



Президио 1964 г.

-- МАЙ 2008

СПбГУ

2000г.



2/50

СПбГУ

СУДЕБНЫЙ ЖУРНАЛЪ,

БЫВШІЙ

ЖУРНАЛЪ МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦІИ.

ПРИЛОЖЕНІЕ

къ

СУДЕБНОМУ ВѢСТНИКУ.

Годъ XVI.

МАЙ.
ІЮНЬ.

1874 годъ.

СОДЕРЖАНІЕ:

Личныя и имущественныя отношенія супруговъ. (Продолженіе). ОРШАНСКАГО. 74—121

Объ обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла (Opus probandi по рѣшеніямъ гражданскаго кассационнаго департамента). К. АННЕНКОВА 1—25

Приложенія:

I. Кассац. производство по дѣламъ уголовнымъ. (Окончаніе) БЕРНАРА. Лл. 9—10. 229—260

II. Объ обязательствахъ по римскому и русскому праву по ВИНДШЕЙДУ. Лл. 26—30 329—408

III. Уставъ о гербовомъ сборѣ 1—34

САНКТПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія А. Думашевскаго. Невскій проспектъ, д. № 8

1874.

О ПОДПИСКѢ
НА
„СУДЕБНЫЙ ВѢСТНИКЪ“
И
„СУДЕБНЫЙ ЖУРНАЛЪ“
(бывшій) „Журналъ Министерства Юстиціи“
въ 1874 году (годъ девятый).

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

А. Въ составъ газеты входятъ:

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

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

III. Практическія замѣтки такого же содержанія.

IV. Тезисы или положенія, извлекаемыя изъ рѣшеній сената по 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. Судебные указатели и резолюціи по дѣламъ, назначеннымъ къ слушанію въ с.-петербургскихъ судебныхъ установленіяхъ и во всѣхъ департаментахъ и общихъ собраніяхъ сената.

XII. Отчеты о дѣятельности судебныхъ учреждений.

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

1) Статьи, разрабатывающія теоріи права 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 обязанностяхъ» 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 отпечатанныя уже листы этихъ сочиненій.

ЛИЧНЫЯ И ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ СУПРУГОВЪ.

(ОПЫТЪ ДОГМАТИКО-КРИТИЧЕСКАГО ИЗСЛѢДОВАНІЯ).

(Продолженіе *).

§ 9. Личныя отношенія супруговъ относительно дѣтей.

Въ сторонѣ отъ разсмотрѣнныхъ до сихъ поръ правоотношеній, гдѣ субъектами и объектами возникающихъ правовыхъ отношеній служатъ одни супруги, безъ всякаго участія другихъ лицъ, стоитъ рядъ случаевъ, гдѣ суду приходится разсматривать хотя и споры, въ которыхъ тяжущимися состоятъ тоже одни супруги, но объектомъ спора является уже не личность одного или другого супруга, а предметъ посторонній, подлежащій въ извѣстной мѣрѣ личной власти обоихъ тяжущихся, именно дѣти. Вслѣдствіе того, что каждый супругъ имѣетъ, въ качествѣ родителя личную власть надъ дѣтьми, возможны столкновенія между этими двумя властями надъ личностью дѣтей и столкновенія эти, касаясь спора о правѣ гражданскомъ, ибо взаимныя права супруговъ на ихъ личность такъ же какъ и права родителей на дѣтей суть права гражданскія, должны быть разрѣшаемы судами.

Суду приходится примѣнять къ подобнаго рода дѣламъ двѣ категоріи правилъ: 1) тѣ, которыя опредѣляютъ личныя отношенія между супругами, какъ истцомъ и отвѣтчикомъ по дѣлу и 2) тѣ, которыя опредѣляютъ отношенія ихъ обоихъ къ дѣтямъ, какъ объекту, даннаго спора. Столкновенія эти могутъ возникать какъ при совместной, такъ и при раздѣльной жизни супруговъ. Случаи перваго рода наиболѣе часто встрѣчаются въ жизни, и въ иностранныхъ кодексахъ мы находимъ руководящія начала для ихъ разрѣшенія. Такъ австрійскій кодексъ дѣлаетъ попытку разграниченія родительской власти слѣдующимъ образомъ: отецъ особенно обязанъ заботиться объ умственномъ и духовномъ образованіи дѣтей и о доставленіи имъ необходимаго для жизни; мать преимущественно заботится о физическомъ воспитаніи и здоровьи дѣтей (ст. 139 и 141 австр. кодекса). Принципіально разрѣшается этотъ вопросъ прусскимъ кодексомъ (Pr. landr. II, 1, § 184): мужъ есть глава семьи и его мнѣніе преобла-

* См. «Суд. Журн.» кн. II.
«Суд. Журн.» 1874 г. кн. III.

даетъ въ рѣшеніи общихъ дѣлъ семьи. Въ нашемъ законѣ нѣтъ ни какого основнаго признанія главенства мужа въ семьѣ, ни разграниченія родительской власти надъ дѣтьми. Г. Побѣдоносцевъ, правда, ставитъ слѣдующій тезисъ: «родительская власть есть власть отца и матери, поколику воля того и другого не разнорѣчатъ; въ противномъ случаѣ главнымъ державцемъ является мужъ, какъ *глава жены и дома*»¹⁾). Но если этотъ тезисъ и вѣренъ съ точки зрѣнія общихъ началъ права и современной организаціи семьи у всѣхъ народовъ, то не мѣшаетъ имѣть въ виду, что въ дѣйствующемъ русскомъ законѣ онъ не имѣетъ достаточныхъ основаній. Если всмотрѣться ближе въ положительный матеріалъ, представляемый закономъ нашимъ по этому предмету, то найдемъ слѣдующее. При опредѣленіи личныхъ отношеній супруговъ законъ подчиняетъ жену мужу въ значительной степени (ст. 107, 108 зак. гр.). Но опредѣляя отношенія родителей къ дѣтямъ, онъ нигдѣ не указываетъ на то, чтобы власть отца была существенно больше власти матери; напротивъ онъ вездѣ говоритъ о правахъ и обязанностяхъ «родителей», уравнивая тѣмъ власть обоихъ супруговъ надъ дѣтьми (см. ст. 164 и слѣд. зак. гр.). Затѣмъ у насъ нѣтъ закона, опредѣляющаго, что мужъ, есть глава не только лично жены, но и семьи во всемъ ея объемѣ, включая сюда и дѣтей. Аналогическое же распространеніе ст. 107 на вопросы объ отношеніяхъ между супругами по поводу дѣтей можетъ быть оспариваемо не безъ основанія. Изъ того, что жена лично обязана повиновеніемъ мужу, нисколько не слѣдуетъ еще, что какъ мать она должна всегда уступать мужу, какъ отцу. Права ея на дѣтей суть совершенно особаго рода и законъ въ этомъ отношеніи приравниваетъ ее другому родителю, мужу. Короче: законъ нашъ говоритъ только, что мужъ есть глава жены, а не глава дома, какъ прибавляетъ отъ себя г. Побѣдоносцевъ. Притомъ самое подчиненіе жены мужу далеко не безусловно, такъ какъ мужъ не имѣетъ право наказывать жену и т. под., а относительно имущества она совершенно независима. При молчаніи закона гораздо естественнѣе по этому предполагать, что отношенія къ дѣтямъ, подобно отношеніямъ къ имуществу, изъяты изъ правила ст. 107 о личномъ подчиненіи жены мужу. Вотъ почему судебная практика далеко не такъ безусловно какъ г. Побѣдоносцевъ принимаетъ на вѣру тезисъ о главенствѣ мужа во всемъ, что касается родительской власти надъ дѣтьми. Что касается до столкновеній супруговъ относительно дѣтей при совмѣстной ихъ жизни, то они никогда не доходятъ у насъ до разсмотрѣнія судебной власти. Еслибъ подобное дѣло и было постановлено на разрѣшеніе суда (напр. несоглашеніе

¹⁾ Журн. «Гр. Право» 2, 136.

