дня рѣшенія лишь тогда, если подсудимый присутствовалъ или былъ надлежащимъ образомъ вызванъ въ засѣданіе суда для присутствованія при объявленіи приговора. Въ противномъ случаѣ, какой приговоръ считается заочнымъ и срокъ исчисляется со дня объявленія рѣшенія подсудимому (Arr. Orsel, 14 septembre 1844, B. 320; Richter, 5 mars 1845, B. 100; Pellier, 11 février 1858, J. P. 1858, pag. 1178) и это даже въ этомъ случаѣ, если можно возразить подсудимому, что ему было извѣстно рѣшеніе, такъ какъ онъ предъявилъ возраженіе (Arr. Savary, 18 novembre 1864, B. 319); но если обвиняемый присутствовалъ и принималъ участіе въ дѣлѣ или, если дѣло было отложено для выслушанія публичнаго обвинителя, то отсутствіе обвиняемаго на слѣдующемъ засѣданіи и при произнесеніи приговора, не препятствуетъ теченію трехдневнаго срока, считая со дня постановленія рѣшенія, потому что обвиняемый былъ вызванъ для выслушанія рѣшенія сторонами, и что слѣдовательно онъ отсутствовалъ по собственному желанію (Arr. Carbounel, 27 mars 1857, J. P. 1858, pag. 189).

Кассационная жалоба, поданная на заочное рѣшеніе до истеченія срока на предъявленіе возраженія и до начатія таковаго на подачу кассационной жалобы не подлежитъ принятію ни со стороны публичнаго обвинителя, ни со стороны обвиненнаго (Arr. maire de Viviers. 23 janvier 1854, B. 20; Savary, 18 novembre 1854, B. 319; min. publie de Rosay, 10 avril. 1863, J. P. 1854, pag. 127. См. стр. 167).

Тѣмъ не менѣе, въ вышеприведенномъ случаѣ, судъ, въ рѣшеніи отъ 21 ноября 1839 (B. 352), ограничился заявленіемъ, что жалоба, поданная до истеченія срока на предъявленіе возраженія,

не принадлежит принятию въ настоящее время. Въ этомъ случаѣ она можетъ быть съ успѣхомъ возобновлена до истеченія срока (Arr. Maquart, 28 juillet 1864 (ненапеч.) и вышеприведенное рѣшеніе отъ 10-го апрѣля 1863 г.).

Осужденному по дѣламъ національной гвардіи предоставляется трехдневный срокъ, считая со дня объявленія рѣшенія, для принесенія кассационной жалобы (законъ 22-го марта 1831, ст. 22), но онъ можетъ не ожидая этого объявленія подать кассационную жалобу (Arr. Chèze, 16 novembre 1848, В. 175). Для публичнаго обвинителя срокъ считается со дня постановленія рѣшенія (Arr. Jégan, septembre 1831; Darson, 8 novembre 1838, ненап.). Предполагается, что рѣшеніе становится ему извѣстнымъ въ тотъ же день, какъ состоится (См. ном. 168).

199. Публичный обвинитель не можетъ обжаловать рѣшенія полицейскихъ трибуналовъ въ апелляціонномъ порядкѣ; онъ можетъ таковыя лишь въ порядкѣ кассационномъ и ему не предоставляется другого срока, кромѣ указаннаго въ ст. 373 уст. угол. судопр., причемъ онъ долженъ выждать истеченіе срока на предъявленіе возраженія и на подачу апелляціи, но ему предоставляется принимать мѣры въ этихъ видахъ, если стороны объ этомъ не заботятся (См. т. IX, посвященная жалобамъ публичнаго обвинителя, стр. 171; arr. Rolland, 3 juin 1864, J. P. 1865, p. 188; Laucelot, 4 février 1864, В. 31). Если же обвиняемый былъ оправданъ, даже по заочному рѣшенію, публичный обвинитель не связанъ никакими сроками на подачу кассационной жалобы (См. ту же главу стр. 172; arr. Sandler, 7 avril 1865, J. P. 1865, pag. 1202).

200. Въ дѣлахъ полицейскихъ объявленіе рѣшенія, постановленнаго заочно имѣетъ своимъ послѣдствіемъ начало единовременнаго теченія сроковъ на предъявленіе возраженія и на подачу кассационной жалобы: этотъ послѣдній начинаетъ свое теченіе по закону со дня истеченія срока на предъявленіе возраженія (Arr. Vaucher, 17 janvier 1834, ненапеч.).

201. Моментъ начала срока на предъявленіе возраженія, а слѣдовательно и срока на подачу жалобы зависитъ также отъ правильности объявленія обжалуемаго рѣшенія (Arr. proc. gén. de Bastia, 26 septembre 1850, В. 324).

Для того, чтобы быть правильнымъ это объявленіе должно соединять въ себѣ условія, предписанныя ст. 68 и 69 уст. гражд. судопр., въ противномъ случаѣ оно не можетъ считаться исходною точкою начала теченія срока (См. ном. 209).

Рѣшеніемъ по дѣлу Томсонъ отъ 29-го сентября 1832 (ненап.), постановлено противно принципу, что никто самъ по себѣ не отказывается за пропусченіемъ срока, что возраженіе, поданное на рѣшеніе, постановленное въ присутствіи сторонъ, предполагая,

что оно постановлено заочно, замѣняло собою объявленіе этого рѣшенія и было таковому равносильно для начала теченія срока на подачу кассационной жалобы противъ представившаго возраженіе, который затѣмъ узнавъ свою ошибку подалъ кассационную жалобу.

202. Не разрѣшая подавать кассационныя жалобы до истеченія срока на предъявленіе возраженія, законъ въ то же время запрещаетъ подачу таковой во время теченія апелляціоннаго срока (Arg. Percheron, 25 mars 1850, ненапеч.). Но вотъ какое различіе существуетъ между послѣдствіями истеченія того и другаго изъ этихъ сроковъ, что если апелляціонный срокъ истечетъ безъ подачи апелляціонной жалобы, то рѣшеніе входитъ въ окончательную законную силу и не подлежитъ обжалованію въ кассационномъ порядкѣ, тогда какъ по истеченіи срока, предоставленнаго на предъявленіе возраженія, рѣшеніе можетъ быть перенесено на разсмотрѣніе кассационнаго суда, если оно постановлено во второй инстанціи (См. ном. 34).

203. Въ дѣлахъ уголовныхъ для обвиняемаго или осужденнаго срокъ на подачу кассационной жалобы начинается лишь въ томъ случаѣ, когда предсѣдатель предупредитъ его относительно этого срока. При этомъ необходимо, что предсѣдатель его предупредитъ въ тѣхъ выраженіяхъ, которыя строго предписаны ст. 296 и 371 уст. угол. судопр. Такъ рѣшеніемъ по дѣлу Руссо отъ 21-го іюня 1849 г. (В. 144) было постановлено, что жалоба, поданная на шестой день на постановленіе о преданіи суду имѣла полную силу, такъ какъ предсѣдатель вмѣсто того, чтобы сказать обвиняемому, что онъ долженъ подать жалобу въ продолженіи пяти дней, ему сказалъ, что онъ имѣетъ пять дней на обжалованіе и такимъ образомъ ввелъ его въ ошибку, давъ ему возможность, что онъ имѣлъ пять свободныхъ дней (*cinq jours francs*).

204. Это не примѣнимо къ дѣламъ исправительнымъ, гдѣ эта формальность предупрежденія не предписывается закономъ (Arg. Petit, 15 november 1832, В. 445).

205. Со времени декрета 17 февраля 1852 г., передавшаго въ вѣдѣніе судовъ исправительныхъ преступленія по дѣламъ печати, до того времени подлежащія судамъ ассизнымъ, срокъ на подачу кассационныхъ жалобъ по этимъ дѣламъ установленъ тотъ же, что и для жалобъ на исправительные суды (см. №№ 75 и 226).

Ввиду того, что по буквѣ 373 ст. уст. угол. суд. на принесеніе кассационной жалобы предоставлено только три дня со времени воспослѣдованія приговора, слѣдуетъ ли, что если послѣдній день срока приходится въ воскресенье или другой праздничный день, то жалоба можетъ быть подана въ этотъ день, а въ случаѣ непріянія ея въ регистратурѣ, она можетъ быть подана въ слѣдующій за тѣмъ день? Въ этомъ смыслѣ законъ 2 іюня 1862 года

ст. 9 разрѣшилъ вопросъ для дѣлъ гражданскихъ, но законъ этотъ примѣняется только къ дѣламъ гражданскимъ, а въ дѣлахъ уголовныхъ установилась иная судебная практика. Такъ рѣшеніемъ, 25 іюля 1834 (не напеч.), королевскій прокуроръ въ Руанѣ призналъ пропустившимъ срокъ на подачу кассационной жалобы, которую онъ принесъ на другой день праздника, приходившагося въ концѣ срока.

Рѣшеніемъ Vauche, 18 авг. 1853 (В. 412), признано, что жалоба, поданная на другой день праздника, заключавшаго срокъ, не подлежитъ принятію, хотя бы проситель указывалъ, что регистратура въ послѣдній день была закрыта, если при этомъ проситель не требовалъ, чтобы секретарь записалъ его жалобу въ своемъ регистрѣ.

206. По рѣшенію 18 марта 1843, S. 43, 1, 337 (по дѣлу газеты «la Presse») принята кассационная жалоба, поданная въ послѣдній день срока, послѣ часа, назначеннаго для закрытія регистратуры. Вотъ подлинныя слова этого рѣшенія:

«Что касается возраженія о неприятіи жалобы (основанномъ на томъ, что оно было подано по истеченіи часа, назначеннаго для закрытія регистратуры), то

Принимая во вниманіе, что хотя согласно ст. 90 декрета 30 марта 1808 г. регистратуры королевскихъ судей и судовъ первой инстанціи открыты въ часы, установленныя сими судами, изъ чего слѣдуетъ, что онѣ не могутъ быть закрываемы ранѣе опредѣленнаго наказами этихъ судовъ часа, но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, чтобы актъ, поданный въ регистратуру и принятый ею послѣ назначеннаго часа, могъ быть ничтожнымъ или какъ бы не поданнымъ;

принимая во вниманіе, что въ дѣлахъ уголовныхъ, исправительныхъ и полпцейскихъ постановленіе закона, предоставляющее обвиняемому въ теченіе трехъ дней заявить въ регистратурѣ, что онъ подаетъ кассационную жалобу, какъ предоставляющее ему извѣстное право, должно быть толкуемо въ наиболѣе широкомъ смыслѣ слова, и что такимъ образомъ послѣдній день срока вполне входитъ въ составъ срока, въ который можетъ быть подана кассационная жалоба;

принимая во вниманіе, что ст. 373 уст. угол. суд. тотъ же срокъ данъ и публичному обвинителю;

принимая во вниманіе, что представляется доказаннымъ, что прсситель явился 11 января 1843 года въ регистратуру суда и заявилъ, что онъ подаетъ кассационную жалобу на рѣшеніе того суда 7-го того же мѣсяца, въ чемъ и выдано удостовѣреніе;

принимая во вниманіе, что это заявленіе сдѣлано въ законный

срокъ, и что нѣтъ основанія дознавать, въ которомъ часу оно было сдѣлано...»

Если сторона, явившаяся въ регистратуру для подачи кассационной жалобы, въ послѣдній день срока, и нашла регистратуру закрытою, то чтобы не потерять срока, достаточно, чтобы представъ засвидѣтельствовалъ это обстоятельство, сдѣлавшееся помѣхой къ подачѣ кассационной жалобы въ срокъ. Приговоромъ по дѣлу Вапана, 30 июня 1855 г. (В. 236), признано дѣйствительнымъ заявленіе о кассационной жалобѣ подсудимаго, подписанное на другой день послѣ истеченія срока, если это заявленіе, составленное секретаремъ, удостовѣряетъ, что оно составлено накануне. Наконецъ, рѣшеніемъ по дѣлу Лепареръ, 29 мая 1845 г. (не напечат.). признано, что считается дѣйствительнымъ заявленіе, сдѣланное члену-докладчику дисциплинарнаго совѣта національной гвардіи въ послѣдній день срока и повторенное на другой день (см. № 168).

Такимъ образомъ въ дѣлахъ уголовныхъ, мѣры, принятыя стороною въ теченіе установленнаго срока, признаются равносильными съ самою жалобой.

207. Трехдневный срокъ, установленный ст. 373 уст. угол. суд. въ изложенныхъ ниже случаяхъ, ограничивается ст. 374 того же уст., которая гласитъ: «Въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 409 и 442 настоящаго устава, публичный обвинитель и гражданскій истецъ могутъ подать кассационную жалобу только въ теченіи двадцати четырехъ часовъ.»

Случаи эти слѣдующіе: 1-е для публичнаго обвинителя тотъ случай, когда подсудимый *оправданъ* во взводимомъ на него преступленіи; этимъ исключается тотъ случай, когда подсудимый *освобожденъ* отъ суда потому, что сдѣланный имъ фактъ не предусмотрѣнъ въ уголовныхъ законахъ.

2. Тотъ случай, когда гражданскій истецъ подаетъ жалобу на то, что противъ него постановлено болѣе того, что просилъ оправданный. По этому поводу г. Мерлинъ высказалъ слѣдующее въ засѣданіи уголовной палаты 21 ноября 1812 г.

«Ст. 412 предусматриваетъ для гражданского истца два случая: случай образованія въ кассационномъ порядкѣ приговора, оправдывающаго подсудимаго и случай образованія приговора, освобождающаго его отъ суда; изъ этого слѣдуетъ, что какъ въ первомъ, такъ и во второмъ случаѣ гражданскому истцу для подачи кассационной жалобы дается лишь двадцать четыре часа.

«Но изъ этихъ двухъ случаевъ, прибавилъ онъ, ст. 409 предвидитъ для публичнаго обвинителя только одинъ случай: тотъ, когда онъ ходатайствуетъ объ отмѣнѣ оправдательнаго приговора въ интересъ закона, безъ всякаго вліянія этимъ на интересъ оправданнаго.»

Отсюда г. Мерлинъ выводитъ, что срокъ въ двадцать четыре часа установленъ для публичнаго обвинителя только для указанного случая; въ другомъ же онъ пользуется трехдневнымъ срокомъ.

Это заключеніе принято было рѣшеніемъ по дѣлу Liger 21 ноября 1842 г. (S. et J. P.)

Однимъ рѣшеніемъ признано, что публичный обвинитель не вправе приносить кассационную жалобу на опредѣленіе, коимъ оправданъ подсудимый, и которое неправильно названо приговоромъ ассизнаго суда. (Arr. ministère public contre Lombard 9 января 1829 г. S. 30, I, 112. См. №№ 95, 172 и 222).

208. Срокъ на подачу кассационныхъ жалобъ на постановленія обвинительныхъ камеръ установленъ пятидневный, если на эти постановленія приносятся жалобы по поводамъ, предусмотрѣннымъ ст. 299 уст. угол. суд., а именно: 1-е. Если дѣяніе не признается преступленіемъ по закону; 2-е. Если не было выслушано заключеніе публичнаго обвинителя; 3-е. Если постановленіе состоялось при наличности числа судей меньшаго, чѣмъ установлено закономъ. Срокъ этотъ ограничивается тремя днями, если поводами для обжалованія служатъ поводы общіе для всѣхъ вообще кассационныхъ жалобъ (См. гл. V, № 68 и arr. Basset, 4 февраля 1864, J. P. 1864 стр. 863).

209. По смыслу ст. 296 уст. угол. суд. пятидневный срокъ, установленный для обжалованія постановленій обвинительныхъ камеръ исчисляется со времени допроса, сдѣланнаго подсудимому, но для этого необходимо, чтобы допросу предшествовало врученіе обвинительнаго акта и постановленіе опредѣленія объ отсылкѣ дѣла въ ассизный судъ; если же врученія не послѣдовало передъ допросомъ, то срокъ исчисляется лишь съ того времени, когда оно воспослѣдуетъ (Arr. Canu et Lévéque, 7 января 1847 и 18 мая 1854, не напеч.). Кроме того, для исчисленія срока необходимо, чтобы врученіе обвинительнаго акта было произведено правильно, т. е. согласно съ требованіемъ ст. 68, 69 и 70 уст. гражд. суд.: если обвиняемый въ отсутствіи и въ мѣстѣ жительства его не найдено ни родственниковъ его, ни прислуги, копія должна быть вручена сосѣду, а за отказомъ его — меру. (Arr. Echard, 7 июля 1847 г. В. 151). Рѣшеніемъ къ дѣлу Ribier, 16 октября 1845. (В. 326) признано ничтожнымъ врученіе обвинительнаго акта, копія котораго была передана полицейскому комиссару вмѣсто того, чтобы вручить ее прокурору (См. №№ 81, 82 и 201).

Рѣшеніемъ по дѣлу Besse 6 января, 1853 (не напеч.) признано, что если обвиняемый не имѣетъ опредѣленнаго мѣста жительства или пребыванія во Франціи, то извѣщеніе о преданіи его суду должно быть прибито къ главнымъ дверямъ того ассизнаго суда, суду котораго онъ преданъ; при несоблюденіи этого правила извѣщеніе признается недѣйствительнымъ.



210. Для начала теченія срока необходимо также, чтобы обвиняемый былъ предупрежденъ предсѣдателемъ во время допроса о срокѣ, который предоставленъ ему закономъ для подачи кассационной жалобы. Если же, прибавляетъ ст. 297 уст. угол. суд. обвиняемый не былъ предупрежденъ, согласно предъидущей статьѣ, то отсутствіе съ его стороны жалобы не уничтожаетъ поводовъ къ отмѣнѣ и въ виду сохраненія имъ своихъ правъ, онъ можетъ осуществитъ ихъ послѣ постановленія окончательнаго приговора.

211. Предсѣдатель не обязанъ дѣлать этого предупрежденія при вторичномъ разсмотрѣніи дѣла послѣ кассациі.

212. Замѣтимъ здѣсь, что ст. 296 уст. угол. суд. изложена не въ тѣхъ же выраженіяхъ, какъ ст. 373 того же устава; она не даетъ обвиняемому полныхъ пяти дней для подачи кассационной жалобы, что дало бы ему возможность принести жалобу на шестой день; статья эта предоставляетъ ему жаловаться въ теченіи пяти дней. Такимъ образомъ жалоба, принесенная 17-го числа противъ рѣшенія, постановленнаго 11-го не подлежитъ принятію (Arr. Guissaud 6 марта 1845, ненапеч. см. № 203).

Множествомъ рѣшеній, особенно рѣшеніемъ по дѣлу Cresson, 21 марта 1852 (В. 157) признано, что по смыслу ст. 296 уст. угол. суд. въ виду предоставленнаго подсудимому пятидневнаго срока для подачи кассационной жалобы, слушаніе дѣла не можетъ состояться въ пятый день срока; къ слушанію дѣла можетъ быть приступлено лишь на шестой день, по истеченіи пяти дней со времени допроса или врученія обвинительнаго акта или опредѣленія о преданіи суду, если оно состоялось, развѣ бы подсудимый отказался отъ предоставленнаго ему срока (Arr. Vadrot 6 декабря 1864, В. 309).

213. Приостановка теченія срока, основанная на отсутствіи или недостаточности предупрежденія о срокѣ со стороны предсѣдателя, не имѣетъ примѣненія въ дѣлахъ исправительныхъ (Arr. Petel, 15 ноября 1832 В. 445. См. № 204).

Большимъ количествомъ рѣшеній признано, что обвиняемый не можетъ ссылаться на не предупрежденіе, если онъ принесъ жалобу до истеченія срока.

214. Согласно многимъ рѣшеніямъ не можетъ быть приступлено къ слушанію дѣла до истеченія пятидневнаго срока обжалованія, развѣ бы подсудимый на это согласился или отказался отъ обжалованія (Arr. Pradel 26 сентября 1850, В. 331). Заявленіе подсудимаго о согласіи на назначеніе дѣла къ слушанію или объ отказѣ его отъ жалобы дѣйствительно и въ томъ случаѣ, если оно сдѣлано безъ совѣщанія съ защитникомъ, если онъ имѣлъ его во время снятія съ него допроса и если заявленіе это сдѣлано при допросѣ. Жалоба на то, что онъ не воспользовался пятидневнымъ срокомъ, чтобы совѣщаться съ защитникомъ о кассационной жалобѣ, признается не заслуживающей уваженія (Arr.

Dogny et Bailloux, 4 июля и 9 декабря 1852 г., В. 219 и 397, и Martin 10 февраля 1853 г., В. 56).

215. Обвиняемый признается отказавшимся от подачи кассационной жалобы, если он соглашается на назначение дѣла къ слушанію (Arr. Hervé 20 апрѣля 1849, В. 92 и Marty et Guerinot 7 и 13 декабря 1855 г. В. 318 и 319).

Но если подсудимый вызывается въ ассизы до истечения пятидневнаго срока, то то обстоятельство, что онъ явился въ судъ до истечения срока и даже вызвалъ свидѣтелей, не равносильно съ отказомъ его отъ права воспользоваться срокомъ и принести жалобу. Въ этомъ случаѣ жалоба его подлежитъ принятію (Arr. Reoussier, 24 декабря 1857, В. 410).

Во всякомъ случаѣ отказъ обвиняемаго отъ предоставленнаго ему срока или отъ подачи жалобы, признается дѣйствительнымъ лишь въ томъ случаѣ, когда онъ послѣдовалъ послѣ вторичнаго предъявленія ему обвинительнаго акта и опредѣленія (Arr. Souchon 14 марта 1846, В. 73). Относительно вторичнаго предъявленія обвинительнаго акта и опредѣленія см. главу о кассационныхъ жалобахъ на постановленія о преданіи суду, № 81.

216. Если подсудимый лишился права обжаловать постановленіе за пропускомъ имъ срока, то срокъ этотъ не возстановляется ему и въ случаѣ обжалованія этого постановленія въ интересъ закона, согласно ст. 442 уст. угол. суд. (Arr. Esselin 9 октября 1824 г., не напеч.). Въ этомъ случаѣ кассационная жалоба подсудимаго безусловно признается неподлежащей принятію. (См. № 185).

217. Въ силу ст. 298 уст. угол. суд., прокуроръ обязанъ сдѣлать заявленіе о подачѣ кассационнаго протеста въ тотъ же пятидневный срокъ со времени допроса, подѣ страхомъ въ противномъ случаѣ лишиться согласно ст. 296 того же уст. права обжалованья; срокъ этотъ по отношенію къ нему, какъ по отношенію къ подсудимому не подчиняется времени врученія обвинительнаго акта, такъ какъ послѣдній составляется имъ же.

218. Замѣтимъ, что этотъ пятидневный срокъ примѣняется только къ жалобамъ на постановленія по уголовнымъ дѣламъ объ отсылкѣ дѣла въ ассизный судъ и къ поводамъ, перечисленнымъ въ ст. 299 уст. угол. суд. Въ этомъ исключительномъ случаѣ, согласно приведенной статьѣ, кассационная жалоба должна содержать въ себѣ указаніе именно на эти поводы кассациі; это правило примѣняется, какъ къ жалобамъ подсудимыхъ, такъ и къ жалобамъ обвинительной власти (Arr. Basset, 4 февраля 1864 г. В. 28).

219. Но если жалоба основана на общихъ основаніяхъ, примѣнимыхъ къ кассационнымъ жалобамъ вообще или если подсудимый преданъ суду полиціи исправительной, ему дается уже не пятидневный, но только трехдневный срокъ для обжалованія (arr. Basset

4 февраля 1864 г. J. P. 1864 г. стр. 863) и въ этомъ случаѣ теченіе срока начинается для подсудимаго со дня объявленія ему постановленія обвинительной камеры, въ засѣданіе которой онъ не допускается. (Arr. Cog. 19 іюля 1851 г. В. 300). То-же касается и гражданскаго истца, который не признается, подобно обвинительной власти, знающимъ о состоявшемся постановленіи (см. № 68).

Рѣшеніемъ, состоявшимся 22 августа 1817 г. (S. 1818 I. 207) признано, что для обвинительной власти исчисленіе срока начинается съ того дня, когда ему стало извѣстно постановленіе о преданіи суду, ибо онъ обязанъ удалиться въ то время, когда судъ приступаетъ къ обсужденію дѣла (ст. 224 уст. угол. суд.); но двумя другими рѣшеніями, Morat, 30 іюня 1827 (В. 170) и Gonin 10 іюня 1826 (В. 115) напротивъ признано, что началомъ срока обжалованія для обвинительной власти считается день постановленія рѣшенія, которое, предполагается, ей извѣстнымъ.

220. Кассационныя жалобы, подаваемые обвинительной властью на постановленія о преданіи суду по инымъ основаніямъ, кромѣ интереса закона, приостанавливаютъ освобожденіе обвиняемаго отъ личнаго задержанія, если о немъ состоялось постановленіе; эти жалобы точно также приостанавливаютъ продолженіе превій, начатыхъ подсудимымъ. (Arr. procureur général de-Resançon contre Perrot et autres 22 іюля 1843, В. 190).

221. Сутьба привлеченныхъ къ дѣлу лицъ, за исключеніемъ случаевъ, предусмотрѣнныхъ новою редакціею ст. 301 уст. угол. суд. (см. гл. V), съ точностью опредѣлена ст. 465 и слѣд. и 473 уст. угол. суд.; эти лица не могутъ подавать кассационныхъ жалобъ; право это предоставлено только обвинительной власти и гражданскому истцу, хотя-бы первые указывали на неподсудность дѣла (Arr. de Lagochejacquellin, 28 декабря 1833, В. 522. См. №№ 78 и 85).

222. По смыслу ст. 374 уст. угол. суд. въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 409 и 412 того же устава (въ случаяхъ освобожденія отъ суда и оправданія), обвинительной власти и гражданскому истцу предоставляется только двадцать четыре часа на принесеніе кассационныхъ жалобъ (Arr. Lombard, 9 января 1829, не напеч. См. №№ 95 и 207).

Но если дѣло идетъ о постановленіи, которымъ отвергнуто существованіе преступленія (*non-lieu*), обвинительная власть пользуется не срокомъ въ двадцать четыре часа, но обыкновеннымъ трехдневнымъ срокомъ, и при этомъ нельзя ссылаться на отсутствіе объявленія рѣшенія, предусмотрѣнное ст. 418 уст. угол. суд., въ которой не содержится указанія на поводъ кассациіи для подобнаго случая (Arr. Dulac 13 марта 1850, В. 85 Orcei 11 октября 1860 г., В. 224 и J. P. 61. стр. 620. См. №№ 72 и 77).

223. Мы не говоримъ объ этихъ постановленіяхъ, отвергающихъ преступленіе, относительно гражданскаго истца; послѣдній не можетъ подавать на такія постановленія кассационной жалобы, не смотря на то, состоялось ли оно по дѣлу, производство котораго возбуждено было обвинительною властью, или вслѣдствіе жалобы его на постановленіе объ освобожденіи, согласно ст. 135 уст. угол. суд. Такимъ образомъ гражданскій истецъ можетъ жаловаться, если къ тому есть основаніе, только въ гражданскомъ порядкѣ (Arg. Regault, 31 января 1828, не напеч.; Mariotte, 9 декабря 1825, не напеч.); тѣмъ же не менѣе онъ можетъ воспользоваться кассационной жалобой, поданной обвинительною властью, поддерживая доводы, выставленные послѣднею; мы говоримъ, что гражданскій истецъ можетъ воспользоваться подобною жалобою, потому что если обвинительная власть пропуститъ срокъ, не подавъ жалобы или если поданная жалоба будетъ отвергнута, гражданскому истцу не остается другихъ средствъ обратиться къ уголовному производству. Дѣйствительно гражданскій искъ не можетъ быть въ отдѣльности предъявленъ въ исправительномъ или уголовномъ судѣ, даже и въ томъ случаѣ, если этотъ искъ тѣсно связанъ съ уголовнымъ или исправительнымъ обвиненіемъ, какъ напр. въ дѣлѣ о противозаконномъ сожитіи. (Arg. P. C. P. 28 іюля 1828, В. 222 и Tonner, 7 іюня 1859, В. 178, см. № 77 и слѣд.).

224. Но если рѣшеніе, касающееся интересовъ гражданскаго истца, постановлено судомъ полицейскимъ, судомъ полиціи исправительной или ассизнымъ судомъ, то онъ можетъ принести жалобу въ трехдневный срокъ (см. № 99).

225. Относительно обвинительной власти приведенное правило примѣняется совершенно въ противоположномъ смыслѣ. Когда дѣло идетъ только объ интересахъ гражданскаго истца, искъ обвинительной власти, какъ основанный только на публичныхъ интересахъ, прекращается (Arg. Charmefat, 23 марта 1839, В. 102. См. № 177).

226. Сроки на принесеніе жалобъ на постановленія по дѣламъ печати первоначально были опредѣлены законами 27 іюля 1849; нынѣ \*) опредѣленіе это заключается въ декретъ 17 февраля 1852 г., которымъ дѣла эти изъяты изъ вѣдомства ассизныхъ судовъ и переданы въ суды исправительные. Вслѣдствіе этого къ нимъ примѣняется трехдневный срокъ (Arg. Cog, 29 іюля 1859 г. В. 300 и Treillard, 27 декабря 1850 г., В. 438; См. № 205).

227. Пятидневный срокъ, установленный для обжалованія постановленій о преданіи суду, не примѣняется къ постановленіямъ подобнаго рода, состоявшимся въ судахъ колоній, такъ какъ они могутъ быть обжалованы только въ интересъ закона (Arg. ministère public du Grand-Couronne contre Duchemin, 22 іюля

\*) Во время имперіи.—Прим. перев.

1849, В. 156 и procureur général de la Martinique contre Moutate César, 21 февраля 1852, не напеч. См. № 109). Срокъ этотъ не примѣняется и къ Алжиру, такъ какъ здѣсь не постановляется опредѣленій объ отсылкѣ дѣлъ въ ассизный судъ (arr. Forget, 22 июня 1855, В. 223, см. № 76 и 140), которыя замѣняются простою надписью председателя внизу обвинительнаго акта, указывающею день судебныхъ преній; тѣмъ не менѣе пятидневный срокъ долженъ быть предоставленъ подсудимому. Ст. 296 уст. угол. суд. подѣ страхомъ недѣйствительности требуетъ этого срока для избранія подсудимымъ адвоката и для подготовки къ защитѣ предѣ открытіемъ судебныхъ преній (Arr. Meuville и Mohamed-ben-Said, 29 апрѣля и 11 ноября 1858, В. 139 и 263). Этими рѣшеніями признано, что формы судопроизводства, установленныя уставомъ угол. суд. и примѣненные къ Алжиру ст. 12 декрета 19 августа 1854 г. должны быть соблюдаемы во всемъ, что касается организациі суда и защиты подсудимаго.

228. Прокурорамъ, состоящимъ при судахъ въ колоніи предоставляется лишь мѣсячный срокъ на обжалованіе опредѣленій обвинительныхъ камеръ, между тѣмъ, какъ срокъ этотъ для прокурора кассационнаго суда представляется неопредѣленнымъ; такъ признано рѣшеніемъ состоявшимся 13 іюля 1833 года (не напеч.) по поводу запоздавшей жалобы, поданной генеральнымъ прокуроромъ суда на Мартиникѣ противъ опредѣленія обвинительной камеры этого суда. Рѣшеніе это говоритъ: «Изъ сопоставленія ст. 48 королевскаго указа 24 сентября 1828 со ст. 298, 373, 374, 441 и 442 указа 12 октября того же года оказывается, что генеральный прокуроръ острова, какъ и прокуроръ суда, вправѣ по обязанности службы или по требованію г. хранителя печати Франціи, министра юстиціи, обжаловать опредѣленія обвинительной камеры въ кассационномъ порядкѣ или доказывая недѣйствительность ихъ въ интересѣ закона; но въ отличіе отъ генеральнаго прокурора суда, для жалобы котораго не установлено срока, генеральный прокуроръ острова (Мартиника) обязанъ принести кассационную жалобу не позже, какъ въ теченіи мѣсяца со времени вопроса подсудимаго, если онъ задержанъ и преданъ суду ассизовъ или въ теченіи мѣсяца со дня постановленія противоположнаго рѣшенія; принимая во вниманіе, что въ настоящемъ случаѣ жалоба подана по истеченіи болѣе года... жалоба эта не подлежала принятію, и т. д.» (См. № 111).

Срокъ на обжалованіе приговоровъ ассизныхъ судовъ въ колоніяхъ установленъ *трехдневный*. (Arr. Saint-Just, 29 августа 1865, не напеч. и положеніе 12 октября 1828 г. art. 373).

Ст. 373 указа 10 мая 1829, примѣняемаго къ Французской Гвіанѣ, содержитъ тѣ-же предписанія, что и указы 20 іюля и 12 октября 1828, касающіеся Мартиники и Гваделупы:» Подсу-

димый, гласить эта статья, пользуется трехдневнымъ срокомъ со времени постановленія о немъ приговора, въ теченіи котораго онъ можетъ заявить въ регистратурѣ о кассационной его жалобѣ» (См. № 120).

Рѣшеніе, состоявшееся по дѣлу таможеннаго вѣдомства съ Сселемъ, 8 января 1855 (В. 8), примѣняетъ къ заочнымъ рѣшеніямъ, состоявшимся въ судахъ колоніи, тѣ-же правила, которыми руководствуются суды метрополіи: здѣсь срокъ исчисляется со времени окончанія срока на обжалованіе со стороны подсудимаго (см. № 197). Ст. 183 указа 31 августа 1828, которымъ опредѣленъ порядокъ обжалованія постановленій тайныхъ совѣтовъ, учрежденныхъ въ колоніяхъ острова Бурбоновъ, Мартиники, Гваделупы и Французской Гвіаны, гласить: «Подсудимый пользуется трехдневнымъ срокомъ со времени постановленія о немъ приговора, для заявленія въ секретаріатъ тайнаго совѣта о подачѣ имъ кассационной жалобы. Колоніальный контролеръ пользуется тѣмъ-же срокомъ для заявленія въ томъ же секретаріатѣ, что онъ требуетъ кассации приговора. Тотъ же срокъ установленъ и для гражданскаго истца, который однако можетъ жаловаться лишь на тѣ части приговора, которыя касаются его гражданскихъ интересовъ.» (См. № 134 и слѣд.).

Декретомъ 19 августа 1854 г., ст. 12 на Алжиръ распространены правила уголовного судопроизводства, дѣйствующія въ метрополіи, если онъ совмѣстимы съ судебною организаціею Алжира. Вслѣдствіе этого, какъ было уже замѣчено (№ 227), трехдневный срокъ и даже пятидневный, насколько онъ относится ко времени, которое необходимо подсудимому для подготовки къ защитѣ и для избранія адвоката должны быть соблюдаемы, подѣ страхомъ въ противномъ случаѣ недействительности приговора (Arr. Mohamed-ben Saïd, 11 ноября 1858, В. 263; David, 14 мая 1846, не напеч. и указъ, 26 сентября 1842 г. ст. 62).

Что касается судовъ военныхъ и морскихъ, то прежніе законы не опредѣляли никакихъ сроковъ для обжалованія ихъ приговоровъ, изъ чего заключали, что жалобы могли быть подаваемы впредь до приведенія приговора въ исполненіе (Arr. Didier, 17 ноября 1832 г. В. 452).

Но статью 147 военнаго уложенія, 9 іюня 1837 года постановлено: «Подсудимый, въ томъ случаѣ, когда онъ можетъ приносить кассационную жалобу, согласно 81 ст. обязанъ подать ее въ теченіи трехъ дней послѣ составленія рѣшенія ревизіоннымъ совѣтомъ, если же не было подано жалобъ въ этотъ совѣтъ, то въ теченіи трехъ дней по истеченіи срока, даннаго на принесеніе таковой жалобы». Этотъ послѣдній срокъ, согласно ст. 141 и 143 того-же уложенія продолжается двадцать четыре часа со времени прочтенія подсудимому приговора, такъ что кассационная жалоба на приго-

воръ военнаго совѣта, прочтенный подсудимому 1-го числа должна быть подана имъ не позднѣе 5-го. Если была подана жалоба въ ревизіонный совѣтъ, то кассационная жалоба на приговоръ его, постановленный 1 числа, должна быть подана 4 числа того же мѣсяца (См. № 144, 151, 152 и 155).

Тѣже сроки установлены для обжалованія рѣшеній военныхъ и ревизіонныхъ совѣтовъ, постановленныхъ по дѣламъ о преступленіяхъ и проступкахъ, совершенныхъ чинами морскаго вѣдомства (Art. 173 и 178 устава морскаго судопр. 4 іюня 1858; см. № 147.

## ГЛАВА XI.

О формѣ кассационныхъ жалобъ, о разсмотрѣніи ихъ и о постановленіи по нимъ рѣшеній.

§ I. Заявленіе о кассационной жалобѣ, форма его, занесеніе его въ регистръ, документы, которые должны быть приложены,

229. Форма кассационныхъ жалобъ по дѣламъ уголовнымъ, неправительнымъ и полицейскимъ установлена слѣдующими статьями устава уголовного судопроизводства.

Ст. 417. Заявленіе о кассационной жалобѣ должно быть сдѣлано подсудимымъ секретарю того суда, который постановилъ приговоръ и подписывается имъ и секретаремъ; если жалующійся не хочетъ или не можетъ подписаться, то секретарь отмѣчаетъ о семъ. Въ той же формѣ заявленіе можетъ быть сдѣлано чрезъ авуе обвиняемаго или чрезъ особо уполномоченнаго имъ. Въ последнемъ случаѣ къ заявленію прилагается и актъ уполномочія. Заявленіе заносится въ особо заведенный для того регистръ; этотъ регистръ открытъ для всѣхъ и каждый можетъ требовать выписку изъ него.

Ст. 418. «Если кассационная жалоба на приговоръ, постановленный послѣднею инстанціею, по дѣлу уголовному, исправительному или полицейскому, приносится гражданскимъ истцомъ, если таковой участвовалъ въ дѣлѣ, или обвинительною властью, то жалоба эта, сверхъ занесенія ея въ регистръ согласно предъидущей статьѣ, должна быть въ теченіи трехъ дней сообщена сторонамъ, противъ которой приносится.»

«Если эта сторона содержится подъ стражею, то жалоба прочитывается ей секретаремъ (тюрьмы); она должна подписать жалобу, если же не захочетъ этого или не въ состояніи будетъ сдѣлать это, то секретарь долженъ отмѣтить это. Если же сторона эта находится на свободѣ, то кассаторъ долженъ сообщить ей кассационную свою жалобу при посредствѣ судебного пристава лично или въ избранномъ ею мѣстопробываніи; въ этомъ случаѣ срокъ увеличивается по расчету одного дня на каждые три мириаметра разстоянія.»

Ст. 419. «Гражданскій истецъ, приносящій кассационную жалобу, обязанъ приложить къ ней засвидѣтельствованную копию съ обжалуемаго приговора. Онъ обязанъ представить, подъ страхомъ потери права обжалованія, залогъ въ 150 франковъ или половину этой суммы, если рѣшеніе постановлено заочно.»

Ст. 420 освобождаетъ отъ представленія залога 1) подсудимыхъ по дѣламъ уголовнымъ; 2) агентовъ общественной власти; 3) имѣющихъ свидѣтельство на право бѣдности, выданныхъ имъ въ порядкѣ, установленномъ этою статьею.

Подсудимые по дѣламъ исправительнымъ и полицейскимъ не пользуются содѣйствіемъ бюро судебного вспомошествованія (assistance judiciaire).

Согласно ст. 421 подсудимые по дѣламъ уголовнымъ, исправительнымъ и полицейскимъ, приговоренные къ лишенію свободы, могутъ приносить кассационныя жалобы лишь въ томъ случаѣ, если они добровольно явились къ аресту или, если они временно освобождены отъ ареста порядкомъ указаннымъ этою статьею.

Ст. 422 присовокупляетъ: «Подсудимый или гражданскій истецъ могутъ или одновременно съ заявленіемъ или въ теченіи слѣдующихъ 10 дней, подать въ регистратуру суда, постановившаго приговоръ, прошеніе съ изложеніемъ поводовъ кассациі. Секретарь даетъ въ томъ удостовѣреніе и вслѣдъ затѣмъ передаетъ прошеніе тому должностному лицу, который отправляетъ обязанности обвинительной власти.»

Ст. 423. «Должностное лицо это, въ теченіи 10 дней со времени заявленія, препровождаетъ къ министру юстиціи дѣлопроизводство и прошенія, если они были поданы сторонами.»

Секретарь суда, постановившаго обжалуемый приговоръ, обязанъ безъ взиманія пошлинъ составить и приложить опись въѣмъ бумагамъ дѣлопроизводства; въ противномъ случаѣ онъ подвергается штрафу въ сто франковъ, по постановленію кассационнаго суда.»

Ст. 424. «Министръ юстиціи присылаетъ дѣлопроизводство въ кассационный судъ въ теченіи двадцати четырехъ часовъ со времени его полученія, о чемъ сообщаетъ должностному лицу, представившему ему таковое.»

«Подсудимые могутъ представить непосредственно въ регистратуру кассационнаго суда прошенія свои и копии съ приговора и съ своихъ кассационныхъ жалобъ.»

«Гражданскій истецъ не вправе воспользоваться преимуществомъ, установленнымъ этою статьею, безъ участія адвоката, состоящаго при кассационномъ судѣ.»

230. Можно ли изъ сопоставленія ст. 424 со ст. 417 уст. угол. суд. вывести заключеніе, что подсудимый можетъ подать свою жалобу непосредственно въ кассационный судъ, вмѣсто того, чтобы



предъявить ее въ регистратурѣ суда, постановившаго приговоръ?

Смыслъ приведеннаго законоположенія не представляется таковымъ. По дѣламъ уголовнымъ, исправительнымъ и полицейскимъ обрядъ обжалованія въ кассационномъ порядкѣ заключается не въ подачѣ прошенія, но въ заявленіи регистратурѣ того суда, который постановилъ обжалуемый приговоръ. Этотъ порядокъ указанъ ст. 417 уст. угол. суд.

Заявленіе это должно быть подписано обвиняемымъ и секретаремъ, и выписка изъ него, съ приложеніемъ бумагъ, указанныхъ въ ст. 422 уст. угол. суд., препровождается чрезъ посредство прокуратуры къ министру юстиціи, а этимъ послѣднимъ въ кассационный судъ.

Если подсудимый, послѣ того, какъ указаннымъ выше способомъ будетъ подтверждена подлинность его заявленія и его самоличность пожелаетъ въ особомъ прошеніи развить указанные имъ поводы кассаци и приложить къ нему необходимые документы, то это право предоставлено ему ст. 424 уст. угол. суд.; таковъ смыслъ этой статьи. Но заявленіе объ обжалованіи должно быть завѣрено въ подлинности; нельзя признать достаточнымъ прошеніе на имя кассационнаго суда, написанное на отдѣльномъ листѣ и имѣющее сомнительную подпись, хотя-бы форма его и была согласна съ требованіемъ закона; принятіе такого прошенія было-бы нарушеніемъ смысла закона.

Въ этомъ смыслѣ высказалась и практика. Форма, установленная ст. 417 уст. угол. суд., не подлежитъ измѣненію (См. № 168, 181, 205, 206 и 233).

Рѣшеніемъ уголовной палаты, 9 іюня 1839 (В. 209) отвергнута жалоба королевскаго прокурора, заявленная въ формѣ прошенія, вмѣсто заявленія въ регистратурѣ суда; кассационный судъ нашелъ, что подобная жалоба не подлежитъ разсмотрѣнію.

Другимъ рѣшеніемъ (*arr. ministère public contre Baudille*, 21 ноября 1852 г. В. 304) признано, что для законности кассационной жалобы недостаточно, чтобы сторона приложила къ производству подписанное ею заявленіе, въ которомъ она высказываетъ, что приноситъ жалобу на состоявшійся приговоръ; необходимо еще, чтобы согласно ст. 417 и 418 уст. угол. суд., заявленіе это было подписано секретаремъ и занесено въ реестръ суда; въ противномъ случаѣ заявленіе признается недействительнымъ.

Наконецъ изъ рѣшенія по дѣлу Карона, 3 октября 1822 (не напеч.) слѣдуетъ, что даже подпись адвоката кассационнаго суда, присоединенная къ подписи сторонъ не дѣлаетъ кассационной жалобы ея правильной, если послѣдняя подана не посредствомъ заявленія въ регистратурѣ, и что если ст. 424 уст. угол. суд., предоставляетъ подсудимому подавать въ регистратуру кассационнаго

суда какъ прошенія, такъ и выписки приговора или копии его, то эта статья предполагаетъ, что первоначально было сдѣлано заявленіе о кассационной жалобѣ въ формѣ, указанной ст. 417 уст. угол. суд. Въ этомъ же смыслѣ признано рѣшеніемъ 16 апрѣля 1825 (maire de V. не напеч.), что кассационная жалоба, поданная меромъ въ формѣ письма на имя генеральнаго прокурора, не удовлетворяетъ требованіямъ закона; далѣе рѣшеніемъ 27 февраля 1840) aff. Galleux, не напеч.) разъяснено, что заявленіе объ апелляціонной жалобѣ, занесенное въ реестръ кассационныхъ жалобъ, не можетъ быть признано таковою.

231. Кассационная жалоба гражданскаго истца подлежитъ тѣмъ же правиламъ, какъ и жалоба обвиняемаго; по ст. 424 уст. угол. суд. установлено, что гражданскій истецъ не можетъ воспользоваться правомъ подачи въ регистратуру кассационнаго суда прошенія, выписки или копии обжалуемаго рѣшенія, и вообще правомъ жалобы безъ посредства адвоката; необходимо замѣтить, что постановленіе это не примѣняется къ предусмотрѣнному этою статьею случаю, именно, что по смыслу ст. 422 того же уст. гражданскій истецъ можетъ, одновременно-ли съ заявленіемъ о кассационной жалобѣ въ регистратурѣ суда, постановившаго обжалуемое рѣшеніе или въ теченіи послѣдующихъ десяти дней, подать и безъ посредства адвоката въ регистратуру того же суда прошеніе съ изложеніемъ поводовъ кассации (Arr. Gmbert 11 декабря 1847, В. 297).

232. Ст. 417 уст. угол. суд., требуетъ, чтобы заявленіе о кассационной жалобѣ было сдѣлано въ регистратурѣ самимъ подсудимымъ, а въ случаѣ невозможности, — его авуэ. При этомъ послѣдній для такого заявленія не нуждается въ новомъ актѣ уполномочія (Arr. caisse hypothécaire, 23 іюня 1851, В. 354). Достаточно даже заавленія авуэ отъ имени всѣхъ лицъ, интересами которыхъ онъ занимался, безъ точнаго означенія каждаго такого лица (Arr. Didier et Bonjour, 3 февраля 1855 В. 30). Ст. 417 предоставляетъ сдѣлать это заявленіе и при посредствѣ особаго уполномоченнаго, актъ уполномочія котораго долженъ быть приложенъ къ заявленію, что исключаетъ возможность приносить жалобу за подсудимаго, даже если дѣло идетъ о жалобѣ хозяина за своего слугу (Arr. Besson 19 августа 1859 В. 210; Huzard, 2 марта 1866. В. 56). Тѣмъ не менѣе рѣшеніемъ по дѣлу Jégado, 1 декабря 1854 года (не напеч.) признано, что тотъ, кто участвовалъ въ судебныхъ преніяхъ, въ качествѣ совѣтника или защитника подсудимаго, можетъ подавать за него кассационную жалобу и онъ признается въ этомъ отношеніи имѣющимъ всѣ законныя полномочія для того, чтобы совершить принятую имъ на себя защиту.

Довѣренность на веденіе дѣла признается достаточною и для

подачи отъ имени подсудимаго кассационной жалобы (Arg. Vono-Paldacci, 29 декабря 1838. В. 394).

233. Заявление о кассационной жалобѣ, говоритъ ст. 417 уст. угол. суд., должно быть записано въ особомъ для сего назначенномъ реестрѣ: реестрѣ этотъ открытъ для всѣхъ и каждый можетъ требовать выдачи ему выписокъ изъ него.

Если по небрежности секретаря въ регистратурѣ не существовало реестра для занесенія кассационныхъ заявленій, это заявленіе можетъ быть принято въ подлежащее время приставомъ, который долженъ удостовѣрить отсутствіе реестра (arg. Goupil, 15 января 1857 не напеч.); въ подобномъ случаѣ заявленіе могло бы быть замѣнено простымъ заявленіемъ, написаннымъ стороною и подписаннымъ секретаремъ (Arg. Malga et Bonafous, 17 февраля 1860. В. 47 и 3 июля 1864, В. 182).

Если секретарь откажется явиться въ мѣсто заключенія для принятія отъ подсудимаго кассационнаго заявленія, для признанія дѣйствительности его жалобы достаточно, чтобы подсудимый заявилъ о своемъ намѣреніи обжаловать приговоръ, будетъ ли это сдѣлано чрезъ пристава или инымъ способомъ (arg. Auvers, 30 апрѣля 1856, не напеч.).

Тоже примѣняется и къ случаю отсутствія кассационнаго реестра, который долженъ вести секретарь (arg. ministère public contre Lefèvre 15 января 1859, В. 23).

Неправильными признаются: 1) жалобы, принятыя приставомъ безъ удостовѣренія того, чтобы секретарь отказался отъ занесенія ихъ въ реестрѣ, или чтобы онъ не находился въ надлежащее время въ регистратурѣ (arg. 20 ноября 1844, В. 344); 2) жалобы, заявленныя непосредственно въ присутствіи суда, хотя бы это было сдѣлано и обвинительною властью (arg. 14 іюля 1838, В. 220, commissaire de police de Châteaudun. См. № 168 и главу IX, § II.)

Секретарь не вправе отказаться отъ принятія жалобы, основываясь на томъ, что она подается послѣ истеченія срока или не въ установленномъ порядкѣ (arg. Poncet, 20 іюля 1827, не напеч.).

234. Ст. 422 и слѣдующія уст. угол. суд., указываютъ порядокъ отправленія кассационныхъ заявленій и приложенныхъ къ нимъ документовъ. Въ числѣ послѣднихъ первое мѣсто занимаетъ копія обжалованнаго рѣшенія или приговора (ст. 419 уст. угол. суд.), безъ каковой кассационный судъ не могъ бы заключить о правильности жалобы.

Въ виду краткости кассационнаго срока формальности эти не соблюдаются столь строго, какъ въ дѣлахъ гражданскихъ; рѣшеніемъ по дѣлу Мосъ, 3 февраля 1857 г. (В. 66) признано, что право подачи кассационной жалобы не подчинено обязанности немедленно представить копію обжалуемаго приговора; но во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы она доставлена была на столько своевременно,

чтобы докладчик могъ разсмотрѣть дѣло и представить его на обсужденіе кассационнаго суда, въ срокъ, установленный. ст. 425 уст. угол. суд.; въ противномъ случаѣ жалоба признается не подлежащею принятію (arr. ministère public, 10 марта 1808, S. 17. стр. 344 и Seignaux, 4 августа 1832, не напеч.). Приведенное положеніе примѣняется, понятно, лишь къ тому случаю, когда сторона сама приноситъ жалобу, ибо если она не жалуется, то согласно ст. 422 уст. угол. суд., жалоба и копии прочихъ документовъ должны быть препровождены въ кассационный судъ при посредствѣ прокуратуры.

235. Былъ возбуждаемъ вопросъ о томъ, должна ли кассационная жалоба, въ дѣлахъ уголовныхъ, какъ и въ гражданскихъ, содержать въ себѣ указаніе на всѣ стороны въ дѣлѣ, противъ которыхъ она приносится. Рѣшеніемъ по дѣлу *Didier et Bonjour*, 3 февраля 1855 (В. 30) признано, что если въ обжалуемомъ рѣшеніи съ точностью означены стороны, то жалоба можетъ и не содержать въ себѣ переименованіе ихъ всѣхъ, достаточно наименованія одной изъ нихъ, съ указаніемъ прочихъ, чтобы жалоба, не нарушая ст. 61 уст. гражд. суд., соответствовала требованію ст. 417 уст. угол. суд. (См. № 232).

236. Отсутствие въ заявленіи о кассационной жалобѣ указанія на поводы кассации не влечетъ за собой признанія ея недѣйствительности; достаточно, чтобы подсудимый указалъ эти поводы въ послѣдствіи и до доклада дѣла (ст. 424 уст. угол. суд. и arr. du proc. gèner. de Bourges, 21 іюля 1832, В. 279). Подсудимый можетъ даже послать изложеніе поводовъ кассации непосредственно въ кассационный судъ.

Что-же касается гражданского истца, то согласно ст. 424 уст. угол. суд., онъ не можетъ представить въ кассационный судъ изложенія поводовъ кассации безъ содѣйствія адвоката, если онъ не изложилъ этихъ поводовъ въ прошеніи, поданномъ въ судъ, постановившій обжалованное рѣшеніе, въ теченіи десяти дней со времени подачи заявленія о кассационной жалобѣ (См. № 231).

237. Не требуется безусловно представленія удостовѣренія въ томъ, что кассационная жалоба была предъявлена противной стороной, что предписано ст. 418 уст. угол. суд. Отсутствие подобнаго предъявленія даетъ противной сторонѣ право обжаловать тотъ приговоръ, который будетъ постановленъ противъ нея (Arr. Castellini, 20 іюня 1835, не напеч.; de Tinan, 23 сентября 1836, В. 314; Straforelli, 5 августа 1841, В. 230. См. главу о кассационныхъ жалобахъ со стороны обвинительной власти, № 182).

## § II. О представленіи штрафа о вознагражденіи.

238. Представленіе квитанціи во взносъ штрафа признается существенною формальностью, исполненіе ея обязательно подѣ

страхомъ потери права обжалованія (Ст. 419 уст. угол. суд.) Исполненіе ея требуется однако только въ дѣлахъ полицейскихъ и исправительныхъ, оно не требуется въ дѣлахъ уголовныхъ: въ нѣкоторыхъ, особенныхъ случаяхъ стороны могутъ воспользоваться льготами установленными ст. 420 уст. угол. суд.

Невнесеніе штрафа влечетъ за собою потерю права обжалованія, при чемъ жаловавшійся приговаривается къ уплатѣ не внесеннаго имъ штрафа (arr. Jehn, contre Digne, 17 июня 1818, J. P. 1859, стр. 334. См. № 273).

239. Признаются состоявшимися въ уголовномъ порядкѣ и не влекущими за собою необходимости внесенія штрафа при обжалованіи, не только приговоры, которыми подсудимые приговариваются къ уголовнымъ наказаніямъ, но и тѣ, которыми они приговорены къ наказаніямъ исправительнымъ, вслѣдствіе признанія въ наличности уменьшающихъ вину обстоятельствъ, предусмотрѣнныхъ закономъ, какъ напр. совершеніе преступленія вслѣдствіе подстрекательства (arr. Mogiconasse, 9 февраля 1844, В. 43) или если дѣло идетъ о несовершеннолѣтнемъ менѣе, 16 лѣтъ, который признанъ дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія и приговоренъ къ заключенію въ исправительномъ домъ (arr. Godelle, 12 июня 1856, В. 211; Krebs, 10 марта 1853, В. 86) и даже въ томъ случаѣ, если несовершеннолѣтній, обвиняемый въ уголовномъ преступленіи, преданъ суду исправительной полиціи (arr. Hertier et Hassein-beu-Raïs, 13 и 20 декабря 1856, В. 239 и 267. См. № 248).

240. Но признается состоявшимъ въ исправительномъ порядкѣ и влекущимъ внесеніе штрафа, приговоръ ассизнаго суда, которымъ подсудимый, вслѣдствіе признанія присяжными засѣдателями обстоятельствъ, уменьшающихъ вину или вслѣдствіе отрицанія обстоятельствъ, увеличивающихъ вину, приговоренъ къ наказанію исправительному, и если въ этомъ случаѣ подсудимый не внесши штрафа, принесъ жалобу, послѣдняя и оставляется безъ разсмотрѣнія, онъ признается лишившимся права обжалованія и сверхъ того подвергается взысканію штрафа (Arr. David et Tomasini, 13 января и 4 октября 1844 и Lamary, 22 апрѣля 1847, не напеч.).

Такимъ образомъ даже въ уголовныхъ дѣлахъ, въ случаѣ сомнѣнія состоялся ли приговоръ въ порядкѣ уголовномъ или исправительномъ, слѣдуетъ изъ предосторожности вносить штрафъ. Только этимъ способомъ можно несомнѣнно сохранить за собою право обжалованія (Arr. Arnoult et Duinlauc, 3 и 16 ноября 1843, не напеч.).

Дѣло не перестаетъ быть уголовнымъ въ томъ случаѣ, когда, послѣ того какъ состоялся *уголовный приговоръ*, гражданскій истецъ жалуется на него вслѣдствіе отказа ему ассизнымъ судомъ въ вознагражденіи за вредъ и убытки или вслѣдствіе признанія

судомъ этого вопроса себѣ неподсуднымъ (Arr. Prion 16 января 1834, и Constant, 15 марта 1844, не напеч.). Иначе будетъ если въ ассизномъ судѣ состоялся *оправдательный* приговоръ, противъ котораго тою или другою стороною подана жалоба по вопросу объ опредѣленіи вознагражденія за вредъ и убытки, такъ какъ здѣсь остается одинъ только гражданскій искъ (Arr. Voillot, 13 сентября 1850, S. 50, 1, 416 и Girard, 19 февраля 1857, В. 69).

Обязанъ внести штрафъ и тотъ, кто жалуется на опредѣленіе, состоявшееся по частному вопросу, имѣющему исключительно гражданскій характеръ и составившему предметъ обсужденія уголовнаго суда (Arr. Allem, 3 марта 1865, В. 65).

241. Когда обжалуемый приговоръ постановленъ заочно, должно внести, согласно ст. 419 уст. угол. суд., лишь половину штрафа; но рѣшеніемъ по дѣлу Buffey, 8 июня 1833 (не напеч.) признано, что заочный приговоръ ничѣмъ не отличается отъ обыкновеннаго приговора, такъ что при обжалованіи его должна быть представлена квитанція во взносѣ полного штрафа. То же признано и рѣшеніемъ по дѣлу Raumont, 8 августа 1861 (В. 174).

Гражданскій истецъ обязанъ, согласно 436 ст. уст. угол. суд., внести при жалобѣ штрафъ установленный закономъ; это не относится къ тому гражданскому истцу или къ тому лицу, который несетъ по дѣлу гражданскую отвѣтственность, который не жалуясь самъ, присоединяется къ жалобѣ другой стороны. Рѣшеніемъ по дѣлу Catinat, 23 апрѣля 1840 (В. 115) освобождаетъ его отъ штрафа, но налагаетъ на него отвѣтственность за судебные издержки, хотя бы жалоба была оставлена безъ послѣдствій (См. № 309, 312 и 313).

242. По дѣламъ національной гвардіи приносящей кассационную жалобу согласно ст. 104 закона 13 июня 1851 г. внести въ теченіи десяти дней штрафъ въ 50 или 25 франковъ, смотря по тому, состоялся ли приговоръ заочно или нѣтъ. Жалующіеся освобождаются отъ обязанности исполненія формальностей, исчисленныхъ въ № 168.

Въ дѣлахъ о преступленіяхъ военныхъ внесеніе штрафа точно также необходимо, въ томъ случаѣ если приговоръ присуждаетъ лишь къ исправительному или полицейскому наказанію. Въ рѣшеніи по дѣлу Hippolyte, 4 января 1814 (В. 10) высказано по этому вопросу, о которомъ были споры, что согласно ст. 419 и 420 уст. угол. суд., внесеніе штрафа зависитъ не отъ суда, постановившаго приговоръ, но отъ характера преступленія подсудимаго и наказанія, къ которому онъ приговоренъ, какъ на это указываетъ ст. I закона 14 frimaire an V, который распространилъ внесеніе штрафа на дѣла полицейскія и исправительныя; предварительное внесеніе штрафа установлено, какъ средство предупреждающее слишкомъ смѣлыя жалобы и жалобы, подаваемые съ дѣлюю протянуть время,

обстоятельства, отъ котораго долженъ оберегаться относительно рѣшеній военныхъ судовъ, какъ и относительно другихъ судовъ (См. № 167).

По дѣламъ печати штрафъ вносится, какъ и по другимъ дѣламъ (Arr. Roy 21 октября 1841, не напеч. См. № 255).

Штрафъ вносится и при подачѣ кассационныхъ жалобъ на рѣшенія, состоявшіяся въ судахъ колоній и въ Алжирѣ. Ст. 419 и 420 уст. угол. суд. требующія отъ подсудимаго внесенія при кассационной жалобѣ штрафа или представленія свидѣтельства на право бѣдности, примѣняютъ къ порядку обжалованія приговоровъ, состоявшихся какъ въ колоніяхъ и Алжирѣ, такъ и во Франціи (Arr. Maroc, 22 апрѣля 1830; Bernard, 29 мая 1847; Ali-ben-lakder, 1 мая 1858, не напеч.).

Рѣшеніемъ по дѣлу Blanchet, 23 января 1856 (не напеч.) признано, что кассационная жалоба на приговоръ верховнаго совѣта острова Бурбоновъ, состоявшійся по таможенному дѣлу въ апелляціонномъ порядкѣ, не подлежитъ принятію, если при семъ не внесень штрафъ въ 300 франковъ, согласно узаконенія 31 августа 1828 г. Требованіе ст. 187 приведеннаго узаконенія 31 августа 1828 г. безусловно.

Рѣшеніе по дѣлу Naniller, 2 марта 1849 (не напеч.) требуетъ представленія штрафа при жалобахъ по дѣламъ дисциплинарнымъ.

243. Если состоявшійся приговоръ не раздѣленъ или тождественъ для всѣхъ сторонъ, достаточно внесенія одного штрафа. Это признано въ дѣлахъ гражданскихъ (Arr. 4 марта 1861, J. P. 1861, стр. 647 aff. Clere et Fraissinet). Это признано рѣшеніемъ по дѣлу Abraham 19 февраля 1825 г. (не напеч.) относительно нѣсколькихъ лицъ, о которыхъ состоялся общій приговоръ, и которые принесли общую жалобу. Другимъ рѣшеніемъ, 11 июня 1836 и рѣшеніемъ по дѣлу Chagot, 28 декабря 1854 (не напеч.) признано, что если нѣсколько лицъ жалуются на одинъ тотъ же приговоръ вмѣстѣ, они должны внести только одинъ штрафъ. Наконецъ рѣшеніемъ по дѣлу Monfanilloux, 11 іюля 1836 и по дѣлу Mancel, 7 марта 1845 (не напеч.) признано, что если подсудимые жалуются на два приговора, состоявшіеся въ одинъ день и при этомъ указываютъ на одинъ и тотъ же поводъ кассациі, они должны внести только одинъ штрафъ. Нѣтъ надобности въ представленіи штрафа при обжалованіи постановленій, вытекающихъ изъ предшествовавшаго приговора, уже обжалованнаго въ установленномъ порядкѣ.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ требуется соблюденіе одного условія: жалобы должны быть соединены вмѣстѣ. Если соединенія этого не было сдѣлано и если состоялись раздѣльные приговоры, то каждый жалующійся долженъ внести особый штрафъ.

Раздѣленіе производствъ указываетъ на раздѣленіе интересовъ, и въ этомъ случаѣ кассационный судъ присуждаетъ ко взносу штрафа по каждой жалобѣ, хотя бы таковыя были между собою связаны и предоставляли одинъ и тотъ же вопросъ. Тѣмъ болѣе подлежитъ пошлинамъ—штемпельной и регистраціи каждое постановленіе. Поэтому въ подобныхъ случаяхъ сторонамъ или ихъ адвокатамъ надлежитъ соединить свои интересы и требовать соединенія дѣлъ для того, чтобы въ случаѣ удобности подвергнуть-ся однократному лишь штрафу.

Жалобы, приносимыя лицами, подвергшимися различнымъ наказаніямъ, влекутъ за собою раздѣльные штрафы въ пользу казны и раздѣльное вознагражденіе отвѣтчиковъ (ст. 436 cod. d'instr. crim.).

Такъ какъ жалобы на предварительныя опредѣленія могутъ быть приносимы лишь вмѣстѣ съ жалобой на приговоръ по существу, то, въ случаѣ принесенія таковыхъ, по обѣимъ жалобамъ одинъ штрафъ вносится. Но жалующійся на постановленіе частное, а засимъ на приговоръ по существу обязанъ внести двойной штрафъ, хотя бы оба постановленія состоялись по одному и тому же дѣлу (приг. Байтестъ, отъ 31 декабря 1864 г., В. 310).

244. Право бѣдности, удостовѣряемое судомъ, имѣетъ значеніе лишь для сторонъ, обвиняемыхъ по гражданскимъ дѣламъ, а не по дѣламъ уголовнымъ, исправительной и простой полиціи. Въ виду сего удостовѣреніе бюро судебного вспомошествованія, свидѣтельствующее о бѣдности жалобщика, не можетъ замѣнить собою представленіе бумагъ, требуемыхъ ст. 420 уст. уг. судопр., которая не была нисколько отмѣнена закономъ 22 января 1851 (приг. Жираръ, отъ 19 февраля 1857, В. 69. V. num. 247).

245. Города сравнены по дѣламъ о налогахъ на съѣстные припасы (otcegoi) съ другими тяжущимися, и не могутъ требовать освобожденія отъ взноса штрафа, коимъ пользуется казна (постан. по дѣлу города Авильонъ, отъ 15 октября 1844, не напеч.). Тоже и откупщики этаго налога (постан. Дюбале, отъ 7 октября 1836 ет пост. отъ 30 марта 1858, не напеч.).

246. По статьѣ 420 уст. уг. судопр. казенныя мѣста и лица, проигравшія дѣло, освобождены отъ взноса штрафа, но они присуждаются къ судебнымъ издержкамъ и вознагражденію убытковъ въ пользу отвѣтныхъ сторонъ (ст. 436, уст. угол. судопр.).

247. Ст. 420 уст. уг. судопр. прибавляетъ: освобождаются однакоже отъ взноса штрафа лица, приложившія къ своей кассационной жалобѣ: 1) выписку изъ налоговыхъ списковъ, удостовѣряющую, что они уплачиваютъ налога менѣ шести франковъ, или удостовѣреніе сборщика общины о томъ, что они не обложены налогомъ; 2) свидѣтельство о бѣдности, выданное имъ мэромъ общины ихъ мѣстожителства или его помощникомъ, завѣренное



того существуютъ исключенія и въ силу закона. Между послѣдними имѣютъ общія значенія слѣдующія <sup>3</sup>.

1. На наследниковъ кредитора не переходятъ <sup>4</sup> тѣ обязательственныя права, которыя установлены въ удовлетвореніе личнаго оскорбленія <sup>5</sup>. Изъ этихъ обязательственныхъ правъ главнѣйшія и безспорно имѣющія практическое значеніе <sup>6</sup> суть: право, проистекающее изъ оскорбленія (*injuria*) <sup>7</sup>, право на вознагражденіе за увѣчье <sup>8 9</sup>, право на штрафныя деньги, взысканныя съ имущества обвиненной стороны при расторгненіи брака <sup>10 11</sup>. Всѣ отно-

<sup>3</sup> Кромѣ того нужно замѣтить: въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ не переходили на наследниковъ обязательства *sponsor'a* и *fidipromissor'a* (Gai III. 120, ср. напротивъ Савиньи V стр. 202 Гиртаниеръ *Bürgerchaft* стр. 8, слѣд., Беккеръ *proo. Consumption* стр. 168. 187. Виндшейдъ *Actio etc.* стр. 29), право жены на истребованіе обратно ей приданого. (*Ulp. VI. 7*). По Юстиніановскому законодательству не переходятъ ни право, ни обязанность изъ договора о третейскомъ разбирательствѣ (I. 32 § 3 l. 49 § 2 D. de *resert* 4. 8); обязательство проистекающее для опекуна изъ обыкновенной ошибки его (§ 190 прим. 9); наконецъ права и обязанности изъ договора довѣренности и товарищества, но только въ томъ смыслѣ, что они не дѣйствительны въ будущемъ; но дѣйствіе, произведенное ими въ предъидущемъ во всякомъ случаѣ переходитъ къ наследникамъ. § 5 J. de *soc.* 3. 25, § 10 J. de *mand.* 3. 26, l. 65 § 9 D. *pro soc.* 17. 2). [См. также § 227 прим. 13 и § 218 № 3].

<sup>4</sup> Ср. къ слѣдующему *Marcellus Magazin f. RW. u. Gesetzg.* IV стр. 363—366, Киркульф стр. 227 прим. \*, Савиньи *System V* стр. 200—202 и II § 73. *Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII* стр. 9—14 и *Cession* стр. 295—302. Пухта § 88. с, Арндтъ § 104 прим. 1, Вагнеровъ I § 145 прим. № I, Кюппенъ цитир. соч. стр. 177—179.

<sup>5</sup> Такъ называемыя *actiones vindictam spirantes*, названныя такъ, потому что она «*magis vindictae, quam pecuniae habet persecutionem*», l. 2 § 4 D. de *coll.* 37. 6. Посредствомъ ихъ хотя и требуется предоставленіе имущества, но не какъ таковое, а какъ удовлетвореніе за понесенный требующимъ ущербъ; удовлетвореніе же за ущербъ можетъ требовать только понесшій его. Поэтому только самъ понесшій ущербъ можетъ опредѣлить, подлежитъ ли ущербъ вознагражденію или нѣтъ. *Actiones vindictam spirantes* и въ другихъ отношеніяхъ не разсматриваются какъ составныя части имущественныхъ правъ, см. § 187 прим. 1.

<sup>6</sup> Сюда же относилась бы *querella inofficiosi testamenti*, если бы она была обязательственнымъ правомъ. Но это есть право, въ родѣ требованія о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Точно также сюда не относится право дарителя требовать возвращенія подарка вслѣдствіе неблагодарности одареннаго; и это право не есть обязательственное право, но только посредствомъ заявленія этого требованія основывается обязательственное право. L. 10 C. de *revo. don.* 8. 56. стр. § 367 прим. 19.

<sup>7</sup> § 1 J. de *perp. et temp. act.* 4. 12, l. 13 *pr. D. de iniur.* 47. 10, l. 32 *pr. D. ad leg. Falc.* 35. 2; l. 7 §. 1 D. de *iniur.* 47. 10, l. 5 § 1 D. *ad leg. Aq.* 9. 2, l. 2 § 4 D. de *coll.* 39. 6.

<sup>8</sup> Кюппенъ стр. 179 прим. 22.

<sup>9</sup> Не безспорно см. § 207 прим. 31. 32.

<sup>10</sup> Ср. l. 15 § 1 D. *sol. matr.* 24. 3:—(heres mariti) *morum... coercitionem non habet*. См. Кюппенъ цитир. соч. прим. 19 и ниже § 262 прим. 10.

<sup>11</sup> Кромѣ перечисленныхъ случаевъ римское право относитъ сюда: а) *actio* противъ недозволенной претензіи патрона и асцендента. l. 24 D. de *in ius voc.* 2. 3, ср. § 266 прим. 5; б) *actio de calumnia*, l. 4 D. de *calumn.* 3. 6 (§ 223 прим. 5); в) *actio de sepulchro violato*, l. 10 l. 3 § 8 l. 6 D. de *sep. viol.* 47. 13 (ср. § 208 № 5); д) *actio* о воспрепятствованіи произвести погребеніе умершаго l. 9 D. de *rel.* 11. 7 (§ 220); е) *actio de effusis et eiectis* противъ поврежденія, причиненнаго свободному l. 5 § 5 D. de *his qui eff.* 9.

сящіяся сюда обязательственныя права переходят по наследству послѣ предъявленія иска <sup>12</sup>.

2) На наследниковъ должника не переходят <sup>13</sup> обязательства, проистекающія изъ преступленія (*delictum*), какъ имѣющія предметомъ *наказаніе* <sup>14</sup>. Обязательства изъ преступленія, имѣющія предметомъ вознагражденіе за ущербъ, переходятъ на наследниковъ должника лишь условно: по римскому праву лишь на столько, на сколько увеличено преступленіемъ наследственное имущество <sup>15</sup>, по современному праву — на столько, на сколько достанетъ наследственного имущества <sup>16</sup>. Это ограниченіе относится лишь къ тѣмъ обязательствамъ, которыя имѣютъ свое основаніе въ преступленіи, какъ таковомъ; обязанность вознагражденія за причиненный ущербъ, которая имѣетъ другое основаніе, переходитъ на наследниковъ должника независимо отъ того, что дѣяніе, причинившее ущербъ, заключаетъ въ себѣ основаніе преступности <sup>17</sup>.

3 (§ 209 прим. 3. 4). Многие (Коппенъ цитир. соч. прим. 20, Кирульфъ стр. 227 Вехтеръ *Württ. Privatr.* II. § 533 прим. 53) причисляютъ сюда, основанное на практикѣ право *defloratio*, т. е. право ободщенной дѣвственницы или вдовы на вознагражденіе. Но это право, какъ *actio vindictam spirans*, не можетъ основываться на обычномъ правѣ, см. § 245 прим. 7.

<sup>12</sup> См. I § 124 прим. 11

<sup>13</sup> Ср. къ слѣдующему: Франке *Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien* I, 1 (1828), Кирульфъ стр. 218—227, Савинья *Syst.* V. § 210. 211, Мюленбрухъ *Fortsetzung von Glück XLIII* стр. 16—38, Вангеровъ I § 145 прим. № II, Коппенъ цитир. соч. стр. 180—190.

<sup>14</sup> § 1 J. de perp. te temp. act. 4. 12, l. 20 D. de poen. 48. 19, l. 1 pr. D. de priv. del. 47. 1; ср. l. 22 D. de O. № 39. 1 (—, *in poenam heres non succedit*“).

<sup>15</sup> L. 26 D. de dolo 4. 3:—*quatenus ad eum pervenerit, i. e. quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit.* L. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 44 D. de R. J. 50. 17, l. 1 § 6 D. de eo per quem fact. 2. 10, l. 16 § 21. 19 D. quod met. caus. 4. 2, l. 17 § 11. 26—29 D. de dolo 4. 3, l. 1 § 48 l. 2. 3 pr. D. de vi 43. 16, l. un. C. ex del. def. 4. 17, и мн. др. На сколько вознагражденіе за ущербъ превосходитъ то, чѣмъ обогатился обязаный, на столько это вознагражденіе становится для него наказаніемъ (ср. l. 16 § 2 D. quod met. caus. 4. 2, l. 22 D. de O. N. № 39. 1); *actio* о вознагражденіи можетъ быть по этому названа *actio poenalis*. (Савинья: *einseitige Strafklage*) l. 1 § 5. 8 D. ne vis fit ei 43. 4 Къ l. 26 D. de dolo cit. ср. еще l. 127 D. de R. l. 50. 17, l. 17. 18. 20 D. quod met. caus. 4. 2, и вообще: 13 Сельз *Versuche* I. стр. 62—76, 6. *Butte Bereicherungsklagen* стр. 315—322, Якоби *Jahrb. f. Dogm.* IV стр. 210—212.

<sup>16</sup> Каноническое право устанавливаетъ безусловную ответственность наследниковъ, с. 3 С. 16 qu. 6, с. 5 X. de rap. inc. 5. 17 (*«iuxta facultates suas condigne satisfaciunt»*), с. 9 X. de usur 5. 19, с. 14 X. de sepult. 3. 28, с. 28 X. de sent. ex. 5. 39. Но весьма древній и постоянный судебный обычай видоизмѣнилъ постановленіе каноническаго права въ указанномъ въ текстѣ смыслѣ. Франке стр. 44 слѣд., Савинья стр. 51 слѣд., Мюленбрухъ стр. 35 слѣд., Коппенъ стр. 186—187. Ср. еще Нейнеръ *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse* стр. 205—206.

<sup>17</sup> L. 10 pr. D. comm. div. 10: *«Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (sc. communi dividundo) heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur»*. L. 7 § 1 D. de p. 16. 3,

Изъ обязательствъ, пристокающихъ изъ преступленія, какъ таковаго, исключеніе составляютъ обязательства, основывающіяся на противозаконномъ присвоеніи движимаго или недвижимаго имущества; по этимъ обязательствамъ наслѣдники совершившаго такое дѣяніе отвѣтствуютъ, какъ и онъ самъ<sup>18</sup>.—И здѣсь, основывается ли обязательство на мѣрѣ наказанія, или возмѣщеніи убытковъ, оно во всякомъ случаѣ переходитъ на наслѣдниковъ съ момента начатія иска<sup>19</sup>.

1. 12. 49 D. de O. et A. 44. 7, l. 121 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 157 § 2. D. de R. J. 50. 17. Къ l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7 ср. l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, къ § 1 J. de pegr. et temp. act. 4. 12 ср. Gai. IV. 113; объ обѣихъ этихъ мѣстахъ см. основательныя изслѣдованія Франке стр. 16 слѣд.; Вангеровъ стр. 216.

<sup>18</sup> L. 7 § 2 l. 9 D. de cond. furt. 13. 1; l. 10 eod. l. 1 § 1 D. de cond. trit. 13. 3, l. 2 § 26 27 D. de vi bon. rapt. 47. 8; l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2. Право иска, предоставляемое въ этихъ случаяхъ, источники признаютъ за *condictio*. Въ этомъ подразумѣвается, что основаніе этого права заключается въ противозаконномъ обогащеніи отвѣтника посредствомъ преступленія (*condictio sine causa*), а не въ самомъ преступленіи, какъ таковомъ. Въ дѣйствительности же основаніе это не заключается въ обогащеніи. Если-бы это было такъ, то искъ и распространялся бы только на обогащеніе; но онъ идетъ далѣе. Эта *condictio* есть *condictio rei*, а не *possessionis*, тогда какъ совершившій преступленіе обогатился только владѣніемъ, а не имущественной цѣнностью вещи; цѣнность эта осталась за собственникомъ. Ср. Gai. IV. 4, §. 14 l. de act. 4. 6, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, въ связи съ l. 6 D. de vi 43. 16, l. 3 § 11 D. uti poss. 43. 17. Такимъ образомъ римляне называютъ *condictio sine causa* то, что собственно не есть *condictio sine causa*, и при этомъ сознаютъ это противорѣчіе, объясняя его тѣмъ, что оно допускается «*odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur*» (см. цитированныя мѣста Гаия и Институцій Юстиніана). Другими словами: они хотѣли, чтобы на обязательство правонарушителя во вредъ ему были распространены основанія *condictio sine causa*, и именно, что по видимому особенно имѣлось въ виду, способность *condictio sine causa* переходить по наслѣдству. Въ другихъ отношеніяхъ принимается въ соображеніе характеръ деликта, принадлежащій *condictio furtiva* см. l. 4 D. de cond. furt. 13. 1 (это мѣсто по объясненію Савиньи, Syst. V стр. 562, имѣетъ въ виду оказаніе помощи) l. 1. C. de cond. furt. 4. 8, ср. § 177 прим. 4. Объ *actio rerum amotarum*, которая заступаешь *condictio furtiva* говорится—въ l. 21 § 5 D. rer. am. 25. 2 именно *ex delicto nascitur*. Во всякомъ случаѣ способность ея переходить по наслѣдству, о которой говорится въ l. 6 § D. eod. отрицается въ l. 3 C. eod. 5. 21.—Господствующее мнѣніе вообще признаетъ *condictio furtiva* вѣдущими съ нею иски за иски, пристокающіе изъ противозаконнаго обогащенія и изъ этого выводитъ способность ихъ переходить по наслѣдству. См. Киульфъ стр. 222, Мюленбрухъ цит. соч. стр. 19—25, особенно же Савиньи Syst. V стр. 551—564, затѣмъ Синтенисъ II § 109 прим. 123, Вангеровъ I стр. 216 и III § 679 прим. 2. О характерѣ деликта, принадлежащемъ *condictio furtiva*—Франке стр. 28—40 и Ватте *Bereicherungsklagen* стр. 322—325. Указанный въ прим. 16 судебный обычай не распространяется на *condictio furtiva* и на другія относящіяся сюда основанія искомъ. Этотъ обычай имѣлъ въ виду только модификацію новаго постановленія каноническаго права. Франке стр. 54; другаго мнѣнія Мюленбрухъ стр. 37, Коппенъ стр. 187.

<sup>19</sup> См. I § 124 прим. 11.

Вліяніе смерти на силу и дѣйствія обязательствъ по русскому праву съ достаточною полнотою опредѣлено ст. 1259—1264, 1543, 1544 и 2338 т. X ч. 1 и ст. 61 улож. о наказ.

Сомнѣнія возбуждаетъ только выраженіе: «договоръ о дѣйствіяхъ *личныхъ*», употребляемое въ ст. 1544 т. X ч. 1, по неопредѣленности, какіе именно договоры слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ выраженіемъ.

Намъ кажется, что выраженіе: *личныя дѣйствія* слѣдуетъ принять въ *пассивномъ* и *активномъ* смыслѣ, т. е., что смертью прекращаются договоры какъ о личныхъ дѣйствіяхъ *умершаго*, такъ и о дѣйствіяхъ другихъ лицъ, *относившихся только къ личности умершаго*. Всякіе же договоры хотя о личныхъ дѣйствіяхъ, но не относившихся къ личности умершаго должны оставаться въ силѣ.

Согласно сему слѣдуетъ принять, что

Смертью прекращаются: 1) *обязательства* личные, т. е. такія обязательства, которыя могутъ быть выполнены *только обязавшимся лично*; 2) обязательства третьихъ лицъ о дѣйствіяхъ *относившихся исключительно къ лицу умершаго*, объ обученіи или леченіи его. Это очевидно вытекаетъ изъ сущности самихъ обязательствъ. Но договоры, напримѣръ, о наймѣ сельскихъ рабочихъ, мастеровыхъ (но не *управляющихъ*, относящихся къ разряду *поверенныхъ*) и т. под., остаются въ силѣ.

А. Д.

## 7. Невозможность исполненія.

§ 112. Обязательство прекращается и тѣмъ, что исполненіе его становится для должника не по его винѣ невозможнымъ. Объ этомъ, также какъ и о томъ, какое вліяніе въ двустороннихъ обязательствахъ оказываетъ безвинная невозможность исполненія на обязательственное право, проистекающее для должника изъ этого договора, было уже сказано выше (§ 16 прим. 5, 6; § 73, прим. 16—19). Къ сказанному слѣдуетъ прибавить еще слѣдующее:

1. Безвинною невозможностью исполненія обязательство прекращается непосредственно <sup>1</sup>.

2. Если невозможность исполненія прекратится, то обязательство возникаетъ вновь лишь въ томъ случаѣ, если это прекраще-

§ 112. <sup>1</sup> Это не выражено положительно въ источникахъ. Но ср. l. 107 D. de sol. 46. 3, гдѣ невозможность, какъ *naturalis resolutio* поставлена рядомъ съ исполненіемъ. Моммсенъ Beiträge I стр. 304—308.

ніе невозможности заключалось въ самомъ характерѣ невозможности, если же оно было случайное, то обязательство вновь не возникает<sup>2</sup>.

3. <sup>3</sup> Безвинная невозможность исполненія возникает и въ томъ случаѣ, когда кредиторъ инымъ способомъ получилъ индивидуально опредѣленный предметъ обязательства<sup>4</sup>. Впрочемъ въ этомъ случаѣ обязательство прекращается не безусловно. а) Оно прекращается лишь въ томъ случаѣ, если кредиторъ не только получилъ предметъ обязательства, но съ полученіемъ его достигъ и тѣхъ результатовъ, которые произвело бы на его имущество получение этого предмета въ силу принадлежащаго ему обязательственного права<sup>5</sup>. б) Оно прекращается лишь въ томъ смыслѣ, что кредиторъ не можетъ требовать выгоды отъ заключеннаго обязательства; но оно продолжаетъ существовать на столько, на сколько это необходимо для того, чтобы оградить его отъ ущерба<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> L. 83 § 5 D. de V. O. 45 1, l. 98 § 8 D. de sol. 46. 3. Ср. § 67 прим. 11, и Моммсенъ. Цит. соч. стр. 290 слѣд.

<sup>3</sup> Ср. къ послѣдующему сочиненіе В. Селля: über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum (1839); даже Моммсенъ Beiträge I стр. 255—262, Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 130—134, и Моммсенъ Beiträge III стр. 413—415. Унтергольциеръ I § 261, Сентенисъ II стр. 500—503. (Аридтсъ Forts. von Glück XLVI стр. 252 слѣд.).

<sup>4</sup> Обязательство, предметъ котораго опредѣленъ генерически, не прекращается вслѣдствіе того, что кредиторъ уже получилъ предметъ того же рода.