родителей относительно способа воспитанія дѣтей), то при отсутствіи руководящаго начала въ законѣ и стремленіи нашей практики уклоняться по возможности отъ разсмотрѣнія семейныхъ дѣлъ, оно было бы вѣроятно признано неподлежащимъ судебному разбору. Но при раздѣльной жизни супруговъ споры относительно того, у кого должны находиться дѣти и кто имѣть преимущественное право ихъ воспитанія, не могутъ уже быть отклонены судомъ такъ легко; но суды находятся въ большомъ затрудненіи при разрѣшеніи такихъ дѣлъ. Это видно изъ слѣдующихъ примѣровъ. Петербургская судебная палата по дѣлу Грушецкихъ признала, что мужъ есть глава семьи и потому при раздѣльной жизни супруговъ ему принадлежитъ исключительное право воспитанія дѣтей; по этому, если онъ отдалъ дѣтей на воспитаніе третьему лицу, жена не можетъ ихъ требовать себѣ¹⁾.

Согласно съ этимъ палата въ рѣшеніяхъ по дѣламъ: Карминыхъ и Рапопортъ²⁾ установила слѣдующее: мужъ можетъ требовать къ себѣ дѣтей отъ отдѣльно живущей жены, хотя бы послѣдняя представила доказательства дурного поведенія мужа и его неспособности воспитывать дѣтей надлежащимъ образомъ. Въ противоположность этому таже палата въ рѣшеніи по дѣлу Звенигородскихъ высказала такой взглядъ: мужъ имѣть право на дѣтей, какъ глава семейства только тогда, если семья существуетъ въ законномъ видѣ, т. е. при совмѣстной жизни супруговъ. Палата не согласилась съ мнѣніемъ прокурора который полагалъ, что слѣдуетъ отбросить въ сторону всѣ постороннія соображенія и признать главенство мужа и отца при всѣхъ условіяхъ³⁾. Палата, безъ сомнѣнія, именно руководствовалась «посторонними соображеніями», т. е. представленными отвѣтчицей доказательствами неблагонадежности мужа и вреда могущаго произойти для дѣтей отъ требованія отца. Рязанскій окружный судъ по дѣлу Праотцовыхъ призналъ, что мужъ можетъ и при раздѣльной жизни требовать дѣтей отъ жены. Прокуроръ же полагалъ, что искъ Праотцева, какъ вытекающій изъ незаконнаго основанія (раздѣльной жизни супруговъ) не подлежитъ удовлетворенію⁴⁾. Согласно съ этимъ послѣднимъ мнѣніемъ рѣшено дѣло супруговъ Миргородскихъ въ екатеринославскомъ окружномъ судѣ. Изъ этихъ краткихъ указаній видно какой хаосъ господствуетъ въ возрѣніяхъ нашихъ судей на этотъ предметъ. Одни полагаютъ, что родительская власть существуетъ только при совмѣстной жизни супруговъ, мнѣніе лишенное всякаго основанія въ законѣ

¹⁾ Суд. Вѣстникъ 1869, № 114.

²⁾ Суд. Вѣстникъ 1870, № 330.

³⁾ Тамъ же, № 267.

⁴⁾ «Суд. Вѣстн.» 1869 г. № 69.

ибо права родителей на дѣтей нисколько не зависятъ отъ взаимныхъ отношеній родителей между собою. Другіе примѣняютъ, не обинуясь, правила о личномъ подчиненіи жены мужу къ вопросамъ, возникающимъ при столкновеніи правъ родителей на дѣтей—мнѣніе, какъ мы видѣли выше, легко могущее быть оспариваемо. Иные утверждаютъ, что права родителей на дѣтей по закону равны для обоихъ родителей и потому нѣтъ основанія отдавать одному изъ нихъ предпочтеніе предъ другимъ. Это мнѣніе имѣетъ за себя какъ текстъ законовъ опредѣляющихъ права и обязанности родителей къ дѣтямъ, такъ и общій характеръ нашей судебной практики. Такъ еще старый сенатъ призналъ слѣдующее начало. Если отецъ назначилъ кого-либо опекуномъ надъ дѣтьми, то это ни отнимаетъ у матери права опеки надъ личностью ихъ, ибо родительская власть принадлежитъ одинаково отцу и матери ¹⁾).

Нельзя не замѣтить также, что при рѣшеніи этихъ дѣлъ суды руководствуются не одними твердыми началами права, но соображеніями естественной справедливости относительно вліянія исхода дѣла на судьбу дѣтей, составляющихъ объектъ спора. Вотъ почему петербургская судебная палата рѣшаетъ одинъ и тотъ же вопросъ (можетъ ли мужъ при раздѣльной жизни требовать дѣтей отъ жены) въ двухъ дѣлахъ различно. Это, безъ сомнѣнія, весьма неудовлетворительное явленіе, но вина его падаетъ не на суды, а на важные пробѣлы закона. Иностранная законодательства даютъ судьямъ возможность разрѣшать подобные споры согласно требованіямъ справедливости. Такъ австрійскій кодексъ постановляетъ слѣдующее: при разлученіи супруговъ судъ заботится о томъ, чтобъ дѣти мужскаго пола до 4-хъ лѣтъ и женскаго до 7 оставались у матери, но отецъ даетъ на содержаніе. Послѣ этого возраста дѣти переходятъ къ отцу. Независимо отъ уговора супруговъ судъ можетъ, по особымъ обстоятельствамъ, самъ измѣнить это правило закона сообразно пользѣ дѣтей (ст. 142 австр. кодекса). У насъ законъ молчитъ объ этомъ предметѣ. Юристы наши, воспитанные на сводѣ и его безсодержательности, полагаютъ, будто въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства судъ не имѣетъ права входить въ оцѣнку нравственныхъ и другихъ качествъ родителей и сообразно съ этимъ рѣшать вопросъ о томъ, при комъ должны оставаться дѣти ²⁾).

Но опытъ другихъ болѣе развитыхъ законодательствъ доказываетъ, какъ ложно это воззрѣніе на исключительно-формальный ха-

¹⁾ Ж. М. Ю. 1865 г., 4, 101.

²⁾ Г. Любавскій въ «Юрид. Вѣстн.» 869, 3, 60.

ракетъ гражданскаго суда тамъ, гдѣ дѣло идетъ о процессахъ по семейнымъ правоотношеніямъ. Невозможно требовать отъ суда, чтобъ онъ вовсе не обращалъ вниманія на интересы объекта иска, когда объектъ этотъ есть живое лицо и при томъ лицо, поставленное подъ особое покровительство закона, какъ немогущее само охранять свои интересы. Другой недостатокъ закона заключается въ указанномъ уже разнорѣчии между правилами о личныхъ отношеніяхъ супруговъ и тѣми, которыя уравниваютъ родительскую власть мужа и жены. Пока не будутъ устранены оба эти недостатка закона невозможно ожидать установленія твердой, однообразной и вмѣстѣ съ тѣмъ справедливой судебной практики по дѣламъ о спорахъ родителей относительно дѣтей. Можно было бы достигнуть единообразія принятіемъ тезиса г Побѣноцева, т. е. признаніемъ безусловнаго главенства мужа и отца во всѣхъ случаяхъ столкновеній, но независимо отъ сомнѣній легальныхъ (равенство правъ обоихъ родителей) та самая причина, которая побудила законодателей другихъ странъ сдѣлать изъятія изъ этого правила для споровъ о дѣтяхъ, не допустить и нашихъ судей принять этотъ принципъ за общее руководящее начало для всѣхъ дѣлъ подобнаго рода.

Не лишне будетъ указать здѣсь на слѣдующій фактъ, свидѣтельствующій о томъ, въ какой степени чуждо нашему правовому сознанію безусловное право мужа требовать къ себѣ дѣтей отъ отдѣльно живущей жены. При императрицѣ Екатерины II-й между графомъ Сиверсомъ и его женой произошла размолвка. Сиверсъ отправлялся по дѣламъ службы въ Новгородъ, а жена его оставалась въ Петербургѣ, не хотѣла за нимъ слѣдовать и удержала при себѣ дѣтей. Императрица предписала разобрать дѣло ихъ посредниками. Но Сиверсъ однакожъ, не выжидая рѣшенія посредниковъ, самовольно отобралъ дѣтей у жены и увезъ ихъ съ собой. Вслѣдствіе жалобы графини императрица дала строгій выговоръ Сиверсу за этотъ его неправильный образъ дѣйствій¹⁾. Если разобрать дѣло ближе, то Сиверсъ былъ законно правъ, ужъ потому, что перемѣняя свое жительство по дѣламъ службы онъ имѣлъ право требовать къ себѣ не только дѣтей, но и жену. Сама императрица по дѣлу Бѣлосельскихъ, какъ мы видѣли выше, признала безусловную обязанность женъ не уклоняться отъ сожителства съ мужьями. Почемужъ, однако, въ этомъ дѣлѣ она отступила отъ требованій закона и усвоила взглядъ другихъ законодательствъ—предоставленіе судебному мѣсту опредѣлить сообразно интересамъ дѣтей у кого изъ родителей они должны оставаться? Оче-

¹⁾ Графъ Яковъ Сиверсъ, ст. Иловайскаго («Русск. Вѣстн.» 1865, 3), стр. 199 слѣд.