<sup>5</sup> Поэтому а) если обязательственное право ничего не стоило кредитору (основывалось на causa lucrativa), то кредиторъ можетъ требовать возмѣщенія только тѣхъ издержекъ, которыя онъ понесъ за полученіе исполненія. § 6. 9 I. de leg. 2. 20, l. 34 § 7. 8 D. de leg. I<sup>o</sup> 30, l. 82 § 2. 4 l. 108 § 6 eod., l. 73 D. de leg. II<sup>o</sup> 31, l. 102 § 2 D. de leg. III<sup>o</sup> 32. б) Если же обязательственное право соединялось съ извѣстными издержками, но полученіе исполненія стоило дороже его, то кредиторъ имѣетъ право на возмѣщенія этого излишка въ издержкахъ. Это не выражено ясно въ источникахъ, но является прямымъ послѣдствіемъ изложеннаго выше. Другого мнѣнія Моммсенъ I стр. 258. в) Если кредиторъ получилъ исполненіе, но однако такъ, что онъ не можетъ удержать полученнаго въ свою пользу, то онъ разсматривается какъ ничего не получившій, l. 34 § 8 l. 82 pr. l. 108 § 5 D. de leg. I<sup>o</sup> 30

<sup>6</sup> Поэтому, а) если обязательство основано на двухстороннемъ договорѣ, то кредиторъ не только можетъ не исполнять лежащей на немъ обязанности, но онъ можетъ требовать возвращенія уже исполненнаго имъ. Paul. S. R. II 17 § 8, l. 84 § 5 D. de leg. I<sup>o</sup> 30, l. 29 pr. D. de evict. 21. 2, l. 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 § 6, D. loc. 19. 2. б) Если кредиторъ во всякомъ случаѣ долженъ понести тѣ издержки, за которыя онъ приобрѣлъ обязательство, то онъ и не теряетъ его. Въ этомъ смыслѣ высказывается l. 19 D. de O. et A. 44. 7, что супругъ во всякомъ случаѣ можетъ требовать передачи ему приданаго, хотя бы онъ получилъ его другимъ способомъ; ибо приданое обѣщано ему какъ эквивалентъ onera matrimonii, которыя во всякомъ случаѣ остаются на немъ, ср. l. 8 § 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 47 pr. de mand. 17. 1. в) Точно также кредиторъ сохраняетъ обязательство, если онъ обязанъ передать предметъ его третьему лицу. L. 108 § 5 D. de leg. I<sup>o</sup> 30; постановленіе заключающееся въ l. 19 D. de O. et A. cit. конечно основывается на той же точкѣ зрѣнія.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что обязательство прекращается лишь въ томъ случаѣ, когда оно само или полученіе кредиторомъ предмета обязательства инымъ способомъ клонится исключительно къ обогащенію кредитора<sup>7</sup>.

#### 8. Другіе случаи прекращенія обязательствъ.

§ 113. Существуютъ и другіе случаи прекращенія обязательствъ, о которыхъ уже было говорено въ различныхъ отдѣлахъ; сюда относятся: возстановленіе въ прежнее положеніе (*restitutio*, Виндш I § 120 въ концѣ), судебное рѣшеніе, которымъ отказывается въ искѣ (I § 128 № 2), давность (I § 112 прим. 3—5), утрата права (I § 123 № 1 см. выше § 87 № 2, также § 183, прим. 18), резолютивное условіе или срокъ (I § 90. 96 въ концѣ). Здѣсь слѣдуетъ еще прибавить, что обязательство можетъ иногда быть прекращено и одностороннимъ заявленіемъ, причемъ обязательство вовсе прекращается или же оно утрачиваетъ значеніе лишь на будущее время; тѣ же послѣдствія, которыя имъ уже произведены, сохраняютъ свою силу. Такое право отступленія можетъ основываться или на соглашеніи или на положительномъ предписаніи закона<sup>2</sup>. Хотя обыкновенно и полагаютъ, что обязательство пре-

<sup>7</sup> Въ этомъ смыслѣ источники говорятъ: «*Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset*» (l. 17 D. de O. et A. 447), или: «*Traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse*» (§ 6 l. de leg. 2. 20); см. также l. 83 § 6 D. de V. O. 45. 1. Обыкновенно способъ прекращенія обязательствъ, основанный на «*concursum duarum causarum lucrativarum*», разсматриваютъ какъ основывающійся на положительномъ опредѣленіи. Указаніе внутренняго значенія этого положенія и связи его съ ученіемъ о вліяніи невозможности исполненія на состоятельность обязательства, — составляетъ заслугу Моммсена. Съ другой стороны Моммсенъ идетъ слишкомъ далеко въ томъ случаѣ, когда онъ признаетъ безусловное прекращеніе обязательства *ex causa onerosa* при полученіи предмета его инымъ путемъ (см. прим. 5, также Моммсенъ стр. 259. 261). Ранѣе я доказывалъ, что обязательство *ex causa onerosa* продолжаетъ существовать при полученіи объекта его инымъ путемъ, въ пользу кредитора т. е. когда цѣнность обязанности должника превышаетъ эквивалентъ ея, но теперь я не защищаю этого мнѣнія. Оно главнымъ образомъ основывается на l. 19 D. de O. et A. 44. 7: *integras actiones retinent*, — по доказательная сила этого мѣста уничтожается тѣмъ, а) что окончаніе этого мѣста, «*eandem (sc. rem) non prohibetur ex causa lucrativa petere*», по сравненію съ мѣстомъ, указаннымъ въ прим. 5 sub a), представляется очевидно неточнымъ; б) и тѣмъ, что послѣднее выраженіе по отношенію къ разрѣшаемому имъ случаю представляется совершенно точнымъ.

113. <sup>1</sup> Очевидно здѣсь можетъ идти рѣчь лишь о тѣхъ способахъ прекращенія обязательства, которые имѣютъ общее значеніе. Сюда не относится по моему мнѣнію прекращеніе обязанности главнаго должника, какъ основаніе прекращенія отвѣтственности поручителя (§ 229 № 1. б).

<sup>2</sup> Такъ напр. должнику принадлежитъ безусловное право отступленія при договорахъ товарищества и довѣренности и условное — при договорѣ найма.

кращается съ прекращеніемъ интереса его для кредитора, но это не вѣрно <sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Если кредиторъ не имѣть интереса въ осуществленіи своего обязательства, то онъ и не осуществитъ его; если же онъ осуществляетъ его, то этимъ указываетъ на существованіе интереса. Поэтому, чтобы приведенное положеніе имѣло смыслъ, нужно понимать подъ интересомъ не интересъ вообще, но специально имущественный интересъ. Прекращеніе интереса кредитора можетъ быть выставляемо основаніемъ прекращения обязательства лишь вслѣдствіе того взгляда, что при всякомъ обязательствѣ существенно предполагается наличность имущественнаго интереса кредитора; въ лядъ этотъ былъ уже высказанъ выше (§ 3 прим. 3). Въ отдѣльныхъ случаяхъ нужно принимать въ соображеніе, не имѣлось-ли въ виду при совершеніи сдѣлки, на которой основано обязательство, исключительно удовлетвореніе даннаго имущественнаго интереса кредитора, и потому не зависить-ли существованіе обязательства отъ существованія этого интереса. Далѣе невозможность исполненія можетъ произвести измѣненіе обязательства въ обязательство, направленное къ удовлетворенію имущественнаго интереса, лишь въ томъ случаѣ, когда этотъ послѣдній еще существуетъ. Въ классическомъ римскомъ правѣ замѣна всякаго обязательства обязательствомъ уплаты интереса допускалась не только въ случаѣ невозможности исполненія перваго, но и при всякомъ судебномъ рѣшеніи и такимъ образомъ осуществимость обязательства у римлянъ всегда, была связана съ продолженіемъ существованія интереса кредитора. Въ отдѣльности здѣсь слѣдуетъ принять въ соображеніе слѣдующія мѣста. а) L. 14 pr. D. de cond. furt. 13. 1: *condictio furtiva* прекращалась съ прекращеніемъ права собственности истца «*nam nec petitoris iam interest, hincem rescipere*», т. е. онъ не можетъ уже искать возстановленія имущественнаго ущерба. Единственное и имѣющее рѣшительное значеніе и въ настоящее время есть опредѣленіе, заключающееся въ l. 13 cit. «*soli domino condictio competit*». (l. 1 eod.). б) L. 32 D. loc. 19. 2. «*Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit vit: Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset*». Это мѣсто очевидно имѣетъ въ виду лишь тотъ случай, когда наследникъ не пришелъ къ соглашенію съ тѣмъ, въ пользу кого состоялся отказъ, чтобы послѣдній оставилъ отказанное имущество во владѣніи и пользованіи нанимателя его до окончанія срока найма. Если-бы въ этомъ случаѣ получившій отказъ жаловался на нанимателя, который прекращаетъ договоръ найма и оставляетъ нанятый участокъ земли, то наниматель могъ-бы возразить, что наследники не въ силахъ сохранить его наемъ отъ нарушенія. Поэтому наследникъ не имѣетъ интереса въ томъ, чтобы наниматель не прекращалъ найма. Такимъ образомъ совершенно вѣрно, что это мѣсто указываетъ на отсутствіе интереса не какъ на причину, но какъ на слѣдствіе прекращенія обязательства; если по нашему толкованію можно сдѣлать автору цитированнаго мѣста упрекъ въ неточности, то съ другой стороны едва-ли правильно было-бы отрицать право наследника, возникающее для него изъ договора найма, заключеннаго наслѣдодателемъ съ нанимателемъ даже и въ томъ случаѣ, когда онъ вслѣдствіе соглашенія съ получившимъ отказъ, могъ бы предоставить нанимателю пользованіе участкомъ земли въ томъ видѣ, какъ оно дѣйствительно могло ему принадлежать. Относительно купли l. 25 § 1 l. c. 19. 2 говоритъ противное. Объ этомъ мѣстѣ, о которомъ было много рѣчи, ср. Гаюкъ XVIII стр. 26 слѣд., Кропфъ въ Heise и Storr: *Abhandlungen* II стр. 267 слѣд.; Мюленбрухъ *Cession* стр. 313 слѣд., Моммзенъ *Erörterungen* I стр. 135, Спитенисъ *Civilr.* II § 118 прим. 116. (стр. 665—666), Шмидтъ *Cession* II стр. 321 слѣд., Цибартъ *Realexecution* стр. 147. (Шлезингеръ *die rechtliche Unzulässigkeit der Beschlagannahme des noch nicht verdienten Lohnes*. (Лейпцигъ 1869) стр. 53 слѣд., Зейфф. *Arch.* IV 238). в) L. 97 § 1 D. de V. O. 45 1. Опредѣленіе этого мѣста основывается на томъ, что воля, выраженная въ договорѣ, не распространяется на тотъ случай, когда кредиторъ не имѣетъ интереса въ исполненіи.

## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### Отдѣльные обязательственные права <sup>1</sup>.

#### Обзоръ.

§ 114. Между отдѣльными обязательственными правами прежде всего различаются два большіе разряда ихъ: обязательства, основанныя на договорѣ и обязательства, основанныя на право нарушеніи. Остальные обязательства имѣютъ очевидное средство отчасти съ обязательствами основанными на договорѣ, отчасти съ обязательствами основанными на правонарушеніи и потому должны быть изложены въ связи съ тѣми или другими. Однако не всѣ обязательственные права могутъ быть безъ натяжки распределены такимъ образомъ: поэтому о тѣхъ, которыя не поддаются такому распределенію должно быть сказано въ особомъ отдѣлѣ. Наконецъ признано полезнымъ излагать особо о тѣхъ обязательствахъ, которыя истекаютъ изъ обязательства третьяго лица. Совершенно исключаются отсюда тѣ обязательства, которыя съ большимъ удобствомъ могутъ быть отнесены къ правамъ вещному, семейственному или наследственному.

Можетъ быть одинаковый смыслъ имѣть и 1. 95 eod. Ср. также и тѣ мѣста, гдѣ на правленіе воли, на которой основанъ отказъ, опредѣляется интересомъ въ исполненіи того или другаго лица: 1. 69 §. 2, 1. 49 §. 4—7 D. de leg. 1<sup>o</sup> 30, 1. 32 §. 1 D. de fideic. lib. 40. 5. (См. III § 625 № 3.).

§ 114. <sup>1</sup> Когда говорить о «системѣ» отдѣльныхъ обязательственныхъ правъ (спеціальной части обязательственного права), то не слѣдуетъ забывать, что здѣсь идетъ рѣчь не о сопоставленіи отдѣльныхъ понятій, но объ изложеніи ряда дѣйствительно существующихъ фактическихъ проявленій права. Эти проявленія основываются на потребностяхъ и интересѣ человѣческой жизни, и поэтому при систематизированіи ихъ всегда должно имѣть въ виду то отношеніе, въ которомъ они стоятъ съ этими потребностями и интересами человѣческой жизни. Отсюда само собою возникаетъ раздѣленіе обязательственныхъ правъ на вытекающія изъ договоровъ (№ 1) и на вытекающія изъ правонарушеній (№ III). Въмѣсто рубрики «обязательства изъ договоровъ» можно было-бы поставить рубрику «обязательства изъ юридическихъ сдѣлокъ», если-бы одностороннее проявленіе воли, — именно относящейся къ наследственному праву отказъ, — не имѣло въ римскомъ правѣ по отношенію къ возникновенію обязательствъ лишь поверхностное значеніе, такъ что о немъ могло уже быть достаточно сказано въ общей части обязательственного права (§ 56). Далѣе нельзя не обратить вниманія на то, что, напр., обязательство изъ неправоумѣрнаго владѣнія имуществомъ, несмотря на то, что оно основано на договорѣ, имѣетъ точно такой-же характеръ, какъ и обязательство изъ принятія ссуды; обязательство изъ добровольнаго веденія чужаго дѣла, — такой же характеръ, какъ и обязательство изъ принятія на себя порученія; что далѣе напр. обязанность вознагражденія за ущербъ, причиненный неисправленіемъ разрушающагося зданія, хотя неисправленіе его и не составляетъ деликта, имѣетъ неоспоримое сходство съ обязанностью вознагражденія за ущербъ, причиненный, напр., насиліемъ или обманомъ. Поэтому нельзя избѣгать упрека въ разединеніи совершенно сродныхъ вопросовъ, если не соединять изложенія о *condictiones sine causa* и *negotiorum gestio* съ изложеніемъ ученія объ обязательствахъ изъ договоровъ и изложеніе ученія о *damnum infectum* съ ученіемъ объ обязательствахъ изъ правонарушеній. Дѣло такта разрѣшить оконча-



## I. Обязательственные права, основанные на договорѣ.

### Обзоръ.

§ 115. Отдѣльные договоры различаются по своему содержанию. Но не только невозможно, но и не представляется необходимымъ говорить отдѣльно о каждомъ возможномъ содержаніи договора. Отдѣльные договоры относительно правовыхъ нормъ, которымъ они подчиняются, прежде всего рассматриваются по тѣмъ общимъ положеніямъ, которыя существуютъ относительно всѣхъ договоровъ и обязательствъ вообще. Съ другой стороны, конечно, существуютъ договоры, о которыхъ можетъ быть сказано особо; о нихъ слѣдуетъ сказать здѣсь. Порядокъ, который ляжетъ въ основаніе этого изложенія слѣдующій. Прежде всего будетъ сказано о *чистомъ* договорѣ, т. е. о договорѣ, независимо отъ цѣли, для которой онъ возникаетъ. Затѣмъ слѣдуютъ: а) договоръ даренія, б) договоры о возвращеніи полученнаго, в) договоры обмена или договоры мѣны въ широкомъ смыслѣ слова, посредствомъ которыхъ производится обменъ имущества или труда на другое. Къ нимъ присоединяются д) договоры товарищества, которые хотя и устанавливаютъ подобное же обоюдное исполненіе, но оно цѣлью своею имѣетъ созданіе общности имущества. Затѣмъ слѣдуютъ: е) договоръ порученія, который имѣетъ своимъ предметомъ услуги, но безъ характера мѣны; ф) договоры, направленные къ устраненію правовой неопредѣленности и наконецъ г) рисковые догово-

тельно, какъ далеко можно заходить въ признаніи этого средства понятій. Очевидно, что это средство не всегда существуетъ, напр., при обязанности доставлять алименты, при обязательствахъ, происходящихъ изъ законнаго ограниченія права собственности; этимъ оправдывается слѣдующее здѣсь четвертое подраздѣленіе (№ IV). И здѣсь слѣдуетъ предоставить личному соображенію разрѣшеніе вопроса о томъ, должно ли быть обязательство, происходящее изъ основанія, сходнаго съ договоромъ или правонарушеніемъ, отнесено къ раздѣлу своего прототипа, или же оно можетъ быть помѣщено подъ самостоятельную рубрику. Первый путь избранъ здѣсь для обязательствъ, происходящихъ изъ основаній, сходныхъ съ правонарушеніемъ, а второй путь — для обязательствъ изъ основаній, сходныхъ съ договоромъ (№ II). Наконецъ пятый слѣдующій здѣсь раздѣлъ (№ V) составляетъ противоположность съ остальными раздѣлами; въ немъ разсуждается о томъ вѣяніи, которое можетъ оказать обязательство, принадлежащее известному лицу, — на другое лице. — Нечего говорить, что намѣченное здѣсь раздѣленіе въ общихъ чертахъ сходно съ тѣмъ раздѣленіемъ, которое изложено въ институціяхъ Юстиніана (*obligationes ex contractu, quasi ex contractu — ex maleficio, quasi ex maleficio* (ср. §. 54 прим. 1)). Новѣйшая система во многомъ отличается отъ изложенной, хотя въ большинствѣ случаевъ осталось различіе между обязательствами изъ договоръ и обязательствами изъ правонарушеній (различіе это сглажено въ системѣ Гейзе, который для систематизаціи принимаетъ за основаніе содержаніе объекта обязательствъ). Ср. статью Пфортенъ *Abhandlungen* № 4 (который признавая различіе между договоромъ и правонарушеніемъ, принималъ въ соображеніе и то основывается ли обязательство на одной или двусторонней сдѣлкѣ); далѣе Спиттенсъ II § 95 прим. 1.

ры, въ которыхъ контрагентъ принимаетъ на себя страхъ потери въ замѣнъ возможности получить выгоду<sup>1</sup>.

### А). Чистый договоръ.

§ 116. Чистымъ договоромъ называется тотъ, который существуетъ независимо отъ своей цѣли (§ 70 № 2 § 71). Въ чистомъ договорѣ обязывающееся лицо заявляетъ, что оно хочетъ сдѣлаться обязаннымъ къ исполненію того или другаго. Поэтому основаніе, которое побудило его къ такому заявленію не имѣетъ значенія для содержанія возникшаго изъ его общанія обязательства. Это содержаніе опредѣляется точнымъ смысломъ дѣйствительно сдѣланнаго имъ общанія<sup>1</sup>, хотя при этомъ не исключается возможность толкованія этого общанія, т. е. опредѣленія того, что именно хотѣлъ онъ обещать<sup>2</sup>. Для этого цѣль общанія имѣетъ значеніе лишь на столько, на сколько при отсутствіи этой цѣли, т. е. при томъ, что представленіе о ней не соответствуетъ дѣйствительности, самое обещаніе можетъ быть оспариваемо по общимъ правиламъ ученія о предположеніяхъ (Виндш. I § 97 и слѣд.). Уже выше было указано, что для дѣйствительности чистаго договора не требуется ни опредѣленной формы, ни принятія въ соображеніе основанія его возникновенія (§ 71 прим. 2, § 70 прим. 4); тамъ же было высказано сомнѣніе въ томъ, можетъ ли чистый договоръ быть признанъ обязательнымъ въ современномъ правѣ (§ 70 прим. 3). Случай примѣненія чистаго договора представляетъ признаніе долга, если оно сдѣлано съ цѣлью установить обязательственныя отношенія<sup>3</sup>. Для современнаго права важнѣйшимъ случаемъ при-

§ 115. а) И при систематизации отдѣльныхъ договоровъ должно быть принято въ соображеніе то значеніе, которое они имѣютъ въ жизни. Въ виду этой точки зрѣнія не можетъ быть сохранено раздѣленіе, которое существуетъ между договорами односторонними и двусторонними (взаимными). Миѣ кажется, напр., что договоръ о рѣшеніи дѣла присягою и мировое соглашеніе сродны между собой, хотя первый есть односторонній договоръ, а второе — двусторонній.

§ 116. а) Въ охраненіе чистаго договора у римлянъ давалась *actio stricti iudicii (iuris)*, т. е. *iudex* указывалось только на *oportere*, между тѣмъ какъ при договорахъ съ индивидуальнымъ характеромъ, въ виду необходимости согласовать дѣйствительное содержаніе обязанности должника съ конечною цѣлью договора, судья предоставлялъ болѣе широкое право разрѣшенія спора тѣмъ, что ему указывалось на *oportere ex fide bona*.

<sup>1</sup>) Въ источникахъ встрѣчается очень часто толкованіе стипуляціи. Срав., напр. I. 8 I. 41 pr. I. 81 pr. I. 94 l. 118 § 1 l. 122 § 4 l. 126 § 2 l. 135 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1. Срав. также Беръ *Anerkennung* стр. 59—60 (63—64). (См. также III § 647 прим. 4).

<sup>2</sup>) Но не съ цѣлью укрѣпленія уже существующаго обязательства. Слѣдовательно, когда признаніе сдѣлано съ сознаніемъ того, что обязательство не дѣйствительно, или что обязывающій фактъ, который нужно доказать (напр. полученіе ссуды), не существуетъ. Ср. § 164 а прим. 2 въ концѣ; § 164 b при. 1. Также § 106 прим. 2. Беръ *Aner-*

мѣненія чистаго договора были бы сдѣлки, на которыхъ основаны платежные документы *по приказу или на предъявителя*, если бы вообще было признано, что они относятся къ числу договоровъ <sup>4</sup>.

## В) Дареніе. \*

### 1. Понятіе.

§ 117. Дареніе въ обширномъ смыслѣ слова есть всякое не за-  
вѣщательное <sup>1</sup> отчужденіе имущества <sup>2</sup>, посредствомъ котораго  
а) увеличивается имущество получателя <sup>3</sup>; б) основаніемъ которо-

kennung, 2-е изд. § 62 а. Зейфф. Arch. V. 127 (§ 122 прим. 11) XIII. 17, XVI. 225, XVII. 236.

<sup>4</sup>) См. § 56 прим. 10.

\* Inst. 2. 7 Dig. 39. 5 Cod. 8. 54 de donationibus.—Ф. Мейерфельдъ die Lehre von den Schenkungen nach römischen Recht. 1. томъ. 1835, 2 томъ 1. Часть. 1837. Савиньи System IV. § 142—176. Шиллингъ Lehrbuch f. Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts. III. стр. 741—977. Вангеровъ I. § 121—125, Синтенисъ I § 23. II § 110, Бюкингъ I § 106, Унгеръ II § 95—99. Срав. также Унтергольциеръ II. стр. 494 слѣд.

<sup>1</sup>) Въ непрямомъ смыслѣ дареніемъ называется и завѣщательный отказъ. L. 36 D § 117. de leg. II 31, § 1 I. de leg. 2. 20.

<sup>2</sup>) Въ непрямомъ смыслѣ говорится о дареніи свободы, права гражданства. Мейерфельдъ § 7 прим. 1; Gaï. I 94, III. 20. Точно также въ непрямомъ смыслѣ о прекаріумъ въ l. 14 D. de prec. 43. 26 говорится, какъ о дареніи (срав. также l. 17 § 3 D. commod. 13, 16), ибо предоставленіемъ пользованія вещь, если этимъ получающій не ограждается отъ производства издержки, которую онъ въ противномъ случаѣ сдѣлалъ бы (прим. 14), хотя и заключаетъ въ себя услугу, не составляетъ еще отчужденія имущества. Тоже самое имѣетъ мѣсто при пользованіи услугами или при доставленіи услугъ, предполагая, что этимъ не устанавливается право собственности (спекуляризация) или не увеличивается стоимость уже существующаго имущества (l. 31 pr. § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Срав. также Фогтъ conditiones ob causam. стр. 426, 429, 430.

<sup>3</sup>) Отчужденіе не производитъ увеличенія имущества (обогащенія) получающаго въ томъ случаѣ, когда полученіе сопряжено съ соответствующею издержкою. Сюда относится передача должникомъ имущества кредитору съ цѣлью исполнить свое обязательство (о естественныхъ обязательствахъ см. § 40 прим. 8, § 41 прим. 5, 10), передача имущества въ замѣнъ соответствующей передачи или въ ожиданіи таковой (если соответствующая передача не равна первой, то здѣсь отчасти существуетъ дареніе, l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 5 D. de don. b. v. e. u. 24. 1); передача имущества въ ожиданіи его возвращенія (напр. суда) или для передачи его третьему лицу (см. объ этомъ l. 5 § 9 D. de l. D. 23. 3, l. 49 D de don. i. v. e. u. 24. 1, ср. l. 24 eod.), или съ цѣлью изыятія переданнаго изъ имущества получающаго переданное инымъ способомъ (напр. освобожденіе подареннаго раба l. 18 § 1 D. h. t.); передача имущества подъ условіемъ новаго отчужденія его получившимъ, такъ что переданное должно поступить во власть получающаго только въ виду этого отчужденія (этимъ путемъ само по себѣ недействительное дареніе признается существующимъ съ цѣлью этого отчужденія l. 5 § 8 12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 7 § 8. 9 l. 8 l. 9 pr. eod., l. 22 C. eod. 5. 16, Шр. VII, 1, Paul. R. S. II. 23 § 2). Въ послѣднемъ случаѣ однако можетъ произойти обогащеніе получающаго посредствомъ пользованія имуществомъ въ извѣстный промежутокъ или посредствомъ огражденія его отъ издержки. См. l. 18 § 1

му служить намъреніе производящаго отчужденіе увеличить имущество одаряемаго <sup>4</sup> и е) которое принято получателемъ, какъ сдѣланное съ этою цѣлью <sup>5</sup>. Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ сло-

D. h. t., l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 и прим. 14. Далѣе не составляетъ обогащенія когда кредитору въ обезпеченіе долга предоставляется залогъ или поручительство, даже если должникъ не состоятеленъ (не произошло бы обогащенія кредитора и въ томъ случаѣ если бы былъ уплаченъ долгъ несостоятельнаго должника). Точно также не происходитъ обогащенія должника, когда кредиторъ возвращаетъ ему находившійся у него залогъ. L. 1 § 19 D. si. quib. in fraud. patr. 38. 5; l. 1 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 18 D. quæ in fraud. cred. 42. 8, l. 11 C. ad. S. C. Vell. 4. 29. Ф. Дербургъ Pfandg. I стр. 169—174.

<sup>4</sup> Дареніе есть обогащеніе для обогащенія. Все, что должно быть достигнуто обогащеніемъ, лежитъ внѣ его, но заключается именно въ обогащеніи. Въ этомъ смыслѣ всякое дареніе заключаетъ въ себѣ «liberalitas». L. 1 pr. D. h. t. «Dat aliquis... propter nullam aliam causam... quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; hæc proprie donatio appellatur». См. также l. 1 §. 1 eod. Но съ намъреніемъ обогатить, которое изъ передачи имущества дѣлаетъ дареніе, не слѣдуетъ смѣшивать намъреніе подарить, т. е. намъреніе обогатить для того только, чтобы обогатить. Это намъреніе можетъ основываться на расположеніи къ одаряемому, но также и на эгоистическомъ ожиданіи получить отъ этого выгоду, на тщеславіи, на согласованіи съ общественнымъ мнѣніемъ, на противузаконномъ принужденіи или на иномъ факторѣ — для понятія о дареніи это безразлично. Сказанное можетъ быть сформулировано такъ: дареніе есть обогащеніе другого съ намъреніемъ прежде всего произвести это обогащеніе; затѣмъ дальнѣйшее намъреніе не принимается въ расчетъ (l. § 98). Примѣры тѣхъ случаевъ, когда, хотя и существуетъ обогащеніе, но тѣмъ не менѣе нѣтъ даренія, потому что передача не заключаетъ въ себѣ прежде всего намъренія произвести обогащеніе, суть: передача conditionis implendae gratia (намъреніе заключается въ приобретеніи завѣщаннаго); уступка части долга по мировому соглашенію (намъреніе заключается въ томъ, чтобы упрочить за собою получение остальной части долга). Принадлежитъ ли сюда и выдача приданаго? См. § 244 прим. 4 Зейфф. Arch. XXIII 129. Источники называютъ то намъреніе, которое является факторомъ даренія donandi animus. Ср. Мейерфельдъ I стр. 7 8. Весьма недостаточное опредѣленіе понятія представляетъ l. 29 pr. D. h. t. (l. 82. D. de R. I. 50. 17): «Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur». По этому опредѣленію и сюда могла бы быть признана дареніемъ.

<sup>5</sup> Такимъ образомъ дареніе есть договоръ. L. 19 §. 2 D. h. t. «Non potest liberalitas nolenti adquiri». L. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. «Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuat accipias, Julianus scribit, donationem non esse». Другаго мнѣнія Мейерфельдъ § 6, Савиньи § 160, которые защищаютъ тотъ взглядъ, что принятіе даренія со стороны одаряемаго необходимо лишь на столько, на сколько безъ такого принятія немислимо отчужденіе имущества; оно необходимо напр. при дареніи посредствомъ передачи права собственности (l. 10 D. h. t. l. 55 D. de O. et A. 44. 7), но не при дареніи напр. посредствомъ уплаты чужаго долга (l. 1 § 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 въ связи съ l. 23 D. de sol. 46 3), посредствомъ непрерыванія теченія давности (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1), посредствомъ неправительнаго веденія процесса (l. 5 § 7 eod); срав. также Шиллингъ § 349 № 3. Противъ этого взгляда высказались Пухта Instit. II §. 205 р., Бёкингъ датир. соч. прим. 12, Унгеръ стр. 195—197, Вангеровъ I § 121 прим. № III. Я не придаю рѣшительнаго значенія цитированному мѣсту l. 19 § 2 D. h. t., которое конечно относится къ самому обыкновенному случаю даренія, посредствомъ передачи права собственности, тоже должно сказать и о l. 44 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, гдѣ слова

ва <sup>5а</sup> дареніемъ представляется лишь такое отчужденіе имущества, которое при указанныхъ выше условіяхъ производитъ одновременно соотвѣтствующее уменьшеніе имущества лица производящаго отчужденіе <sup>6</sup>.

Отчужденіе, черезъ которое производится дареніе, можетъ быть совершено весьма различными способами; въ отдѣльности посредствомъ: предоставленія права собственности <sup>7</sup>; предоставленія права на чужую вещь <sup>8</sup>; предоставленія владѣнія <sup>9</sup>; предоставле-

(«et hoc et mulier poterit») указываютъ на передачу права собственности, (по I § 172 прим. 22). («intergrumfactur possessio» въ противоположность къ I. 5 § 6 eod., гдѣ продолжается теченіе давности Савиньи стр. 576); рѣшительное значеніе имѣетъ I 18 пр. D. de R. C., объясненіе котораго у Савиньи (стр. 157 w. Ein zweiter Irrthum) по моему мнѣнію очевидно недостаточно. Въ противоположность съ этими мѣстами въ I. 5 §. 6. 7 I. 7 § 7 I. 50 пр. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, положительно указывается на необходимость принятія дара со стороны одаряемаго.

<sup>5а</sup> Юридическій интересъ понятія даренія въ тѣсномъ смыслѣ слова заключается въ томъ, что только къ нему относятся ограниченія даренія, установленныя положительнымъ правомъ.

<sup>6</sup> Полукающій становится «locupletior», а передающій—«pauperior». L. 25 D. de don. i. v. e. u. 24. 1:—«nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit». L. 5 §. 8 16 D. eod. Поэтому воспрепятствованіе приобрѣтенія для того, чтобы предметъ этого приобрѣтенія передать другому, не составляетъ даренія въ тѣсномъ смыслѣ слова: I. 5 § 13. 14 I. 31 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. Срав. I. 1 §. 6. D. si quis in fraud. patr. 38. 5, I. 6 пр.—§. 5 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Но въ томъ случаѣ, когда кто-либо въ пользу другаго отказывается отъ пользованія чужимъ имуществомъ—заключается ли уменьшеніе имущества? Отношенія здѣсь иные: имущество существуетъ для того, чтобы доставлять прибыль и оно представляетъ извѣстную гарантію въ томъ, что и будущая прибыль есть уже составная часть имущества. Поэтому отказъ отъ пользованія имуществомъ составляетъ дареніе въ тѣсномъ смыслѣ слова. I. 9 §. 1 (также и пр.) D. h. t., I. 20 C. de S. D. 5. 12, I. 8 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, I. 49 D. eod. 24. 1, I. 21 § 1 I. 54 D. eod.; относительно роста иначе говорить I. 23 пр. D. h. t. (срав. впрочемъ также Унгеръ § 95 прим. 17), I. 31 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Другой вопросъ составляетъ, можетъ ли быть разсматриваема какъ дареніе и та прибыль, которую получалъ одаренный отъ пользованія подареннымъ ему; это другой вопросъ, потому что на эту прибыль не распространяется намѣреніе дарителя, по крайней мѣрѣ непосредственно. Вопросъ этотъ разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ I. 9 §. 1 I. 11 D. h. t., I. 7 § 3 i f. I. 15 §. 1 I. 16 I. 17 пр. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, I. 9 § 1 eod. I. 62 D. sol. matr. 24. 3; только для fructus industriales, вопросъ этотъ разрѣшается отрицательно въ I. 45 D. de usur. 22. 1, а для приобрѣтеннаго чрезъ раба утвердительно въ I. 17 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, (I. un. C. si dos 5. 19 вовсе не говорить объ этомъ случаѣ, а о дареніи пользованія какъ такового). Срав. Савиньи стр. 35 слѣд. (Гёппертъ organische Erzeugnisse стр. 270 слѣд.).

<sup>7</sup> Это самый частый и самый важный случай даренія, вслѣдствіе чего Институціи и смотрять на дареніе, какъ на способъ приобрѣтенія права собственности. (О приобрѣтеніи права собственности посредствомъ спецификаціи: I. 31 пр. D. de don. i. v. e. u. 24. 1).

<sup>8</sup> L. 17 D. comm. praed. 8. 4, I. 1, §. 7. D. de superf. 43. 18, § 3 I. de Loc. 3. 24.

<sup>9</sup> Что и въ предоставленіи одного владѣнія заключается дареніе, высказано въ I.

нія обязательственнаго права<sup>10</sup>; освобожденія отъ ограниченія права собственности<sup>11</sup>; освобожденія отъ долга<sup>12</sup>. Дареніе можетъ быть совершено и тѣмъ, что производится увеличеніе цѣнности чужаго имущества если оно охраняется отъ уменьшенія цѣнности<sup>13</sup>; далѣе тѣмъ, что лицо освобождается отъ необходимости понести издержки<sup>14</sup>. При этомъ безразлично, происходитъ ли увеличеніе имущества непосредственно, или посредствомъ дѣятельности факторовъ, дѣятельность которыхъ возбуждается дарителемъ<sup>15</sup>;

46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. «Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est», т. е. супругъ, подарившій другому супругу чужую вещь, можетъ требовать восстановленія владѣнія его (condicere l. 6 eod., срав. l. 1 § 4 D. de A. v. A. P. 41. 2). И въ другомъ отношеніи владѣніе рассматривается какъ увеличеніе имущества и потому оно можетъ быть истребовано обратно, см. § 173 прим. 7 срав. Бринцъ стр. 654, Панда der Besitz nach österr. Recht. § 3 прим. 26. Съ цитир. l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 не согласны l. 25 eod. и l. 3 D. pro donato 41. 6 въ томъ отношеніи, что въ этихъ мѣстахъ дареніе чужой вещи указывается, какъ возможное основаніе приобрѣтенія по давности, ибо такое дареніе не дѣлаетъ дарителя бѣднѣе, а одаряемаго — богаче и потому возможно и между супругами. См. объ этомъ l. § 178 прим. 7.

<sup>10</sup> Противъ дарителя, или противъ третьяго лица. Относительно втораго случая см. l. 2 пр. § 1. 2 l. 21 § 1 l. 33 § 3 D. h. t., l. 11 c. eod. l. 25 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; l. 34 пр. D. h. t., l. 11 D. de dote prael. 33. 4; l. 35 § 2 D. h. t. (срав. 165 прим. 3. 6), l. 33 i. f. D. de J. D. 23. 3, l. un. §. 13. C. de rei ux act. 5. 13; l. 2. 3. 33 C. h. t.

<sup>11</sup> L. 17 D. comm. praed. 8. 4.

<sup>12</sup> L. 17 D. h. t., l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign. 20. 6; l. 7 §. 7 l. 50 пр. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 21 пр. D. h. t., l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 31 §. 1. 4 D. de m. c. don. 39. 6.

<sup>13</sup> L. 14 D. h. t., l. 2 i. f. C. de R. V. 3. 32. l. 31 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (первый случай; въ немъ заключается дареніе, но не дареніе воспрещенное между супругами. l. 28 § 2 eod.), l. 31 §. 10 eod. (прим. 14).

<sup>14</sup> L. 9 пр. D. h. t. «In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur. Id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit». Вообще строгій взглядъ приводится по отношенію къ запрещенію даренія между супругами; l. 5 § 8. D. de don. i. v. e. u. 24. 1: «nec movit quemquam, quod emeret, nisi a marito accepisset; nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit», срав. также l. 5 § 17 eod. Вслѣдствіе той опредѣлительности, съ которою выражается l. 5 § 8 cit., изъ l. 50 § 1 eod. vv. quod aliter emturus non fuit, не можетъ быть выведенъ argumentum a contrario. Съ этимъ въ противорѣчіи не стоитъ и l. 31 § 10 D. eod., которымъ признается воспрещеннымъ дареніемъ то, когда жена изъ своего имущества продовольствуетъ рабовъ мужа. Здѣсь обогащеніе мужа состоитъ не въ избавленіи его отъ издержки, но въ томъ, что онъ огражденъ отъ потери раба. Савиньи (§ 151 g.) только въ томъ случаѣ признаетъ дареніемъ избавленіе отъ издержки, когда она представляется необходимою. Онъ ссылается на l. 47 § D. de sol. 46. 3, гдѣ однако о необходимыхъ издержкахъ говорится лишь въ томъ смыслѣ, что когда онѣ предполагаются, представляется совершенно вѣрнымъ, что безъ вѣдѣнія третьяго лица, онѣ должны быть сдѣланы изъ собственнаго имущества (Зейфф. Arch. XXIII. 130)

<sup>15</sup> Примѣры посредственнаго увеличенія имущества: предоставленіе права воспользоваться плодами вещи или ростомъ съ капитала (l. 9 § 1 l. 6 D. h. t., l. 9 пр.

въ послѣднему случаю относится тотъ, когда даритель доставляетъ одаряемому то, что онъ хочетъ ему подарить, посредствомъ дѣятельности другаго лица<sup>16</sup>. Точно также безразлично, произведено ли увеличеніе имущества непосредственно въ лицѣ одаряемаго, или относительно третьяго лица<sup>17</sup>.

Объ основаніяхъ, которыми оправдывается мѣсто даваемое нами учению о дареніи въ системѣ права, см. примѣч.<sup>18</sup>.

eod); намѣренное веденіе процесса такъ, что рѣшеніе должно послѣдовать не въ пользу вѣдущаго его (l. 5. § 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 7 D. si quid in fraud. patr. 38 5); непрерываніе теченія давностнаго срока (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, срав. l. 3 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8; l. 44 D. de don. i. v. e. u. см. выше прим. 5 и Савиньи Zeitschr. f. gesch. R. W. I. 10 и System. IV стр. 570 слѣд., Бахеръ Arch. f. civ. Pr. XLVI стр. 184 слѣд.; срав. впрочемъ и вообще Савиньи System. IV Beil. IX).

<sup>16</sup> L. 34 §. 7. D. de sol. 46. 3, l. 19 §. 3. D. h. t., l. 21 §. 1 D. eod., l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 eod. Срав. § 164 прим. 9.

<sup>17</sup> L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 §. 2. D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. l. 2 §. 2 l. 33 §. 3. D. h. t. Срав. § 164 прим. 9.

<sup>18</sup> Какъ было замѣчено (прим. 7) Институты относятъ дареніе къ способамъ пріобрѣтенія правъ собственности. Это очевидно невѣрно уже потому, что такъ какъ дареніе, совершаясь не исключительно посредствомъ передачи права собственности, не можетъ быть и признаваемо только способомъ пріобрѣтенія права собственности. По господствующему теперь мнѣнію, дареніе должно быть отнесено въ общую часть гражданскаго права, въ ученіе о сдѣлкахъ. Это мнѣніе впервые высказалъ Пухта (System des gemeinen Civilrechts (1832) § 35); Савиньи цитир. соч. стр. 2 слѣд. распространилъ его. Послѣдователями ихъ являются Ситтенсъ l. стр. 199 прим. 1, Вангеровъ I §. 121 прим. въ концѣ, Арндтъ § 80 прим. 5, Келлеръ стр. 123, Брицъ § 102, Унгеръ стр. 200; мнѣніе это признаетъ правильнымъ и Шллангъ стр. 782 прим. Не смотря на эти авторитеты, я не могу согласиться съ ними. Оно основано на томъ, что дареніе не есть «отдѣльная юридическая сдѣлка», но имѣетъ общій характеръ, который могутъ принять на себя самыя разнообразныя сдѣлки (Савиньи стр. 3). Я бы желалъ знать, можно ли было бы ученіе о приданомъ, если бы оно не имѣло совершенно опредѣленнаго мѣста въ семейственномъ правѣ, тоже помѣстить въ общую часть? А между тѣмъ выдача приданаго весьма близка о подходитъ къ даренію; она точно также можетъ быть выполнена посредствомъ всевозможныхъ дѣйствій. Обратимся къ договору продажи: развѣ нельзя продавать какъ вещь—личныя услуги, обязательственное право? Нельзя сказать, чтобы договоръ продажи заключался въ общаніи произвести отчужденіе имущества, а не въ самомъ отчужденіи. Договоръ продажи самъ по себѣ есть одно, но не другое. Продажа есть заявленіе, что въ замѣнъ эквивалента, выраженнаго въ деньгахъ, производится отчужденіе имущества и передача его во власть покупателя. Если такое заявленіе достаточно для того, чтобы произвести желаемое перемѣщеніе имущества, то продажа является дѣйствительнымъ отчужденіемъ имущества; если же заявленія этого не достаточно, то оно производитъ обязательство не отступать отъ сдѣланнаго заявленія и совершить все то, что необходимо для выполненія предположеннаго перемѣщенія имущества (напр. при продажѣ движимой вещи, произвести традицію). Тоже должно сказать и о дареніи. Оно точно также заключается въ себѣ заявленіе о перемѣщеніи имущества, но безъ соотвѣтствующаго эквивалента, дареніе есть такое же выполненіе отчужденія имущества и съ тѣми же предположеніями, какъ и продажа. Дареніе имѣетъ столь же «общій характеръ», какъ и продажа;

## 2. Обязательство.

§ 118. Дареніе не всегда порождаетъ обязательство. Обязательство основывается: 1) въ томъ случаѣ, если намѣреніе дарителя направлено именно къ тому чтобы основать обязательство, если даритель хочетъ произвести дареніе тѣмъ, что становится должникомъ; 2) Всякое другое дареніе производитъ обязательство въ томъ случаѣ, когда заключающееся въ немъ отчужденіе имущества не производится непосредственно дареніемъ; здѣсь возникаетъ обязательство совершить то, что необходимо, чтобы заключить отчужденіе имущества: напр. при дареніи движимой вещи, обязательство передачи ея<sup>1</sup>.

Обязательство, прористекающее изъ даренія, имѣетъ слѣдующія особенности.

т. е. оно, точно также, какъ и продажа, есть конкретная, «особенная» юридическая сдѣлка. Говоря, что дареніе имѣетъ общій характеръ, который могутъ принимать на себя всевозможныя сдѣлки, какъ кажется, извращаютъ вопросъ. Эти «всевозможныя сдѣлки» не представляются реально существующими. Никогда не производится отчужденіе имущества, установленіе обязательства только для того, чтобы произвести его; въ дѣйствительности имущество отчуждается, обязательство устанавливается вслѣдствіе того или другаго побужденія, при существованіи того или другаго «характера». Этого «характера» переносятъ сдѣлку изъ абстракціи къ реальному существованію и дареніе представляется однимъ изъ такихъ побужденій (ср. къ этому ф. Сальниусъ *Novation und Delegation* стр. 215 слѣд.). На этихъ основаніяхъ я пришелъ къ тому, что дареніе должно быть помѣщено въ томъ мѣстѣ общей системы права, на которомъ оно находилось обыкновенно до Пухты и Саиньи и смотрю на него, какъ на юридическую сдѣлку, производящую обязательство. При этомъ не нужно забывать, что дареніе производитъ обязательство не только въ томъ случаѣ, когда оно по внѣшности представляется общаніемъ. Каждое дареніе можетъ произвести обязательство, — именно въ томъ случаѣ, когда непосредственное дѣйствіе даренія не соотвѣтствуетъ общанію. Возможно, что когда оно соотвѣтствуетъ ему, не устанавливается обязательство; но возможно, что въ этомъ случаѣ и продажа не устанавливаетъ обязательства. Правда, что то, что должно быть сказано о дареніи, какъ о моментѣ устанавлиющемъ обязательство, по значенію своему и объему превосходить то, что должно быть изложено объ обязательствахъ даренія; но это не измѣняетъ дѣла. Если бы относительно договора займа, кромѣ *S. C. Macedonianum* существовало еще три или четыре ограниченія, то неужели же это могло бы послужить основаніемъ къ исключенію ученія о займѣ изъ ученія объ обязательствахъ? Совершенно правильно было бы помѣстить ученіе о дареніи въ томъ мѣстѣ системы, въ которой излагается о конкретныхъ фактахъ, на которыхъ основывается перемѣщеніе имущества, независимо отъ того, производить ли они обязательство или нѣтъ. Вести такой отдѣлъ системы предлагаетъ Мейерфельдъ стр. 89—92. Предложеніе это я не считаю целесообразнымъ потому что въ такомъ отдѣлѣ все же пришлось бы все же всего говорить объ обязательствахъ. (Нейперъ *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse* стр. 103 слѣд. Фиттингъ *Arch. f. civ. Pr.* LII стр. 393 слѣд.). Ср. также § 165 прим. 13.

§ 118. <sup>1</sup> Ср. § 117 прим. 8. Этотъ именно случай имѣлъ въ виду Юстиніанъ, постановляя въ l. 35 § 5 C. h. t., что форма имѣетъ силу и безъ стипуляціи. См. также § 2. I. h. t., Nov. 162 c. 1.



1. Даритель отвѣтствуетъ только за злой умыселъ и за равносильную съ нимъ неосторожность <sup>2</sup>.

2. Онъ не обязанъ выдать и доходъ, полученный отъ вещи <sup>3</sup>; за доходъ, который одаряемый могъ бы получить, даритель не отвѣчаетъ даже въ случаѣ просрочки <sup>4</sup>.

3. Онъ пользуется извѣстными облегченіями въ случаѣ своей бѣдности, при чемъ даже принимаются въ расчетъ другіе долги <sup>5</sup>.

4 <sup>6</sup>. Онъ не отвѣчаетъ, если подаренная вещь окажется непринадлежающею ему, и даже въ случаѣ отобранія ея отъ него по суду (эвикціи) <sup>7</sup>. При этомъ однако предполагается: а) что вещь подарена не какъ чужая и б) что она не была опредѣлена родовымъ понятіемъ. Въ обоихъ случаяхъ въ дареніи заключается обязательство доставить право собственности на подаренную вещь <sup>8</sup>.

5. Даритель не отвѣтствуетъ за недостатки подаренной вещи <sup>9</sup>.

<sup>2</sup> См. § 17, прим. 12.

<sup>3</sup> См. § 79, прим. 6.

<sup>4</sup> L. 22 D. h. t. (ср. § 32 прим. 9). Зейфф. Arch. I. 55, V. 19. 284.

<sup>5</sup> См. § 19, прим. 10, § 20 прим. 2.

<sup>6</sup> Сравни къ слѣдующему, въ которомъ мнѣнія сильно расходятся, Тибо civil Abhandl. n. 4, Глюк XX, стр. 237 слѣд., Вангеровъ III, § 610 прим. 2, Беккеръ Jahrb. d. gem. R. VI. стр. 245 слѣд.

<sup>7</sup> Даритель даритъ подаренное въ томъ видѣ, въ какомъ онъ его имѣетъ. L. 18. § 3. D. h. t., l. 2 C. de evict. 8. 45 (ср. Paul. S. R. V. II § 5), см. также l. 48 D. de R. V. 6. 1, l. 131 § 1. D. de V. O. 45. 1. Если онъ завѣдомо даритъ чужую вещь какъ собственную, то онъ отвѣтствуетъ за вредъ, который происходитъ изъ его злаго умысла L. 18. § 3. cit.

<sup>8</sup> Въ обоихъ случаяхъ даритель обязанъ: а) сдѣлать одаряемаго собственникомъ. Нѣтъ основанія перенести на дарителя ограниченную обязанность продавца, отвѣтствующаго лишь за evictio (§ 41 прим. 3. 5). Но онъ обязанъ сдѣлать одаряемаго не просто собственникомъ вообще, а долженъ также, въ силу правила, доставить ему неограниченную и беспорную собственность, такую, которая даетъ ему habere licere. Ср. § 94 прим. 4—6. Господствующее теперь мнѣніе допускаетъ отвѣтственность за evictio при donatio generis, а не при donatio speciei. Беккеръ въ приведенномъ мнѣніи напротивъ вернулся къ мнѣнію Гюссы, которая дѣлаетъ различіе между дареніемъ посредствомъ дачи (traditio) и обѣщаніемъ дара, и допускаетъ отвѣтственность за evictio въ послѣднемъ случаѣ, а не въ первомъ. Впрочемъ, Беккеръ допускаетъ, что и обѣщаніе дара можетъ быть направлено на тотъ объемъ права на даримую вещь, который принадлежитъ самому дарителю, и даже, что противное должно быть специально доказано въ каждомъ данномъ случаѣ; что же касается даренія чрезъ врученія, то въ немъ, какъ и во всякомъ дареніи, выражается принятіе на себя обязательства (§ 117 прим. 18), такъ что и при дареніи чрезъ traditio все сводится исключительно къ намѣренію дарителя. Но при donatio generis возникаетъ даѣе вопросъ, на что простирается отвѣтственность дарителя въ случаѣ эвикціи, на дачу ли другой вещи или на вознагражденіе интереса, который одаряемый имѣетъ въ сохраненіи подаренной вещи? Въ пользу перваго Глюкъ и Вангеровъ въ приведенномъ мѣстѣ; въ пользу послѣдняго Беккеръ. Въ силу того, что сказано въ § 94, даритель отвѣчаетъ по выбору одаряемаго тѣмъ или другимъ.

<sup>9</sup> L. 62. D. de aed. ed. 21. 1. Это относится и къ случаю даренія чужой вещи, какъ таковой; даритель обѣщала ея такой, какой она есть (ср. l. 45 § 2 D. de leg. 1<sup>o</sup>—30).

Впрочемъ при дареніи вещи, опредѣленной родовыми признаками предполагается, что не дарится наиболѣе худшая вещь изъ всего рода<sup>10</sup>.

### 3. Особенности постановленія о дареніи.

§ 119. Для даренія въ тѣсномъ смыслѣ существуетъ цѣлый рядъ особенныхъ предписаній.

1. Дареніе между супругами недѣйствительно.

2<sup>1</sup>. Дареніе цѣнности свыше 500 золотыхъ<sup>2</sup> для дѣйствительности своей требуетъ утвержденія судебной власти<sup>3</sup>. При опредѣленіи цѣнности даримаго предмета не причисляются доходы его<sup>4</sup>. Точно также не слагаются нѣсколько дареній, произведенныхъ въ разное время<sup>5</sup>. Если дареніе заключается въ общаніи производить срочные платежи, то судебное утвержденіе необходимо въ томъ случаѣ, когда платежъ переходитъ къ наследникамъ обѣихъ сторонъ, но судебное утвержденіе не нужно, если дареніе ограничено

<sup>10</sup> L. 35 пр. § 1. 2. С. h. t. Ср. l. 110. l. 37 пр. D. de leg. 1 30 и Шлиманъ *Naftu. g des Codekten* стр. 37 слѣд.

119. Марецоль *Zeitschr. f. Civ. u Pr. I. 1* (1828); Савиньи стр. 209 слѣд., Шиллингъ стр. 908 слѣд.

<sup>2</sup> Римское постановленіе говоритъ о 500 solidi. (О цѣнности его см. Фридландеръ и Тиноеръ *Zeitschr. f. gesch. R. W. XII* стр. 9). За мѣна дукатами основывается на практикѣ. При этомъ подъ дукатами слѣдуетъ разумѣть имперскіе дукаты (67<sup>67</sup>/<sub>71</sub> на чистую марку золота), цѣнность которыхъ опредѣлена практикой и имперскими законами въ 4 фл. по вѣсу 18 гульденовъ (а не 20, какъ принимаетъ Савиньи стр. 210, а за нимъ рѣшеніе роштокскаго суда, приведенное у Бухки и Будде *Entscheidungen IV* стр. 74 и ольденбургскаго въ Зейфф. *Arch. XVIII* 39). Согласно съ этимъ 500 solidi = 1,555<sup>5</sup>/<sub>7</sub> тал. по вѣсу 14 талеровъ или 2,722<sup>2</sup>/<sub>3</sub> гульденовъ, считая по вѣсу 24<sup>1</sup>/<sub>2</sub> гульденовъ. Франке *Arch. f. civ. Pr. XLVII* 18.

<sup>3</sup> Объявленіе можетъ быть сдѣлано предъ всякимъ судьей, l. 30 С. h. t., Nev. 127 с. 2 (сдѣланное здѣсь я въ l. 32 С. h. t. исключеніе для столицы, въ силу котораго компетентнымъ судьей считается лишь *magister consus*, естественно непримѣнимо въ настоящее время) Марецоль стр. 9, Савиньи стр. 217, Ср. объ этомъ, и о судебномъ заявленіи вообще, основательное изслѣдованіе у Бухки и Будде въ приведенномъ мѣстѣ (прим. 2), стр. 74—86. Условіе судебного заявленія требовалось первоначально (со времени Константина Хлора, l. 1. С. Th. de spons. 3, 5) для всякаго рода даренія; впоследствии оно было ограничено (l. 8. С. Th. tit. cit. i. 34 пр § 1, С. h. t.), и притомъ Юстиніаномъ дареніями свыше 500 solidi (l. 36 § 3 С. h. t., § 2. I. h. t.). Содержащаяся въ пандектахъ мѣста, которыя говорятъ о размырѣ дареній, относилась по первоначальному своему смыслу къ *lex Cincia*, вышедшей впоследствии изъ употребленія. Ср. объ этомъ законъ и о правѣ переходнаго времени (*Zwischenzeit*) Савиньи стр. 194 слѣд. и писателей, цитированныхъ у него и Вангерова § 122 прим. 1. См. также прим. 7.

<sup>4</sup> L. 9. § 1. l. 11 D. h. t. Ср. § 117 прим. 6.

<sup>5</sup> L. 34. § 3 С. h. t. Равнымъ образомъ не принимаются въ расчетъ многіе дары, сдѣланные разнымъ лицамъ, хотя одновременно. Зейфф. *Arch. I*, 342, VIII, 131, 133.

жизнью хотя одной изъ сторонъ<sup>6</sup>; если подобное дареніе установлено на опредѣленный срокъ, то отдѣльные платежи слагаются<sup>6а</sup>. Несоблюденіе правила о судебномъ утвержденіи дѣлаетъ дареніе на сумму, превышающую установленную норму, недѣйствительнымъ и даже ничтожнымъ<sup>7</sup>; но возможно, что произведенное дареніемъ отчужденіе имущества состоится, и въ этомъ случаѣ одаренный обязанъ возратить то, чѣмъ онъ обогатился посред-

<sup>6</sup> L. 34. § 4 C. h. t. Что касается словъ «vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel ejus qui donatio nem asserit», то ни одна попытка для придачи имъ сноснаго смысла не можетъ рассчитывать на всеобщее признаніе. Самымъ подходящимъ мнѣ все еще кажется объясненіе, защищаемое изъ новѣйшихъ писателей Шиллингомъ (§ 360 прим. p), по которому послѣ первое «vel» пропущено «non». Смыслъ этихъ словъ заключается, согласно оному, въ томъ, что судебное заявленіе необходимо не только тогда, когда дареніе положительно, но и тогда, когда оно распространяется на наслѣдниковъ, по отсутствію ограниченія жизнью сторонъ. Болѣе значительное исправленіе дѣлаетъ Савиньи (стр. 24), который вставляетъ послѣ «vitae» слово «heredum», но оно не находитъ себѣ достаточнаго оправданія, не смотря на ссылку его на рукопись. Смыслъ указанной фразы, по Савиньи, состоитъ въ слѣдующемъ: судебное заявленіе необходимо не только тогда, когда дареніе распространяется на наслѣдниковъ просто, но и тогда, когда оно распространяется на первыхъ наслѣдниковъ сторонъ. Синтенисъ (1. § 23 § 48) не столько вставляетъ слово «heredum» за «vitae», сколько дополняетъ изъ предыдущаго, но это крайняя натяжка. Бриглобъ (Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 6) понимаетъ слово «vitae» въ дательномъ падежѣ, и придаетъ вслѣдствіе этого указанному выраженію тотъ смыслъ, что судебное заявленіе необходимо и тогда, когда даръ простирается съ одной стороны на наслѣдниковъ, а съ другой — лишь на время жизни сторонъ. Съ этимъ объясненіемъ согласны: Арндтъ § 82 прим. 4 и, въ сущности, Вангеровъ, 1. § 122 прим. 2. Мнѣ кажется невыносимымъ результатъ, будто Юстиніанъ предписалъ судебное заявленіе для случая, въ которомъ дареніе можетъ прекратиться двумя исполненіями, даже однимъ (если исполненіе не послѣдовало при самомъ совершеніи даренія); можно ли въ этомъ случаѣ сказать, что дареніе есть «quassi regretta», и что эта «continuatō» превращаетъ его въ большое дареніе. Есть еще одно мнѣніе, по которому разсматриваемыя слова относятся къ тому случаю, когда даръ сдѣланъ на опредѣленное время и по которому сложеніе отдѣльных исполненій постановлено на этотъ именно случай. Но мнѣніе это не можетъ быть принято во вниманіе, такъ какъ оно находится въ рѣзкомъ противорѣчій съ словами указаннаго мѣста. Зейфф. Arch. XI. 241 (стр. 372), XVIII, 40. Примѣнимо ли постановленіе 1. 34. § 4 cit. къ праву наслѣдственнаго пользованія процентами? Вопросъ этотъ разрѣшенъ отрицательно у Зейфф. Arch. VIII, 265 (капитализируется ежегодное исполненіе); утвердительно тамъ же XI. 241.

<sup>6а</sup> Объ этомъ случаѣ, ясномъ самъ по себѣ, не упоминается въ 1. 34 § 4 cit. См. впрочемъ, предыдущее примѣчаніе въ концѣ.

<sup>7</sup> L. 34 пр. C. h. t. Поэтому, если подарена вещь цѣнностью болѣе 500 дукатовъ, то даритель и одаряемый дѣлаются общими собственниками. Болѣе подробныя правила объ этомъ случаѣ въ 1. 34. § 2 C. h. t. Хотя lex Cincia признавала даренія свыше извѣстной суммы незаконными, но не недѣйствительными (Ульп. § 1). Отсюда юриспруденція развила теорію, что для даренія дѣйствительно наступаетъ то юридическое дѣйствіе, котораго желалъ даритель, но одаряемый не можетъ осуществить таковое ни посредствомъ actio, ни посредствомъ exsertio (противъ actio давалась дарителю, въ случаѣ надобности, exsertio, а противъ exsertio — replicatio legis Cinciae). Но послѣднее есть лишь предположеніе. На счетъ дѣйствительнаго содержанія lex Cincia мнѣнія различны (литературу см. примѣчаніе 3 въ концѣ).

ствомъ даренія <sup>8</sup>. Если подаренное имущество уже не состоитъ во владѣнн одареннаго, то онъ не обязанъ къ возмѣщенію его, но долженъ возратить лишь то, чѣмъ онъ косвенно обогатился посредствомъ дара <sup>9</sup>. Въ видѣ исключенія не требуется судебного утвержденія <sup>10</sup> для даренія въ пользу монарха и для дареній, дѣлаемыхъ послѣднимъ <sup>11</sup>, для даренія на выстройку разрушеннаго зданія <sup>12</sup>, на выкупъ плѣннаго <sup>13</sup> и наконецъ для даренія въ видѣ установленія приданаго <sup>14</sup>.

3. Дареніе можетъ быть уничтожено вѣдѣствіе неблагодарности одареннаго <sup>15</sup>; подѣ неблагодарностью въ этомъ смыслѣ пони-

<sup>8</sup> Это бывасть въ слѣдующихъ случаяхъ: а) если фактъ, вызвавшій обогащеніе, не есть изъявленіе воли дарителя, а напримѣръ истеченіе давностнаго срока, судебное рѣшеніе (arg. l. 5 § 6, 7 D. de don, i. v. e. u. 24, 1. Савиньи IV стр. 564, 584, 586), б) если изъявленіе воли сдѣлано не дарителемъ непосредственно, а напримѣръ при посредствѣ его должника, имъ указанного, или не въ пользу одаряемаго, а напримѣръ въ пользу его кредитора, на котораго онъ указалъ желающему сдѣлать даръ. Впрочемъ, въ первомъ случаѣ даритель можетъ требовать уничтоженія дара судомъ; во второмъ случаѣ (когда изъявленіе воли послѣдовало не въ пользу одаряемаго), даритель можетъ и относительно третьяго лица сослаться на отсутствіе судебного заявленія, причѣмъ третье лицо не имѣетъ требованія къ одаряемому, хотя бы онъ и желалъ ему дарить или считалъ его по ошибкѣ своимъ кредиторомъ. Выведенныя здѣсь (подѣ б) положенія вытекаютъ изъ l. 21. § 1 D. h. t. и l. 5, § 5 D. de doli exc. 44, 4 въ связи съ l. 7 pr. § 1 cod., l. 2 § 3, 4 D. h. t. (§ 107 прим. 9). Другаго мнѣнія Савиньи (IV стр. 599, 600), оспаривающій примѣнимость поименованныхъ мѣстъ, какъ трактовавшихъ первоначально лишь о *lex incincia* и объ *exsertio* и принятыхъ вполнѣдствіи по недосмотру. Савиньи примѣняетъ къ этому предмету противоположное право даренія между супругами (l. 3, § 12, 13. l. 4, l. 5, § 3, 4 D. de den. i. v. e. u. 24, 1). Мнѣ кажется это слишкомъ рискованнымъ. Противъ Савиньи высказался и Шиллингъ § 360 прим. gg. (Зейфф. Arch. XXI. 235).

<sup>9</sup> Безъ сомнѣнія онъ не отвѣчаетъ за вознагражденіе тогда, когда убытокъ причиненъ безъ его вины. Но онъ не отвѣчаетъ и въ томъ случаѣ, когда убытокъ причиненъ имъ завѣдомо и добровольно, ибо онъ дѣйствовалъ согласно волѣ дарителя. Arg. l. 5 § 18 l. 6 l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24, 1, l. 18 pr. D. de R. C. 12, 1. Савиньи стр. 72, 219—227.

<sup>10</sup> Ср. Марецолль стр. 23 слѣд., Шиллингъ § 360 прим. q—aa. Одно лишь историческое значеніе имѣетъ исключеніе l. 36 § 1 C. h. t.: дареніе движимыхъ вещей со стороны *magister militum* заслуженнымъ солдатамъ. Противъ мнимаго исключенія даренія *ad pias causas* см. въ особенности ф. Бухгольцъ *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* XI. 4. (*Negotium mixtum donatione?* Будде и Шмидтъ *Entscheid. des O. A. G. zu Rostock VI* стр. 154 слѣд.).

<sup>11</sup> L. 34 pr. C. h. t., Nov. 52 c. 2 и къ ней *Auth. item a privatis*.

<sup>12</sup> L. 36. § 2 C. h. t.

<sup>13</sup> L. 36. pr. C. h. t.

<sup>14</sup> L. 31 pr. C. de I. D. 5. 12. Тоже постановляютъ источники для *donatio propter nuptias*. Nov. 119 c. 1, Nov. 127 c. 2. Марецолль стр. 27.

<sup>15</sup> L. 10 C. de revoc. don. 8. 56. О прежнемъ правѣ см. l. 1 C. cod. въ связи съ *Vat. fr.* § 272,—l. 31 § 1 D. h. t. 39, 5, l. 7, b. 9. C. de revoc. don. Савиньи стр. 228—230, Шиллингъ стр. 957—959.

мается лишь то обращение, которое предусмотрено законом<sup>16</sup>. Это прекращение не дѣлает даренія ничтожнымъ, но устанавливаетъ лишь для одареннаго обязательство возвратить подаренное<sup>17</sup>; если онъ уже не имѣетъ подареннаго, то отвѣтствуетъ только тѣмъ, на сколько онъ обогатился<sup>18</sup>. Это право возвращенія не переходитъ къ наслѣдникамъ дарителя; точно также и на наслѣдниковъ одареннаго не переходитъ его обязательство въ этомъ отношеніи<sup>19</sup>. Этимъ правомъ не пользуется мать, одарившая дѣтей своихъ, если она ведетъ безнравственную жизнь<sup>20</sup>; при вступленіи матери во второй бракъ право это представляется ей лишь съ извѣстными ограниченіями<sup>21</sup>.

4. Дареніе можетъ быть оспорено вслѣдствіе уменьшенія черезъ то законной части наслѣдства. Право кредиторовъ заявлять споръ (§ 215) относится не исключительно къ одному даренію.

По весьма распространенному мнѣнію совершенный даръ можетъ быть потребованъ обратно, если у бездѣтнаго дарителя впоследствии родятся дѣти<sup>22</sup>.

16 а) Тяжкія (словесныя) обиды; б) оскорбленіе дѣйствіемъ; в) намѣренное причиненіе значительнаго имущественнаго вреда (ср. Зейфф. Arch. V. 166) или д) поврежденіе жизни опасности; е) неисполненіе обязанности, возложенной при дареніи L. 10. c. cit.

17 L. 7 C. de revoc. don. 8, 56. — «Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum».

18 Савиньи стр. 76, 237 и Шиллингъ стр. 691 принимаютъ, что одаряемый отвѣтствуетъ въ качествѣ недобросовѣстнаго владѣльца съ момента оказанія неблагодарности, даже съ момента принятія имъ рѣшенія оказать такую. Возможно, пожалуй, что источники смотрѣли на этотъ предметъ такимъ образомъ; но съ другой стороны возможно и возвращеніе, въ силу котораго одаряемый, не смотря на свою неблагодарность, не обязанъ полагать, что даритель воспользуется правомъ требовать возвращенія дара, что, слѣдовательно, дѣйствительное уничтоженіе дара дѣлаетъ его недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Въ виду l. 7 C. de revoc. don. мнѣ кажется безспорнымъ взглядъ источниковъ на этотъ предметъ. Здѣсь сказано, что revocatio не затрачиваетъ того, что было законно отчуждено «matre paeifica». На какомъ основаніи Савиньи переводитъ эти слова выраженіемъ «до неблагодарности», я не понимаю.

19 L. 10 D. de revoc. don. 8, 56, l. 1 l. 7 cod. Если же истребованіе дара наслѣдовало «inter primas personas» (l. 10 C. cit), то возникшее изъ сего право требованія переходитъ, конечно, къ наслѣдникамъ. Можно было бы сомнѣваться въ этомъ на основаніи l. 7 C. cit., но «неопредѣленные выраженія оной слѣдуетъ объяснить болѣе опредѣленными l. 10 cit. и (l. 1 cod.)», Савиньи § 169 с. См. также Виндшейд die Actio etc. стр. 29. Другаго мнѣнія Арндтъ § 404 прим. 1.

20 L. 7. C. tit. cit.

21 Nov. 22. c. 35 и засимъ Auth. Quod mater filio къ l. 7 C. tit. cit.

22 L. 8 C. de revoc. dan. 8 56 даетъ означенное право патрону, сдѣлавшему даръ своему вольноотпущенному. Прежде спорили о томъ, не по недосмотру ли говорить l. 8 cit. объ одномъ лишь патронѣ и не должно ли высказанное въ ней положеніе признавать имѣющимъ общій характеръ. Мюллеръ promtuarium iuris s. v. donationis revocatio n° 9, Пуффендорфъ Observ. III 147. Утвердительное мнѣніе Лаутербахъ (ad tit. Dig. de donat. n° 53) объявляетъ «verier et in praxi recepta». Первое теперь

## 4. ОСОВЫЕ ВИДЫ ДАРЕНИЯ.

§ 120. *Дареніе всего имущества* <sup>1</sup>. Посредствомъ подобнаго даренія не устанавливается общаго преемства правъ; законъ признаетъ предметомъ даренія не цѣлое имущество, какъ таковое, но лишь совокупность составныхъ частей цѣлаго имущества, опредѣленныхъ однимъ общимъ наименованіемъ. Поэтому относительно каждой составной части имущества должно быть произведено то, чѣмъ обусловленъ переходъ именно этой части. Такимъ образомъ, слѣдовательно, при дареніи предметовъ, подлежащихъ праву собственности, должна быть произведена традиція <sup>2</sup>; обязательственныя же права, согласно съ существующими для нихъ правилами переходятъ непосредственно, при чемъ на основаніи даренія можетъ быть сдѣлано заявленіе должнику, каковымъ заявленіемъ исключается право дарителя (§ 83) <sup>3</sup>. Что касается долговъ, то одаренный отвѣтствуетъ за нихъ только въ томъ случаѣ, если онъ положительно принялъ ихъ на себя, и при томъ такъ, что этимъ онъ сдѣлалъ себя обязаннымъ предъ кредиторами <sup>4</sup>. Если заявленіе его сдѣлано не въ этомъ смыслѣ, то онъ становится отвѣтственнымъ только передъ дарителемъ <sup>5</sup>. Впрочемъ, передъ

никто не станетъ утверждать (Vat. fr. § 272) и трудно указать на обычное право въ собственномъ смыслѣ. Впрочемъ, приверженцы отвергаемаго здѣсь мнѣнія допускаютъ не оспариваніе каждаго незначительнаго дара, а такого, относительно котораго невѣроятно, чтобъ даритель его сдѣлалъ, еслибъ онъ имѣлъ въ виду дѣтей; оценка этого обстоятельства принадлежатъ суду въ каждомъ данномъ случаѣ. Лаутербахъ I. с. n° 55, Стрикъ Usus mod. ad h. t. n° 17. Отвергаемаго здѣсь мнѣнія придерживаются: Пухта § 70 d. Арндтсъ § 82 прим. 3; противъ нихъ Савиньи стр. 228, Зейфертъ § 365 прим. 8, Синтенисъ § 23 прим. 56 (Ср. еще III, § 586 прим. 15).

120. <sup>1</sup> Мейерфельдъ II, § 21, Савиньи § 159, Шиллингъ § 362 прим. bb. слѣд. Дареніе можетъ обнимать собою все имущество дарителя или часть онаго (Cod. Hermog. VII, 1, l. 11 C. h. t.); оно можетъ также обнимать собою имущество, приобретенное отъ третьяго лица (l. 28 D. h. t.). Оно можетъ быть сдѣлано безусловно или съ удержаніемъ за собою извѣстныхъ имущественныхъ предметовъ (l. 37 § 3 D. de leg. III 32) или права пользованія (l. 42 пр. D. de m. e. don. 39, 6), или ежегодной выдачи. (Оцитированной l. 42 пр. D. de m. e. don. ср. Келлеръ Zeitsch. f. gesch. R. W. XII, 12, Вангеровъ II § 561 прим. Pr. 1, 3).

<sup>2</sup> L. 35, § 4, 5 C. h. t. (ср. Vat. fr. § 363, Cod. Hermog. VII, 1, 2).

<sup>3</sup> Actio utilis при передачѣ требованія по даренію допущена были лишь Юстиніаномъ, l. 33 C. h. t. На прежней точкѣ зрѣнія стоять еще l. II C. h. t., Vat. fr. § 263, также l. 3 пр. D. pro soc. 17, 2. На основаніи послѣдняго мѣста Шиллингъ § 362 прим. mm. (Гассе Arch. f. civ. Pr. V стр. 31) утверждаетъ, что каждое отдѣльное требованіе нуждается въ отдѣльной передачѣ. Такой же взглядъ встрѣчается и у Савиньи стр. 136.

<sup>4</sup> Переходъ долга дѣйствительно осуществляется присоединеніемъ (Beitritt) кредитора, которое явствуетъ изъ одного заявленія имъ требованія къ одаряемому. Такъ бываетъ по современному праву въ силу сказаннаго въ § 90. По римскому же праву одаряемый отвѣтствовалъ предъ кредиторами лишь вслѣдствіе обновленія съ ними обязательствъ дарителя. L. 28 D. h. t., l. 72 пр. D. de J. D. 23, 3.

<sup>5</sup> Даритель имѣетъ къ нему двоякое требованіе: а) о платежѣ долговъ (actio prae-

дарителемъ онъ отвѣтствуетъ и безъ положительнаго заявленія; въ принятіи дара цѣлаго имущества заключается молчаливое принятіе на себя обязанности уплачивать долги <sup>6</sup>. Если при дареніи положительно выражено, что долги не должны перейти на одаряемаго, то кредиторы могутъ оспаривать дареніе въ силу закона объ отчужденіи имущества во вредъ кредиторамъ (§ 915) <sup>7</sup>. Дареніе цѣлаго имущества не распространяется само по себѣ и на будущее имущество; возможность положительнаго распространенія даренія и на будущее имущество оспаривается какъ на основаніи современнаго права <sup>8</sup>, такъ и на основаніи римскаго права <sup>9</sup>.

*Дареніе въ видъ вознагражденія (donatio remuneratoria* <sup>10</sup>. Этотъ видъ даренія подлежитъ общимъ правиламъ, а слѣдовательно и правовымъ ограниченіямъ даренія; освобождено отъ нихъ лишь дареніе, совершаемое въ вознагражденіе за спасеніе жизни <sup>11</sup>.

scriptis verbis); b) о возвратѣ подареннаго вслѣдствіе неплатежа (condictio ob causam datorum). L. 28 D. l. 22 C. h. t., l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Даритель можетъ также обезпечить себя вычетомъ долговъ при передачѣ дара, l. 72 пр. D. de J. D. 23, 3. Требования дарителя могутъ осуществитъ и кредиторы его въ порядкѣ исполнительномъ или цессии правъ.

<sup>6</sup> Ибо «bena intelleguntur cinque, quae deducto aere alieno supersunt», l. 39 § 1 D. de V. S. 50, 16 (см. также l. 69 D. ad leg. Falc. 35, 2, l. II D. de J. F. 49, 14, l. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6, 61). Приведенное въ текстѣ положеніе доказывається прямо l. 28 D. h. t., въ которой нѣтъ рѣчи о положительномъ соглашеніи на счетъ принятія на себя долговъ. l. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8 не говоритъ о передачѣ имущества. Шиллингъ § 362 прим. ii и Унгеръ § 97 прим. 13 считаютъ опаснымъ принимать безмолвный договоръ и хотѣть помочь дарителю допущеніемъ condictio indebiti или sine causa. Condictio indebiti имѣетъ безъ сомнѣнія основаніе, если передача дарителемъ всего имущества послѣдовала при незнаніи имъ долговъ, такъ какъ онъ могъ бы вычесть таковыя (прим. 5). Но какъ поступать въ томъ случаѣ, когда онъ зналъ долги, но принималъ безмолвно, что одаряемый уплатитъ ихъ? См. также Мейерфельдъ II стр. 32. Другіе, наоборотъ, допускаютъ отвѣтственность одаряемаго и предъ кредиторами, основываясь при этомъ на общемъ нѣмецкомъ обычномъ правѣ. См. объ этомъ Дельбрюкъ Schuldübernahme стр. 82 слѣд., Гюргенсъ Jahrb. f. Dogm. VIII стр. 257.

<sup>7</sup> Ср. l. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8. Зейфф. Arch. XI, 106.

<sup>8</sup> По праву договора о наследствѣ.

<sup>9</sup> Старый спорный вопросъ, Мейерфельдъ II стр. 13 слѣд. Въ пользу допущенія: Мейерфельдъ въ приведенномъ мѣстѣ стр. 16, 17; Пухта Verles I, стр. 162, 163, Бекингъ въ приведенномъ мѣстѣ прим. 23, Гартманъ Erbverträge стр. 14 слѣд., Бехманъ Dotairrecht II, стр. 30 слѣд., Кеппенъ Erbrecht стр. 196; противъ допущенія: Савиньи стр. 142 слѣд., Шиллингъ § 354 прим. XX.

<sup>10</sup> Мейерфельдъ I, § 19, Савиньи § 153, Шиллингъ стр. 921—961, Марецолль Zeitschr. f. Civ. u Pr. I, стр. 30—40, Вангеровъ § 125 прим.

<sup>11</sup> l. 34, § 1 D. h. t. О дареніи въ вознагражденіе за спасеніе жизни говорится здѣсь: «haec donatio irrevocabilis est», оно слѣдовательно неотлѣнно по какому бы то ни было основанію. Марецолль и Вангеровъ въ приведенномъ мѣстѣ ограничиваютъ неотлѣнность дара случаемъ неблагодарности; по см. Савиньи § 153, s. «и недѣй-

*Дареніе съ возложеніемъ на одаряемаго какого либо обязатель-  
ства*<sup>12</sup>. Даритель въ правѣ требовать исполненія условія на осно-  
ваніи обѣщанія, заключающагося въ принятіи дара одареннымъ<sup>13</sup>;  
въ случаѣ неисполненія условія даритель въ правѣ требовать воз-  
вращенія дара или въ силу предоставленнаго имъ себѣ дареніемъ  
права<sup>14</sup>, или вслѣдствіе неблагодарности одареннаго<sup>15</sup>. Если  
условіе заключается въ предоставленіи дарителю содержанія, то  
последній, въ случаѣ невыдачи этого содержанія, вправе взять  
даръ у одареннаго, какъ свою собственность, коль скоро даръ  
этотъ еще находится у него<sup>16</sup>. Если условіе установлено въ поль-

ствительность обнаруживается практически лишь вслѣдствіе ревокаціи. По первоначальной редакціи этого мѣста, которая сохранилась въ *Sententiae Pabla* (V. II § 6), неотмѣнимость направлена была на устраненіе ограниченія *lex Cincia* («in infinitum donare non prohibemur»). См. также Шиллингъ стр. 928 прим. q. Съ другой стороны многие желаютъ распространить l. 34 § 1 cit. на другіе случаи возмезднаго даренія: на всякое возмездное дареніе, предполагая лишь, что таковое не находится внѣ всякаго отношенія къ оказанной услугѣ (Вангеровъ, Шиллингъ, послѣдній относительно ревокаціи вслѣдствіе неблагодарности); на возмездное дареніе за услуги, не подлежащія оцѣнкѣ на деньги (Шиллингъ относительно предписанія о судебномъ заявленіи); на возмездное вознагражденіе кромѣ случаевъ, въ которыхъ вознагражденіе составляетъ даръ или услугу (Мейерфельдъ); на всякій случай, въ которомъ въ основаніи дачи лежитъ намѣреніе «вознаградить», но гдѣ таковая не составляетъ даренія или «настоящаго» даренія (Пухта § 71, Аридтесъ § 83). Савиньи стр. 94 (согласно Ситтенса § 23 § 11) высказываетъ полженіе, что когда дача составляетъ по намѣренію давателя «простую лишь уплату долга», то понятіе даренія исключается со всѣми послѣдствіями онаго. Положеніе это онъ ставитъ самостоятельно рядомъ съ развитымъ имъ другимъ положеніемъ изъ l. 34 § 1 c. t., причѣмъ онъ ссылается на l. 27 D. h. t. Я считаю это положеніе крайне неопредѣленнымъ и опаснымъ, при томъ же оно есть не болѣе, какъ нововведеніе оспореннаго самимъ Савиньи мнѣнія, что возмездное дареніе не подлежитъ дѣйствию положительныхъ постановленій о дареніи; въ l. же 27 citъ заключается, по моему мнѣнію, правило, въ силу котораго въ указанномъ случаѣ имѣется предоставленіе права, а не простаго лишь *praescriptum* а (я такъ понимаю l. 32 D. h. t. въ отношеніи «*quamdiu volueris*» см. l. 12 pr. D. de prec. 43, 26). Поэтому то изъ намѣренія «вознаградить» выводится въ l. 10 § 13 l. 12 pr. D. de prec. 43, 26 ничто иное, какъ то, что даритель дѣйствительно желалъ дарить. На счетъ практики, отождествляющей возмездное дареніе съ дареніемъ вообще см. Зейфф. Arch. 1, 55 IV 118, V 18, XVIII 37, 38, XXII 196, Киркульфъ *Entsch. d. Ob. Appel. G. zu Lübeck* 1865. 1 стр. 1121, противъ отождествленія I, 340, III 265, VIII 132, 260; различіе дѣлаютъ между требованіемъ исполненія и требованіемъ возвращенія дара XIII 26, см. также IV 118.

<sup>12</sup> *Donatio sub modo. Cod. 8, 55 de donationibus quae sub modo... conficiuntur.* Мейерфельдъ 1 стр. 412—425, Савиньи IV § 175, Шиллингъ стр. 807 слѣд. 945 слѣд., Виндшейдъ *Lehre von der Voraussetzung* Pr. 68, 69, 79, 101, 107, Эркслебенъ *Con-dictiones sine causa* II § 14. Voigt *Con-dictiones ob causam* § 79.

<sup>13</sup> Ему принадлежитъ *actio praescriptis verbis*. L. 9, 22 C. de dun. 8, 54, l. 8 C. de reg. perm. 4, 64, l. 3 C. de contr. emt. 4, 38,

<sup>14</sup> Ему принадлежитъ *condictio (ob causam daturam)*. L. 8, l. 3, l. 2 C. de cond. ob. caus. dat. 4, 6, l. 3 C. h. t. 8, 55. Ср. I § 98, num. 2. Зейфф. Arch. V 167.

<sup>15</sup> См. § 119, прим. 16.

<sup>16</sup> Ему принадлежитъ *rei vindicatio utilis*. L. 1 C. h. t. 8, 55. Ср. I § 174, прим. 9.



зу третьяго лица, то право требовать исполненія условія принадлежит этому послѣднему <sup>17</sup>. Этотъ видъ даренія подлежитъ общимъ ограниченіямъ даренія, если представляется таковымъ <sup>18</sup>.

Всѣ изложенныя въ этихъ двухъ параграфахъ ограниченія относительно даренія и формы совершенія онаго, какъ постановленія положительнаго законодательства римскаго, къ русскому праву непримѣнимы.

А. Д.

§ 121. *Дареніе на случай смерти* \*. Дареніе на случай смерти есть завѣщательное распоряженіе въ формѣ договора. Цѣль его, какъ и завѣщанія, заключается въ томъ, чтобы передать что либо въ то время, когда передающей уже не можетъ самъ владѣть передаваемымъ, т. е. послѣ смерти. Поэтому, каково бы не было въ другихъ отношеніяхъ содержаніе даренія, даръ пріобрѣтается лишь со смертью дарителя; отсюда вытекаетъ та особенность даренія на случай смерти, что оно не переходитъ къ наследникамъ одаряемаго, если даритель переживетъ его <sup>1</sup>. Въ другихъ отношеніяхъ дареніе можетъ имѣть весьма разнообразное содержаніе: а) то обстоятельство, что одаряемый не переживетъ дарителя составляетъ для даренія резолютивное условіе, такъ что съ наступленіемъ этого условія ничто не переходитъ въ имущество одаряемаго; при этомъ можетъ быть установлено немедленное предоставленіе ему права пользованія подареннымъ <sup>2</sup>; б) дареніе можетъ быть произведено съ тѣмъ, что даръ тотчасъ переходитъ къ одаряемому, но если

<sup>17</sup> L. 3 C. h. t. Ср. § 68, прим. 5, 15a, 15b, 16.

<sup>18</sup> Ср. § 117, прим. 3. Савиньи стр. 286, 287. Зейфф. Arch. V 168, VI 38, XVIII 136. Что дареніе *sub modo* не нуждается въ судебномъ заявленіи, съ этимъ согласно рѣшеніе у Зейфферта Arch. I, 131.