видно потому, что она видѣла невозможность игнорировать совершенно родительскія права матери съ одной стороны и права дѣтей на воспитаніе и образованіе съ другой, пожертвовавъ имъ въ пользу принципа отцовской власти. Затѣмъ изъ дѣла этого видно, что императрица признавала справедливымъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускать право жены на отдѣльную жизнь, хотя въ дѣлѣ Бѣлосельскихъ она настаиваетъ на соблюденіи требованія закона.

§ 10. Имущественныя отношенія супруговъ.

Извѣстна та особенность нашего права, которая отличаетъ его отъ всѣхъ другихъ законодательствъ древняго и новаго міра: полная раздѣльность имуществъ супруговъ. Въ изложеніи ученія русскаго права по этому предмету намъ почти вовсе не придется имѣть дѣло съ системами другихъ законодательствъ относительно имущественныхъ отношеній супруговъ: какое не только практическое, но даже теоретическое значеніе могутъ имѣть для пониманія системы, сводя *подробности* постановленій другихъ кодексовъ о такихъ правоотношеніяхъ, которыя у насъ вовсе не существуютъ? Но принципиальное различіе между нашей и другими системами регулированія имущественныхъ отношеній супруговъ сохраняетъ, однако, все свое значеніе и при оцѣнкѣ того или другого постановленія русскаго закона намъ не разъ полезно обратить вниманіе на то, какъ разрѣшается тотъ же вопросъ другими правовыми системами и какіе результаты дастъ тотъ или другой способъ его разрѣшенія.

За то тѣмъ большее вниманіе придется обратить на частности развитія нашего предмета въ русскомъ законодательствѣ, такъ какъ примѣненіе основнаго начала къ отдѣльнымъ и разнообразнымъ случаямъ дѣйствительной жизни даетъ возможность правильнаго уясненія самого принципа. Въ дальѣйшемъ изложеніи мы примемъ слѣдующую систему. Прежде всего догматическое изложеніе нормъ дѣйствующаго права относительно различныхъ отношеній между супругами по имуществу.

Затѣмъ указанія на нѣкоторые юридическіе вопросы, вызываемые на практикѣ общимъ характеромъ законовъ по этому предмету. Послѣ этого перейдемъ къ историческому и логическому анализу нашей правовой системы на основаніи данныхъ, представляемыхъ опытомъ Россіи и другихъ странъ. Наконецъ мы будемъ имѣть дѣло съ взаимнымъ отношеніемъ нормъ о личныхъ и имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ и общими характеристическими особенностями и недостатками этого отдѣла русскаго права.

Супруги въ имущественномъ отношеніи у насъ раздѣльны. Принципъ этотъ выраженъ не только въ ст. 109—117 зак. гражд., содержаніе которыхъ общеизвѣстно и потому нѣтъ надобности передавать его здѣсь, но и въ другихъ мѣстахъ свода. Такъ ст. 978 зак. гр. гласитъ: дары между супругами производятся на томъ же основаніи, какъ и между посторонними лицами. Ст. 2203 постановляетъ, что жены не могутъ быть отдаваемы въ наемъ мужьями безъ ихъ согласія, и т. п. Имѣя въ виду эти постановленія закона у насъ съ давнихъ поръ привыкли утверждать, что по русскому праву вступленіе въ бракъ не производитъ никакихъ перемѣнъ въ имущественномъ положеніи брачующихся. Г. Побѣдоносцевъ говоритъ: «У насъ во всей исторіи съ замѣчательной послѣдовательностью проведено начало раздѣльности имущества между супругами»¹⁾. Что это положительно невѣрно относительно стариннаго права, мы покажемъ впослѣдствіи. Здѣсь же скажемъ только, что и по отношенію къ дѣйствующему праву наши юристы чрезмѣрно увлекаются одной стороной вопроса и упускаютъ изъ виду другую. Обращая вниманіе на общіе законы, устанавлиющіе раздѣльность имущества между супругами, они утрируютъ роль этого начала, будто бы исключительно регулирующаго отношенія между супругами по имуществу. Но еслибы было справедливо имѣніе г. Побѣдоносцева, что законъ «съ замѣчательной послѣдовательностью» проводитъ начало раздѣльности, то послѣдовательность эта должна была бы привести къ слѣдующему выводу: бракъ не имѣетъ никакого вліянія на имущественный бытъ даннаго лица. До и послѣ брака съ кѣмъ бы то ни было всякое лицо пользуется совершенно одинаковыми правами относительно приобрѣтенія, отчужденія и распоряженія имуществомъ. Между тѣмъ, обращая вниманіе на разбросанныя въ разныхъ мѣстахъ постановленія закона, мы замѣчаемъ, что выводъ этотъ допускаетъ у насъ весьма не мало исключеній. Если сгруппировать эти постановленія, въ которыхъ бракъ оказываетъ замѣтное вліяніе на имущественную судьбу того или другого супруга, то окажется, что идея имущественной раздѣльности супруговъ проведена у насъ далеко не такъ послѣдовательно, какъ можетъ показаться съ перваго взгляда. На этихъ постановленіяхъ мы здѣсь и остановимся.

§ 11. Вліяніе брака на имущественный бытъ супруговъ.

Провозглашая начало раздѣльности имущества супруговъ законъ не можетъ упустить изъ виду, что въ сущности эта раздѣльность

есть фикція, въ огромномъ большинствѣ случаевъ не соответствующая дѣйствительности; что при формальной раздѣльности имуществовъ у супруговъ всегда существуетъ общность имущественныхъ интересовъ; что союзъ брачный, по природѣ своей, имѣетъ слишкомъ глубокое вліяніе на всю жизнь супруговъ, чтобы не отражаться въ значительной мѣрѣ и на ихъ имущественномъ бытѣ. Вотъ почему, въ виду многочисленныхъ потребностей практики, которая не можетъ довольствоваться всегда фикціей, но требуетъ реальной правды для осуществленія идеи справедливости, законъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ отступается отъ абстрактнаго начала раздѣльности въ пользу начала противоположнаго. Стимуломъ для установленія такихъ изыатій служить нашему закону, по обыкновенію, казенный или государственный интересъ, сталкивающийся въ своихъ требованіяхъ съ принципомъ имущественной раздѣльности супруговъ. Сюда относятся слѣдующія правила закона.

I. Иностранка, вступающая въ бракъ съ дипломатическимъ чиновникомъ, обязана продать недвижимое имѣніе принадлежащее ей въ чужихъ краяхъ; въ противномъ случаѣ мужъ ея не имѣетъ права продолжать службу по дипломатическому вѣдомству (ст. 66 зак. гр.). Вопреки принципу раздѣльности имуществовъ супруговъ, законъ предполагаетъ, что владѣніе жены недвижимымъ имѣніемъ въ чужой странѣ можетъ существеннымъ образомъ вліять на интересы мужа и приходитъ вслѣдствіе этого въ столкновеніе съ его служебными обязанностями. Признавая такимъ образомъ, что принципъ раздѣльности въ законѣ не гарантируетъ еще раздѣльности интересовъ на дѣлѣ, ст. 66 придаетъ въ данномъ случаѣ браку серьезное вліяніе на имущественное положеніе супруговъ въ видахъ охраненія интереса государственнаго.