\* Dig 39, 6 de mortis causa donationibus. Cod. 8, 57 de donationibus causa § 121. mortis. — В. Мюллеръ über die Natur der Schenkung auf Todesfall (1827). Tace Rhein. Mus. II стр. 300 слѣд., III стр. 1 слѣд. (1828. 1829), ср. Шпретеръ Zeitschr. f. Civilr. u Pr. II, 4 (1829). Tace Rhein. Mus. III, 371 слѣд. (1829. замѣчанія на предыдущій трактатъ). Видергольд Zeitschr. f. Civ. u. Prax. XV, 4 (1841). Савиньи IV § 170—174 (1841). Эрклебенъ Die conditiones sine causa II § 9 (1853). Voigt die conditiones ob causam стр. 724—731 (1864). Унгеръ öster Erlrecht § 77 (1864). Бекингъ § 109, Вангеровъ II § 561—563, Сянтенисъ III § 216

<sup>1</sup> Отсюда поговорка: *mortis causa donatio* имѣется тогда, «cum magis se quis velit habere, quam cum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum». § 1, I de don 2, 7; также l. 1 pr. l. 35 § 2 D. h. t. Не точно будетъ сказать, что дареніе не переходитъ къ наследникамъ одаряемаго, если послѣдній умираетъ прежде дарителя, такъ какъ при одновременной смерти дарителя и одаряемаго дареніе продолжаетъ существовать, l. 26 D. h. t. Ср. впрочемъ относительно характеристической особенности даренія на случай смерти и Зейфф. Arch. XVIII 37, XX 34.

<sup>2</sup> L. 2 i. f. l. 29 D. h. t., l. 15 i. f. D. de manum 40, 1.

онъ не переживетъ дарителя, то даръ возвращается къ послѣд-  
нему<sup>3</sup>; с) въ обоихъ случаяхъ, если не условлено противное, дари-  
тель въ правѣ уничтожить дареніе<sup>4</sup>; онъ впрочемъ можетъ отка-  
заться отъ этого права, чѣмъ не измѣняется сущность даренія на  
случай смерти<sup>5</sup>; d) особымъ видомъ даренія на случай смерти  
представляется тотъ случай, когда оно совершается въ виду гро-  
зящей опасности, въ которой находится даритель, или на которую  
онъ идетъ; здѣсь дареніе прекращаетъ свое существованіе не  
только въ томъ случаѣ, когда даритель переживетъ одаряемаго,  
но и въ томъ случаѣ когда онъ переживетъ угрожавшую ему опас-  
ность<sup>6</sup>. Что касается правовыхъ ограниченій даренія, то дареніе  
на случай смерти, если отъ него и отнято право свободнаго отступ-  
ленія, можетъ быть прекращено вслѣдствіе неблагодарности ода-  
ряемаго. Напротивъ того, запрещеніе даренія между супругами  
не распространяется на этотъ видъ даренія<sup>7</sup>, и кромѣ того въ  
замѣнъ судебного утвержденія допускается совершеніе его въ при-  
сутствіи пяти свидѣтелей, какъ при установленіи завѣщательнаго  
отказа<sup>8</sup>. Вообще съ теченіемъ времени дареніе на случай смерти  
почти совершенно отождествилось съ завѣщательнымъ отказомъ<sup>9</sup>.

Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ понимаетъ дареніе на случай смер-  
ти и наше законодательство (т. X. ч. 1 ст. 991).

А. Д.

<sup>3</sup> L. 2, l. 29, l. 35 D. h. t. Это слѣдуетъ, въ случаѣ сомнѣнія, разсматривать какъ  
намѣреніе сторонъ, если даръ тотчасъ былъ переданъ. Гассе II, стр. 328 слѣд., Са-  
виньи стр. 246 слѣд. Обратное требованіе даритель можетъ основывать: а) на без-  
молвномъ обѣщаніи одаряемаго при принятіи дара (actio praescriptis verbis, l. 18 § 1  
D. h. t.); другаго мнѣнія Voigt въ указ. м. стр. 726; б) на отсутствіи предположенія  
даренія (condictio ob causam datorum, l. 18 § 1 cit., l. 35 § 3 D. h. t. и многія дру-  
гія мѣста). Но онъ можетъ также исходить с) изъ точки зрѣнія резолютивнаго усло-  
вія, заявляя, что наступленіемъ онаго возстановилось безъ дальнѣйшаго прежнее юри-  
дическое положеніе, l. 29 D. h. t. (I § 90 прим. 4). Въ случаѣ отчужденія одаряе-  
мымъ дара: онъ обязанъ возмѣстить его цѣнность, l. 29, l. 37 § I. D. h. t. При потерѣ  
дара по собственной небрежности онъ отвѣтствуетъ по правиламъ actio praescriptis  
verbis. Савиньи стр. 257.

<sup>4</sup> § 1 I de don. 2, 7, l. 16, 30 D. h. t. Отмѣна основывается condictio, но также  
utilis rei vindicatio, l. 30 D. h. t. Ср. I § 174 прим. 9. Зейфф. Arch. V. 131.

<sup>5</sup> L. 13 § 1, l. 35 § 4 D. h. t., Nov. 87 гр. с. 1. Ср. Савиньи § 170 f.

<sup>6</sup> Случай этотъ обыкновенно предполагается въ источникахъ. Гассе II стр. 317.  
Противоположный случай упоминается въ l. 1, l. 31 § 2 i f., l. 35 § 4, l. 43 D. h. t.,  
l. ult. C. h. t.

<sup>7</sup> L. 9 § 2, l. 10, l. 11 pr. D. de don. i. v. e. u. 24, 1.

<sup>8</sup> L. ult. C. h. t. Ср. Савиньи стр. 261—265, Вангеровъ § 563 Зейфф. Arch.  
VII. 211, 236, XV. 146, XX. 235. Рѣшеніе XVIII. 37 принимаетъ, безъ указанія  
сображеній, недействительность договора въ цѣлости при несоблюденіи формы, а не  
одного лишь излишка противъ 500 дукатовъ.

<sup>9</sup> См. § 1 (de don. 2, 7, l. 4 C. h. t., Nov. 87 гр. см. III § 675, 676).

## С. Договоры, имѣющіе своимъ содержаніемъ возвращеніе взя- таго имущества.

### 1. ЗАЕМЪ \*.

#### а) Понятіе и общія условія.

§ 122. Заемъ есть передача кому либо въ собственность извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей съ тѣмъ, чтобы полученная цѣнность была возвращена въ такомъ же количествѣ вещей одинаковаго качества <sup>1</sup>. Принятіемъ передаваемаго подъ этимъ условіемъ имущества получающій, и безъ особенно выраженнаго обязательства, обязуется исполнить его и этимъ совершаетъ договоръ займа <sup>2</sup>. Наболѣе важный случай займа есть денежный заемъ; но онъ не единственный <sup>3</sup>.

Договоръ займа предполагаетъ: 1) передачу въ собственность <sup>4</sup>. Если не будетъ предоставлено право собственности, потому ли, что самъ передающій не имѣлъ права собственности <sup>5</sup>, или потому, что онъ не способенъ къ отчужденію имущества <sup>6</sup>, то договоръ займа не имѣетъ мѣста <sup>7</sup>. Впрочемъ отсутствіе передачи въ собственность можетъ быть замѣнено добросовѣстнымъ потребленіемъ въ свою пользу полученнаго со стороны получателя <sup>8</sup>; но и послѣ

\* Dig. 12. 1 de rebus creditis si certum petatur et de conditione. Cod. 4, 1 de rebus creditis et iuveiurando. Г. Е. Геймбахъ die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten (1849) стр. 131 слѣд. (ср. Рудорффъ zu Puchta § 304 а). Глюокъ XI стр. 464—475, XII стр. 1—177. Унтергольднеръ II § 308—310, Сн-тенякъ II § 108. Вангеровъ III § 623. (Ср. Реслеръ Zeitsch. f. Handelsr. XII стр. 365 слѣд.). § 122.

<sup>1</sup> L. 2 pr. D. h. t. Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut apositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum, § 1 eod. «Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, . . . nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest» Pr. I. huic. mudis re 3. 14. (ср. Гольдшмидтъ Handelsr. 1 § 61 прим. 31).

<sup>2</sup> Договоръ займа есть реальный договоръ. Pr. I cit. «Re contrahitur obligatio ventili mutui datione» Ср. I. 3 § 1 D. de O. et A. 44, 7. См. впрочемъ и § 123 прим. 6.

<sup>3</sup> Примѣры займа вещей другаго рода въ pr. I cit., I. 7 § 3 D. de SC. Mac. 14, 6, I. 12, 16, 23 C. de usur. 4. 32.

<sup>4</sup> Отсюда этимологическая игра въ I. 2 § 2 D. h. t. «Appellatu est autem mutui datio ab eo, quod de tuo tuum fit».

<sup>5</sup> L. 2 § 4 D. h. t. Общая собственность: I. 13 § 2, I. 16 D. h. t., I. 94 § 1 D. et solut. 46, 3. Геймбахъ стр. 80.

<sup>6</sup> § 2, I. quib. al. 2, 8.

<sup>7</sup> L. 2 § 2 D. h. t.: «si non fiat tuum, non nascitur obligatio».

<sup>8</sup> L. II § 2 l. 12 i. f. l. 13 pr. § 1, l. 19 § 1 i. f. D. h. t., l. 24 § 2 D. de O. et A. 44, 7, l. 56 § 2 D. de fidei. 46, 1, § 2, 1, quib. al. 2, 8; l. 12, l. 19 § 1 D. h. t., l. 24 pr. D. de O. et A. 44, 7. Такъ назыв. conditio de bene de pensis Ср. Геймбахъ стр. 192 слѣд.; 205 слѣд. Voigt cond. ob causam прим. 704 Если получатель потребляетъ недобросовѣстно данное ему, т. е. зная, что онъ не собственникъ, то онъ отвѣтствуетъ предъ собственникомъ возмѣщеніемъ цѣнности (rei vindicatio, actio

такого потребления получатель обязанъ къ возвращенію перешедшаго къ нему имущества въ силу общихъ правилъ о владѣніи безъ законнаго основанія<sup>9</sup>. Будетъ ли право собственности предоставлено заемщику посредственно, или непосредственно—безразлично<sup>10</sup>. Заемъ можетъ быть заключенъ и такъ, что должнику предоставляется удержать въ видѣ займа должное уже имъ заимодавцу<sup>11</sup>. Точно также безразлично предоставлено ли право собственности самому должнику или, по его желанію, кому либо иному<sup>12</sup>.

2) Далѣе: договоръ займа предполагаетъ все то, что необходимо для дѣйствительности договора вообще, именно: соглашеніе сто-

ad exhibendum, *condictio sine causa u furtiva*), см. I § 193 прим. 8, II § 226 прим. 15. Ср. также § 94 прим. 8.

<sup>9</sup> *Condictio possessionis*, ср. I. 15 § 1 D. de cond. ind. 12, 6 и I § 161 прим. 2, II § 421 прим. 7. Предположеніе передачи было основаніемъ права требованія, ср. I. 32 D. h. t. (§ 179 прим. 6 и ниже въ этомъ § прим. 13).

<sup>10</sup> Случай непрямого приобрѣтенія собственности: а) получатель приобрѣтаетъ по давности полученное чужое (arg. I. 15 § 1 D. de cond. ind. 12, 6, I. 60 D. de solut. 46, 3); б) кто нибудь даетъ другому вещь для продажи, предоставляя ему полученные за нее деньги взять себѣ заимообразно, I. II пр. D. h. t., I. 4 cod., I. 34 пр. D. mand. 17, 1, I. 8 C. si cert. 4, 2; в) кто нибудь поручаетъ третьему лицу, положимъ своему должнику, заплатить тому, кому онъ хочетъ дать эти деньги въ займы, I. 15 D. h. t., I. 32, I. 9 § 1 i. f. cod. Ср. § 164 прим. 9. (Зейфф. Arch. XXII 36). Впрочемъ, въ отношеніи двухъ послѣднихъ случаевъ римское право, какъ называютъ I. 15 D. h. t., I. 34 пр. D. mand. 17, 1, дошло до болѣе свободнаго возрѣнія лишь постепенно; первоначально полагали, что только собственное имущество заимодавца можетъ перейти къ заемщику. Къ случаямъ, предусмотрѣннымъ подъ в) принадлежитъ и тотъ случай, когда заемъ заключается въ цѣнныхъ бумагахъ. Зейфф. Arch. XIV 133. Кунце *Inhaber papiere* стр. 697 слѣд. Не сюда относится случай, когда кто нибудь дозволяетъ другому, владеющему чѣмъ нибудь отъ его имени, удержать таковое въ займы. Здѣсь имѣется прямое приобрѣтеніе собственности съ сокращеніемъ передачи (I § 154 прим. 2). L. 9 § 9 D. h. t., I. 34 пр. cit.

<sup>11</sup> И это было признано лишь постепенно. Ср. съ I. 34 пр. D. mand. 17, 1, I. 15 D. h. t., I. 3 § 3 D. de SC. Mac. 14, 6, I. 5 § 18 D. de trib. 14 4. На счетъ I. 6 C. si cert. 4, 2 см. § 106 прим. 2 вторую половину. Что сказанное не имѣетъ безусловнаго примѣненія и въ новѣйшемъ римскомъ правѣ, а дѣйствуетъ лишь въ случаѣ, когда кому нибудь дозволяется удержать въ видѣ займа то, что онъ имѣетъ въ своихъ рукахъ изъ имущества дозволяющаго,—это утверждаютъ: Брицъ стр. 390, 391, Рёмеръ *bedingte Novation* стр. 60 слѣд. Противнаго мнѣнія и Сальковскій *Novation* стр. 60 слѣд. Еще болѣе ограниченъ взглядъ у Уитергольцера § 308 г. Ср. также Синтенисъ § 108 прим. 10, ф. Сальпиусъ *Novation und Delegation* стр. 324 слѣд. Зейфф. Arch. I 385, IV 149, V 127 (но въ которомъ рѣшеніе было бы безъ сомнѣнія правильнѣе, если бы оно основывалось на сказанномъ въ § 136 прим. 3), XIII 17, XIV 92 (Вангеровъ въ указанномъ мѣстѣ прим. I пр. 2 въ концѣ въ 7 изд.).

<sup>12</sup> L. 9 § 8 D. h. t.: «cum quotidie creditori pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nousine creditor numeret futuro debitori nostro». Слово «poscamus» слѣдуетъ изъ предъидущаго дополнить словомъ «pecuniam». «Ut»: съ подробнымъ опредѣленіемъ, что —. Объ образѣ чтенія этого мѣста см. еще Глюкъ XII стр. 19 Йерингъ *Jahrb. f. Dogm.* II стр. 101 прим. 43. См. также I. 49 § 3 D. de inst. act. 14, 3, I. 19 § 5 D. ad. SC. Vell. 16, 1. Ср. § 164 прим. 9.

ронъ <sup>13</sup> и дѣеспособность должника <sup>14</sup>. Но получатель въ силу указанныхъ началъ, во всякомъ случаѣ отвѣтствуетъ за полученное имущество, хотя бы договоръ займа и не состоялся <sup>15</sup>. Что касается заключенія договора займа при посредствѣ представителей, то здѣсь дѣйствуютъ слѣдующія особенныя правила: а) городекія общины, церкви и благотворительныя учрежденія отвѣтствуютъ по займамъ, заключеннымъ ихъ представителями и завѣдующими ихъ дѣлами лишь въ томъ случаѣ, если деньги дѣйствительно употреблены на ихъ нужды, въ противномъ случаѣ отвѣтствуютъ сами представители ихъ <sup>16</sup>; б) если заемъ дѣлается на имя третьяго лица, то ему предоставляется право требованія по договору и безучастія <sup>17</sup>.

Договору займа можетъ предшествовать договоръ о порядкѣ передачи и принятія предмета займа; относительно его дѣйствуютъ общія положенія <sup>18</sup>.

<sup>13</sup> L. 32 D. h. t. Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titi debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium tecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimen: non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — sed quia pecunia tua, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est. L. 18 pr. sod. Зейфф. Arch. V 271.

<sup>14</sup> L. 59 D. de O. et A. 44. 7, 1. 13 § 1 D. de cond. ind. 12, 6 Gai III 91.

<sup>15</sup> Давшій далъ въ предположеніи, что давая онъ сдѣлается кредиторомъ; въ этомъ ожиданіи онъ былъ обманутъ. О правѣ обратнаго требованія, обоснованномъ такимъ образомъ, говорить l. 32 D. h. t. (прим. 13). Это есть *condictio sine causa*, точнѣе: *ob causam datorum* (§ 179 прим. 6). Прежде спорили о характерѣ права обратнаго требованія, признаннаго въ l. 32 cit., и давали ему особенное названіе — *condictio Juventiana* —, предпологая, что оно представляетъ собою что нибудь особенное (мѣсто взято изъ Р. Juventius Celsus). Ср. Геймбахъ стр. 224 слѣд., Зейфф. Arch. X 253.

<sup>16</sup> L. 27 D. h. t., Nov. 120 c. 6 § 3. Геймбахъ стр. 254 слѣд., Клейншродъ über l. 27 Dig. de rebus creditis (Habilitationsschrift, 1851). Неоднократно была дѣлаема попытка объяснить это опредѣленіе природой юридическихъ лицъ. Такъ, напримѣръ, Геймбахъ и Клейншродъ говорятъ, юридическія лица неспособны пріобрѣтать собственность посредствомъ традиціи (!). См. еще Савиньи Syst. II стр. 204, Г. Витте Vereichungsklagen стр. 278—280. О. с. 4 X de fidei. 3, 22. См. Геймбахъ стр. 262 слѣд.

<sup>17</sup> § 65 прим. 3 и 6.

<sup>18</sup> См. § 62 прим. 2. Въ силу того, что сказано тамъ и признано въ l. 68 D. de V. O. 45. 1, тотъ, которому отказано въ выдачѣ обѣщаннаго займа, можетъ требовать уплаты интереса; но интересъ этотъ можетъ какъ разъ заключаться въ выдачѣ занятой суммы. Зейфф. Arch. IV 32, X 37, также XIII 138. Но послѣднее (т. е. что можно требовать выдачи занятаго) не бесспорно. Suffrian das pactum de mutuo dando nach den Grundsätzen des heitigen römischen Rechts (1866) стр. 5, Регельсбергеръ civilr. Erörter. I стр. 131 Зейфф. Arch. XIX 35. Можно ли отказать въ исполненіи обѣщанія займа, если наступаютъ или дѣлаются извѣстными такія обстоятельства, при которыхъ своевременное возвращеніе занятаго сомнительно? Утвердительно рѣшаетъ этотъ вопросъ Е. А. Зейффертъ въ Seiffert Pand. II § 320 прим. 1; отрицательно — Суффрианъ въ указанномъ мѣстѣ стр. 5 слѣд. Ср. также Зейфф. Arch. VI 137. Случай договора о взятіи займа тамъ же II 165. Ср. также Е. А. Зейфф. въ указ. м. прим. 2. Впрочемъ, слѣдуетъ

## в) ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

§ 123. Обязательство, возникающее изъ договора займа, состоитъ въ возвращеніи полученной цѣнности посредствомъ возвращенія такого же количества и того же качества вещей, какое было получено <sup>1</sup>. Этимъ и исчерпывается обязательство по займу; заемъ не есть такая сдѣлка, относительно которой было бы необходимо при каждомъ отдѣльномъ случаѣ опредѣлять, что соответствуетъ цѣли и намѣренію сторонъ; сдѣлкѣ займа соответствуетъ только одна цѣль — возвращеніе полученнаго <sup>2</sup>. Срокъ возвращенія опредѣляется договоромъ <sup>3</sup>. Если въ немъ ничего не упоминается о срокѣ, то нужно обращать вниманіе на то, не можетъ ли быть изъ обстоятельствъ, сопровождавшихъ сдѣлку, выведено молчаливое опредѣленіе его <sup>4</sup>. Если и это невозможно, то возвращеніе можетъ быть потребовано во всякое время <sup>5</sup>.

Обязательство платить проценты не предполагается при займѣ само собою; оно можетъ быть установлено особымъ соглашеніемъ <sup>6</sup>.

обратить вниманіе, дѣйствительно ли имѣется въ данномъ случаѣ договоръ, а не простой уговоръ безъ намѣренія обязываться, l. 30 D. h. t. Ср. еще Эндеманъ Zeitschr. f. Hand. IV стр. 196 слѣд.

§ 123. <sup>1</sup> Такъ какъ получатель сдѣлался собственникомъ, то для его обязанности, естественно, совершенно безразлично то, что онъ лишился полученнаго до того времени, пока онъ могъ употребить оное въ свою пользу. L. 9 § 9 D. h. t., l. I § 4 D. de O. et A. 44, 7. § 2, l. quib. mod. re 3, 14.

<sup>2</sup> Говоря языкомъ римскаго права: изъ займа не возникаетъ *actio bene fidei*, а *actio stricti iudicii*, *condictio* (I § 46 прим. 4); *intentio* фермызы направлена была не на *dare oportere ex fide bona*, а просто на *dare oportere*. Ненамѣреннымъ послѣдствіемъ сего было лишеніе судьи возможности принимать въ соображеніе такіа вѣщныя обстоятельства, которыя сами по себѣ могли, конечно, вліять на видоизмѣненіе заемнаго обязательства (I § 46 прим. 6), какъ напр. просрочка (l. 24 D. de praescr. verb. 19, 5. l. 3 C. de usur. 4, 32; впрочемъ при займахъ, состоявшихъ не въ денежныхъ суммахъ, судья имѣлъ болѣе простора, обусловливаемаго необходимостью денежной кондемнаціи въ размѣрѣ *quantitas ea res est, i. 12, 23 C. cod.*). Это естественно не имѣетъ для насъ болѣе значенія, тогда какъ противоположность даже между обязательствомъ изъ займа и обязательствомъ, напримѣръ изъ купли, найма и проч., существуетъ еще для насъ, какъ онъ существовалъ для римлянъ.

<sup>3</sup> Что означаетъ постановленіе, что возвращеніе должно послѣдовать: «если кредиторъ нуждается въ долгахъ»? Зейфф. Arch. II 33. Возвращеніе: «коль скоро должникъ въ состояніи это сдѣлать», тамъ же XV, 118. Ср. также цитату при § 25 прим. 2.

<sup>4</sup> Въ каждомъ займѣ подразумѣвается дача извѣстнаго срока, иначе заемъ не имѣлъ бы смысла Зейфф. Pand. § 3:0 прим. 3. См. кромѣ того l. 57 pr. D. de pactis 2 14. «Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat».

<sup>5</sup> Зейфф. Arch. V 273.

<sup>6</sup> О силѣ, которую при этомъ уже римское право придавало *nudum pactum*, см. l. II § 3 D. de pign. act. 13, 7, l. 5 § 2 D. de Solut. 46, 3, l. 3, 4 C. de usur. 4, 32, l. 12 cod., l. 5 § I, l. 7 D. de notico foen. 22, 2. Не есть ли процентный заемъ консенсуальный договоръ? Такъ смотритъ на этотъ предметъ Демеліусъ Jahrb. f. Dogm. III стр. 408, Унгеръ тамъ же VIII стр. 15 («Наемъ капитала»), Суффрианъ (§ 370 прим. 18) стр. 8 слѣд. (Буде и Шмидтъ Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock VI, стр. 295 — 299

Особымъ случаемъ займа подъ проценты является тотъ <sup>7</sup>, когда кредиторъ отсрочиваетъ обратное требованіе въ виду будущаго неизвѣстнаго событія и въ видѣ преміи за принимаемый на себя страхъ выговариваетъ себѣ ростъ болѣе обыкновеннаго <sup>8</sup>. Въ этомъ случаѣ не примѣняются законныя ограниченія размѣра роста <sup>9</sup> 10.

[=Зейфф. Arch. XXII, 121)]. Я думаю, что онъ не есть консенсуальный договоръ, когда дѣйствительной дачѣ займа не предшествуетъ обязательство къ этому. Но онъ не есть консенсуальный договоръ и въ томъ случаѣ, когда подобное обязательство предшествуетъ безъ соответственной обязанности принять заемъ. Наконецъ, консенсуальность необходима и при наличности послѣдней; очень возможно, что стороны и въ этомъ случаѣ хотѣли не болѣе, какъ *actum de mutuo dando* и *mutus accipiendo*. О консенсуальномъ договорѣ, соответствующемъ договору найма, можетъ быть рѣчь тогда только, когда намѣреніе сторонъ направлено на немедленное заключеніе заемной сдѣлки, въ силу которой одинъ контрагентъ обязывается къ выдачѣ известной суммы денегъ для употребленія, а другой уплатить за это процентное вознагражденіе. Но даже въ этомъ случаѣ нѣтъ основанія примѣнить всѣ свойственныя договору найма юридическія положенія, какъ это дѣлаетъ Данквардтъ *Nationalökonomie und Jurisprudenz* II, стр. 36—42. Ср. § 64 прим. 5. Ср. о процентномъ займѣ также Эндеманъ *Zeitschr. f. Handelsr.* IV стр. 47—58.

<sup>7</sup> Dig. 22. 2 Ced. 4, 33 de nautico foenore. Глюкъ XXI стр. 151—222.

<sup>8</sup> Случай, изъ котораго исходило римское право и который оставался главнѣйшимъ основаніемъ и позднѣе, состоялъ въ томъ, что деньги отдавались на корабль, имѣвшій отправиться въ путь, съ условіемъ, чтобы кредиторъ вправѣ былъ требовать таковыхъ обратно, если корабль благополучно дойдетъ по назначенію. Отсюда выраженіе *nauticum foenus* или *traicti tiaracunia*. Позднѣйшее распространеніе беретъ начало изъ 1. 5 пр. D. h. t. Въ силу этого закона договоръ можетъ быть основанъ на такомъ событіи, наступленіе или ненаступленіе къ тому же зависитъ отъ должника, напр. отпущеніе на волю раба или неотпущеніе. Другіе примѣры, указываемые этимъ мѣстомъ, суть: кто нибудь даетъ деньги рыболову для рыбнаго лова, отказываясь отъ требованія оныхъ въ случаѣ неудачнаго лова; кто нибудь даетъ атлету деньги на его образованіе, отказываясь отъ требованія оныхъ въ случаѣ проигрыша имъ пари на поединкѣ; большой даетъ деньги въ заемъ, отказываясь отъ требованія ихъ въ случаѣ выздоровленія (или невыздоровленія). Только одно условіе ставить 1. 5 пр. cit., чтобы договоръ не былъ симулированнымъ договоромъ пари, т. е. по крайней мѣрѣ одна изъ сторонъ должна преслѣдовать другой интересъ, кромѣ простаго выигрыша. Впрочемъ спорять еще много о томъ, какъ читать 1. 5 пр. cit. Сходный съ римскимъ *foenus nauticum*, но самостоятельно развившійся, нѣмецкій юридическій институтъ представляетъ собою подморейный договоръ. Глюкъ XXI стр. 26—219, Безодеръ *deutsch. Privatr.* § 256, Герберъ *deut. Privatr.* § 204 Н. G. V. стр. 680 слѣд.

<sup>9</sup> Это первоначальное римское право, Paul. S. R. II. 14 § 3, 1. 26 § 1 C. de usur. 4, 32. Юстиніанъ опредѣлялъ въ послѣднемъ изъ приведенныхъ мѣстъ максимумъ процентовъ въ 12<sup>0</sup>/о. Въ Nov. же 106 онъ подтвердилъ обычное право слѣдующаго содержанія: кредиторъ можетъ себѣ выговорить — и при томъ на время морскаго пути, а не на годъ — или восьмую часть капитала, или десятую часть, и при томъ освобожденіе отъ таможенной пошлины въ размѣрѣ *modius*'а зерна на каждый данный *solidus*. Правда Nov. 106 была вскорѣ отмѣнена Nov. 100, но послѣдняя не гласирована. Согласно съ этимъ можно было бы считать содержаніе Nov. 106 общимъ правомъ, если бы, въ виду того, что *foenus nauticum* представляетъ собою лишь форму договора страхованія и что опредѣленіе преміи при этомъ договорѣ предоставлено усмотрѣнію сторонъ, — не должно было утверждать, что и *foenus nauticum* не подлежитъ ограниченію законной мѣры процентовъ. Ср. Эйхгорнъ *Einl. in das deut. Privatr.* § 107 въ концѣ § 114, Зейффертъ § 313 прим. 4, Арьдсъ § 283 прим.

<sup>10</sup> Одно мѣсто изъ ученія о *nauticum foenus*, 1. 122 § 1 D. de V. O. 45, 1, затру-

с) Доказательство \*.

§ 124. Что касается доказательств займа, то должно быть сказано особенно о письменном удостоверении в получении. Доказательная сила такого удостоверения в римском правѣ значительно уменьшена <sup>1</sup>. Оно служитъ доказательствомъ противъ выдавшаго его только в томъ случаѣ, когда онъ в теченіе двухъ лѣтъ <sup>2</sup> не заявитъ о недействительности акта, и о томъ что онъ в дѣйствительности вовсе не заключалъ займа <sup>3</sup>. Если в теченіи этого времени кредиторъ будетъ требовать возвращенія займа и выдавшій письменное удостовѣреніе заявитъ противъ иска споръ <sup>4</sup>, то

взять собою толкованіе, не содержа при этомъ въ себѣ особенныхъ началъ. См. о немъ трактатъ Гукке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X 1 (1853) и сочиненіе Гольдшмита: Unterzuchungen zu l. 122 § 1 D. de V. O. (1855).

§ 124. \* Cod. 4, 30 de non numerata pecunia. Изъ литературы слѣдуетъ прежде всего указать на основательный, почерпывающій трудъ Гнейста die formellen Verträge стр. 1—110, 265—318, 388—405 (1845). См. кромѣ того: Пфейфферъ vermischte Aufsätze стр. 126—187 (1803) и practische Ausführungen II стр. 146—177 (1828), Унтергольцнеръ Arch. civ. Pr. VII, 1 (1827), Сиятенисъ въ Sell's Jahrbuch 1, 6 (1841); за симъ Геймбахъ Lehre von Creditum стр. 633—692 (1849), Беръ Anerkennung § 27, 62 и Anhang. стр. 291 слѣд. (325 слѣд.) (1855), его же Jahrb. f. D. II стр. 333—349 (1858), Шлезингеръ zur Lehre von den Formalcontracten 2 Abth. стр. 180 слѣд. (1858), Г. Витте Bereicherungsklagen стр. 193—253 (1859), ф. Сальвиусъ Novation und Delegation стр. 314—336 (1864). Подробныя литературныя указанія у Гнейста и Шлезингера. Унтергольцнеръ II стр. 70—78, Сиятенисъ II стр. 264—272 и III § 133 прим. 26, Брициъ стр. 426—429.

<sup>1</sup> На основаніи того соображенія, что заемное обязательство дается очень часто до дѣйствительнаго полученія занятыхъ денегъ. Ср. l. 3 C. de dote cauta 5, 15. Это ограниченіе доказательной силы письменныхъ заемныхъ обязательствъ не упоминается въ пандектахъ; оно не дѣйствовало еще въ 198 году, какъ это явствуетъ изъ вставленной («asseris», ср. l. 1 C. sl. ping. 8 33) l. 1 C. h. t. Напротивъ въ конституціяхъ Караколы оно предполагается въ дѣйстви, см. въ особенности l. 4 C. h. t. Съ полной же достовѣрностью можно указать на него лишь въ конституціи Александра Севера, l. 8 C. h. t. Источникомъ своимъ оно, безъ сомнѣнія, имѣетъ императорскіе рескрипты, которыми оно было не столько введено, сколько признано и нормировано. Ср. Гнейстъ стр. 265—285, Витте стр. 197—201, 225—228.

<sup>2</sup> Два года согласно постановленію Юстиніана; до него было пять. L. 14 C. h. t.; ср. tit. I de lit. obl. 3, 21, § 2 I de exc. 4, 13. Первоначально (до Диоклеціана) срокъ былъ годичный. Соб. Gormog. tit. I (ed. Paenel. p. 65). Гнейстъ стр. 15; см. впрочемъ и Беръ стр. 312 (348), къ этому Шлезингеръ стр. 235. Во время несовершеннолѣтія выдавшаго обязательства срокъ не течетъ. L. 5 C. in quib. caus. i. i. ч. 2, 41: ср. l. 14 pr. i. f. C. h. t.

<sup>3</sup> Объясненіе это называется querela non numeratae pecuniae, выдавшій обязательство queritae non numeratae pecuniae. Ср. Гнейстъ стр. 63—89.

<sup>4</sup> Посредствомъ exceptio non numeratae pecuniae, которая есть единственно возможная форма querela non numeratae pecuniae (Ср. l. 9. l. 14 pr. § 4 C. h. t., tit. I de lit. obl. 3, 21). Но какъ объяснить выраженіе exceptio, вѣдъ отвѣтчикъ отрицая полученіе, оспариваетъ основаніе иска? Римское право, какъ первоначально, такъ и въ послѣдствіи, представляло себѣ exceptio non numeratae pecuniae направленной на письменное обязательство, которымъ удостовѣряется не только полученіе займа, но и стипуляція о возвращеніи такового; не далеко было перенести названіе и на тотъ случай, когда



кредиторъ обязанъ представить другія доказательства займа<sup>5</sup>. Точно также онъ долженъ представить другія доказательства въ томъ случаѣ, когда выдавшій актъ потребуетъ его обратно за неполученіемъ заемной суммы<sup>6</sup>. Выдавшій актъ можетъ ограничиться однимъ письменнымъ противъ него протестомъ; этимъ онъ навсегда исключаетъ доказательную его силу<sup>7</sup>. Но если выдавшій актъ употребитъ во зло свое право заявленія спора, и кредитору удастся доказать дѣйствительное существованіе займа, то выдавшій росписку, въ видѣ штрафа, подвергается уплатѣ вдвойнѣ суммы займа<sup>8</sup>. Если же выдавшій актъ не воспользуется своимъ правомъ въ теченіи установленнаго срока, то онъ не только становится полнымъ противъ него доказательствомъ, но онъ даже не допускается къ представленію противъ него доказательствъ<sup>9</sup>. Кроме сказаннаго нужно замѣтить еще слѣдующее:

1) Оспариванію подлежатъ только тѣ акты, которыми удосто-

искъ предъвляется на основаніи письменнаго документа, въ которомъ заключается признаніе полученія, но безъ стипуляціонной оговорки (см. въ особенности tit. I de lit. obl. 3, 21, l. 14 C. h. t.). Гнейстъ стр. 266, 398 слѣд., Шлезингеръ стр. 250 слѣд.; Витте стр. 217 слѣд. Для тѣхъ, которые принимаютъ новѣйшій римскій literalный договоръ, какъ напримѣръ Кроппъ и Беръ (§ 64 прим. 2 въ концѣ), не существуетъ затрогиваемое здѣсь затрудненіе.

<sup>5</sup> L. 1, l. 3, l. 10, l. 14 C. h. t., Nov. 18 c. 8. Ср. также Nov. 100.

<sup>6</sup> L. 7 C. h. t., l. 3 C. de post. 2, 6; l. 4 C. de cond. ex lege 4, 9, Гнейстъ стр. 57—60.

<sup>7</sup> L. 14, § 4 C. h. t., «In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licet, cui talis exceptio competat, vel (=также) denuntiatioibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare, qui numerasse eam vel alias res disisse instrumento scriptus est... eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere». l. 8 C. h. t., l. 5 C. si cert. 4, 2, l. 4 C. de cond. ex lege 4, 9. Протестъ долженъ быть направленъ противъ противника, при отсутствіи котораго можно заявить его въ судебномъ порядкѣ, но во всякомъ случаѣ онъ долженъ дойти до свѣдѣнія противника. L. 14 § 4 cit., и къ этому Auth. Hanc autem изъ Nov. 100 c. 1. Ср. ф. Леръ въ Mag. f. R. W. u. Gesetz. IV стр. слѣд.

<sup>8</sup> Nov. 18 c. 8 и изъ нея Auth. Contra къ l. 4 C. h. t. Для настоящаго времени штрафъ этотъ считается многими неприемлемымъ; см. объ этомъ § 15, прим. 4. Ср. еще Шлезингеръ стр. 267, Ветцель Civilproc. стр. 179 (оба противъ примѣнимости). Гнейстъ стр. 20 (который замѣчаетъ, что практика замѣняетъ частный штрафъ арбитражными штрафами).

<sup>9</sup> L. 8 C. h. t., l. 4 de cond. ex lege 4, 9, tit. 1 de lit. obl. 3, 21. Ср. также l. 14 § 2 C. h. t., Nov. 100 c. 1 (ex. ubi enim licet in prolixo sic tempore). Гнейстъ стр. 89 слѣд., 388 Другаго мнѣнія многіе, или прямо въ пользу римскаго права, или ссылаются на современную противоположную практику. См. отчетъ у Гнейста стр. 97 слѣд. Противоположная практика не есть, во всякомъ случаѣ, всеобщая. Кроппъ стр. 385, Гнейстъ стр. 108, Беръ стр. 240 (270), Шлезингеръ стр. 328. Ср. еще и Снтенсъ II, § 86, прим. 45, Ветцель Civilpr. § 22, прим. 35 (изъ коихъ первый устраняетъ доказательство противнаго на основаніи римскаго, и второй — современнаго права). За допущеніе доказательства противнаго: Зейфф. Arch. VI 179, VIII, 250, XVI, 107, XVII, 180, XX, 126; противъ этого V, 152 (275).

върнется полученіе вообще, но не тѣ, которыми доказывается полученіе въ извѣстное, точное опредѣленное время <sup>10</sup>.

2) Право оспариванія прекращается вслѣдствіе послѣдующаго признанія полученія со стороны выдавшаго актъ, что можетъ послѣдовать молчаливо, посредствомъ возвращенія части полученнаго <sup>11</sup>.

3) Противъ подобнаго спора можетъ быть представлено доказательство тому, что актъ выданъ вслѣдствіе особаго соглашенія сторонъ, хотя выдачи значащейся въ актъ суммы не только не послѣдовало, но она даже и не должно было послѣдовать. Въ этомъ случаѣ актъ представляется особымъ договоромъ <sup>12</sup>.

4) Изложенныя положенія примѣняются къ удостовѣреніямъ въ полученіи, въ сдѣлкахъ, подобныхъ договору займа, т. е. въ сдѣлкахъ, которыя, какъ и заемъ, направлены къ генерическому возвращенію переданнаго количества замѣненныхъ вещей <sup>13</sup>, за исключеніемъ однако quasi-поклажи <sup>14 15</sup>.

<sup>10</sup> Только при обязательствахъ перваго рода имѣется для выдавшаго таковыя указанная въ прим. 1 опасность. Обязательства втораго рода подлежатъ столь же мало оспариванію, какъ и тѣ, въ коихъ указана *antecedens causa debendi*. L. 13 *ср. l. 5 С. h. t.* Гнейстъ стр. 286 слѣд., 304 слѣд. Зейфф. Arch. X, 254.

<sup>11</sup> L. 4 *С. h. t.* Ср. Гнейстъ стр. 52 слѣд., Свинтенисъ Lehrb. въ указ. и прим. 42. Зейфф. Arch. VI, 26, X, 254.

<sup>12</sup> Абстрактное обѣщаніе исполненія. Выдавшій обязательство обѣщаетъ заплатить 100 тѣмъ, что онъ обязывается давать себя трактовать такъ, какъ бы онъ получилъ 100-займообразно. *Causa* къ такому обѣщанію можетъ быть любая—(*ср. § 116 прим. 3*) (Зейфф. Arch. XXIII, 118). Сюда относится также случай, въ которомъ выдающій обязательство отказывается въ немъ отъ *ex. поп. numeratae pecuniae*. Этимъ онъ обѣщаетъ дать себя трактовать какъ должника, хотя бы онъ и не получалъ займа. Мнѣніе, что отказъ имѣетъ силу, если онъ сдѣланъ подъ присягой см. напр. (Свинтенисъ Lehrb. въ указ. и прим. 44), не имѣетъ основанія, по крайней мѣрѣ въ l. 16 *С. h. t.* Ср. Гнейстъ стр. 56. 57. Противъ силы отказа: Зейфф. Pand. § 311 прим. 12 да же Зейфф. Arch. V, 276, X 88, XII 262; Бухка и Будде *Entscheidungen des OAG. zu Rostock V*, стр. 277—278 (Зейфф. Arch. 225).

<sup>13</sup> Напр. при пользованіи (*Niesbrauch*) не въ собственномъ смыслѣ *locatio-conductio irregularis*. Такъ понимаю я l. 14 *пр. С. h. t.*: «*In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur*», въ связи съ l. 5 *С. h. t.*, гдѣ *ex. поп. numeratae pecuniae* ограничивается «*credita pecunia*». См. о разныхъ мнѣніяхъ Гнейстъ стр. 294—304 (который самъ не хочетъ выйти за предѣлы понятія о займѣ), Беръ стр. 317 (354), Шлезингеръ стр. 257, 258, Витте стр. 212.

<sup>14</sup> Въ силу положительнаго постановленія l. 14 § 1 *С. h. t.*

<sup>15</sup> Изложенный здѣсь юридическій институтъ не заслуживаетъ одобренія съ законодательной точки зрѣнія. Онъ защищаетъ должника противъ возможной несправедливости тѣмъ, что подвергаетъ кредитора опасности такой же несправедливости. Для того, чтобы недобросовѣстный кредиторъ не могъ принудить должника къ уплатѣ не полученнаго имъ займа, принимаются мѣры, дѣлающія возможнымъ для недобросовѣстнаго должника не возвращать кредитору дѣйствительно полученнаго займа. Если же по обстоятельствамъ невозможно избѣгнуть опасности, то, безъ сомнѣнія, справедливѣе, чтобы послѣдняя поражала того, который не имѣетъ за собой никакого доказательства, а не того, который пользуется таковымъ. Поэтому-то *querela non numeratae pecuniae* не нашла себѣ

## d. Воспрещеніе займа, состоящимъ подъ чужою властью.

§ 125. Состоящимъ подъ чужою властью воспрещено давать въ займы; давшіе имъ въ займы не имѣютъ права требовать обратно даннаго имущества <sup>1</sup>.

сочувствія въ новѣйшемъ партикулярномъ законодательствѣ. См. цитаты у Гнейста стр. 100 примѣч. 8 и баварскій законъ отъ 26 марта 1859; N G B Art. 245.—Въ новѣйшее время сдѣланы были попытки защищать римское право противъ изложенныхъ положеній (Беръ и Шлезингеръ въ привед. подъ\* мѣстахъ). Беръ и Шлезингеръ утверждаютъ единогласно, что особенность *querela non numeratae pecuniae* состоитъ не въ уменьшеніи, въ теченіе нѣкотораго времени, доказательной силы заемныхъ обязательствъ, а въ увеличеніи ея по истеченіи извѣстнаго времени. Въ частности они отступаютъ другъ отъ друга. Беръ учитъ: предъявленіемъ *querela non numeratae pecuniae* кредиторъ, конечно, вынуждается доказывать сдѣланный имъ заемъ, но это онъ подтверждаетъ самимъ заемнымъ обязательствомъ; что же касается должника, то ему дозволяется доказывать противное, но онъ не вправе это дѣлать, если онъ не спорилъ противъ обязательства два года сряду. По мнѣнію Шлезингера, *querela non numeratae pecuniae* направлена не столько противъ того, что выдавшій обязательство не получилъ занятой суммы при самой выдачѣ онаго, сколько противъ неполученія имъ таковой впоследствии. Выдавшій обязательство долженъ по сему предварительно доказать, что оно дѣйствительно составлено въ ожиданіи будущаго платежа. Но право утверждать, что такъ было, онъ теряетъ съ истеченіемъ двухъ лѣтъ; но этимъ не теряется въ тоже время право возраженія (*gegenbeweis*).—По моему мнѣнію, то и другое мнѣніе разбивается о содержаніе нашихъ источниковъ. Хотя цѣлый рядъ источниковъ можно истолковать въ ихъ смыслѣ, но это невозможно дѣлать съ другими источниками, или по крайней мѣрѣ это будетъ произвольно. См., относительно воззрѣнія Бера (если даже упустить изъ виду I. 13 C. h. t.). Nov. 18 с. 8, Nov. 100. Противъ Шлезингера говорить, кромѣ этихъ мѣстъ, I. 1 l. 10 и въ особенности I. 5 C. h. t. Противъ этихъ новыхъ воззрѣній высказались Гнейстъ *Comm. de causae probatione stipulatoris* p. 7, Виндшейдъ *krit. V. J. Schr. III*. Стр. 109—114, Бринцъ стр. 426—429, Витте стр. 228 слѣд. (преимущественно противъ Бера), Синтенисъ III. § 133 прил. 36 (противъ Шлезингера) въ пользу Бера (Шлезингеръ?), Ветцель *Civilpr.* стр. 143. 177. Особенный взглядъ на *ex. non numeratae pecuniae* для древнѣйшаго времени (до введенія ея ограниченія по времени) заступаетъ ф. Сальпиусъ въ указ. м. Упомянутое о *nummata pecunia* при стипуляціи есть безсодержательная форма, вслѣдствіе чего *ex. non numeratae pecuniae* было ничѣмъ инымъ, какъ *ex. doli* въ обширномъ смыслѣ, для обоснованія которой должникъ долженъ былъ прежде доказать *causa*, дѣйствительно лежавшую въ основаніи стипуляціи.

\* Dig. 14. 6 de Senatusconsulto Macedoniano Cod. 4. 28. ad Senatusconsultum § 125 Macedonianum. — Дитцель *das Senatusconsultum Macedonianum* (1856). Шванертъ *die Naturalobligationen* стр. 341—363 (1861). Dueckers *de Senatusconsulto Macedoniano* (Inauguralabhandlung 1866). Глюкъ XIV стр. 302—354; Унтергальцнеръ I стр. 147—153, Синтенисъ II стр. 512—516. [Рур. Arch. f. civ. Pr. L. III. 3 (1870).]

<sup>4</sup> Это постановленіе было введено сенатусконсультомъ времени Веспасіана (Sueton. *Vesp. c. 11*). Отношеніе, которое сенатъ имѣлъ въ виду, повторяется во всѣ времена: молодые люди, ведущіе распутный образъ жизни, дѣлаютъ долги на счетъ родительскаго наслѣдства («*in mortem parentum*», Tacit. *Ann. XI. 13*. ср. заключительныя слова сенатусконсульта «*etiam post mortem patris ejus*» и «*exspectata patris morte*») и берутъ люди, которые даютъ имъ займы на это наслѣдство («*incertis nominibus*»), конечно на тяжелыхъ условіяхъ, чѣмъ они способствуютъ ихъ порочному образу жизни. Такимъ путемъ дошелъ нѣкій Мацедо до отцеубійства (Theoph. ad. § 7 l. quod cum eo 4. 7, ср. Также I. 3 § 3 D. h. t.). Это побудило сенатъ къ постановленію: «*placere, ne cui, qui filiofamilias mutua pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius,*

1) Подъ состоящими подъ властью слѣдуетъ понимать всѣхъ, находящихся подъ родительской властью<sup>2</sup>, безъ различія пола<sup>3</sup> и возраста<sup>4</sup>. Общественное положеніе состоящаго подъ властью не принимается здѣсь въ соображеніе<sup>5</sup>, однако если состоящій подъ чужою властью, въ силу общественнаго его положенія, во время заключенія договора займа пользуется правомъ свободнаго распоряженія приобрѣтенымъ имъ имуществомъ, то кредитору, впредь до прекращенія этого права свободнаго распоряженія, предоставляется требовать возвращенія переданнаго имъ имущества<sup>6</sup>.

*cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri. L. 1 pr. D. h. t., см. также § 7 I. cit.*—Основная мысль книги Дитцеля состоитъ въ томъ, что въ основаніи сенатусконсульта лежитъ не проводимый здѣсь «полицейскій» или «уголовно-политическій» взглядъ, а «чисто юридическій», именно имущественная неспособность дѣтей, и что постановленіе это имѣетъ цѣлью не столько удерживать кредиторовъ отъ дачи денегъ займа, сколько защищать дѣтей (и ихъ родителей). Я считаю ошибочной какъ эту основную мысль, такъ и дѣлаемые изъ нея выводы въ частности. Конечно предположеніемъ сенатскаго постановленія есть имущественная неспособность дѣтей (см. прим. 6), но лишь потому, что вслѣдствіе нея выступаетъ во всей своей наготѣ *in mortem patris credere*.

<sup>2</sup> Понимая это выраженіе въ обширномъ смыслѣ, такъ что оно обнимаетъ собою и власть дѣда. L. 14 D. l. 6 § 1. C. h. t., § 7 I. *quod cum eo* 4. 7. Усыновленные дѣти: l. 1 § 2. D. h. t.

<sup>3</sup> L. 9 § 2 D. h. t.

<sup>4</sup> Предписаніе касается не только несовершеннолѣтнихъ, но и совершеннолѣтнихъ. Оно даже рассчитано преимущественно на совершеннолѣтнихъ, такъ какъ отъ кредитованія несовершеннолѣтнимъ можетъ удерживать уже одно опасеніе *prede in integrum restitutio*.

<sup>5</sup> L. 1 § 3 D. h. t. *In filio familias nihil dignitas facit, quominus SCum Macedonianum locum habeat. Nam etsi consul sit, vel cuiusvis, SCo locus est.*

<sup>6</sup> Приведенное въ предыдущемъ примѣчаніи мѣсто продолжаетъ:—*nisi forte castrense peculium habet tunc enim SCum cessabit*, а l. 2 eod. присовокупляетъ: *«usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familias fungantur»*. Къ этому l. 7 § 1 C. h. t., въ которой Юстиніанъ постановляетъ, что всякій сдѣланный солдатомъ заемъ дѣйствителенъ. Впрочемъ мнѣнія о дѣйствительномъ смыслѣ этихъ мѣстъ и о выводахъ, которые можно сдѣлать изъ нихъ, сильно расходятся между собою; ср. цитаты у Дитцеля стр. 23 сл., Dueckers стр. 116 слѣд. (Фиттинъ *peculium castrense* стр. 165 слѣд.). Весьма распространенное мнѣніе понимаетъ l. 7 § 1 C. cit. по буквальному ея содержанію, въ томъ смыслѣ, что заемъ, сдѣланный солдатомъ, безусловно дѣйствителенъ, такъ что заемъ этотъ съ одной стороны не находится въ зависимости отъ состава и существованія *castrense peculium*, а съ другой отецъ отвѣчаетъ по *actio de peculio* (прим. 15). Основаніе, по которому какъ я полагаю, нельзя придерживаться буквальнаго содержанія этого мѣста, лежитъ въ заключительныхъ его словахъ. *«In plurimis enim iuris articulis filii familias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt»*.—Это вѣрно лишь для лагернаго (*castrense*) приобрѣтенія и удивительно напоминаетъ l. 2 D. cit.—*«et ex praesumptione omnium miles non creditur in aliud quidquam pecunias accipere et expendere, nisi in causas castrenses»*. Къ чему это, еслибъ Юстиніанъ допускалъ способность солдатъ къ совершенною займамъ безъ всякой связи съ способностью къ *pec. castrense*? Въ этихъ словахъ я вижу ясное указаніе на дѣйствительную мысль Юстиніана. На сколько сынъ способенъ къ приобрѣтенію, на столько онъ способенъ къ совершенною займа. Но не слѣдуетъ ли, спра-

2) Запрещены только денежные займы, а не займы других замѣнимыхъ вещей<sup>7</sup>, и только тѣ займы, при которыхъ состоящій подъ властью дѣйствительно получаетъ деньги; запрещеніе это не распространяется на тѣ случаи, когда состоящему подъ властью предоставляется удержать въ видѣ займа то, что онъ долженъ<sup>8</sup>.

3) Запрещеніе это не распространяется на займы, заключаемые съ согласія отца семейства, будетъ ли оно дано явно или молчаливо<sup>9</sup>, будетъ ли оно предшествовать займу или послѣдуетъ

послѣ него. Юстиніанъ, ограничить его способность къ заключенію займа на тотъ случай, когда онъ дѣлаетъ заемъ въ виду возможнаго для него приобрѣтенія? И на это Юстиніанъ даетъ отрицательный отвѣтъ. Нѣкоторые выводятъ изъ l. 1 § 3 D. cit. положеніе, что сынъ отвѣтствуетъ въ размѣрѣ владѣннаго имъ, во время предъявленія съ него требованія, *castrense peculium*, и тогда, когда онъ при заключеніи займа не былъ еще солдатомъ. Я полагаю, что слова *·nisi habeat castrense peculium·*, при соображеніи ихъ связи съ предъидущимъ (въ особенности съ § 2), могутъ имѣть отношеніе только къ времени совершенія займа. Съ другой стороны нельзя изъ нихъ вывести того положенія, какъ многіе дѣлаютъ, что сынъ долженъ быть, при заключеніи займа, не только солдатомъ, но дѣйствительно имѣть уже *castrense peculium*. 3) Правила о *peculium castrense* распространяются господствующимъ мнѣніемъ и на *peculium quasi castrense*, а многими и на *peculium adventicium irregulare*. Это и мое мнѣніе. Я не нахожу затрудненія въ распространеніи того, что признано въ источникахъ на счетъ *filinssfamilias* на такихъ сыновей, которые, подобно ему, занимаютъ положеніе, дѣлающее ихъ способными къ приобрѣтенію, напр. на должностныхъ лицъ гражданскаго, придворнаго и церковнаго вѣдомства и адвокатовъ. Заемъ, сдѣланный подобнымъ лицомъ нельзя считать займомъ *in mortem patris*. Но возможность получить подарки отъ императора и его супруги или возможность наступленія случая *pec. adventicium irregulare* не исключаетъ еще займа *in mortem patris*. (См. также *Bl. f. R. Anw. XXXIII. стр. 155 слѣд.*) 4) Дитцель, согласный съ сказаннымъ въ 1 и 2, устраняетъ дѣйствіе сенатусконсульта не только во всѣхъ случаяхъ *pec. quasi castrense* и не только при *pec. adventicium irregulare*, но и при *pec. adventicium regulare*, и приходитъ къ заключенію, что онъ въ настоящее время не примѣнимъ вовсе (стр. 151—152 слѣд.). Но ясно, что перспектива получить удовлетвореніе одинаково не прочна для заимодавца, будетъ ли получатель не способенъ къ приобрѣтенію, или къ отчужденію. 5) Въ рѣшеніи вельфенбюттельскаго аб. ап. суда принято, что стражій, какъ и солдатъ, безусловно способенъ къ заключенію займа (Зейфф. *Arch. XV. 20.*)—Что касается современнаго права, то съ приобрѣтеніемъ самостоятельнаго положенія, обыкновенно связано устройство собственнаго хозяйства, а съ нимъ прекращеніе родительской власти (§ 525 прим. 20).

<sup>7</sup> L. 7 § 3 D. h. t. Гораздо меньше другіе контракты, l. 3 § 3 cod. L. 7 pr. § 2 l. 13 cod. Ср. также l. 3 § 4—l. 6 cod. Безразлично, будетъ ли заемъ безпроцентный или съ платежемъ процентовъ, l. 7 § 9 cod.

<sup>8</sup> l. 3 § 3 D. l. 3 C. h. t.

<sup>9</sup> Положительное согласіе: l. 2 l. 4 l. 5 i. f. l. 7 pr. C. h. t. Ср. l. 12 l. 14 D. cod. Безмолвное согласіе заключается, между прочимъ, въ отсутствіи противорѣчія со стороны отца, знающаго о займѣ, l. 7 § 11. 12 (ср. *si pater ignoravit*) ср. и l. 16 D. h. t.,—предполагая, что сынъ дѣлаетъ заемъ не на чужой счетъ, наприм. въ качествѣ *institor*а другаго, l. 7 § 11 cit. Ср. Дускерсъ р. 46.—Положеніе, что согласіе отца дѣлаетъ заемъ дѣйствительнымъ, рассматривается обыкновенно какъ «исключеніе» изъ сенатусконсульта. Но мнѣ кажется, что оно вытекаетъ непосредственно изъ смысла послѣдняго, какъ ограниченіе его буквальнаго содержанія, понимаемаго слишкомъ широко. Сенатъ хотѣлъ охранить молодыхъ людей отъ займовъ, какъ средство къ пороч-

впослѣдствіи <sup>10</sup>, запрещеніе это не распространяется также на тѣ займы, на которые хотя отецъ семейства и не согласился, но которые онъ долженъ признать за заключенные въ его интересъ <sup>11</sup>.

4) Неблагопріятныя послѣдствія нарушенія этихъ запрещеній не падаютъ на того кредитора, который по извинительному заблужденію принималъ состоящаго подъ властью за самостоятельное лице <sup>12</sup>.

5) Неблагопріятныя послѣдствія нарушенія этого запрещенія заключаются въ томъ, что кредиторъ не имѣетъ права требовать возвращенія переданнаго; точнѣе: его требованію, самому по себѣ основательному, можетъ быть противопоставлено возраженіе <sup>13</sup>.

ному образу жизни, но понятно, что согласіе отца устраняетъ это опасеніе. Сказанное о природѣ этого положенія относится въ равной мѣрѣ къ положеніямъ въ прим. 11 и 12.

<sup>10</sup> L. 7 pr. C. h. t., l. 7 § 15 l. 16 D. cod.

<sup>11</sup> Въ этихъ займахъ заключается *in rem patris versio*. L. 7 § 12—14 l. 17 D. h. t., l. 2 l. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 4, Nov. 115 c. 3 § 13. Дитцель § 9. 10. Въ частности имѣютъ примѣненіе положенія объ *actio de in rem verso*. Согласно съ этимъ сенатусконсульта не имѣетъ мѣста и тогда, когда дитя занимаетъ деньги для удовлетворенія собственныхъ потребностей, которые отецъ удовлетворилъ бы изъ своихъ средствъ, если бы не было сдѣлано займа, l. 7 § 14 l. 2 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 3. Ср. § 483. Я причисляю сюда и l. 7 § 14 D. h. t. «*Si filius accepit mutuan pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summo-veretur, SCi cessabit exceptio*». Я отношу это мѣсто къ долгу отца, уплаченному за него сыномъ. Другіе понимаютъ это мѣсто о собственномъ долгѣ сына и основываютъ на немъ изъятіе слѣдующаго содержанія: если дитя заключаетъ заемъ для удовлетворенія кредитора (Вангеровъ I § 245 прим. пг. 2 d, Синтенисъ стр. 516, Дускерсъ стр. 163 слѣд., [послѣдній отчасти въ отношеніи отвѣтственности самого дитяти], Дитцель), или, въ связи l. 47 § 1 D. de solut. 46. 3, расширяютъ изъятіе въ положеніе, что сенатское постановленіе не примѣнимо и тогда, когда заемъ оправдывается потребностью, и и неотложной потребностью дитяти. Сама по себѣ привлекательна мысль о томъ, что кредиторъ можетъ защищаться противъ сенатскаго постановленія, доказывая, что заемъ сдѣланъ дитятей не для разврата. Но я не думаю, чтобъ римская юриспруденція заходила такъ далеко въ ограниченіи его буквального смысла. Мнѣ кажется, что она признавала опасность, сопряженную съ такимъ взглядомъ и остановилась просто на положеніи: заемъ заключенъ дитятей, какъ таковымъ, законъ же дозволяетъ заемъ съ согласія или для цѣлей отца. Что же касается l. 7 § 14 *cit.*, то слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что, по l. 7 § 12 D. h. t., дѣйствіе сенатусконсульта не уничтожается («*SCo locus erit*»), если дитя дѣлаетъ заемъ у отца для уплаты собственного долга; далѣе, что въ § 11 l. 7 рѣчь идетъ о *voluntas* отца, въ § 12 и 13—объ *in rem patris versio*, въ § 15—о подтвержденіи отца: не правдоподобно ли будетъ отнести къ отцу и § 14? Согласно съ изложеннымъ здѣсь разрѣшено дѣло дрезденскимъ общимъ апелляціон. судомъ, Souff. XI. 229.

<sup>12</sup> L. 3 pr. § 1 l. 19 D. l. 1. 2 C. h. t., ср. l. 10 D. de re iud. 42. 1. (Зейфф. Arch. XXII. 37). Какъ разрѣшить тотъ случай, когда заемъ заключенъ многими лицами въ качествѣ корреаальныхъ кредиторовъ или должниковъ, и заблужденіе имѣется у одного или относительно одного изъ нихъ? Объ этомъ l. 7 § 7. 8 D. h. t. Ср. Дитцель стр. 26 слѣд. 90, 99, Вангеровъ I § 245 прим. пг. 2. а, Дускерсъ стр. 142 слѣд. Дитцель находится и здѣсь подъ влияніемъ своего ошибочнаго взгляда на принципъ сенатусконсульта.

<sup>13</sup> *Exceptio SCi Macedoniani*. Ср. Дитцель стр. 102 слѣд., Шванертъ стр. 346, Дус-

Это возраженіе принадлежитъ состоящему подъ властью не только въ продолженіи существованія отеческой власти, но и послѣ ея прекращенія <sup>14</sup>. Далѣе оно принадлежитъ не только самому состоящему подъ властью, но и отцу семейства, если послѣдній будетъ привлеченъ къ отвѣтственности въ виду предоставленнаго подвластному отдѣльнаго имущества (*peculium*) <sup>15</sup>. Тѣмъ не менѣе это возраженіе не исключаетъ естественнаго обязательства подвластнаго; о томъ, на сколько оно могло пользоваться правовымъ признаніемъ, см. § 41, № 5 <sup>16</sup>.

керсь стр. 36—45. Возраженіе это можетъ быть дѣлаемо и въ исполнительній инстанціи. Байеръ *Verträge* стр. 360, Ветцелль *Civilpr.* § 47 прим. 123, рѣшеніе ростокаго об. ап. суда у Бухи и Буде *Entscheidungen V* нр. 50 присовъ купляетъ слѣдующее ограниченіе: предполагая, что процессъ былъ начатъ еще при существованіи родительской власти—иначе въ непредъявленіи возраженія заключается обязательное признаніе. Тоже Е. А. Зейфф. въ *Seuff. Pand.* § 312 прим. 6. См. объ этомъ ниже примѣч. 17. Достаточно ли доказать, что отецъ жилъ еще при заключеніи займа, или доказательство должно быть направлено на существованіе родительской власти во время заключенія оного? Зейфф. *Arch.* XXII 339 (ср. XV. 36).

<sup>14</sup> «*Etiam post mortem patris*», l. 1 pr. D. h. t., Paul. S. R. II. 10 § I. На это именно время расчитано возраженіе, такъ какъ кредиторъ не имѣетъ возможности прежде получить удовлетвореніе по отсутствію имущества у дитяти.

<sup>15</sup> L. 6 pr. C. l. 7 § 10 D. h. t., см. также l. 9 § 2 cod. Отецъ отвѣтствуетъ по *actio quod iussu, institoria, de in rem verso*, такъ какъ въ случаѣмъ, ими предугадываемымъ, не примѣнимъ сенатусъ-консултъ (нр. 3).— Въ томъ имѣтъ противорѣчія, что въ l. 18 D. h. t. въ связи съ l. 11. 12 D. de *fidci.* 46. 1 признается возможность *actio de peculia* по займу, заключенному вопреки сенатскаго постановленія. Ибо *actio de peculia* направлена лишь противъ обогащенія. Известно, что *actio de peculio* и *actio de in rem verso* составляютъ una *actio* съ двойной кондемнаціей; полное ихъ названіе слѣдующее: *actio de peculio deque eo quod in rem domini etc. versum est*. Впрочемъ можно и по *actio de peculio* требовать то, что пошло въ пользу отца семейства, ср. напр. l. 19 D. de *in rem verso* 15, 3. Предоставленная въ l. 12 § 13 D. *mond.* 17. 1 *actio de peculio* связана положительно съ предположеніемъ, что заемъ изданъ «*contra Senatusconsultum*» (напр. съ вѣдома отца или при *iusta ignorantia* кредитора); l. 3 § 4 i. f. D. de *min.* 4. 4 можно истолковать въ этомъ по крайней мѣрѣ слысѣмъ; l. 1 C. *ne fil. pro patre* 4. 13, если читать ее правильно (не *que contra* вмѣсто *neque si contra*), не даетъ *actio de peculio* при нарушеніи сенатскаго постановленія. Ср. о разногласіи мнѣній Дитцель стр. 59 слѣд., Дускерсъ стр. 72 слѣд.

<sup>16</sup> Въ частности слѣдуетъ замѣтить: естественное обязательство дитяти проявляетъ свое дѣйствіе и въ томъ, что оно не можетъ требовать назадъ уплаченныхъ денегъ (§ 41 прим. 18). Но уплачивая въ состояніи *filiifamilias*, оно платитъ чужія деньги; деньги, принадлежащія къ собственности отца: но имѣетъ ли, по крайней мѣрѣ, послѣдній право требовать таковыя обратно? Безъ сомнѣнія имѣетъ онъ виндикацію, если монеты имѣются еще, но имѣетъ ли онъ облигаторное право требованія, если кредиторъ издержалъ ихъ. Еслибъ на вопросъ этотъ пришлось отвѣчать на основаніи общихъ правилъ, то мы ни минуты не колебались бы въ отвѣтъ: мы бы сказали, что отцу не принадлежитъ право обратнаго требованія, если кредиторъ добросовѣстно потребилъ деньги; ибо хотя кредиторъ обогатился въ размѣрѣ цѣнности полученныхъ имъ денегъ, но онъ въ то же время сдѣлался бѣднѣе на сумму своего требованія (§ 94 прим. 8). Наоборотъ, кредиторъ отвѣтствуетъ, конечно, предъ отцемъ, если онъ потребилъ деньги недобросовѣстно, отвѣтствуетъ на основаніи *rei vindicatio* и *actio ad exhibendum* въ качествѣ *fictus possessor*), *condictio sine causa* и *furtiva*. Если мы засяемъ находимъ,

6) Возражение это утрачивается вследствие отказа от него подвластного, послѣ того, какъ онъ сдѣлался самостоятельнымъ, т. е. вследствие особаго договора, заключеннаго имъ съ кредиторомъ, которымъ состоявшій подъ властью обязывался не дѣлать употребленія изъ этого возраженія. Признание получения займа, сдѣланное не въ видѣ договора, недостаточно<sup>17</sup>. Отказъ, сдѣланный во время существованія родительской власти, не имѣетъ обязательнаго значенія<sup>18</sup>. Возраже-

что изъ двухъ источниковъ, принадлежащихъ одному сочинителю, одинъ даетъ отцу *condictio* (l. 9 § 1 D. h. t.), другой же отказываетъ ему въ этомъ (l. 14 D. de R. C. 12, 1), то естественнѣе всего объяснить это только что указаннымъ различіемъ. Этому не противорѣчатъ и слова: «*examini eventus*» въ первомъ источникѣ. Смыслъ ихъ не тотъ, что отецъ имѣетъ *condictio* при всѣхъ случаяхъ, а тотъ, что отецъ имѣетъ, если не виндикацію, то «во всякомъ случаѣ» кондикцію. Это соединеніе обоихъ мѣстъ было неоднократно дѣлаемо (Глюкъ XIV стр. 318, Унтергольцнеръ I стр. 149 прим. п, Витте *Bereicherungsklagen* стр. 299). Иные полагаютъ, что въ l. 14 *cit.* содержится лишь отказъ въ *condictio ex mutuo*, а не въ *condictio sine causa* (Синтевись II § 108 прим. 48); еще другіе считаютъ противорѣчіе неразрѣшимымъ (Дитцель стр. 122 сѣд., Брицъ стр. 394, Veigt *cond. ob causam* стр. 752 — 754, Дускерсъ р. 89 сѣд.). Пухта *Vorles. zu § 306* придерживается заступаемаго здѣсь мнѣнія, но замѣняетъ въ l. 9 § 1 *cit.* слово «*conditionem*» словомъ «*vindicationem*». И Шванеръ *Naturalob.* стр. 192 сѣд. видитъ въ этой замѣнѣ единственное спасеніе, но учитъ, что отецъ ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ права обратнаго требованія.

<sup>17</sup> Съ этимъ согласенъ Дускерсъ р. 122 сѣд., не такъ господствующее мнѣніе. Здѣсь все сводится къ слѣдующимъ мѣстамъ: а) l. 9 pr. D. h. t. Въ этомъ мѣстѣ говорится ясно, что обезпеченіе долга залогомъ устраняетъ *exc. SC-i* лишь въ размѣрѣ залога (см. впрочемъ и Дербургъ *Pfandrecht* I стр. 548). б) Такъ какъ нѣтъ основанія утверждать, что частичное исполненіе простираетъ свое дѣйствіе даже, чѣмъ обезпеченіе въ части долга залогомъ, то l. 7 § ult. D. h. t. («*Si paterfamilias factus solverit patrem debiti, cessabit SC-um, nec solutum repetere potest*») слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что дѣйствіе сенатусконсульта отпадаетъ относительно улоченного, и потому слѣдуетъ читать въ l. 9 pr. *cit.* вмѣсто «*sed*» — «*sed et*». Объясненіе это принимается отчасти и тѣми, которые обыкновенно допускаютъ признаніе просто, какъ основаніе къ устраненію возраженія, ср. отчетъ у Дитцеля стр. 132, Вангеръ стр. 455. в) l. 2 C. h. t. *Zenodorus si... suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit Mebitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est*. Подъ признаніемъ, о которомъ говорится здѣсь, не необходимо разумѣть иное, чѣмъ то, которое заключается въ новации, т. е. заключеніе юридической сдѣлки, вслѣдствіе которой долгъ трактуется, какъ дѣйствительный, напр. залога, общеніе исполненія, установленія поручительства. Эти юридическія сдѣлки дѣйствительны (по естественному обязательству, лежащему въ ихъ основаніи); но это не значитъ, что они простираютъ дѣйствіе за свои предѣлы, дѣлая обязательной и ту часть долга, которая ими не покрывается. Ср. на счетъ этого смысла слова «*agnoscere*» l. 64 D. de *cond. ind.* 12, 6. Бухва и Будде *Entscheid. d. Ob. Ap. Ger. zu Rostock* V стр. 275 — 277.

<sup>18</sup> Это общее мнѣніе, безъ сомнѣнія вѣрное для того случая, когда отказъ дѣлается при самомъ заключеніи займа. Допущеніе такого отказа находилось бы въ противорѣчій съ цѣлью сенатусконсульта. Должники того сорта, который имѣлъ въ виду сенатъ, готовы будутъ на отказъ лишь бы добыть денегъ. Съ другой стороны не безспорна необходимость отказа, сдѣланнаго послѣ заключенія займа. Еслибъ дитя хотѣло прямо обѣщать кредитору 100 въ видѣ дара, то такое обѣщаніе безусловно дѣйствительно, почему же быть ему не дѣйствительнымъ, когда дитя обѣщаетъ кредитору не воспользо-



ніе не имѣетъ силы при возстановленіи въ прежнемъ состояніи (restitutio)<sup>19</sup>.

## 2. Ссуда. \*

### а) Ссуда въ тѣсномъ смыслѣ слова \*\*

#### а. Понятіе

§ 126. Дать въ ссуду значитъ передать кому либо вещь для опредѣленнаго безвозмезднаго употребленія<sup>1</sup> съ тѣмъ, чтобы вещь эта послѣ ея употребленія была возвращена. Договоръ ссуды совершается принятиемъ ссужаемой вещи<sup>2</sup>.

1) Ссудѣ можетъ подлежать все то, что посредствомъ употребленія, для котораго оно передается, не потребляется, хотя бы оно вообще въ оборотѣ принадлежало къ числу потребляемыхъ вещей<sup>3</sup>. Далѣе ссудѣ можетъ подлежать имущество недвижимое, какъ и движимое<sup>4</sup>. На дѣйствительность договора ссуды не имѣетъ вліянія и то, принадлежитъ ли вещь въ собственность тому, кто отдастъ ее въ ссуду<sup>5</sup>; если же она принадлежитъ принявшему ссуду, то договоръ ссуды дѣйствителенъ лишь въ томъ случаѣ, когда она отдается въ ссуду, какъ завѣдомо принадлежащая принявшему ее<sup>6</sup>, а не при существованіи заблужденія о ея принад-

ваться принадлежащимъ ему возраженіемъ противъ требованія послѣдняго въ 100? Тѣмъ не менѣе и по отношенію къ этому отказу приходится стать на точку зрѣнія общаго мнѣнія въ виду l. 2 C. h. t., которая не допускаетъ доказательства противнаго (выводимаго изъ -suae potestatis factus), при той полнотѣ, съ которой она перечисляетъ случаи отпаденія ex SC-i. Если же для дитяти не обязательно его обновленное обѣщаніе, то тѣмъ менѣе можетъ быть для него обязательенъ отказъ отъ возраженія.

<sup>19</sup> L. II § 7 D. de min. 4, 4.

\* Г. Е. Шмидтъ *das Commodatum und precarium* (1841). Критикъ *Pandektenrecht* § 126 ч. 1 т. I стр. 385—460 (1837).

\*\* Dig. 13, 6 *commodati vel contra*. Cod. 4, 23 *de commodato*. Глюкъ XIII стр. 246—474; Уитергёльцнеръ II стр. 552—560, Синтенисъ II стр. 547—551.

<sup>1</sup> Отдающій остается собственникомъ; онъ сохраняетъ даже юридическое владѣніе, такъ какъ ссудоприиматель владѣетъ отъ его имени (I § 155 прим. 3). L. 8, 9 D. h. t., l. 3 § 20, l. 20 D. de A. v. A. P. 41, 2.

<sup>2</sup> Договоръ ссуды есть реальный договоръ. § 2 J. quib. mod. re 3, 14. «Item is cui res aliqua utenda datur, i. e. obligatur».

<sup>3</sup> L. 3 § 6, l. 4 D. h. t. «Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. Saep̄ enim ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant». L. 18 § I D. de R. C. 12, 1.

<sup>4</sup> Если сообразоваться съ общеупотребительнымъ разговоромъ, то подлежить сомнѣнію, можно ли говорить о «ссудѣ» недвижимости, какъ это было у римлянъ съ выраженіемъ «commodare». Но во всякомъ случаѣ къ предоставленію пользованія недвижимостью примѣнимы тѣ же юридическія положенія, что и къ предоставленію пользованія движимою вещью. L. I § 1 D. h. t., l. 17 pr. D. h. t., l. 17 pr. D. de praescr. verb. 19, 5.—Ссуда безтѣлесныхъ вещей? Шмидтъ въ указ. мѣстѣ Стр. 117, Синтенисъ II § III прим. 1.

<sup>5</sup> L. 15, 16 D. h. t.

<sup>6</sup> Arg. l. 28 D. de A. v. A. P. 41, 2.

лжности <sup>7</sup>. Точно также обязательство принявшего ссуду прекращается, если онъ впоследствии приобрѣтетъ право собственности на ссуженую вещь <sup>8</sup>.

2) Употребленіе, для котораго передается вещь, можетъ быть болѣе или менѣе обширно: оно можетъ быть съ точностью опредѣлено въ договорѣ или можетъ быть выведено изъ побочныхъ обстоятельствъ <sup>9</sup>.

3) Безмездность употребленія есть необходимое условіе договора ссуды. Если выговорена плата, то возникаетъ договоръ имущественнаго найма, если же плата опредѣлена не деньгами, то имѣетъ мѣсто беззиманный договоръ <sup>10</sup>.

### β. Обязательство.

§ 127. Обязательства изъ договора ссуды не подлежатъ общимъ правиламъ, которыя могли бы служить для обсужденія каждаго отдѣльнаго случая. Скорѣе судѣ предоставляется по его усмотрѣнію для каждаго отдѣльнаго случая опредѣлить содержаніе обязательства сторонъ, по соображенію съ общимъ и особымъ содержаніемъ сдѣлки <sup>1</sup>. Основныя положенія суть слѣдующія:

1. Главная часть обязательства <sup>2</sup> изъ договора ссуды заключается въ обязанности принявшего возвратить принятую вещь <sup>3</sup>. Съглавною вещью должны быть возвращены и всѣ принадлежности ея, которыя были отданы въ ссуду вмѣстѣ съ нею <sup>4</sup>; точно также и всѣ выгоды, которыя принявшій извлекъ изъ нея <sup>5</sup>. Если принявшій не можетъ возвратить вещи или не можетъ возвратить ее въ неповрежденномъ состояніи <sup>6</sup>, то онъ отвѣтствуетъ въ возмѣ-

<sup>7</sup> L. 15 D. dep. 16, 3. Cp. l. 45 pr. D. de R. I. 50, 17.

<sup>8</sup> Cp. i. 20 § 3, l. 29 D. de pign. act. 13, 7, l. 9 § 6 D. loc. 19, 2.

<sup>9</sup> Cp. l. 3 § 6, l. 5 § 7, 8, 12, l. 10 pr. D. h. t., l. 76 pr. D. de furt. 47, 2, § 7 J. de obl. quae ex del. 4, 1. Критичъ Samml. von Rechtsfällen I стр. 189 слѣд. Pandectenrecht ч. 1 т. II стр. 387 слѣд. Другаго мнѣнія Шмидтъ, старающійся доказать, что опредѣленность употребленія принадлежитъ къ существу ссуды. См. объ этомъ Вангеровъ III § 691 прим. nr. VI. Синтенисъ II стр. 547 прим. 1 въ концѣ.

<sup>10</sup> § 2 i. f. quib. mod. re 3, 14, l. 5 § 12 D. h. t. l. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19, 5.

§ 127. <sup>1</sup> Римское право выражается объ этомъ положеніи, что *actio commodati* есть *actio bonae fi dei*, § 28. I. de act. 4. 6. Cp. 1 § 46. Прим. 4.

<sup>2</sup> *Actio commodati directa*.

<sup>3</sup> L. 2 pr. D. de R. C. 12. 1. «Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus; alioquin commodatum erit aut depositum.»—Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принимать, что воля сторонъ была, чтобы получатель возвратилъ самую полученную вещь. См. § 38 прим. 3.

<sup>4</sup> L. 5 § 9. 13 D. h. t., l. 14 § 15 D. de furt. 42. 2.

<sup>5</sup> L. 38 § 10 D. de usur. 22. 1, l. 14 § 15 D. de furt. 47. 2. O. I. 22 pr.—§ 3 C. h. t. (Cp. § 79 прим. 12) ст. Йерингъ Abhandlungen стр. 48—50, Моммзенъ Erörterungen 1 стр. 93. 94.

<sup>6</sup> L. 3 § 1 D. h. t. «Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita,

щени ущерба не только въ томъ случаѣ, когда невозможность приистекла отъ злаго умысла, но и въ томъ, если она произошла отъ его неосторожности <sup>7 8</sup>, развѣ договоръ ссуды, по исключенію, былъ заключенъ не въ интересъ принявшаго, но въ интересъ отдавшаго <sup>9</sup>; за случайность принявшій отвѣчаетъ только тогда, если это было положительно выговорено <sup>10</sup> или въ случаѣ утайки <sup>10а</sup>. Что касается срока возвращенія, то принявшій не обязанъ возвращать ссуженой вещи ранѣе опредѣленнаго договоромъ срока, а если онъ не былъ опредѣленъ, то ранѣе окончанія употребленія вещи <sup>14</sup>. Эти правила не имѣютъ мѣста: а) если получившій ссуду злоупотребляетъ ссуженою вещью <sup>12</sup>, в) если отдавшій въ ссуду самъ нуждается въ вещи, а для получивша-

*non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quod interest praestetur; proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur.*

<sup>7</sup> Обыкновенная, неквалифицированная небрежность, *levis culpa* (§ 17 прим. 8).

<sup>8</sup> L. 5 § 2. 15 l. 10 pr. l. 18 pr. D. h. t., l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7, § 2 l. quib. mod. re 3. 14. Cp. l. 5 § 4—7. 9. 13. 14 l. 12 § 1 l. 19 l. 20 l. 23 D. h. t.

<sup>9</sup> L. 5 § 10 D. h. t.:—*«si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit...»* L. 10 § 1 l. 12 pr. eod. O l. 18 pr. i. f. D. h. t. et. Tacce Culpa § 47, Синтенисъ II. § 111 прим. 16, Дернбургъ Pfandrecht I стр. 151.

<sup>10</sup> L. 1 C. h. t., l. 21 § 1 D. h. t. Сюда относятся и тотъ случай, когда вещь дается съ обозначеніемъ ея цѣны, въ томъ смыслѣ, что имѣть быть возвращена или вещь, или цѣна ея. L. 5 § 3 D. h. t., cp. l. 7 § 5 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Chambon Beiträge стр. 15 слѣд. То обстоятельство, что получатель обязанъ возмѣстить вредъ при случайной потерѣ или поврежденіи, если случай былъ послѣдствіемъ завѣдомо неправильнаго употребленія (l. 5 § 7 D. h. t., l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7, § 2 l. quib. mod. re 3. 14),—не составляетъ исключенія изъ того положенія, что принимаемый отвѣтствуетъ лишь за *culpa*. Если онъ привлекается къ отвѣтственности, то, собственно говоря, за *culpa*, которая заключается въ завѣдомо неправильномъ употребленіи вещи; но основаніемъ подобной отвѣтственности служить не прямое послѣдствіе этой вины, а косвенное: не будь неправильнаго употребленія, вещь не подверглась бы случайности. Впрочемъ, завѣдомо неправильное употребленіе вещи подходит и подъ понятіе о *furtum*. L. 5 § 8 D. h. t., l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, § 6 l. 7. l. de obl. quae ex del. 4. 1.

<sup>10а</sup> *Furtum rei*. Принимаемый отвѣтствуетъ въ этомъ разѣ по правиламъ *condictio furtiva* (§ 177), установленнымъ для случая, который не находится ни въ какой причинной связи съ *furtum*. Arg. l. 1 § 25 D. h. t. (§ 130 прим. 8а).

<sup>11</sup> L. 5 pr. l. 17 § 3 D. h. t., c. un. X. de commod. 3. 15. L. 17 § 3 cit. *«Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est, commodare: ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotiam invicem; et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudaе voluntatis fuerat, converti in mutuas praestaciones actionesque civiles.»* Примѣры въ самыхъ источникахъ. Шмидтъ въ указ. м. стр. 184 слѣд.

<sup>12</sup> Arg. l. 3 C. de loc. 4. 65.

го ея не произойдетъ несоразмѣрнаго ущерба отъ ея возвращенія<sup>13</sup>.

2. Возможно, что изъ договора ссуды возникнетъ право въ пользу получившаго ссуду противъ отдавшаго, именно<sup>14</sup> вслѣдствіе необходимыхъ и необыкновенныхъ издержекъ<sup>15</sup>, далѣе вслѣдствіе ущерба, причиненнаго отданной въ ссуду вещью, причеиъ отдавшій въ ссуду, если договоръ по исключенію не былъ заключенъ въ интересахъ послѣдняго, отвѣчаетъ только за злой умыселъ<sup>16</sup>. Принявшій въ ссуду можетъ осуществить свое обратное требованіе посредствомъ удержанія (retentio), при требованіи возвращенія (§ 103), или посредствомъ особаго иска<sup>17</sup>.

б) *Дача на поддержаніе впродъ до усмотрѣнія (Precarium)\*.*

§ 128. Отъ ссуды въ собственномъ смыслѣ должно отличать тѣ случаи, когда отдается вещь для пользованія, причеиъ отдающій въ ссуду не хочетъ обязаться самъ и когда нѣтъ основанія предполагать, чтобы онъ захотѣлъ обязать противную сторону чѣмъ либо инымъ, кромѣ того, что предполагается само собою, то есть возвращеніемъ полученнаго. Сюда относятся тѣ случаи взаимныхъ услугъ, къ которымъ стороны не желаютъ примѣнить строго юридическій масштабъ. На нѣмецкомъ языкѣ нѣтъ выраженія, которымъ опредѣлялись бы особенности этого понятія и отличіе его отъ договора ссуды въ собственномъ смыслѣ слова<sup>1</sup>; римляне употребляли для этого выраженіе precarium<sup>2</sup>.

<sup>13</sup> Ст. Унтергольцнеръ стр. 555, который замѣчаетъ въ примѣчаніи g: «что касается этого исключенія, то не слѣдовало бы такъ упорно держаться l. 3 C. de loc. 4. 65 (такъ какъ трудно предположить, чтобы законъ этотъ разрѣшилъ прогнать нанимателя безъ всякаго вознагражденія, если помѣщеніе понадобится самому хозяину), а скорѣе имѣть въ виду требованіе bona fides, которая присуща commodatum'y. См. также Сивтенисъ § 111 прим. 7, и Шмидтъ стр. 185.

<sup>14</sup> См. кромѣ того l. 17 § 3 D. h. t., l. 17 § 5 eod. (ср. l. 2 D de cond. sine causa 12. 7), l. 21 pr. oed.

<sup>15</sup> L. 18 § 2 D. h. t. «Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, velut de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendive eius causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut, sicut cibariorum, ad eundem pertineant.» L. 15 § 21. 59 D. de furt. 47. 2, Paul. S. R. II. 4 § 1.

<sup>16</sup> L. 17 § 3 l. 18 § 3 l. 22 D. h. t., l. 61 § 6 D. de furt. 47. 2.

<sup>17</sup> Actio commodati contraria. L. 18 § 4 D. h. t., l. 15 § 21, 59 D. de furt. 47. 2.