II. Ст. 1789 зак. гр. постановляетъ: «для предупрежденія злоупотребленій запрещается, какъ высшимъ и низшимъ чиновникамъ, такъ и членамъ купеческаго сословія тѣхъ мѣстъ, въ коихъ казенныя предпріятія или торги производятся, входить въ подряды и поставки, какъ своимъ именемъ, такъ и именемъ женъ своихъ; равнымъ образомъ участвовать въ оныхъ чрезъ подставныя лица». Редакція этой статьи весьма неудовлетворительна. По буквальному ея смыслу можно подумать, что запрещается только упомянутымъ въ ней служащимъ лицамъ брать подряды именемъ своихъ женъ, напр. въ качествѣ ихъ повѣренныхъ, но что сами жены могутъ брать эти подряды, если онѣ обладаютъ независимымъ состояніемъ и производятъ сами торговлю въ размѣрѣ, дающемъ имъ право брать данные подряды. Въ пользу этого мнѣнія говоритъ, кромѣ общаго начала иму-

щественной раздѣльности, еще смыслъ выраженія «запрещается... входить въ подряды... именемъ женъ своихъ», а также то, что законъ отличаетъ подставныхъ лицъ отъ взятія подряда на имя жены. Но толкованіе это невѣрно. Ст. 1793 зак. гр. и соотвѣтствующая ей ст. 485 уложенія о наказ. положительно сравниваютъ женъ съ другими подставными лицами. А ст. 1790 зак. гр. окончательно устраняетъ всякія недоумѣнія на этотъ счетъ, постановляя слѣдующее: «жены сихъ чиновниковъ ни сами, ни чрезъ подставныя лица не могутъ быть залогодательницами по подрядамъ, въ мѣстахъ служенія мужей ихъ совершаемыми». Правило, выраженное въ этихъ статьяхъ не ограничивается одними казенными подрядами въ собственномъ смыслѣ. Ст. 979, т. III, кн. 1 св. зак. содержитъ нѣсколько другихъ ограниченій этого рода. Жены и семейства чиновъ горнаго вѣдомства и всѣхъ вообще лицъ служащихъ въ Сибири не могутъ быть повѣренными по золотымъ приискамъ, ни заниматься руднымъ промысломъ (п. 11). Жены и не отдѣленные дѣти чиновниковъ западныхъ губерній не могутъ брать казенныхъ имѣній въ административное управленіе (п. 15). Жены и семейства чиновниковъ соляного вѣдомства не имѣютъ права торговать солью (п. 16).

Вотъ рядъ правилъ, въ которыхъ законъ опять самымъ рѣшительнымъ образомъ отступаетъ, для огражденія казеннаго интереса, отъ принципа имущественной раздѣльности супруговъ. Законъ не довольствуется тѣмъ, что въ лицѣ жены чиновника предполагаетъ подставное лицо, дѣйствующее отъ имени и въ интересахъ мужа. Онъ идетъ далѣе и ставитъ такую презумцію: даже когда жена дѣйствуетъ самостоятельно, предпринимаетъ данный подрядъ, промыселъ и пр. собственными средствами и для своихъ личныхъ выгодъ, общность интересовъ между супругами такъ сильна, что можно разсчитывать на злоупотребленія со стороны мужей въ ущербъ казнѣ и къ выгодамъ своихъ женъ. Это предположеніе законъ возводитъ въ *praesumptio juris et de jure*, т. е. не допускаетъ никакихъ доказательствъ того, что въ данномъ случаѣ нѣтъ повода опасаться злоупотребленій. Такимъ образомъ, если даже жена живетъ отдѣльно отъ мужа, если между ними существуетъ сильная вражда, если даже начато уже дѣло о разводѣ, напр. по прелюбодѣянiю жены, все-таки она состоитъ въ бракѣ съ даннымъ чиновникомъ, указанные закономъ промыслы и предпріятія для нея недоступны, хотя предположеніе о злоупотребленіяхъ мужа въ пользу жены потеряно въ томъ или другомъ случаѣ потеряло всю вѣроятность. Замѣтимъ кстати, что судя по выраженіямъ указанныхъ статей, законодатель не вполне уяснилъ себѣ мотивъ запрещенія женамъ чиновниковъ извѣстныхъ

предпріятій и сдѣлокъ. Одни выраженія указываютъ на то, что законъ предполагаетъ въ женѣ всегда подставное лицо за мужа, дѣйствующее только въ его интересахъ; другія — что, допуская самостоятельность дѣйствій жены, законъ хочетъ только предупредить возможность злоупотребленій мужей въ интересахъ женъ. То или другое основаніе закона можетъ вести къ практическимъ различіямъ, на которыхъ мы не будемъ здѣсь останавливаться вслѣдствіе ихъ спеціальности. Болѣе вѣроятія имѣеть однакожь за себя то, что законъ видитъ въ женѣ презумтивное подставное лицо и въ виду фактической общности интересовъ супруговъ, оцѣ устанавливаетъ здѣсь предположеніе не подлежащее оспариванію (*praesumptio juris et de jure*).

III. Въ указанныхъ только что случаяхъ, жены ограничены въ своихъ имущественныхъ правахъ только относительно извѣстныхъ сдѣлокъ или актовъ, имѣющихъ прямое соотношеніе съ служебными обязанностями мужей. Ст. 784 зак. гр. устанавливаетъ для одной категоріи лицъ болѣе обширное ограниченіе въ этомъ родѣ. «При совершеніи актовъ на имѣнія или капиталы, принадлежащія казначеямъ, ихъ женамъ или дѣтямъ, требуется, чтобы ими представлены были установленныя на сіе дозволенія отъ мѣсть или лицъ, въ непосредственной зависимости коихъ они состоятъ». Это правило можетъ быть объяснено только презумціей о томъ, что жена казначея, хотя раздѣльная отъ мужа по имуществу, при совершеніи акта служитъ подставнымъ его лицомъ — презумція вытекающая изъ сознанія общности интересовъ супруговъ.

IV. При существованіи крѣпостнаго права законъ, исходя изъ идеи общности личныхъ и имущественныхъ интересовъ супруговъ, дѣлалъ различныя ограниченія, клонившіяся къ тому, чтобъ препятствовать фактическому нарушенію сословнаго порядка и законовъ о крѣпостномъ правѣ, вслѣдствіе смѣшанныхъ браковъ между лицами различныхъ состояній. Смотри ст. 773 и 1009 зак. гр. и ст. 225 т. IX св. зак. Такъ какъ правила эти потеряли практическое значеніе, то мы не будемъ останавливаться здѣсь на нихъ.

V. Затѣмъ законъ относительно двухъ категорій имущественныхъ сдѣлокъ, независимо отъ соображеній общественнаго интереса, руководившихъ имъ въ разсмотрѣнныхъ до сихъ поръ случаяхъ, ограничиваетъ имущественныя права жены единственно въ интересахъ семьи и мужа. 1) Жена не можетъ выдавать на себя векселей безъ согласія мужа, если она не производитъ сама торговли (ст. 114 зак. гр. и ст. 546 уст. векс.). 2) Жена не можетъ принимать на себя обязательствъ по договору личнаго найма безъ согласія мужа (ст. 2202 зак. гр.). Выдача векселя влечетъ для жены строгую

ответственность по вексельному праву, ответственность, которая может неблагоприятно вліять на судьбу семьи вообще и въ частности на права мужа на личность жены (напр. при личномъ задержаніи жены). Личный же наемъ прямо противсрѣчитъ началу мужней власти, такъ какъ онъ подчиняетъ жену личной власти другого лица, нанимателя; исполненіе обязательствъ по этому договору можетъ легко придти въ столкновеніе, какъ съ обязанностью жены не оставлять мужа, такъ и съ общей ея обязанностью повиновенія мужу (ст. 107, 108 зак. гр.). По этому законъ требуетъ разрѣшенія мужа, какъ доказательство его отреченія отъ тѣхъ правъ на личность жены, которыхъ онъ можетъ лишиться съ принятіемъ на себя женой даннаго обязательства.

Если мы захотимъ подробнѣе уяснить себѣ юридическую природу этого акта согласія или дозволенія мужа на извѣстныя обязательства жены и разрѣшить нѣкоторые частные вопросы, могущіе возникнуть на практикѣ, то мы напрасно будемъ искать опоры для этого въ законѣ. Не только въ немъ нѣтъ никакихъ правилъ прямо къ этому относящихся, но нѣтъ никакихъ данныхъ для аналогическаго примѣненія. Съ перваго взгляда можно было бы подумать, что матеріаломъ для выводовъ по этому предмету могутъ служить правила о согласіи родителей на обязательства неотдѣленныхъ дѣтей (ст. 184—189 зак. гр.). Но не трудно видѣть, что въ статьяхъ этихъ господствуетъ полнѣйшее смѣшеніе двухъ различныхъ юридическихъ понятій: согласія одного лица (имѣющаго законную власть надъ личностью другого) на вычачу обязательства послѣднимъ и уполномочіе одного лица другимъ на выдачу обязательства. Различіе между этими двумя понятіями очевидно. Въ первомъ случаѣ обязаннымъ лицомъ является тотъ, кто выдалъ обязательство, а согласіе другого лица необходимо только по другимъ соображеніямъ (напр. несовершеннолѣтіе, недостаточная правоспособность и пр.). Во второмъ случаѣ тотъ, кто совершаетъ обязательство тоже дѣлаетъ это съ сослсія другого лица, но какъ уполномоченнымъ его, такъ что обязаннымъ лицомъ является тотъ, кто его уполномочилъ, а не то лицо, которое заключило обязательство. Ст. 184—189 смѣшиваютъ оба эти понятія, говоря то о довѣренности, то о согласіи родителей, устанавливая ответственность какъ самихъ неотдѣленныхъ дѣтей, такъ и ихъ родителей за обязательства, выданныя первыми при участіи послѣднихъ. Ясно, что статьи эти не могутъ дать надежныхъ основаній для выводовъ о природѣ согласія мужа на упомянутыя два обязательства жены.

Если затѣмъ мы обратимся къ теоріи европейской юриспруденціи по этому предмету, то замѣтимъ, что выволы ея могутъ быть при-

мѣнимы къ русскому праву только *sub beneficio inventarii*, вслѣдствіе особенностей историческаго развитія этого отдѣла права на западѣ и у насъ. Наиболѣе развито ученіе о разрѣшеніи (авторизаціи) мужа во Франціи и тамъ относительно характера этого института существуютъ два главныхъ мнѣнія. Одни утверждаютъ, что мотивъ этого закона лежитъ въ признаніи неопытности, слабости женщины, долженствующей въ лицѣ мужа имѣть естественнаго защитника и покровителя. Другіе говорятъ, что законъ не отвергаетъ дѣеспособности женщины вообще и слѣдовательно нѣтъ основанія подвергать особенной опецѣ женщину замужнюю; причина требованія авторизаціи лежитъ поэтому въ необходимости оградить единство управленія въ семьѣ, предотвратить семейные раздоры, могущіе возникнуть вслѣдствіе сдѣлокъ, заключенныхъ женой за спиной мужа ¹⁾). Мы не будемъ останавливаться на этомъ интересномъ спорѣ, какъ неимѣющимъ для насъ прямого практическаго значенія, но замѣтимъ только слѣдующее. Споръ этотъ возможенъ тамъ, гдѣ законъ требуетъ разрѣшенія мужа для всякой сколько-нибудь значительной сдѣлки или правоваго дѣйствія жены. Но у насъ разрѣшеніе это требуется только въ двухъ случаяхъ и случаи эти такого рода, что не оставляютъ никакого сомнѣнія относительно мысли закона: разрѣшенія мужа требуется тамъ, гдѣ обязательство принятое женой наноситъ прямой ущербъ личнымъ правамъ мужа относительно жены (наемъ въ услуженіе и вексель). Это начало нужно всегда имѣть въ виду при разрѣшеніи частныхъ вопросовъ, могущихъ возникнуть относительно мужней авторизаціи на практикѣ.

а) Кто имѣетъ право оспаривать дѣйствительность сдѣлокъ заключенныхъ женой безъ согласія мужа, когда согласіе это требуется закономъ? По иностраннымъ законодательствамъ (напр. *code civil*, art. 225) на недействительности такого акта не можетъ ссылаться противная сторона (у насъ наемщикъ и векселеприниматель жены), но только жена, мужъ и ихъ наслѣдники. По старинному же французскому праву, эта недействительность была абсолютная; ее могли требовать не только участвовавшіе въ сдѣлкѣ, но и постороннія, такъ или иначе заинтересованныя лица. Вообще новое право относится неблагоприятно, какъ въ этомъ, такъ и въ другихъ случаяхъ, къ принципу безусловной недействительности юридическихъ актовъ, вслѣдствіе ограниченія дѣеспособности одной изъ участвующихъ сторонъ. Новые кодексы все болѣе склоняются на сторону принципа относительной недействительности тамъ, гдѣ эта послѣдняя еще допускается

1) См. Oudot, p. 68 sq. и Paul Gide, Etude sur la condition privée des femmes.

закономъ. У насъ законъ не содержитъ никакихъ указаній относительно послѣдствій отсутствія авторизаціи мужа, но исходя изъ указанного основнаго характера этой авторизаціи можно вывести слѣдующія правила:

1) Судь самъ не возбуждаетъ вопроса объ отсутствіи разрѣшенія мужа, хотя бы изъ дѣла видно было, что истица или отвѣтчица находится за мужемъ и разрѣшенія на сдѣлку не послѣдовало (arg. ex. ст. 706 уст. гр. суд.). Въ самомъ дѣлѣ, такъ какъ разрѣшеніе требуется не вслѣдствіе неспособности жены (объ этомъ у насъ и рѣчи быть не можетъ), а въ интересахъ мужа, то суду, въ силу принципа состязательнаго процесса, нѣтъ дѣла до этихъ частныхъ интересовъ мужа, пока онъ самъ о нихъ не заявилъ. Нельзя сравнивать этотъ случай съ другими (напр. съ актами колонистовъ, заключенными безъ разрѣшенія начальства), гдѣ судъ ex officio признаетъ недѣйствительными акты по отсутствію надлежащаго разрѣшенія. Такъ ограниченіе установлено по соображеніямъ государственнымъ, съ цѣлью охраненія правъ и интересовъ извѣстнаго сословія отъ вреда необдуманнаго актовъ; здѣсь дѣло идетъ объ ограниченіи частно-правомъ, съ цѣлью охранять интересы мужа, интересы, отъ которыхъ послѣдній можетъ всегда отречься, и которые по этому имѣютъ право на защиту суда только будучи заявлены заинтересованнымъ лицомъ. Другое дѣло было бы, еслибъ разрѣшеніе требовалось вслѣдствіе признанія *fragilitas sexus* римлянъ — недовѣрія закона къ дѣеспособности женщинъ, тогда было бы основаніе сравнивать ихъ съ малолѣтними или колонистами въ этомъ отношеніи.

2) Контрагенту жены ни въ какомъ случаѣ не должно быть предоставлено право требовать уничтоженія обязательства вслѣдствіемъ отсутствія разрѣшенія мужа. При молчаніи закона остается прибѣгнуть къ общимъ правовымъ соображеніямъ, которыя говорятъ намъ слѣдующее. Разрѣшеніе требуется не для дѣйствительности самого обязательства или восполненія не дѣеспособности жены, но для охраненія постороннихъ интересовъ третьяго лица, могущихъ быть нарушенными этимъ договоромъ. Какое же основаніе можетъ имѣть контрагентъ жены требовать уничтоженія договора, вслѣдствіе несоблюденія условія, писколько не затрагивающаго его интересовъ, условіе, которое могло и должно было быть имъ предвидѣно при заключеніи договора? Если онъ, зная о запрещеніи закона (ибо незнаемъ его никто не можетъ отговариваться), тѣмъ не менѣе вступилъ въ подобное обязательство, то было бы противно началу *bona fides* и отвѣтственности каждаго за свои дѣйствія дать ему право уклоняться отъ исполненія договора на основаніи обстоятельствъ постороннихъ,

ни въ чемъ его правъ не нарушающихъ. Эти соображенія руководили французскимъ законодателемъ при установленіи правила ст. 225 code civil, и это, не смотря на то, что тамъ законъ почти совершенно отрицаетъ дѣеспособности замужней женщины. Тѣмъ болѣе основанийъ для такого правила у насъ, гдѣ женщина съ выходомъ замужъ насколько не теряетъ способности къ самостоятельнымъ правовымъ актамъ.