§ 128. \* Dig. 43, 26 de precario. Cod. 8, 9 de precario et Salviano interdicto.—0 прекаріумъ, кромѣ поименованнаго въ предъидущемъ § сочиненія Шмидта, трактуеть: Булангъ das Precarium (1846). Унтергольцнеръ II, стр. 564—568, Сивтенисъ II, стр. 551—556, Вангеровъ III, § 691 прим. Си. также Рауда der Besitz nach österr Recht стр. 275 слѣд. (ср. I § 154 прим. 4), Дегенкольбъ Platzrecht und Miethe стр. 170 слѣд.

<sup>1</sup> Не «Bittvertrag» ли? «Bittbesitz?» «Vergünstigung?»

<sup>2</sup> Первоначально римляне трактовали о прекаріумъ, игнорируя его договорный ха-

Согласно сказанному, обязательство принявшего вещь <sup>3</sup> ограничивается возвращением вещи; за невозвращение вещи до судебного решения принявшей оную присуждается к возвращению двойной стоимости ее <sup>4</sup>. Если получивший вещь не имеет ее больше у себя, то он отвечает только за злой умысел, ибо за умысел отвечает всякий, независимо от договорных соглашений; за неосторожность он не отвечает <sup>5</sup>. С другой стороны он обязан вернуть вещь по первому требованию отдавшего ее; если даже было договорено о времени возвращения, то это не может быть толкуемо в том смысле, что получивший имеет ка-

раκτήрь. При отказе в возвращении вещи, принятель отвечал первоначально исключительно, как за нарушение чужого владения (*interdictum de precario*, I § 160 п. 2). Эта сторона охранения решительно выступает на первый план в наших источниках; лишь в немногих местах указывается на договорную природу отношения. См. прим. 3 и ср. I. 14 D. h. t., I. 14 § 11 D. furt. 47. 4.—В источниках говорится о прекариуме, как об институте, рассчитанном собственно на недвижимые имущества и впоследствии только распространено на движимость. I. 4 пр. D. h. t. «In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constituit. Ср. Isidorii orig. V. 25. «Precarium est, dum creditor rogatio permittit, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere». Этим существенно подкрепляется предположение Нибура, что прекариум составляло первоначально формуленного отношения между патроном и клиентом по владению крестьянами публичными полями (*ager publicus*). Ср. Савиньи *Besitz* стр. 562 слѣд. (463 слѣд.). Практическое применение прекариума представляется по источникам в слѣдующем видѣ: закладприниматель (первоначально *creditor fiduciarius*, Gai II. 60, Isidor. l. c.) возвращает закладчику временное владение и пользование заложенной вещью, I. 6 § 4 l. 4 D. h. t. (ср. Дербург Pfandg. II. стр. 77—79. 81—85, также Дегенкольт в указ. и. стр. 177 слѣд.); продавец предоставляет покупщику предварительное владение и пользование вещью, т. е. до уплаты покупной цѣны, или до того времени, какъ определится, состоялась ли окончательно купля-продажа, или нѣтъ, I. 20 D. h. t., I. 13 § 21 D. de A. E. V. 19. 1, I. 11 § 12 D. quod vi aut clam. 43—24.—Было мнѣніе, что римское различіе между *precarium* и *commodatum* покоится исключительно на историческихъ основаніяхъ и не можетъ поэтому имѣть значенія для современнаго права. Въ такомъ смыслѣ высказывался Критцъ *Sammlung von Rechtsfällen* I. nr. 14 и *Pandektenrecht*. Противъ этого мнѣнія направлена преимущественно книга Г. Е. Шмидта (§ 126<sup>6</sup>); см. далѣе Вангеровъ въ указ. м. nr. VI и въ новѣйшее время Ранда въ указ. м. стр. 276 прим. 10. Не такъ далеко, какъ Критцъ, идетъ Бринцъ стр. 87. Если сказанное въ текстѣ вѣрно, то существуетъ различіе между *precarium* и *commodatum* въ идеѣ, которая для насъ столько же жива, сколько для римлянъ, хотя по обстоятельствамъ можетъ оказаться затруднительнымъ опредѣлить, какое изъ этихъ двухъ правоотношеній желала установить стороны. Но Шмидтъ въ прив. м. стр. 100 преувеличиваетъ, говоря, что *precarium* есть «чисто фактическое отношеніе», которое становится отношеніемъ юридическимъ лишь вслѣдствіе привлеченія получателя къ ответственности.

<sup>3</sup> *Actio praescriptis verbis*. I. 2 § 2 l. 19 § 2 D. h. t., I. 23 D. de R. I. 50. 17, Paul. S. R. V. 6 § 10.

<sup>4</sup> I. 10 C. unde vi 8. 4, I. 34 C. de loc. 4. 65 (§ 15 прим. 10. 15).

<sup>5</sup> Что это примѣняется не только къ *interdictum de precario* (I. 2 D. h. t.), но и къ договорнымъ искамъ, показываетъ I. 23 D. de R. I. 50. 17. «Contractus quidam dolum malum tantum recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium...»

кое либо право на удержаніе <sup>6</sup>. Точно также получившій вещь не может имѣть притязаній на возмѣщеніе ему издержекъ или ущерба, причиненнаго ему отданной вещью <sup>7</sup>.

Относительно прекаріума вещей, которыя не принадлежатъ въ собственность отдавшему ихъ или принадлежатъ въ собственность принявшему, дѣйствуютъ тѣ же правила, что и при договорѣ ссуды (§ 126 № 1, въ концѣ) <sup>8</sup>.

### 3. ОТДАЧА НА ХРАНЕНІЕ \*.

#### а) Обыкновенный случай.

##### α. Понятіе.

§ 129. Отдать вещь въ поклажу (deponere) значитъ передать ее кому либо на безвѣдное сохраненіе <sup>1</sup>; при возмездности сохраненія возникаетъ другая сдѣлка <sup>2</sup>. Договоръ поклажи совершается самимъ принятіемъ вещи на храненіе <sup>3</sup>.

Поклажа предполагаетъ движимую вещь <sup>4</sup>; впрочемъ родъ отдаваемой на сохраненіе вещи безразличенъ. Относительно того, когда отданная на сохраненіе вещь не принадлежитъ отдавшему или когда она принадлежитъ въ собственность принявшему ее,

<sup>6</sup> L. 1 pr. § 2 l. 2 l. 15 pr. D. h. t.; l. 12 pr. eod.

<sup>7</sup> Нигдѣ въ нашихъ источникахъ не говорится о такихъ встрѣчныхъ искахъ.

<sup>8</sup> L. 4 § 3 l. 6 § 4 D. h. t., l. 1 § 11 D. de itin. 43. 19, l. 23 D. de R. I. 50. 17.

129. \* Dig. 16. 3 Cod. 4. 34 depositi vel contra.—Глюкъ XV стр. 137—238; Унтергольцнеръ II стр. 659—673, Сивтенисъ II § 112. Трактатъ Ашера представляетъ собою историко-юридическое сочиненіе, ср. вообще Арндтъ въ Haimel's V. I. Schr. XVII. 8.

<sup>1</sup> L. 1 pr. D. h. t. «Depositum est, quod custodiendum alicui datum est.» Но это не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что поклажеприниматель принимаетъ на себя обязанность хранить вещь, быть особенно дѣтельнымъ въ храненіи; онъ даетъ лишь помѣщеніе на томъ концѣ, чтобъ вещь хранилась въ немъ. L. 1 § 12 D. h. t. «Quodsi rem tibi dedi, ut . . . tu custodires. . . videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem; quia plenus fuit mandatum, habens et custodiae legem.»

<sup>2</sup> L. 1 § 8—10 D. h. t.

<sup>3</sup> Договоръ поклажи есть договоръ реальный. L. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7, § 3. 1 quib. mod. re 3. 14.—Это отрицаетъ, для современнаго права, Унгеръ Jahrbuch. f. Dogmatik. VIII стр. 16 слѣд., который утверждаетъ, что по современному праву договоръ поклажи есть договоръ консенсуальный. Унгеръ упускаетъ изъ виду, что въ безконечномъ числѣ случаевъ стороны не желаютъ установить для поклажепринимателя отвѣтственность, до дѣйствительнаго принятія имъ поклажи. Договоръ, направленный на принятіе на храненіе, считаю и я консенсуальнымъ договоромъ, не только относительно обязанности принимать на храненіе, но и обязанности возвращать поклажу. Поклажеприниматель называется въ источникахъ depositarius (выраженіе commodatarius не согласно съ источниками). Но слово depositarius употребляется также для обозначенія отдающаго на храненіе, l. 7 § 2. 3 D. h. t.

<sup>4</sup> Это вытекаетъ изъ понятія поклажи. Можно сторожить недвижимую вещь, но нельзя отвести ей помѣщеніе для храненія въ немъ. Ср. Сивтенисъ въ указ. м. прим. 8.

дѣйствуютъ тѣ же правила, какъ и при договорѣ ссуды (§ 126 № 1, въ концѣ) <sup>5</sup>.

β. Возникающія изъ договора поклажи обязательства.

§ 130. Договоръ поклажи, также какъ и договоръ ссуды не подходитъ подъ одну, строго опредѣленную правовую норму; и здѣсь рѣшительное значеніе имѣетъ усмотрѣніе судьи, основанное на намѣреніи сдѣлки <sup>1</sup>. Главнѣйшія основанія суть слѣдующія:

1. Главное обязательство, возникающее изъ договора поклажи, <sup>2</sup> есть обязательство принявшаго вещь возвратить такую. Исполненія этого обязательства принявшій не можетъ избѣжать даже ссылкой на свое право собственности на требуемую вещь, если оно оспаривается отдавшимъ въ поклажу; онъ обязанъ возвратить вещь и затѣмъ особымъ искомъ можетъ осуществить свое право собственности <sup>3</sup>. Если онъ не можетъ возвратить отданной на сохраненіе вещи или не можетъ возвратить ее въ неповрежденномъ видѣ <sup>4</sup>, то онъ отвѣчаетъ только за злой умыселъ, а не за небрежность <sup>5</sup>; развѣ договоръ поклажи по исключенію совершенъ въ его интересъ <sup>6</sup>, или онъ самъ вызвался на принятіе вещи на сохраненіе <sup>7</sup>, или онъ по договору принялъ на себя отвѣтственность за неосторожность <sup>8</sup>, или наконецъ оказался виновнымъ въ утайкѣ <sup>9a</sup>. Въмѣстѣ съ вещью должны быть возвращены

<sup>5</sup> L. 1 § 39 I. 31 § 1 D. h. t. (ср. Nov. 88 с. 1); l. 15 eod., l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

<sup>1</sup> Actio depositi est actio bonae fidei. § 28 I. de act. 4. 6, l. 1 § 23 D. h. t. § 130.

<sup>2</sup> Actio depositi directa.

<sup>3</sup> L. 11 C. h. t. (v. actiones personales vel in rem).

<sup>4</sup> L. 5 § 16 D. h. t. «Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest».

<sup>5</sup> L. 1 § 10 l. 32 D. h. t. и чаще тамъ же, l. 1 C. eod.; Coll. X. 2 § 1. 4, 7 § 6. Унтергольцнеръ стр. 666: «Это естественно, такъ какъ въ отношеніи вѣтъ ничего такого, изъ котораго можно было бы вывести обязанность пещись въ собственномъ смыслѣ; справедливость же то же не требуетъ, чтобы отвѣтственность кого нибудь, не имѣющаго выгоды отъ сдѣлки, простиралась дажѣ недобросовѣстности». L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7. Ср. также Йерингъ das Schuldmoment im röm Privatrecht стр. 30 слѣд. [Кируальфъ Entscheidungen de OAG. zu Lübeck 1867 стр. 1017 слѣд.]

<sup>6</sup> Ср. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ этомъ мѣстѣ (отдача на храненіе денежной суммы съ тѣмъ, что поклажеприниматель можетъ употребить ее, въ случаѣ надобности, заимообразно) послѣдній отвѣчаетъ даже за casus.

<sup>7</sup> L. 1 § 35 D. h. t. Ср. также Зейфф. Arch. V. 135.

<sup>8</sup> L. 1 § 6 35 D. l. 1 C. h. t. Можно по договору принимать на себя отвѣтственность даже за случай, не нарушая сущности договора, l. 7 § 15 D. de pact. 2. 14. Отвѣтственность за случай, составляющій послѣдствіе виновнаго (dolose) отношенія къ вещи, разумѣется само собою въ силу общаго правила (§ 127 прим. 10).

<sup>9a</sup> L. 1 § 25 D. h. t. «Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes.» Ср. § 127 прим. 10a; также Йерингъ въ указ. м. стр. 31 прим. 62.

и всѣ принадлежности ея, вмѣстѣ съ которыми она была отдана на сохраненіе<sup>9</sup>; точно также и тѣ плоды, которыя она принесла у поклажепринимателя<sup>10</sup>. Возвращеніе должно послѣдовать по первому требованію отдавашаго на сохраненіе; определенное договоромъ время возвращенія не имѣетъ того смысла, чтобы поклажеприниматель могъ удержать вещь до истеченія этого времени<sup>11</sup>. Если поклажа состоялась во время крайности<sup>12</sup>, то въ случаѣ невозвращенія принятой на сохраненіе вещи, поклажеприниматель присуждается къ возвращенію двойной стоимости ея<sup>13 14</sup>.

2. Возможно, что поклажеприниматель получаетъ противъ отдавашаго на сохраненіе обратное требованіе, именно вслѣдствіе необходимыхъ или другихъ издержекъ, упавшихъ на поклажепринимателя<sup>15</sup>, далѣе вслѣдствіе ушерба, причиненнаго ему отданной на сохраненіе вещью, при чемъ отдавшій на сохраненіе отвѣчаетъ не только за злой умыселъ, но и за неосторожность<sup>16</sup>; но это обратное требованіе можетъ быть осуществлено только искомъ<sup>17</sup>, а не удержаніемъ вещи<sup>18</sup>.

### б) *Особенные случаи.*

#### α. Такъ называемое *depositum irregulare*.

§ 131. При отдачѣ на сохраненіе замѣнимыхъ вещей можетъ быть договорено, что получающій ихъ становится собственникомъ ихъ и обязывается лишь къ возвращенію того же количества

<sup>9</sup> O. l. 1 § 5 D. h. t. Унтергольцнеръ § 661 а, Спитенисъ прим. 18, Йерингъ Jahrb. f. Dogm. I стр. 35. См. также l. 1 § 41 D. h. t.

<sup>10</sup> L. 38 § 10 D. de usur. 22. 1, l. 1 § 24 l. 28 D. h. t. Поклажеприниматель обязанъ возратить и выгоды, которыя онъ получаетъ чрезъ собственное употребленіе отданной на сохраненіе вещи. L. 28 D. l. 3. 4 C. h. t.

<sup>11</sup> L. 11 i. pr. C. h. t., l. 1 § 22. 45, 46 D. h. t.

<sup>12</sup> Такъ назыв. *depositum miserabile*.

<sup>13</sup> L. 1 § 1—4 l. 18 D. h. t., § 17 l. de act. 4. 6. Ср. § 15 примѣч. 9. 15. Ср. также Paul. S. R. II. 12 § 11. «Ex causa depositi lege XII tabb. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.» Ср. Арндтс (цит. подъ § 129\*) стр. 191 слѣд., Йерингъ въ указ. м. стр. 32.

<sup>14</sup> Въ какой мѣрѣ отвѣтствуетъ государство по судебной поклажѣ? См. Зейфф. Arch. II. 159, III. 327, [VII. 321]. Ср. § 222 прим. 4 и Зейфф. Pand. II. § 316 прим. 4а.

<sup>15</sup> L. 23 l. 12 pr. D. h. t.

<sup>16</sup> L. 61 § 5 D. de furt. 47. 2.

<sup>17</sup> Actio depositi contraria.

<sup>18</sup> L. 11 C. h. t. Ср. Coll. X. 2 § 5 и Унтергольцнера § 660 о, Спитенисъ прим. 28, Зейфф. Pand. § 316 примѣч. 15.

§ 131. \* Neustetel въ Neustetel и Zimmern Römisch-rechtliche Untersuchungen стр. 1 слѣд. (:821). Шафратъ praktische Abhandlungen стр. 97 слѣд. (1841). А. К. П. Шмидтъ Arch. f. civil. Prax. XXX. 3 (1847). Геймбахъ Lehre vom Creditum стр. 431 слѣд. (1849). Эндеманъ Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 58 слѣд. (1861). Вангровъ III § 630 прим. (7 изд. 1869). См. также Брицъ стр. 439—441.



однородныхъ вещей <sup>1</sup>. Въ этомъ случаѣ поклажеприниматель несетъ рискъ поклажи, но за то пользуется употребленіемъ вещей, при чемъ однако за такое пользованіе можетъ быть условлено и вознагражденіе <sup>2</sup>. Отъ займа <sup>3</sup> сдѣлка эта отличается своею цѣлью <sup>4</sup> и поэтому она относится по правовымъ своимъ особенностямъ не къ договору займа, а къ договору поклажи <sup>5</sup>. Если условлено, что принявшій на сохраненіе можетъ, по своему усмотрѣнію, возвратить или то, что ему отдано, или одинаковое количество такихъ же вещей, то эта сдѣлка будетъ обыкновенной поклажей, которая однако обратится въ изложенный здѣсь случай тѣмъ, что поклажеприниматель начнетъ пользоваться отданными ему вещами какъ своими <sup>6 7</sup>.

<sup>1</sup> Новѣйшіе писатели говорятъ въ этомъ случаѣ о *depositum irregulare*. Договоръ этотъ можетъ быть заключаемъ и безмолвно. L. 31 D. loc. 19. 2.—*«Si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere.* Ср. l. 25 § 1 D. h. t. O. l. 24 D. h. t. См. Вангеровъ нг. II 6.

<sup>2</sup> L. 24 l. 26 § 1 l. 28 D. h. t. Тамъ, гдѣ условлены проценты, предполагается обыкновенно, что намѣреніе сторонъ было установить заемъ, а не поклажу L. 24 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 7 § 2 D. h. t. Зейфф. Arch. XVI 211.—Мнѣніе (Нейштетель стр. 11, Вангеровъ нг. II, Эндеманъ стр. 59), что поклажеприниматель обязанъ платить проценты и безъ обѣщанія таковыхъ, если онъ употребляетъ въ свою пользу полученныя деньги, находится въ противорѣчій съ l. 24 i. f. и l. 25 § 1 D. h. t., и не оправдывается также ни сущностью сдѣлки, потому именно, что поклажеприниматель принимаетъ на себя рискъ, ни l. 29 § 1 D. h. t., которая, въ связи съ l. 24 и l. 25 § 1 cit., имѣетъ лишь тотъ смыслъ, что въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ этомъ мѣстѣ, имѣется *actio depositi*, посему возможно само по себѣ присужденіе къ платежу процентовъ. Ср. примѣч. 5 и 6, ст. также Шмидтъ стр. 85 слѣд.

<sup>3</sup> Не безспорно, что между *depositum irregulare* и займомъ существуетъ различіе. См. Вангеровъ въ прив. и. Эндеманъ стр. 61 признаетъ даже — конечно несправедливо общимъ мнѣніемъ, — что объ сдѣлки во всѣхъ существенныхъ пунктахъ юридической конструкціи тождественны.

<sup>4</sup> Заемъ дается въ интересахъ должника, или — при процентномъ займѣ — въ интересѣ обоихъ контрагентовъ; на сохраненіе же отдается въ интересѣ отдающаго.

<sup>5</sup> Для римлянъ имѣло особенную важность то, что *actio depositi* допускала, въ качествѣ *actio bonae fidei*, присужденіе процентовъ изъ неформального договора и изъ просрочки. L. 4 C. h. t., l. 25 § 1 l. 26 § 1 l. 28 l. 29 § 1 D. h. t. Засимъ *actio depositi* влекла за собою инфамію, l. 1 D. de his qui not. 3. 2. И для современного права имѣютъ значеніе слѣдующіе пункты: а) требованіе изъ поклажи не подлежитъ компенсаціи (§ 102 прим. 24); б) оно не подлежитъ *exceptio non numeratae pecuniae* (§ 124 прим. 14); в) оно пользуется конкурсной привилегіей (§ 23 прим. 11 и 12).

<sup>6</sup> Слѣдовательно до того времени поклажеприниматель не несетъ риска полученной вещи. Несправедливо усматриваетъ Бринцъ въ указанномъ мѣстѣ въ этомъ случаѣ самый настоящій случай *depositum irregulare*, въ не переходъ риска на поклажепринимателя — характеристическое этой сдѣлки по отношенію къ займу. О поименованномъ случаѣ слѣдуетъ понимать l. 24 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5, можетъ быть и l. 29 § 1 D. h. t. (*«Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius pecuniae praestare mihi cogitur»*), хотя скорѣе можно принимать, что дозволеніе, о которомъ говорить это мѣсто, дано позднѣе. Вирочемъ мѣсто это объясняется весьма различно; см. объ этомъ Гушке *Zeitschr. f.*

β. Секвестръ \*.

§ 132. Особымъ случаемъ примѣненія поклажи является далѣе тотъ, когда отдача на сохраненіе нѣсколькими лицами производится съ цѣлью изъять отдаваемую на сохраненіе вещь изъ распоряженія всѣхъ <sup>1</sup>; это называется секвестромъ <sup>2</sup>. Кому и когда должна быть возвращена вещь, — разрѣшается самимъ договоромъ <sup>3</sup>. Въ другихъ отношеніяхъ къ этому виду поклажи не примѣняются никакія особыя правила <sup>4</sup>. Возможенъ впрочемъ случай, когда договоръ о выдачѣ вещи третьему лицу будетъ договоромъ порученія или найма <sup>5</sup>; названіе секвестраціи примѣняется и къ этому случаю.

Секвестрація можетъ послѣдовать добровольно или по требованію суда. Она можетъ совершиться и при посредствѣ суда <sup>6</sup>.

Civilr. u. Pr. N. F. II. стр. 151, Вангеровъ N. II. 5, Эмерихъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. стр. 117—119.—Позволеніе употребить отданныя на сохраненіе деньги можетъ быть даваемо въ намѣреніи доставить поклажепринимателю заемъ, какъ при отдачѣ на сохраненіе l. 4 pr. l. 10 D. de R. C. 12. 1, l. 1 § 34 D. h. t.), такъ и вполнѣдствіи (l. 9 § 9 D. de R. C. 12. 1, Paul. S. R. II. 12. § 9). Въ первомъ изъ этихъ случаевъ ответственность переходитъ къ принимающему тотчасъ по l. 4 pr. cit.

<sup>7</sup> Къ сказанному въ предыдущемъ ср. еще Толь Handelsr. I. § 111 (стр. 588 внизу). «Купецъ не даетъ въ займы, но принимаетъ таковыя въ качествѣ должника. Капиталъ называется въ такомъ случаѣ вкладомъ (Depositengeld), счетъ conto a deposito, но названіе не измѣняетъ желаемого займа.» Къ этому прибавлено въ примѣчаніи\*: «Depositum irregulare можетъ быть заключаемо съ купцомъ, именно съ банкиромъ. Въ случаѣ сомнѣнія, есть ли сдѣлки depositum irregulare или заемъ, слѣдуетъ принимать послѣднее.» Напротивъ Эндеманъ стр. 64 говоритъ, что «торговое depositum irregulare есть заемъ, но заемъ безъ кредитной продажи.»

\* Ср. Мутеръ Sequestration und Arrest im römischen Recht стр. 35 слѣд. (1856). (Сочиненіе это, долженствующее служить приготовительной работой къ ученію объ арестовомъ процессѣ по общему праву, смотритъ на секвестрацію преимущественно съ точки зрѣнія ея процесуальнаго значенія).

§ 132. <sup>1</sup> Главнѣйшій случай тотъ, гдѣ каждый заявляетъ право на вещь. l. 17 D. h. t., l. 110 D. de V. S. 50. 16, l. 11 § 2 D. de recepti. 4. 8. Но случай этотъ не единственный; напр. дѣло идетъ о наследственномъ документѣ при многихъ наследникахъ, l. 5 D. fam. ergisc. 10. 2, l. 5 C. comm. utr. iud. 3. 30. См. также l. 5. 6 C. h. t., l. 22 § 8 D. sol. matr. 24. 3. Мутеръ стр. 195—222. Зейфф. Arch. V. 277, IX. 275. Необходимую общность содержитъ въ себѣ опредѣленіе въ l. 6 D. h. t. «Proprie autem in sequestro est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur.»

<sup>2</sup> Sequester происходитъ отъ Secus, какъ equester отъ equus, silvester отъ silva и т. п. (ср. sequius—secius), и означаетъ того, кто стоитъ въ сторонѣ, а не на той или другой сторонѣ, слѣдовательно безпристрастнаго (а въ дальнѣйшемъ развитіи—посредника, примирителя, фактора, сводника). Ср. Мутеръ стр. 3 слѣд.

<sup>3</sup> L. 6 D. h. t. (прим. 1):—«certa condicione.» L. 5. 6. C. h. t.

<sup>4</sup> Ср. l. 5 § 1. 2 l. 12 § 2 D. h. t.

<sup>5</sup> Ср. l. 9 § 3 de dolo 4. 3.

<sup>6</sup> Ср. напр. l. 5 C. quod. appell. 7. 65.

## 4) З а л о г ъ. \* (6)

## а. П о н я т і е.

§ 133. Подъ залогомъ должно понимать собственно отдачу вещи въ закладъ. Посредствомъ принятія вещи со стороны кредитора возникаетъ между нимъ и отдавшимъ вещь договоръ<sup>1</sup>, который, какъ и договоры ссуды или поклажи, налагаетъ обязательства на обѣ стороны. При этомъ безразлично, возникаетъ ли изъ передачи дѣйствительное залоговое право, или нѣтъ<sup>2</sup>. Относительно того случая, когда въ закладъ отдается вещь, принадлежащая принимающему ее, дѣйствуютъ тѣ же правила, что и относительно ссуды и поклажи (§ 126, № 1 въ концѣ, § 127, въ концѣ)<sup>3</sup>. Въ дальнѣйшемъ развитіи своемъ римское право сравнило непосредственную отдачу вещи въ закладъ съ установленіемъ залога простымъ соглашеніемъ; такимъ соглашеніямъ, при одинаковыхъ условіяхъ, устанавливались такія же отношенія, какъ и изъ отдачи вещи въ закладъ<sup>4</sup>. Основные положенія договора залога распространены по аналогіи и на тѣ случаи, когда залогъ устанавливался не посредствомъ договора, а въ силу закона или судебного опредѣленія<sup>5 6</sup>.

\* Dig 13. 7 de pignoratitia actione vel contra. Cod. 4. 24 D. pignoratitia actione.— Дернбургъ Das Pfandrecht I § 16—19 (1860). Штельцель Arch. f. civ. Prax. XLV. II. (1862). А. Шмидтъ die Grundlagen der Cession I § 12 (1863). Глюкъ XIV стр. 1—77; Унтергольцнеръ II. стр. 849 слѣд., Синтенисъ 1 стр. 621—624.

<sup>1</sup> Договоръ залога есть реальный договоръ. L. 1 § 6 D. de O. et A. 44. 7, § 4 § 13 I, quib. mod. re 3. 14.

<sup>2</sup> Ср. напр. l. 9 § 4 l. 11 § 2 D. h. t., l. 9 pr. l. 32 D. h. t.

<sup>3</sup> L. 45 pr. de R. I. 50. 17, l. 20 § 3 l. 29 D. h. t.

<sup>4</sup> Ср. напр. l. 7 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 4. 7 C. h. t. Дернбургъ стр. 140. Шейерль Krit. VJSch. IV стр. 44 (ср. Брицъ стр. 315) ищетъ связи этого распространенія въ томъ, что и въ закладъ посредствомъ стипуляціи лежитъ исполненіе, доставленіе вещнаго закладнаго права, вслѣдствіе чего и такой договоръ есть договоръ реальный. Возвръне это приводитъ къ выводу, что отдача въ закладъ безъ передачи самаго владѣнія порождаетъ между сторонами обязательственныя отношенія, если она дѣйствительно устанавливаетъ вещное закладное право. Штельцель въ указ. м. не принимаетъ познѣйшаго развитія, а полагаетъ, что по первоначальному праву отдачи въ закладъ, какъ таковая, порождала actiones pignoratitiae. Но откуда быто древнеримскому праву взять actio, когда не имѣлось въ виду ни реального и консесуальнаго, ни вербальнаго и литеральнаго договора? Шмидтъ въ указ. м. (стр. 74. 81 слѣд.) отрицаетъ, чтобы закладной договоръ переставалъ когда либо быть для римлянъ реальнымъ договоромъ.

<sup>5</sup> L. 11 § 5 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 5 § 21 D. ut in poss. leg. 37. 4. Въ послѣднемъ мѣстѣ рѣчь идетъ объ utilis actio exemplo pignoratitiae actionis, въ двухъ первыхъ просто о pignoratitiae actio. Это послѣднее объясняется тѣмъ, что въ случаѣ, о которомъ трактуютъ эти мѣста (закладное право нанятого на привезенное имущество), представленіе о tacita pignoris conventio помогло выйти изъ затрудненія.

<sup>6</sup> Указанное въ текстѣ отношеніе дѣлаетъ затруднительнымъ указать мѣсто въ системѣ ученія объ обязательныхъ обязанностяхъ изъ залога. Если не желательно, какъ это дѣлаютъ Синтенисъ и Дернбургъ, помѣстить его въ ученіи о вещномъ закладномъ

б) Обязательства.

§ 134. Обязательства, проистекающія изъ залога, должны быть опредѣлены судомъ для каждаго отдѣльнаго случая, согласно съ намѣреніемъ сдѣлки <sup>1</sup>. Главнѣйшія основанія суть слѣдующія.

1. Главное обязательство изъ залога лежитъ на принявшемъ его <sup>2</sup>. Прежде всего оно заключается въ обязанности возвратить залогъ <sup>3</sup> послѣ погашенія долга <sup>4</sup> или инаго прекращенія залоговаго права <sup>5</sup>. Если залогъ учиненъ подъ условіемъ или какою либо презумпціею, то закладъ можетъ быть истребованъ обратно, какъ скоро наступило условіе или это предположеніе <sup>6</sup>. Если залогъ учиненъ по ошибкѣ въ обезпеченіе несуществующаго долга или если онъ по иному основанію не обязательенъ для отдавашаго, то послѣдній, можетъ требовать немедленнаго возвращенія его <sup>7</sup>. Въ случаѣ невозможности для кредитора возвратить залогъ онъ отвѣчаетъ за злой умыселъ и за неосторожность, за случайность же онъ отвѣчаетъ только тогда, если это было выговорено <sup>8</sup> или если залогъ утаенъ <sup>8а</sup>. Если кредиторъ для осуществленія своего залоговаго права продалъ залогъ, то онъ отвѣчаетъ только за возвращеніе вырученнаго излишка <sup>9</sup>, а также и за возмѣщеніе ущерба, если онъ по своей винѣ не получилъ за залогъ высшей цѣны <sup>10</sup>.

правъ, что конечно имѣть свое неудобство, то мнѣ кажется цѣлесообразнымъ оставить ему давнишнее мѣсто въ ученіи о реальныхъ договорахъ.

34. <sup>1</sup> Actio pignericia est actio bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 6 C. h. t., l. 36 C. de pec. 15. 1.

<sup>2а</sup> См. кромѣ того напр. l. 6 D. h. t. (Предъявленіе заложенной вещи, если этого желаетъ собственникъ). Дербургъ II. стр. 7. 8. O. l. 43 pr. D. h. t. см. Унтергольцнеръ стр. 684 прим. 5, Дербургъ стр. 152, Шмидтъ стр. 86.

<sup>3</sup> Къ нему относится actio pignericia directa.

<sup>4</sup> При чемъ безразлично, передана ли ему закладываемая вещь при самомъ уставленіи залога, или она перешла въ его владѣніе впослѣдствіи.

<sup>5</sup> L. 9 § 3 l. 40 § 2 D. l. 11 C. h. t. O правѣ удержанія, которое принадлежитъ кредитору на случай имѣнія имъ и другихъ требованій съ должника, см I. § 234 прим. 1.

<sup>6</sup> L. 9 § 3. 5 l. 10 D. h. t. (ср. l. 6 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6) l. 11 pr.—§ 2 D. h. t. O случаѣ просрочки кредитора см. § 98 прим. 4.

<sup>7</sup> L. 11 § 2 D. h. t.

<sup>8</sup> L. 25 D. de pign. 20. 1; ср. l. 32 § 1 D. ad. SC. Vell. 16. 1. См. съ другой стороны l. 9 § 4 l. 22 § 2 D. h. t.

<sup>8а</sup> § 4 I. quib. mod. re 3. 14, l. 13 § 1 l. 14 D. l. 5—9 C. h. t., l. 9 § 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 23 D. de R. I. 50. 17 l. 19 C. de pign. 8. 14. Касательно l. 18 pr. i. f. D. comm. 13. 6. ст. § 127 прим. 9 ст. еще l. 15 l. 24 § 3 l. 30 l. 43 § 1 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l. 14 § 16 D. furt. 47. 2. Во всякомъ случаѣ кредиторъ обязанъ выдать то, что онъ имѣетъ въ своихъ рукахъ вмѣсто заложенной вещи, § 16 прим. 16. Тоже бываетъ въ томъ случаѣ, если онъ никогда не владѣлъ заложенною вещью, l. 21 § 3 D. de pign. 20. 1,

<sup>9а</sup> Ср. § 127 прим. 10а.

<sup>9</sup> L. 42 l. 6 § 1 l. 7 l. 24 § 2 D. h. t., l. 20 C. de distr. pign. 8. 28

<sup>10</sup> Ст. I. § 237 прим. 12.

Вмѣстѣ съ залогомъ залогодержатель обязанъ возвратить и полученную имъ отъ него прибыль<sup>11</sup>; если онъ по собственной винѣ не получилъ отъ него той прибыли, которую предметъ залога по природѣ своей могъ принести, то залогодержатель отвѣтствуетъ за возмѣщеніе ея<sup>12</sup>.

2. Возможно, что изъ залога возникнетъ обязательство отдавашаго въ залогъ, въ пользу залогодержателя, который можетъ осуществить его посредствомъ особаго иска<sup>13</sup>, или, если это возможно по состоянію заложенной вещи, посредствомъ удержанія ея (§ 103). Такъ залогодатель обязанъ возмѣститъ издержки, сдѣланныя залогодержателемъ для заложенной вещи, предполагая при этомъ, что онѣ были необходимы, или въ нихъ заключался интересъ залогодателя<sup>14</sup>; далѣе: залогодатель обязанъ принять на себя тѣ обязательства, въ которыя вошелъ залогодержатель съ цѣлью достигнуть наиболѣе выгодной продажи залога<sup>15</sup>; онъ обязанъ возмѣститъ ущербъ, причиненный залогодержателю заложенной вещью, вслѣдствіе злаго умысла или неосторожности его, залогодателя<sup>16</sup>; онъ обязанъ возвратить залогъ, если ему было предоставлено временное владѣніе имъ, или выдать его, если онъ не былъ съ самаго начала переданъ во владѣніе залогодержателя<sup>17</sup>; онъ обязанъ выдать въ залогъ другую вещь, если переданная имъ оказалась негодною, или если она не совмѣщаетъ условленныхъ качествъ<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> L. 22 § 2 l. 6 § 1 D. l. 1 C. h. t. Онъ можетъ однако зачесть предварительно эту прибыль въ счетъ своего требованія, и, по общему правилу (§ 79 примѣч. 7), обязанъ выдать ему только прибыль, которую доставляетъ самая вещь, а не ту, къ приобрѣтенію которой она служила лишь поводомъ. Такъ онъ получаетъ половину сокровица, найденнаго на заложенномъ участкѣ; l. 63 § 4 D. de A. R. D. 41. 1. L. 21 § 2 D. de ping. 20. 1. объясняется съ указанной въ § 79 прим. 5 точки зрѣнія. Ср. еще l. 22 pr. i. f. § 1 D. h. t., l. 74 D. de Solut. 46. 3, l. 79 D. de furt. 47. 2 (l. 46 D. de R. I. 50, 17). Ср. Дерибургъ стр. 143 слѣд. Вопреки правила § 79 прим. 12 залогоприниматель обязанъ возвратить даже выгоду по *actio furti*, если онъ оленъ отвѣчать за *furtum*, l. 22 pr. D. h. t., l. 15 pr. D. de furt. 47. 2. Ср. объ этомъ Йерингъ *Abhandlungen* стр. 79. 74, Моммзенъ *Ergörterungen* I. стр. 95, Дерибургъ стр. 147 слѣд.

<sup>12</sup> L. 3 C. h. t., l. 2 C. de partu pign. 8. 25. Но см. также l. 6 § 1 D. h. t.

<sup>13</sup> *Actio pignoratitia contraria*.

<sup>14</sup> L. 8 pr. D. l. 7 C. h. t., l. 6 C. de pign. 8. 14, l. 29 i. f. D. fam. ero. 10. 2; l. 25 D. h. t.

<sup>15</sup> L. 22 § 4 D. h. t.

<sup>16</sup> Отвѣтственность за небрежность вытекаетъ изъ принципа, такъ какъ нельзя сказать, что «*nulla utilitas versatur eius qui pignori dedit*» (l. 5 § 2 D. comm. 13. 6). См. § 17 прим. 12. O. l. 61 § 3 de furt. 47. 2 см. Дерибургъ стр. 162 и цитированныхъ тамъ писателей.

<sup>17</sup> L. 3 l. 22 § 3 D. h. t. Дерибургъ стр. 168.

<sup>18</sup> L. 9 pr. l. 16 § 1 l. 32 D. h. t., l. 6 C. si aliena res. 8. 16, l. 1 § 2 D. h. t., l. 54 D. de fidei. 46. 1.

Всѣ изложенныя начала, за исключеніемъ послѣднихъ, примѣнны и къ русскому праву, какъ вытекающія изъ сущности залога. Что же касается мнимой обязанности залогодателя передать залогопринимателю предметъ залога, то такая обязанность *изъ залоговаго права вытекать не можетъ*: это право устанавливается *только продажей* (мы говоримъ здѣсь только о *движимомъ* имуществѣ) и въ продажѣ это право вовсе не существуетъ (исключенія—залоговое право въ силу закона или судебного рѣшенія)

Точно также не можетъ вытекать изъ *договорнаго* залоговаго права обязанность выдачи дополнительнаго залога въ случаѣ недостаточности первоначальнаго. Обѣ эти обязанности могутъ вытекать только изъ особаго соглашенія, а не изъ закладнаго права. А. Д.

### 5. ТАКЪ НАЗЫВАЕМЫЙ *contractus aestimatorius* \*.

§ 135. Если кто либо передаетъ другому вещь для продажи<sup>1</sup>, то заключаемая при этомъ сдѣлка можетъ быть или порученіемъ<sup>2</sup>, или договоромъ личнаго найма<sup>3</sup>, или договоромъ, сходнымъ съ личнымъ наймомъ,<sup>3а</sup> или, наконецъ, договоромъ товарищества<sup>4</sup>; но возможно, что эта сдѣлка не будетъ ни однимъ изъ этихъ договоровъ, а именно<sup>5</sup>, когда вещь передается съ установленіемъ известной

\* Dig. 19. 3 de aestimatoria. — Chambon Beiträge zum Obligationenrecht I. стр. 1—110 (1851). Бринцъ Krit. Blätter nr. 1 (1852). Глюкъ XVIII стр. 61—75; Унтергольцнеръ II. § 488, Снитенисъ II. § 117.

5. <sup>1</sup>—«cum res vendenda... datur», l. 1 pr. D. h. t.

<sup>2</sup> Если продажа должна совершиться въ интересѣ отдающаго, и получатель не получаетъ ничего за свой трудъ. L. 1 pr. D. h. t.:—«an mandati?» Сюда относится также купеческая комиссионная продажа (провизія равняется гонорару). Ср. Зейфф. Arch. XI. 144.

<sup>3</sup> Если условлено вознагражденіе за услуги покупателя. При этомъ возможно то различіе, что услуги получателя могутъ представляться или въ видѣ locatio conductio operatum, или locatio-conductio operis. L. 1 pr. h. t.:—«au ex locato, quasi rem vendendam locasse videor? an ex conducto, quasi operas conduxissem.» Договоръ найма не измѣняется отъ того, что размѣръ вознагражденія поставленъ въ зависимость отъ имѣющей выручиться покупной цѣны. Равнымъ образомъ не имѣетъ вліянія и то обстоятельство, что полученіе вознагражденія вообще поставлено въ зависимость отъ размѣра выручаемой покупной цѣны (§ 151 въ концѣ). Наконецъ договоръ найма не измѣняется и отъ того, что получатель можетъ удержать въ свою пользу излишекъ, полученный свыше известной цифры.

<sup>3а</sup>. Если эквивалентъ отдаваемаго не заключается въ деньгахъ.

<sup>4</sup> Одинъ вносить свою вещь, а другой свой трудъ. L. 44 D. pro Soc. 17. 2. «Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis». Ср. l. 13 D. de praeser. verb. 19. 5.

<sup>5</sup> См. сверхъ того l. 11 pr. D. de R. C. 12. 1. Кто нибудь даетъ другому вещь для продажи съ тѣмъ, чтобы онъ взялъ себѣ покупную цѣну взаймы. Договоръ не есть порученіе, такъ какъ получатель получилъ лишь право, а не принявъ на себя обязанность продать.

цѣны, съ тѣмъ, что принявшій освобождается отъ всякаго обязательства уплатою этой цѣны <sup>6</sup>. Въ этомъ случаѣ возникаетъ такъ называемый *contractus aestimatorius* <sup>7</sup>. Проистекающія изъ него обязательства предоставлены свободному усмотрѣнiю суда <sup>8</sup>. Прежде всего получившій вещь обязанъ возвратить или ее, или условленную цѣну <sup>9</sup>; впрочемъ, если сдѣлка заключена не въ его интересъ, то онъ освобождается отъ всякаго обязательства, если безъ его вины наступила невозможность возвратить самую вещь, но онъ всегда отвѣчаетъ за неосторожность <sup>10</sup>. Обязанъ ли получившій вещь озаботиться о болѣе выгодной продажѣ и отвѣтствовать за причиненный ущербъ, если онъ въ этомъ отношенiи сдѣлалъ упущенiе, — разрѣшается содержанiемъ сдѣлки; въ случаѣ сомнѣнiя должно быть признано, что стороны желали установленiя такого обязательства, развѣ передача для продажи произошла исключительно въ интересъ получившаго вещь <sup>11</sup>. Немедленный переходъ права собственности на вещь къ получившему ее, самъ собою не предполагается <sup>12</sup>. Если рядомъ съ выгодною, которую принявшій вещь надѣется получить отъ продажи ея за болѣе высокую цѣну, условлено особое вознагражденiе, которое онъ имѣетъ получить во всякомъ случаѣ, то это не измѣняетъ характера сдѣлки <sup>13</sup>.

<sup>6</sup> Въ этомъ случаѣ получатель не имѣетъ вовсе надобности продать, онъ можетъ тотчасъ удержать вещь для себя. Это имѣетъ въ виду l. 1 pr. D. h. t., спрашивая: *«utrum ex vendito sit actio propter aestimationem?»*

<sup>7</sup> Такъ наз. *Contractus aestimatorius*. Источники говорятъ лишь объ *actio aestimatoria*. Она есть *actio praescriptis verbis*. О противоположности этого договора къ другимъ договорамъ ср. къ сказанному въ предыдущемъ: Шамбонъ стр. 9 слѣд., 92 слѣд., Брицъ стр. 1 слѣд., Ситтенисъ прим. 3. Реальный или консесуальный договоръ? Брицъ стр. 18 слѣд., Шамбонъ стр. 42 слѣд., Унгеръ *Jahrb. f. Dogm.* VIII. стр. 18 слѣд.

<sup>8</sup> *Actio aestimatoria* est *actio bonae fidei*. L. 1 pr. D. h. t., § 28 l. act. 4. 6.

<sup>9</sup> Если опредѣленъ срокъ, въ теченiе котораго вещь подлежитъ возвращенiю, то по истеченiю онаго получатель можетъ доставить лишь цѣну оной. Зейфф. *Arch.* XI. 144.

<sup>10</sup> L. 1 § 1 D. h. t. говоритъ просто: *«Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit; aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit.»* Напротивъ l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5.:—*«si quidem ego te venditor (ср. Гушке Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. T. IV. стр. 285) rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri de hactenus, ut dolum et culpam mihi praester.»* Согласенъ съ этимъ Paul. S. R. II. 4 § 4; ср. также l. 11 pr. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. О различныхъ мнѣнiяхъ см. Шамбонъ стр. 57 слѣд., Брицъ стр. 37 слѣд., Моммзенъ *Beiträge I.* стр. 280, 281, Ситтенисъ стр. 643.

<sup>11</sup> Ср. Брицъ стр. 9.

<sup>12</sup> Ср. l. 5 § 18 D. de trib. act. 14. 4. Шамбонъ стр. 58 слѣд., Брицъ стр. 1. 34 слѣд., Лейстъ *Mancipation und Eigenthumstradition* стр. 239—254, Беккеръ *Krit. V. J. Sch.* IX. стр. 254 слѣд., ср. и Вольфъ *Arch. f. pr. Rt. R. W. N. F.* II. 13.

<sup>13</sup> L. 2 D. h. t. *«Haec actio utilis est et si merces intervenit.»* Ср. Брицъ стр. 6 слѣд.

Намъ кажется, что разсмотрѣнный договоръ, совершенно неизвѣстный нашему законодательству, хотя весьма обычный въ нашемъ правовомъ быту, можно было бы назвать *коробейнымъ*, такъ какъ онъ вполне соотвѣтствуетъ тѣмъ правовымъ отношеніямъ, которыя существуютъ у насъ между коробейниками и товаро-производителями, которые отпускаютъ имъ обыкновенно товаръ въ кредитъ, по опредѣленной цѣнѣ, съ обязательствомъ возратить къ опредѣленному сроку товаръ или уплатить цѣну его.

А. Д.

6. Принятіе вещей корабельщиками и содержателями гостинницъ и постоянныхъ дворовъ \*.

§ 136. Корабельщики<sup>1</sup> и содержатели гостинницъ и постоянныхъ дворовъ<sup>2</sup> отвѣчаютъ съ особенною строгостью<sup>3</sup> за вещи, которыя приняты ими<sup>4</sup> при отправленіи ихъ занятій<sup>5</sup>. Они отвѣ-

\* Такъ назыв. *receptum nautae sauponis stabularii*. Dig. 4. 9 *nautae saupones stabularii ut recepta restituant*.—К. Ф. Мюллеръ über die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten стр. 1—38 (2 изд. 1857). Гольдшmidt Zeitschr. f. Handelsr. III. 3. 6 (1860). Гардеръ Zeitschr. f. Civ. u Pr. N. F. XVIII. 14 (1861) v. Wÿss Haftung für fremde Culpa стр. 79. 83 (1867). [Weis Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. стр. 280 слѣд. 1868]. Глюкъ IV. стр. 106—144; Унтергольцнеръ II. § 694—695, Сивтенисъ II. § 120, Гольцнеръ III. § 302.

136. <sup>1</sup> Подъ «корабельщикомъ» разумѣется здѣсь тотъ, кто занимается «рахтовымъ» судоходствомъ на собственный счетъ. L. 1 § 2 D. h. t. «*Nautam accipere debemus eum qui navem exercet*». L. 1 § 15 D. de exerc. 14. 1. «*Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum*». Сюда относятся также плотовые судоходы, l. 1 § 4 D. h. t. (*Q lintrarii* этого мѣста см. *Brissonius s. v. Iyntrarii*).

<sup>2</sup> L. 1 § 5 l. 5 pr. D. h. t. ср. Гардеръ стр. 227.

<sup>3</sup> L. 3 § 2 D. h. t. Зейфф. Arch. XVII. 42, ср. II. 293. Ср. впрочемъ Кунтце zu Holzschüher въ указанномъ мѣстѣ nr. 1a.

<sup>4</sup> L. 1 pr. h. t. «*Nautae saupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent in eos indicium dabo*». Можетъ быть, что «*salvum fore recipere*» означало первоначально принятіе на себя положительной гарантіи, но во всякомъ случаѣ впоследствии подъ нимъ разумѣли простое фактическое принятіе. L. 1 § 6. 8 D. h. t. Гольдшmidt стр. 97 слѣд. Передача самому корабельщику не необходима; достаточно, чтобы вещи доставлены были на корабль съ вѣдома корабельщика или заступающаго его мѣсто. L. 1 § 8. 2. 3. 6 D. h. t. Зейфф. Arch. XXII. 145 nr. 1. Ср. впрочемъ тамъ же VII. 40, даже Сивтенисъ примѣч. и текстъ. Съ другой стороны, если имѣла мѣсто передача самому корабельщику, то не необходимо, чтобы вещи были доставлены въ надлежащее помѣщеніе, l. 3 pr. D. h. t. Зейфф. Arch. I. 67.—Многіе полагаютъ, что болѣе строгая отвѣтственность корабельщика относится лишь къ вещамъ, принесеннымъ съ собою пассажиромъ, но не къ отправленнымъ товарамъ (Гардеръ стр. 222 слѣд., Зейфф. Arch. XIII. 251; другаго мнѣнія Мюллеръ стр. 10, Гольдшmidt стр. 62. Ни редакція преторскаго эдикта (см. выше), ни толкованіе его римской юриспруденціей не исключаютъ послѣдняго случая.

<sup>5</sup> По правилу преторскаго эдикта, l. 1 pr. D. h. t. (прим. 4). L. 1 § 1 eod. «*Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et*



чаютъ не только за неосторожность, но и за всякую утрату и поврежденіе, которыя могли бы быть устранены особою бдительностью; если они допускаютъ отсутствіе такой бдительности, то дѣлаютъ это на собственный страхъ<sup>6</sup>. Въ другихъ отношеніяхъ заключаемые съ ними договоры могутъ имѣть весьма различное содержаніе; именно нѣтъ необходимости, чтобы ими было выгово-

res custodiae eorum committere. Ne (neve) quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum, nam est in eorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huismodi fraudibus». L. 3 § 1 D. eod.: — «ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum». Заключить изъ l. 1 § 1 cit., какъ это дѣлаетъ Гардеръ стр. 229, что преторское правило не имѣло примѣненія тамъ, гдѣ принятіе было обязательно, нѣтъ основанія. Было мнѣніе, что римское постановленіе не примѣнимо вообще въ настоящее время, такъ какъ теперь нельзя упрекать означенныхъ лицъ въ безчестности (ср. Гольдшмидтъ стр. 355 прим. 155). См. объ этомъ Гольдшмидтъ стр. 340 слѣд.— О дѣйствительномъ или мнимомъ противорѣчій между l. 1 § 1 cit. и l. 1 § 6 D. furti adv. nautas 47. 5 см. Вангеровъ III. § 648 прим. 1, гдѣ указана и литература. Объясненіе Вангерова кажется осталось неизвѣстнымъ Эммериху Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 7.

<sup>6</sup> Эдиктъ предписывалъ безусловную отвѣтственность принимаея; поэтому всякое ограниченіе оной можетъ быть осуществлено въ порядкѣ лишь exceptio, l. 3 § 1 i. f. D. h. t. Ограниченіе безусловной обязанности отвѣтствовать опредѣляется въ источникахъ ближе въ томъ смыслѣ, что принимаея не отвѣтствуетъ за «damnum fatale», «vis maior», l. 3 § 1 cit. Но какое различіе существуетъ между этой отвѣтственностью и той, которая не простирается даже supra, видно изъ того, что о первой говорится положительно (l. 3 § 1 cit): «omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est?» На разрѣшеніе «загадки» (Гольдшмидтъ стр. 93) наводитъ соображеніе, что о принимаея говорится попеременно въ источникахъ, что онъ несетъ periculum rei, и что онъ отвѣчаетъ за custodia или несетъ periculum custodiae (l. 1 § 8 l. 4 pr. l. 5 pr. D. h. t., l. 14 § 17 D. de furt. 47. 2, l. 1 § 4 D. furti adv. nautas 47. 5). Custodia оно означаетъ не только diligentia in custodiendo (§ 17 прим. 2), но и особенное, выходящее за предѣлы обязанностей порядочнаго хозяина, смотрѣніе, и притомъ тамъ, гдѣ положительно принята custodia (ср. Вангеровъ I. стр. 161). Въ пользу этого говорятъ l. 55 pr. D. loc. 19. 2 (ср. l. 60 § 6 cod. vv. rescipere suo periculo), § 3 l. de emt. et vend. 3. 23 (гдѣ, говоря мимоходомъ, возбужденное столько толковъ: «idem et in ceteris animaibus cett. не представляеть никакого затрудненія, если имѣть въ виду, что слова эти предполагають случай, гдѣ должникомъ утеряна вещь безъ его culpa. Такимъ образомъ принимаея рассматривается какъ тотъ, который положительно общалъ custodia, и это сравненіе находится дѣйствительно въ l. 14 § 17 i. f. D. de furt. 47. 2. Поэтому принимаея отвѣтствуетъ безусловно за похищеніе и поврежденіе вещи не только его людьми и пассажирами (l. 1 § 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.), но и третьими лицами ср. l. 5 § 1 h. t., предполагая, что похищеніе и поврежденіе совершено не при посредствѣ силы, которой нельзя было бы устранить и особеннымъ надзоромъ (l. 31 pr. D. de A. E. V. 19. 1: «custodia adversus vim parum proficit», l. 41 D. loc. 19. 2: «sive custodiri potuit, ne damnum daretur.» Въ сущности согласенъ съ этимъ и Гольдшмидтъ стр. 93 слѣд. 113 слѣд. 369; о разныхъ мнѣніяхъ см. Гольдшмидтъ стр. 79 слѣд. [Баронъ Arch. f. civ. Pr. L. 11. 2, стр. 50 слѣд.]. Зейфф. Arch. II. 49. 180. IV. 113. 114, VIII 48, XIII. 54 (225), XVIII. 43, [XXII. 145 nr. 2. 3]. HGB. Art. 395. 607 (прим. 9).

рено вознаграждение 7. Эта строгая ответственность ихъ можетъ быть исключена по соглашенію сторонъ 8.

Часто утверждаемое въ современномъ правѣ распространеніе приведенныхъ положеній на перевозку сухимъ путемъ, ничѣмъ не подтверждается 9.

#### 7. Другіе договоры, съ обязательствомъ возвратитъ полученное.

§ 137. Перечисленные выше договоры, съ обязательствомъ возвратитъ полученное суть не единственные. Возможна передача вещи и для иныхъ цѣлей, съ тѣмъ, чтобы она была возвращена 1. Всѣ эти договоры опредѣляются свободнымъ усмотрѣніемъ суда, которое должно опредѣлитъ обязанности сторонъ, на основаніи состоявшагося соглашенія и намѣренія сдѣлки 2. Что касается въ

7 Л. 3 § 1 l. 6 рг. D. h. t. Договоръ, заключенный съ принимаемъ, можетъ по своему содержанію быть: договоромъ найма (l. 3 § 1 cit), безименнымъ контрактомъ (если эквивалентъ отдаваемого не состоитъ въ деньгахъ), поклажей (l. 3 § 1 cit), порученіемъ. Отсюда вытекаетъ трудность помѣщенія въ системѣ ученія о *rescriptum*. Возможно на этотъ предметъ двойное воззрѣніе. Можно сказать, что содержаніе ученія о *rescriptum* есть не болѣе, какъ законное видоизмѣненіе договорной обязанности, принятой по упомянутымъ выше договорамъ. Согласно съ симъ слѣдовало бы излагать это ученіе при одномъ изъ этихъ договоровъ (приличнѣе всего при договорѣ личнаго найма), сославшись на него при остальныхъ договорахъ. Но можно также сказать, что чрезъ принятіе принимаемъ обосновываетъ для себя обязательство съ извѣстнымъ законоустановленнымъ содержаніемъ; въ частности все сводится къ подробнымъ опредѣленіямъ договора о томъ, къ чему онъ обязанъ. Въ силу этого воззрѣнія можно помѣститъ *rescriptum* въ отдѣлѣ реальныхъ договоровъ, какъ это и сдѣлано здѣсь. Ср. Мюллеръ стр. 14, Гольдшмидтъ стр. 63 слѣд. стр. 103 прим. 79, Ситтенисъ прим. 1.

8 Такой договоръ имѣется и тогда, когда принимаемъ сдѣлалъ впередъ общее публичное заявленіе о мѣрѣ ответственности имъ на себя принимаемой, а отдающій, зная такое, доставилъ тѣмъ не менѣе свои вещи, или не взялъ ихъ обратно послѣ полученія объ этомъ заявленіи свѣдѣній. Ср. l. 7 рг. D. h. t., каковое мѣсто трактуетъ, правда, непосредственно о штрафномъ лишъ искѣ съ корабельщика изъ проступковъ его людей (*Dig. 47. 5 furti adversus nautas saurones stabularios*, см. § 206 пг. 5). Гольдшмидтъ стр. 331—339, Гольцшверъ въ указанномъ мѣстѣ пг. 11 Зейфф. Arch. X. 162. Прекращается ли строгая ответственность содержателя гостинницы съ отъѣздомъ путешественника? Гиммертаъ Arch. f. рг. RW. N. F. II. стр. 116 слѣд.

9 См. объ этомъ вопросѣ Гольдшмидтъ стр. 352 слѣд., Мюллеръ стр. 39 слѣд. и указанную у нихъ литературу (Гольцшверъ III, въ указанномъ мѣстѣ). *Кемпе Zeitschr. f. Handelsr. XI. стр. 42—48 (1867)*.—Торговый уставъ сравниваетъ перевозку сухимъ путемъ и водою (со включеніемъ желѣзныхъ дорогъ и почтъ Art. 421), постановляя (Art. 395. 607), что фрахтовщикъ отвѣтствуетъ за всякую потерю и поврежденіе, доколѣ онъ не докажетъ, что потеря и поврежденіе произошли или отъ *vis major* или отъ естественнаго свойства имущества, т. е. отъ внутренней порчи, усышки, обыкновенной утечки, или отъ недостаточности укупорки. Art. 400: «Фрахтовщикъ отвѣчаетъ за своихъ людей и за другія лица, которыхъ онъ употреблялъ при исполненіи принятой имъ на себя перевозки.» Постановленія эти, что касается желѣзныхъ дорогъ, не могутъ быть измѣняемы договоромъ (Art. 423).

§ 137. 1 Примѣры въ l. 1 § 2 l. 17 § 2. 4. 5 l. 20 l. 23 D. de praescr. verb. 19. 5; l. 8 l. 26 eod. см. также § 120 прим. 13, § 121 прим. 3. Зейфф. Arch. XXI. 15.

2 Римляне даютъ изъ этихъ договоровъ *actio praescriptis verbis*, которая есть *bonae*

особенности ответственности за неосторожность, то здѣсь дѣйствуетъ то правило, что за нее не отвѣтствуетъ тотъ, кто не имѣетъ въ сдѣлкѣ собственнаго интереса<sup>3</sup>.

## Д. Договоры, основанные на обмѣнѣ.

### 1. Купля—продажа. \*

#### а) Понятіе.

§ 138. Купля-продажа есть взаимный договоръ (§ 73). Она направлена къ отчужденію вещи въ замѣнъ денегъ. Продавать значить: объявить, что другой можетъ получить вещь и заплатить за нее деньги; покупать значить: объявить желаніе заплатить деньги и получить за это вещь. Употребляемое въ нѣмецкомъ языкѣ выраженіе (Kauf) обнимаетъ только одну сторону сдѣлки, римляне употребляли болѣе точное выраженіе<sup>1</sup>.

Продаваемые могутъ быть всѣ вещи, неиззятыя изъ оборота<sup>2</sup>, движимыя и недвижимыя<sup>3</sup>, тѣлесныя и безтѣлес-

fidei actio. Ср. 1. 2 § 2 D. de prec. 43. 26, l. 1 pr. D. de aest. 19. 3. Правда это не безспорно (на счетъ § 28 I. de act. 4. 6., Пухта Inst. II. § 165. ККК., Рудорфгöm. R. Gesch. II. стр. 151 прим. 23); но см. Савиньи Syst. V. стр. 485, f. Келлергöm. Civilproc. § 42 прим. 480, Бетманъ-Голлверггöm. Civilpr. II. § 96 прим. 97.

<sup>3</sup> L. 17 § 2 D. de praesc. verb. 19. 5: «si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandum esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia propre depositum hoc accedif».

\* Inst. 3. 23 de emtione et venditione. Главные титулы изъ пандектовъ: 18. 1 de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res vendere non possunt,—19. 1 de actionibus emti et venditi; изъ кодекса: 4. 38 de contrahenda emtione et venditione,—4. 49 de actionibus emti et venditi; даже титулы, цитированные подъ § 143 и 145. Трейтшке der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach römischem Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen (1838, 2 изд. 1866). Критцъ Pandektenrecht ч. I. Т. 3 (1844). Толь Handelsrecht I § 63 сѣдл. Гаюкъ XVI. XVII. стр. 1—240; Унтергольцнеръ II. стр. 217—298, Синтенисъ II. стр. 593—640.—Объ отношеніи гражданского права къ торговому, въ особенности по Н. Г. В., см. трактатъ Гофмана Arch. f. prakt. R. W. N. F. III. стр. 135 сѣдл.

<sup>1</sup> Обыкновенно они называли куплю emtio venditio. Впрочемъ и у нихъ выраженіе § 138. это не постоянное; они безъ особенной трудности употребляютъ для обозначенія всей сдѣлки и каждое изъ этихъ выраженій въ отдѣльности; ср. напр. l. 2 D. h. t. 18. 1, ст. также l. 19 D. de A. E. V. 19. 1. Французы обозначаютъ сдѣлку не со стороны купли, какъ это дѣлаемъ мы, а со стороны продажи (vente).

<sup>2</sup> L. 34 § 1 D. h. t. 18. 1. «Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est». Но см. также § 68 прим. 5.

<sup>3</sup> Движимая вещь, какъ предметъ договора купли-продажи, называется merx. L. 66 D. de V. S. 50. 16. Соответственное нѣмецкое выраженіе «Waare» употребляется теперь преимущественно въ отношеніи купеческой купли-продажи (товарная торговля). Трейтшке § 1. Гольдшмидтъ Handelsrecht I. § 63.—Могутъ ли быть предметомъ купли—продажи наличныя деньги? Я не сомнѣваюсь. Деньги имѣютъ въ оборотѣ значеніе не только мѣрилы цѣнности, но и товара. Согласенъ съ этимъ Гейеръ Zeitschr. f. Civ. u

ныя <sup>4</sup>, наличныя и будущія <sup>5</sup>, не только собственныя, но и чужія <sup>6</sup> а. Можетъ быть продано и все имущество продавца въ цѣломъ составѣ <sup>7</sup>; далве предметомъ продажи можетъ быть и одно владѣніе <sup>8</sup>.

Для понятія купли-продажи существенно, чтобы эквивалентъ заключался въ деньгахъ; если онъ будетъ заключаться въ чемъ либо иномъ, то это не будетъ уже купля-продажа <sup>9</sup>. Впрочемъ для понятія купли-продажи безразлично, если къ уплатѣ деньгами будетъ присоединена уплата чѣмъ-либо другимъ <sup>10</sup>, или если стороны заключая сдѣлку, которую они явно считаютъ куплей-продажей, устанавливаютъ уплату не деньгами; къ этимъ случаямъ примѣняются начала относящіяся къ куплѣ-продажѣ <sup>11</sup>.

Рг. N. F. XV. стр. 42—45, Гольдшмидтъ *Handelsrecht* I. § 103 прим. 11, Гартманъ *Begriff des Goldes* стр. 41; другаго мнѣнія Anthes тамъ же. XVIII. стр. 216—220, Вангеровъ III. стр. 442 отступаетъ въ 7 изд. стр. 425. Первый изъ этихъ послѣднихъ писателей идетъ такъ далеко, что отрицаетъ, неправильно конечно, даже возможность купли-продажи индивидуально опредѣленныхъ монетъ.

<sup>4</sup> Именно сервитуты и другія вещныя права, далве требованія. Предметомъ договора купли—продажи можетъ быть и освобожденіе отъ вещной или личной повинности.

<sup>5</sup> Будущія вещи могутъ быть предметомъ купли-продажи въ двоякомъ отношеніи: или такъ, что договоръ не долженъ состояться, если проданная вещь не получитъ осуществленія (такъ назыв. *emptio venditio res speratae*, l. 8 pr. D. h. t. 14. 1), или такъ, что договоръ долженъ во всякомъ случаѣ имѣть силу. Въ этомъ разѣ источники говорятъ объ *emptio spei* или *aleae* (l. 8 § 1 eod., l. 11 § 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 D. de N. v. A. V. 18. 4, l. 73 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2). Въ первомъ случаѣ договоръ есть условный для обѣихъ сторонъ, въ послѣднемъ для одного только продавца (§ 140 прим. 1). См. также l. 11. 12 D. de N. v. A. V. 18. 4, ср. Вангеровъ III. § 732 прим. nr. I. 1. Гофманъ *über das Periculum beim Kaufe* (1870) стр. 187 слѣд.—Покупка вещи, имѣющей быть изготовленной; § 154 въ концѣ. Неодѣленные плоды могутъ, по постановленію R. P. O. 1577 г. гл. 19 § 3, быть продаваемы не иначе, какъ по существующей во время продажи рыночной цѣнѣ, или по цѣнѣ, которую они будутъ имѣть 14 дней послѣ жатвы. Ср. Зейфф. *Arch.* XIV 24.

<sup>6</sup> L. 28 D. h. t. 18. 1. «*Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest.*» Только вещь не должна составлять собственности покупателя; въ этомъ случаѣ имѣется для продавца невозможность исполненія, вслѣдствіе чего недействителенъ весь договоръ (§ 74 прим. 21). L. 16 pr. l. 18 pr. D. h. t. 18, 1, l. 4. 10 C. eod. 4. 38, l. 45 pr. D. de R. I 50. 17. см. также прим. 8. О случаѣ, когда проданная вещь украдена, см. l. 34 § 3 D. h. t. 18. 1 (ср. § 74 прим. 22).

а. Продажа чужихъ вещей по русскому праву не допускается (т. X, ч. 1 ст. 1381, 1384, 1386, 1389 и др.). А. Д.

<sup>7</sup> См. § 152 въ концѣ.

<sup>8</sup> Владѣніе вещью, состоящую въ собственности покупателя. L. 34 § 4 D. h. t. 18. 1.

<sup>9</sup> § 2 l. h. t., l. 1 § 1 D. h. t. 18. 1, l. 6 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 C. de reg. perm. 4. 64.

<sup>10</sup> L. 6 § 1. 2 l. 21 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 79 D. h. t. 18. 1.

<sup>11</sup> L. 1 C. de reg. perm. 4. 64, ср. Gai III. 141 i. f. Ср. Лейстъ *Zeitschr. f. Civilr. a. Prag.* XVII. стр. 361—366, Вангеровъ III. § 632 прим. nr. I. 2 въ началѣ.

## в. Заключение сделки.

§ 139. Купля-продажа заключается посредствомъ выраженнаго соглашенія сторонъ<sup>1</sup>; объявленіе о такомъ соглашеніи не нуждается въ опредѣленной формѣ<sup>2</sup> а. Нѣтъ необходимости, чтобы при заключеніи сделки было употреблено выраженіе купли или продажа. Соглашеніе должно касаться существенныхъ сторонъ сделки, т. е. одинъ согласился получить вещь, а другой деньги<sup>3</sup>; но если о побочныхъ сторонахъ были переговоры и относительно этого остались несогласія, то въ случаѣ сомнѣнія не можетъ быть принято, что стороны желали заключить сделку, не смотря на эти несогласія<sup>4</sup>. Въ порядкѣ опредѣленія продаваемой вещи и продажной цѣны стороны пользуются полною свободою<sup>5</sup>. Если опредѣленіе цѣны предоставлено покупателю, или опредѣленію продаваемой вещи продавцу, то въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ признать, что намѣреніе сторонъ должно быть опредѣлено справедливымъ усмотрѣніемъ, а не произволомъ той или другой стороны<sup>6</sup>.

Толь I. § 63 прим. 2. Гольдшмидтъ *Handelsrecht* I. § 99 прим. 11, Гартманъ *Begriff des Geldes* стр. 40 слѣд.

<sup>1</sup> Выраженіе *perfecta est emtio et venditio* относится къ совершенію договора купли—§ 139. продажи. Впрочемъ, выраженіе это означаетъ не то состояніе, когда обѣ стороны связаны, а то, когда купля-продажа закончена во всѣхъ отношеніяхъ, такъ что покупатель несетъ *periculum*. См. объ этомъ § 143 и Кунце *Zeitschr. f. R. Pfl. u. Verw. in Sachsen* N. F. XI. стр. 224 слѣд. Штинцингъ *Jahrb. f. Dogm.* X. стр. 192 слѣд. Зейфф. *Arch.* XXII. 131.

<sup>2</sup> L. 1 § 2 l. 9 pr. D. h. t. 18. 1, pr. J. h. t. (§ 65 прим. 12). Безмолвное заключеніе договора купли чрезъ удержаніе присланныхъ изъ заклада вещей: Зейфф. *Arch.* VIII. 36, XIII. 218 Ср. тамъ же XV. 219. Ср. § 61 прим. 2

а. Для недвижимыхъ имуществъ по русскому праву требуется непременно формальная купчая крѣпость (т. X, ч. 1 ст. 728; полож. о нотар. части ст. 66, 157 и слѣд.; «Сводъ» А. Дунашевскаго, т. I, 453 и слѣд., 690 и слѣд. изд. 2) А. Д.

<sup>3</sup> Если § 3 l. h. t. и l. 2 pr. D. loc. 19. 2 ставятъ совершеніе договора купли въ зависимость отъ соглашенія на счетъ цѣны, то онѣ естественно предполагаютъ соглашеніе на счетъ покупаемой вещи.

<sup>4</sup> L. 9 pr. D. h. t. 18. 1. «In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio. emptio imperfecta est.» Ср. Регельсбергеръ *civillr. Erörter.* I стр. 134—133 Зейфф. *Arch.* XIII. 139.

<sup>5</sup> Альтернативное опредѣленіе покупаемой вещи: l. 25 pr. l. 34 § 6 D. h. t. 18. 1. Если опредѣленіе покупаемой вещи или цѣны оной принадлежитъ третьему лицу, то существованіе договора зависитъ отъ дѣйствительнаго опредѣленія имъ этого, l. 15 C. h. t. 4. 38 § 1 l. h. t. См. также l. 7 § 1. 2 l. 37 D. h. t. 18. 1, и ср. Зейфф. *Arch.* VII. 26, XII. 20, XVII. 30. Можно ли купить «съ опредѣленіемъ цѣны по доброй совѣсти» (*um so viel als billig ist*)? Въ пользу l. 16 § 9 D. d. pign. 20. 1, ср. впрочемъ l. 25 pr. D. loc. 19. 2.

<sup>6</sup> L. 22 § 1 D. de R. I. 50, 17. «Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio non habendum esse.» Ср. l. 7 pr. D. h. t., l. 6, l. 77, 79 D. pro soc. 17, 2, l. 24 pr. D. loc. 19, 2, l. 3 C. de dot. prom. 5, 11. Thon *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X.* Стр. 207 слѣд. До того, какъ опредѣленіе сделано, сделка есть *negotium perfectum*

Но и въ томъ случаѣ, когда очевидно, что стороны хотѣли поспѣднее, сдѣлка не становится недѣйствительною <sup>7</sup>; но въ этомъ случаѣ, если продавецъ или покупатель пользуются предоставленнымъ имъ произволомъ такъ, что сдѣлка не представляетъ дѣйствительнаго эквивалента за отчуждаемое имущество, то здѣсь имѣетъ мѣсто не купля-продажа, но дареніе <sup>7а</sup>. Точно также долженъ быть признанъ дареніемъ, а не куплей-продажей тотъ случай, когда заявленіе покупателя, что онъ получилъ вещь или заявленіе продавца, что онъ получилъ цѣну вещи, только фиктивно <sup>8</sup>.

§ 140. Купля-продажа можетъ быть заключена подъ резолютивнымъ или суспенсивнымъ условіемъ. Въ зависимость отъ подобнаго условія можетъ быть поставлена обязанность только одного покупателя <sup>1</sup> или только одного продавца или же обязанности ихъ

(l. 35 § 1 D. h. t. 18, 1), но она отъ этого недѣйствительна. Другаго мнѣнія Унтергольцнеръ стр. 230 прим. e и Толь стр. 403, утверждающіе, что подобная купля-продажа не обязательна для покупателя. Они ссылаются на цитированную l. 35 § 1 D. h. t. и на l. B. C. h. t. 4, 38, изъ коихъ послѣдняя не говоритъ о добросовѣстномъ опредѣленіи, и нечего не доказывала бы, еслибы она это и дѣлала; см. слѣд. примѣч. Ср. еще Гольцшверъ III. стр. 20, 21. Сюда относится также случай, когда вещь покупается безъ предварительнаго соглашенія о цѣнѣ. Мнѣніе сторонъ то, что продавецъ можетъ требовать, но если онъ требуетъ недобросовѣстно, то требованіе можетъ быть уменьшено судьей. Разъ затребованную цѣну продавецъ не можетъ болѣе увеличить, опредѣленіемъ же цѣны онъ завершаетъ сдѣлку. Тонъ Zeischr. f. Civ. u. Pr. X. 7. Зейфф. Arch. II. 177, 284, IX. 339, XI. 233 XII. 19, XVI. 41, (XXII. 132, 133). Римляне давали, впрочемъ, продавцу въ подобномъ случаѣ только *actio praescriptis verbis*, ср. l. 22 D. de praesc. verb. 19, 5, § 1, l de loc. et cond. 3, 24. Въ торговыхъ сдѣлкахъ слѣдуетъ принимать, что стороны имѣли въ виду рыночную цѣну, а не ту, которую опредѣлять самъ продавецъ. Тель стр. 403 прим. 3, 404 слѣд. Зейфф. Arch. II. 166.

<sup>7</sup> Кто можетъ изъявить готовность платить за ничто, тотъ можетъ быть готовымъ платить за X, которое будетъ опредѣлено его противникомъ. Этому не протворѣчить l. 13 C. h. t. 4, 38. «In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necesseitate contragentes, obligatio nulla est». Мѣсто это не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что *ни одинъ* изъ контрагентовъ не связанъ; множественное число «contragentes» выражаетъ: продавецъ безъ покупателя. Ср. впрочемъ и Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Hand. I. стр. 278 (противъ этого Арндтъ § 300 прим. 3). См. еще § 62 прим. 8.

<sup>7а</sup> Примѣръ *pretium a incertum*, исключающаго дѣйствительность договора купли см. у Зейфф. Arch. XXI. 191. Къ предвѣдущему см. теперь и Гольдшмидтъ Handelsr. I стр. 601 слѣд. Yge Arch. f. civ. Pr. LII. 3 (1869).

<sup>8</sup> L. 36, 38 D. h. t. 18, 1, l. 3, 9 C. eod. 4, 38. Сюда относится также случай, гдѣ то, что получаетъ одна сторона, не можетъ вовсе быть разсматриваемо какъ эквивалентъ дѣйствія, которое она должна доставить (*venditio nummo uno*). Иначе бываетъ, когда оно не равняется лишь цѣнности этого дѣйствія; въ этомъ случаѣ сдѣлка представляетъ собою куплю-продажу, но она вмѣстѣ съ тѣмъ заключаетъ въ себѣ даръ (§ 118 прим. 3).

§ 140. Условно одна лишь обязанность продавца, напр., при куплѣ-продажѣ вещи, которой (настоящее или будущее) существованіе неизвѣстно еще (*emptio spei*); см. мѣста въ § 138 прим. 5. Если условна обязанность одной стороны, то можетъ статься, что другая должна будетъ пополнить свое обязательство безъ полученія чего либо въ свою очередь.

обоих<sup>2</sup>. Относительно условной купли-продажи дѣйствуютъ тѣ же правила, что и относительно условныхъ сдѣлокъ вообще, а равно и тѣхъ случаевъ, когда осуществленіе условія поставлено въ зависимость отъ произвола одной изъ сторонъ. Если при этомъ условіе представляется а) суспенсивнымъ, то контрагентъ, отъ произвола котораго зависитъ исполненіе условія, вовсе не обязанъ договоромъ, а противная сторона представляется только условно обязанною; осуществленіемъ же условія со стороны этого контрагента возникаетъ обязательство и для него<sup>3</sup>. Если условіе представляется б) резолютивнымъ, осуществленіемъ его прекращается договоръ по общимъ правиламъ о резолютивныхъ условіяхъ, но при этомъ, если исполненіе условія зависѣло отъ произвола покупателя, то тѣ вещныя обязательства, которыя упали на предметъ продажи въ промежутокъ времени, пока договоръ имѣлъ силу, остаются дѣйствительными<sup>4</sup>.

Случаею условной купли-продажи, въ которой условіе зависитъ отъ произвола одной изъ сторонъ, представляеть такъ называемая купля-продажа по осмотру или на пробу<sup>5</sup>. За сдѣлку этою, въ случаѣ сомнѣнія, признается тотъ смыслъ, что покупатель въправѣ по своему усмотрѣнію рѣшить, купилъ ли онъ вещь или нѣтъ и что если онъ отказывается отъ покупки, онъ вовсе не обязанъ доказывать, что купленная вещь ему дѣйствительно не нравится<sup>6</sup>. Стороны могутъ придать этому условію резолютив-

Тѣмъ не менѣе договоръ не есть дареніе. Сторона, обязанная къ исполненію, получила все-таки эквивалентъ — перспективу на прибыль, которая оказывается, конечно, обманчивой. Слѣдовательно римское выраженіе *emptio spei* выражаетъ собою мысль довольно вѣрно. Сюда относятся и новѣйшія лотерейныя сдѣлки, на которыя требуется обыкновенно полицейское разрѣшеніе.

<sup>2</sup> Это слѣдуетъ непосредственно изъ предвѣщающаго.

<sup>3</sup> См. § 74 пр. 5, а, I, § 93 прим. 1. Въ I. 7 pr. D. h. t. 18, 1 сказано лишь: «*venditu nulla est*», хотя Фиттингъ, Arch. f. civ. Pr. XLVI. стр. 267, думаетъ, что мѣсто это объявляетъ «безъ сомнѣнія» недействительными «обои сдѣлки». О. I. 13 С. h. t. 4. 48. См. § 139 прим. 7.

<sup>4</sup> См. § 76 прим. 6; I. 3, D. quib. mod. pign. 20, 6. Но продавецъ можетъ отказаться въ принятии назадъ вещи, если покупатель не очиститъ этихъ повинностей или не вознаградитъ его за них. Ср. I. 21 § 1, t. 43 § 48 D. de acd. ed. 21, 1.

<sup>5</sup> Ср. объ этой сдѣлкѣ: Кроппъ въ Heise und Kopp. juristische Abhandlungen I пр. 12 (1827). Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. I стр. 66 слѣд., 262 слѣд., 386 слѣд. (1858). Фиттингъ тамъ же II. стр. 203 слѣд. (1859). Унгеръ тамъ же III. стр. 386 слѣд. (1860). Фиттингъ тамъ же V стр. 79 слѣд. (1862). Хорошій обзоръ четырехъ послѣднихъ трактатовъ даетъ Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XLVI. 11 (1863). См. также Арндсъ § 301 прим. 5, Вангеровъ III § 635 прим. пр. II, Тель Handelsr. I § 71, Бранкенгофтъ Zeitschr. f. civilr. u. Pr. № Т. XVII. 11. [Ф. Гоффманъ über das Periculum beim Rauf, (1870) стр. 92 слѣд.]. Были предложены и другія названія этой сдѣлки, кромѣ поименованныхъ въ текствѣ: «Handel nach Belieben», «Handel nach Gefallen», «Handel auf Gefallen» (см. Фиттингъ Arch. стр. 242), «Handel auf Laune» (Тель). См. также Тель § 71 въ началѣ.

<sup>6</sup> Такъ смотритъ господствующее мнѣніе. Зейфф. Arch. X. 40, XVII. 239. Проти-

ный или суспенсивный характер<sup>7</sup>; въ случаѣ сомнѣнія вопросъ объ этомъ характерѣ разрѣшается по обстоятельствамъ даннаго случая<sup>8</sup>. Если предположено суспенсивное условіе, то договоръ признается совершившимся только въ случаѣ согласія покупателя, который можетъ не дать этого согласія и въ томъ случаѣ, если вещь въ этотъ промежутокъ времени погибла или ухудшилась; но если это послѣдовало по винѣ покупателя, то онъ обязанъ возмѣстить ущербъ<sup>9</sup>. Если сторонами установлено было резолютивное условіе, то состоявшаяся купля-продажа продолжаетъ существовать впредь до отказа отъ нея покупателя; отказъ этотъ можетъ воспріять силу и тогда, когда вещь погибла или ухудшилась; здѣсь точно также предполагается отвѣтственность покупателя за ущербъ<sup>10</sup>. Заявленіе согласія или отказа должно послѣдовать свое-

воположное попытаться доказать Унгерь; см. противъ него Фиттингъ во второмъ трактатѣ стр. 90—115. См. также HGB. ст. 339. По мнѣнію Гольдшмидта, у римлянъ сохраненіе пробы (*degustatio*) при покупкѣ вина имѣло то значеніе, чтобы ею констатировать неспорченность вина. Лучшій аргументъ этого объясненія лежитъ въ *Cato de re rustica* с. 148; по нашимъ источникамъ объ институтѣ *degustatio* трактуютъ именно l. 1 pr. l. 4 pr. § 1 l. 15 D. de per. 10, 6; l. 34 § 5 D. h. t. 18, 1) объясненіе это сомнительно. Гольдшмидтъ не придаетъ этому институту обязательнаго значенія для совершеннаго права. За Гольдшмидта высказался Фиттингъ (также Вангеровъ III § 638 прим. пр. II А.); противъ него Аридтъ § 301 прим. 2 (впрочемъ въ 5-мъ изданіи онъ самъ сомнѣвается). Можно условиться, чтобы покупатель, за предоставляемое ему право выбора, платилъ особое вознагражденіе. Сюда относятся купеческія сдѣлки о преміи. Тель *Handelsr.* I § 91 слѣд.

<sup>7</sup> Суспенсивное условіе: § 4 I. h. t., l. 20 pr. § 1 D. de praes. verb. 19, 5; резолютивное условіе: l. 20 § 1 cit., l. 6 D. de resc. vend. 18, 5, l. 3. D. quib. mod. pign. 20, 6. Возможно, что стороны не желали ни суспенсивнаго, ни резолютивнаго условія, а происхожденіе обязательства съ обратнымъ дѣйствіемъ сдѣлки (I § 90 прим. 2 и 3). Если за покупщикомъ сохранено право отступить отъ сдѣлки, то при этомъ возможно въ частности, что контрагенты желали примѣненія началъ эдильскаго эдикта о *redhibitio*, и тогда отказъ долженъ быть заявленъ въ теченіи 60 дней, l. 31 § 22 D. de aed. 21, 1. Римляне выводили эту послѣднюю волю изъ употребленія извѣстныхъ выраженій, именно изъ употребленія выраженія *redhibere* (l. 31 § 22—24 D. de aed. ed. 21, 1), а можетъ быть и изъ выраженія *inemptum esse* (l. 4 C. de aed. ed. 4, 58, *Vat. fr.* § 14; l. 3 D. h. t. 18, 1, l. 2 § 5 D. pro emt. 41, 4, l. 11 § 13 D. quod vi aut cl. 43, 24). Ср. съ Гольдшмидтомъ стр. 113, 122 Фиттингъ II стр. 268 слѣд.

<sup>8</sup> Можно ли судить о характерѣ условія по тому обстоятельству, что купленная вещь передана или перепродана еще? Кропфъ стр. 193, 194. Тель § 71 прим. 25, 26, Гольдшмидтъ стр. 115. Если обстоятельства не даютъ точки опоры для разрѣшенія, то какъ принимать въ случаѣ сомнѣнія? Ср. объ этомъ вопросѣ Кропфъ стр. 191—196, Гольдшмидтъ, стр. 116 (о случаѣ покупки вина *ad gustum* его же стр. 76 слѣд.), Тель § 71 прим. 24, Пухта § 360 i. K., Фиттингъ II стр. 277; Зейфф. *Arch.* XVIII. 236. По моему мнѣнію, остается одно: въ каждомъ данномъ случаѣ рѣшить противъ того, который основываетъ свое право на томъ, что условіе есть суспенсивное или резолютивное (I § 84 прим. 4). HGB. ст. 339 Satz. «Условіе это есть въ случаѣ сомнѣнія суспенсивное».

<sup>9</sup> L. 17 § 2, 4, l. 20 § 1, 2 D. de praes. verb. 19, 5. Точно также обязанъ покупатель выдать извлеченныя имъ изъ вещи выгоды, l. 13 § 1 D. согм. 13, 6, l. 20 pr. D. de praes. verb. 19, 5.

<sup>10</sup> Слѣдовательно продавецъ несетъ рискъ не только ухудшенія, но и гибели вещи.



СПбГУ



00003224

ЮФ СПбГУ