3) Юридическая логика требуетъ допустить, что у насъ и сама жена не можетъ оспаривать силу обязательства, заключеннаго ею безъ участія мужа. Съ одной стороны законъ нашъ не знаетъ понятія о *fragilitas sexus* или безусловной подчиненности жены мужу, понятій, въ силу которыхъ данное обязательство могло бы быть признаннымъ недействительнымъ *ipso jure*, вслѣдствіе недостатковъ въ дѣеспособности женщины. Поэтому слѣдовало бы признать, что одинъ только мужъ можетъ оспаривать обязательство, данное женой безъ его согласія, такъ какъ его права на личность жены нарушаются подобнымъ обязательствомъ. Но практика наша держится другого воззрѣнія на этотъ предметъ. Такъ петербургскій коммерческій судъ въ рѣшеніи по дѣлу Дилля призналъ, что право возраженія противъ векселя, выданнаго женой безъ разрѣшенія мужа принадлежитъ не только мужу, но и женѣ ¹⁾. Взглядъ этотъ, очевидно, заимствованъ вслѣдствіе молчанія нашего закона, изъ другихъ законодательствъ; но при этомъ упущено изъ виду слѣдующее капитальное различіе между мотивомъ нашего и другихъ законовъ о необходимости разрѣшенія мужа на извѣстныя правовыя дѣйствія жены. Во всѣхъ европейскихъ кодексахъ явно преобладаетъ мысль, что замужняя женщина вообще нуждается въ указаніяхъ и руководствѣ мужа для совершенія болѣе важныхъ правовыхъ актовъ, что руководство это служитъ не только къ огражденію интересовъ мужа, какъ главы семьи, но и къ восполненію неопытности жены. У насъ же послѣднее соображеніе совершенно отпадаетъ—жена считается вполне дѣе- и правоспособной—и тамъ, гдѣ она ограничена требованіемъ разрѣшенія мужа, это дѣлается исключительно для охраненія семейныхъ правъ и интересовъ послѣдняго. вмѣстѣ съ этимъ отпадаетъ всякое основаніе признавать за самой женой право оспариванья акта, выданнаго ею безъ нужнаго разрѣшенія мужа. Если самъ мужъ оспариваетъ обязательство на этомъ основаніи, тогда споръ жены представляется излишнимъ. Если же мужъ его не оспариваетъ, то какимъ образомъ жена можетъ осво-

¹⁾ Суд. практика по векс. дѣламъ (Журн. гражд. и торг. пр. за 1871 г., 1), стр. 88 сл.

бодить себя отъ добровольно и сознательно принятаго на себя обязательства на томъ основаніи, что оно можетъ нарушить интересы третьяго лица (мужа), когда это послѣднее молчитъ и слѣдовательно не находитъ въ обязательствѣ нарушенія своихъ правъ? Съ одной стороны молчаніе мужа даетъ основаніе думать, что онъ если и не давалъ предварительно разрѣшенія на обязательство, то утвердилъ силу его впоследствии (ratihabito); а съ другой стороны подобное самостоятельное возраженіе жены нарушило бы основной принципъ права, что всякій можетъ охранять свои только, а не чужіе интересы (безъ уполномочія). Впрочемъ, какъ увидимъ послѣ, законъ даетъ въ отношеніи векселей поводъ къ тому взгляду, который высказанъ въ упомянутомъ рѣшеніи по дѣлу Дилля.

б) Какъ должно быть выражено согласіе мужа на обязательство жены? Что касается векселя, то по формальному его характеру все относящееся до правовой силы векселя должно быть изложено въ письменной формѣ и должно явствовать изъ самаго вексельнаго документа. Поэтому и согласіе мужа должно быть выражено, въ случаѣ спора о его существованіи, въ самомъ векселѣ. Но нѣтъ необходимости, чтобъ оно выражено было прямо, именно въ видѣ согласія или разрѣшенія; достаточно, если участіе мужа въ составленіи и выдачѣ векселя таково, что не оставляетъ сомнѣнія на счетъ того, что онъ былъ согласенъ на выдачу векселя женой. Такимъ образомъ, какъ правильно рѣшилъ петербургскій коммерческій судъ по дѣлу Шарова, если мужъ далъ женѣ вексель съ правомъ передачи другимъ лицамъ («по ея указу»), то въ этомъ заключается его согласіе на передачу векселя другому лицу, каковая равносильна выдачѣ женой новаго векселя, потому что влечетъ для нея отвѣтственность по вексельному праву въ качествѣ бланконадписательницы ¹⁾. Точно также (рѣшилъ тотъ же судъ по дѣлу Никифоровой), если мужъ написалъ на векселѣ жены, что признаетъ подпись ея правильной, то это слѣдуетъ понимать, какъ выраженіе согласія на выдачу женой векселя ²⁾. Вообще, по мнѣнію этого суда, согласіе мужа можетъ быть выражено и безмолвно, извѣстнымъ дѣйствіемъ, и не только до, но и послѣ выдачи векселя (упомянутое рѣшеніе по дѣлу Дилля ³⁾). Этотъ послѣдній тезисъ подлежитъ сомнѣнію. Обстоятельства, сопровождавшія выдачу векселя, вообще, говоря, не могутъ быть доказываемы ничѣмъ инымъ, кромѣ самаго вексельнаго акта, который служить ма-

¹⁾ Тамъ же, стр. 23.

²⁾ Тамъ же, стр. 26.

³⁾ Тамъ же, стр. 88 сл.

теріальнимъ воплощеніемъ даннаго обязательства (за исключеніемъ, разумѣется, тѣхъ обстоятельствъ, которыя уничтожаютъ силу всякой сдѣлки, но не могутъ быть усмотрѣны изъ акта, напр. принужденіе, обманъ и пр.) По этому едва ли согласно съ природой вексельнаго обязательства допускать *facta concludentia* мужа, какъ выраженіе его согласія на вексель жены. При молчаніи закона однакожь это толкованіе коммерческаго суда можно признать правильнымъ въ томъ смыслѣ, что суду, разсматривающему дѣло по существу должно быть предоставлено право заключать изъ обстоятельствъ дѣла о фактическомъ согласіи мужа на обязательство жены.

Что касается личнаго найма жены, то такъ какъ договоръ этотъ, по новымъ рѣшеніямъ сената, можетъ быть заключаемъ и словесно, то, безъ сомнѣнія, существованіе разрѣшенія мужа можетъ быть доказуемо всевозможными способами, между прочимъ и такими дѣйствіями мужа, которыя не оставляютъ мѣста сомнѣнію на этотъ счетъ (напр. полученіе жалованья жены, личное участіе въ договорѣ найма и пр.).

Мы сказали выше «въ случаѣ спора о его существованіи» — это значить, что при наличности сознанія со стороны жены или мужа въ выдачѣ обязательства съ согласія этого послѣдняго, никакихъ другихъ доказательствъ по этому предмету не требуется. При этомъ суду предоставляется право свободно оцѣнивать обстоятельства дѣла и выводить изъ нихъ заключеніе о томъ, что наличность разрѣшенія признана заинтересованными лицами. Этотъ практически важный выводъ вытекаетъ изъ взгляда, выраженнаго кассационнымъ сенатомъ по одному дѣлу: если жена признала, что вексель выданъ ею за сдѣлки ея мужа съ векселедержателемъ, то она не можетъ возражать противъ его силы по отсутствію разрѣшенія мужа ¹⁾. И такъ, если мужъ имѣетъ выгоду отъ обязательства жены (стало бытъ если наемъ жены приноситъ ему выгоду тѣмъ, что по условію онъ получаетъ часть наемной платы или вексель, выданный женой, освобождаетъ его отъ тягостнаго взысканія и т. под.), то судъ можетъ предполагать, что согласіе мужа на это обязательство существуетъ. Тутъ мы имѣемъ дѣло съ настоящей *praesumptio* (*pr. hominis*), ибо наличность интереса мужа въ данномъ обязательствѣ жены само по себѣ еще вовсе не доказываетъ, что мужъ дѣйствительно разрѣшитъ выдачу обязательства женой. Я могу предвидѣть значительныя выгоды отъ той или другой сдѣлки жены и все-таки не соглашаться на нее по различнымъ побужденіямъ. Впрочемъ упомянутое рѣшеніе сената

¹⁾ Гр. касс. рѣш. 1868 г., № 483.

не входить въ подробное мотивированіе высказаннаго въ немъ взгляда и потому извлеченіе общаго вывода нѣсколько затруднительно.

в) Что слѣдуетъ дѣлать съ разрѣшеніемъ мужа въ случаѣ малолѣтства его или жены? Здѣсь должно различать слѣдующіе случаи.

1) Если жена одна несовершеннолѣтняя. По нашему закону, мы видѣли выше, бракъ не производитъ никакихъ перемѣнъ въ подопечномъ состояніи лица, вступающаго въ оный. Ст. 325 и 362 зак. гр., устанавливающіе опекунскую власть мужа надъ женой, относятся къ двумъ отдѣльнымъ классамъ лицъ, да и тѣ отмѣнены по продолж. 1868 г. Стало быть, надо полагать, что обязательство несовершеннолѣтней жены въ томъ случаѣ, когда оно нуждается по закону въ разрѣшеніи мужа, должно имѣть кромѣ послѣдняго еще согласіе и подпись ея опекуна или попечителя (ст. 220 зак. гр.). Такъ вопросъ этотъ разрѣшенъ воронежскимъ окружнымъ судомъ ¹⁾. Но если между опекуномъ и мужемъ возникаетъ разногласіе относительно возможности дать разрѣшеніе на обязательство жены, слѣдуетъ ли примѣнить ст. 108 и дать преимущество волѣ мужа? Не думаю, чтобъ такое рѣшеніе было правильное. Ст. 108 можетъ быть примѣняема лишь къ случаямъ столкновенія между супружеской властью мужа и всякой другой властью надъ *личностью* жены (родительской, опекунской). Но тамъ, гдѣ дѣло идетъ объ имущественной дѣятельности несовершеннолѣтней жены, права опекуна и попечителя нисколько не парализуются личной властью мужа, имѣющей совершенно другое основаніе и не вліяющей на имущественныя права жены. По этому одного согласія мужа въ подобномъ случаѣ недостаточно для дѣйствительности обязательства жены; только наличность разрѣшенія и мужа и опекуна удовлетворяетъ требованіямъ закона. Этотъ выводъ вытекаетъ также изъ того, что сказано выше о юридической природѣ мужняго разрѣшенія по русскому праву. Разрѣшеніе это служить къ охранѣ однихъ интересовъ мужа, могущихъ быть нарушенными сдѣлкой жены; разрѣшеніе же опекуна имѣетъ задачей восполнить неопытность лица недостигшаго зрѣлага возраста. Ясно, что при такой разнородности цѣлей, преслѣдуемыхъ обоими разрѣшеніями, одно изъ нихъ не можетъ замѣнить другое. Мужъ, разсматривая сдѣлку съ точки зрѣнія своихъ интересовъ, можетъ находить ее выгодной и разумной, напр. если жена выдаетъ вексель въ интересахъ мужа. Но опекунъ или попечитель напротивъ, обязанъ защищать несовершеннолѣтнюю жену отъ такихъ невыгодныхъ для нея обязательствъ въ интересахъ мужа.

¹⁾ Суд. Вѣстникъ. 1870 г., № 197.

Суд. Журн. 1874 г. кн. III.

2) Если мужъ тоже несовершеннолѣтній, то слѣдуетъ полагать, что разрѣшеніе дается имъ съ согласія и за подписью своего опекуна или попечителя (ст. 220). Это слѣдуетъ изъ того, что разрѣшеніе, даваемое мужемъ затрагиваетъ не только его личныя права какъ мужа (права, вмѣшательство въ которыя всякаго другаго лица, хотя бы и опекуна, немыслимо), но и имущественные его интересы, а относительно послѣднихъ опекунъ можетъ и долженъ оказать свое содѣйствіе несовершеннолѣтнему мужу. По французскому праву въ этомъ случаѣ разрѣшеніе дается судомъ, по итальянскому — оно вовсе не требуется. При молчаніи закона у насъ, ни то ни другое начало не можетъ быть примѣнено; остается только указанный исходъ, наиболѣе правильный, какъ намъ кажется, съ точки зрѣнія нашего права.

г) Если мужъ отказывается въ своемъ разрѣшеніи, то какъ бы ни былъ несправедливъ и неоснователенъ этотъ отказъ, законъ не даетъ женѣ никакого средства защищать свои интересы, требующіе той или другой сдѣлки, отъ произвола мужа. Иностранныя же законодательства даютъ право жалобы суду, который, если найдетъ отказъ мужа неосновательнымъ, самъ даетъ требуемое разрѣшеніе. Подробности по этому предмету не имѣютъ для насъ интереса въ виду того, что нашъ законъ вовсе отрицаетъ возможность вмѣшательства суда въ этомъ отношеніи. Это одинъ изъ важнѣйшихъ недостатковъ нашего права по этому предмету, недостатокъ, находящійся въ связи съ общимъ характеромъ русскаго права относительно предѣловъ личнаго произвола, о чемъ мы подробно говорили въ другомъ мѣстѣ.

д) Законъ не дѣлаетъ никакихъ изъятій изъ правила о необходимости разрѣшенія мужа для извѣстныхъ обязательствъ жены. Но по самой сущности брачныхъ отношеній необходимо допустить нѣкоторыя отступленія отъ этого правила. Такъ напр. въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія мужа, если онъ сосланъ и жена не послѣдовала за нимъ (прил. къ ст. 103 зак. гр.), даже при ссылкѣ на житье, не прекращающей правъ семейныхъ (ст. 25, 26, 43 улож. о наказ. 1866 г.), согласіе мужа на обязательства жены не должно быть требуемо. Иначе жена, по винѣ мужа, была бы поставлена въ невозможность пользоваться имущественными правами, предоставленными ей закономъ, что противорѣчитъ тому основному началу права, что каждый несетъ отвѣтственность только за свои, а не за чужія дѣйствія. Это же начало можетъ быть примѣняемо къ другимъ случаямъ фактически раздѣльной жизни супруговъ (напр. при самовольномъ оставленіи отечества мужемъ, при нахожденіи его въ тюрьмѣ, больницѣ, административной ссылкѣ), такъ какъ въ этихъ

случаяхъ для жены или крайне затруднительно, или вовсе невозможно заручиться разрѣшеніемъ мужа. Иностранныя законодательства дѣйствительно содержать правила въ этомъ смыслѣ. Такъ по италіянскому уложенію (ст. 135), согласіе мужа не требуется между прочимъ въ случаѣ его отсутствія, несовершеннолѣтія, заключенія въ тюрьму болѣе чѣмъ на годъ, при разлученіи супруговъ по судебному приговору. Если мужъ объявленъ расточителемъ и отданъ подъ опеку, то согласіе его на обязательства жены вовсе не требуется по италіянскому праву, а по французскому разрѣшеніе дается судомъ. По отсутствію у насъ судебного разрѣшенія надо полагать, что разрѣшеніе въ этомъ случаѣ вовсе не требуется: мужъ дать его не можетъ, ибо *nemo plus juris adalterum transferre potest quam ipse habet*, а такъ какъ расточитель самъ не можетъ совершать актовъ, то давать разрѣшеніе на это женѣ онъ не можетъ; другого же лица, могущаго замѣнить какъ слѣдуетъ мужа въ этомъ отношеніи, нѣтъ — опека надъ расточителемъ поставлена въ другія условія, чѣмъ надъ малолѣтнимъ.

§ 12. Вліяніе брака на имущественный бытъ супруговъ.

(Продолженіе).

Послѣ этихъ общихъ замѣчаній о природѣ мужняго разрѣшенія на извѣстныя обязательства жены, перейдемъ къ этимъ двумъ обязательствамъ въ частности, насколько разумѣется они затрагиваютъ ученіе объ отношеніяхъ супруговъ.

І. Ст. 114 т. X ч. 1 и ст. 546 т. XI уст. торг. опредѣляютъ, что жена не можетъ выдавать векселя безъ позволенія мужа, если не производитъ торговли отъ собственнаго лица. Остановимся нѣсколько на внутреннемъ смыслѣ этого правила съ исторической и логической точки зрѣнія.

1) Подобно вообще всему вексельному праву правило это цѣликомъ, пересажено на нашу почву изъ другихъ законодательствъ. Но при этомъ упущено изъ виду слѣдующее. По европейскимъ законодательствамъ, жена не можетъ производить торговли иначе, какъ съ разрѣшенія мужа. Поэтому объ части правила ст. 546 основаны тамъ на одномъ и томъ же началѣ. Жена, не производящая сама торговли, должна испрашивать разрѣшеніе мужа на каждое обязательство въ отдѣльности; жена, производящая самостоятельную торговлю, къ этому не обязана, но за то она не можетъ начать самой торговли безъ разрѣшенія мужа и это общее разрѣшеніе *implicite* содержитъ въ себѣ согласіе на всѣ будущія сдѣлки жены по ея торговлѣ. Хотя ст. 220 *code civ.* выражается подобно нашему закону, что жена, производящая отрытую торговлю (*marchande publique*), не нуждается вовсе въ раз-

рѣшеніи мужа на ея сдѣлки, но, какъ справедливо замѣчаетъ Удо (р. 96), въ виду ст. 4 code de commerce (жена не можетъ производить торговли безъ согласія мужа) упомянутая ст. 220 можетъ быть понимаема только въ смыслѣ замѣны специальныхъ разрѣшеній однимъ общимъ напередъ даннымъ. У насъ торговые законы не ставятъ записку жены въ купечество въ зависимость отъ согласія мужа; по крайней мѣрѣ ни XI томъ, ни положеніе о пошлинахъ за право торговли, такого правила не содержатъ. Отсюда выходитъ слѣдующая несообразность. Производство торговли немислимо безъ права вступать постоянно въ разнаго рода сдѣлки и въ особенности безъ права выдавать векселя. По этому законъ освобождаетъ замужнихъ женщинъ, производящихъ торговлю, отъ обязанности испрашивать разрѣшеніе мужей на выдаваемые ими векселя; стало быть каждая замужняя женщина имѣетъ возможность приобрести свободу выдачи векселей записавшись въ купечество. Но если она этого не сдѣлаетъ, она не можетъ выдать самого незначительнаго векселя безъ согласія мужа. Между тѣмъ по основному началу юридической логики: *in eo quod plus sit semper inest et minus*. Если жена можетъ приобрести болѣе обширное право производства торговли безъ разрѣшенія мужа, то почему же она нуждается въ этомъ разрѣшеніи для права выдачи векселей, составляющаго только одно изъ послѣдствій перваго права (производства торговли)? Не ясно-ли, что логика въ этомъ случаѣ на сторонѣ другихъ кодексовъ, требующихъ разрѣшенія и для начатія торговли женой, а не на сторонѣ нашихъ законовъ? Если отъ самой жены зависитъ (объявленіемъ торговаго капитала), приобрести право обязываться векселями и законъ считаетъ ее достаточно благоразумной для пользованія этимъ правомъ безъ руководства мужа, то почему же не признается за нею достаточно благоразумія для выдачи векселя при необъявленіи ею капитала?

Другая нелогичность, истекающая изъ того же источника, заключается въ слѣдующемъ. Другія законодательства, требуя разрѣшенія мужа для сдѣлокъ жены, торговли не производящей, не требуютъ его не для какихъ обязательствъ торговаго свойства выдаваемыхъ женой производящей торговлю, и это оттого, что въ предварительномъ разрѣшеніи мужа на производство самой торговли женой они вполне логично видятъ согласіе на всѣ будущія сдѣлки жены по торговлѣ. Но у насъ это послѣднее начало не принято закономъ и вслѣдствіе этого выходитъ что, жена, производящая отдѣльную торговлю, хотя не нуждается въ разрѣшеніи мужа на выдачу векселя, но должна испрашивать его согласіе на сдѣлки, имѣющія характеръ личнаго найма. Если торговля жены заключается въ томъ, что она на пра-

вахъ прикащика, агента, комиссіонера и пр., завѣдуетъ дѣлами другого лица по его полномочию, то сила ст. 2202 зак. гр. выступаетъ наружу и дѣйствительность такого договора жены можетъ быть оспариваема при отсутствіи разрѣшенія мужа. Такимъ образомъ мысль закона, что жена, производящая торговлю, должна быть свободна въ своей имущественной дѣятельности отъ контроля мужа (свобода выдачи векселей), проведенная имъ относительно одного пункта, нарушено относительно другою въ ущербъ какъ юридической логикѣ, такъ и практическимъ требованіямъ оборота о непримѣненіи правила ст. 2202 къ лицамъ, производящимъ торговлю.

Съ другой стороны правило ст. 546 потеряло практическое значеніе со введеніемъ судебной реформы, когда порядокъ взысканія по векселямъ и другимъ актамъ не представляетъ больше ни какихъ существенныхъ различій. Почему жена можетъ выдавать по своему усмотрѣнію заемныя письма, но стѣснена въ выдачѣ векселей, если первыя подвергають ее такимъ же послѣдствіямъ при взысканіи, какъ и вторыя, и слѣдовательно права и интересы мужа въ обоихъ случаяхъ нарушаются одинаково? Если же существуютъ различія въ подсудности вексельныхъ и другихъ дѣлъ, а въ настоящее время предполагается установить особый ускоренный порядокъ производства вексельныхъ взысканій и въ общихъ судахъ, то различія эти слишкомъ несущественны для того, чтобъ производить такую разницу въ правѣ замужнихъ женъ обязываться тѣми или другими актами. Правило ст. 547 уст. торг. тѣмъ менѣе имѣетъ смыслъ съ тѣхъ поръ, какъ право обязываться векселями перестало быть привилегіей особеннаго торговаго сословія ¹⁾. Разъ ставши въ ряды общихъ обязательствъ, вексель долженъ быть подчиненъ общимъ правиламъ гражданскихъ законовъ и имѣть основанія дѣлать въ пользу его такія изъятія, какъ установленное ст. 546. Если противъ этого возразить, что въ другихъ законодательствахъ до сихъ поръ существуетъ правило о необходимости разрѣшенія мужа для векселей выдаваемыхъ женою, то ненужно забывать, что ст. 546, хотя и заимствованная изъ западно-европейскаго права, занимаетъ у насъ совершенно другое мѣсто, чѣмъ тамъ. Въ европейскомъ правѣ обязательность мужняго разрѣшенія есть общее правило для всѣхъ сдѣлокъ жены, у насъ же ст. 546 есть результатъ не общаго правоваго начала, а напротивъ исключеніе изъ общаго правила: исключенія же могутъ сохранять силу только пока есть достаточные основанія для того, чтобъ въ данномъ случаѣ не примѣнять будущаго принципа. Вотъ почему нельзя не согласиться,

¹⁾ Аналогическое замѣчаніе у Унгера, Die rechtliche Natur der Inhaber papiere, 1857 S. 84.

что составители проекта новаго вексельнаго устава (который неизвестно когда получить силу закона) хорошо сдѣлали, исключивъ ст. 546 изъ своего проекта. Послѣ этихъ общихъ замѣчаній о ст. 546, сдѣлаемъ нѣсколько частныхъ указаній относительно вопросовъ, вытекающихъ изъ ея примѣненія.

Такъ какъ вексель во всякомъ случаѣ содержитъ въ себѣ и заемное обязательство и такъ какъ замужня женщина нисколько не стѣснена у насъ въ заключеніи займовъ, то возникаетъ вопросъ: не можетъ ли вексель, выданный женой безъ разрѣшенія мужа и потому недѣйствительный какъ таковой, сохранять силу простого долгового акта? Это вопросъ о такъ называемой *conversio*, т. е. о возможности превращенія одной сдѣлки въ другую, если первая недѣйствительна по той или другой причинѣ, а вторая заключается въ ней и соотвѣтствуетъ практическому содержанию даннаго правоотношенія. Въ теоріи существуютъ различныя мнѣнія относительно того, при какихъ условіяхъ возможно *conversio*, о чемъ здѣсь не мѣсто распространяться здѣсь. Ограничимся указаніемъ на то, что практика разрѣшаетъ упомянутый вопросъ утвердительно. Таковъ взглядъ петербургскаго коммерческаго суда въ рѣшеніяхъ по дѣлу Струбинскаго ¹⁾ и Чебыкиной ²⁾. Въ послѣднемъ рѣшеніи судъ говоритъ такъ: въ законѣ нигдѣ не содержится правила о томъ, что вексель недѣйствительный, какъ таковой не имѣетъ силы и какъ простое долговое обязательство; поэтому векселедательница, признавая подлинность своей подписи на векселѣ, обязана платить по оному, какъ по долговому акту, хотя бы отсутствіе разрѣшенія мужа отнимало у него силу вексельнаго права. Соглашаясь съ выводомъ суда, мы не можемъ однакожъ признать мотивъ рѣшенія правильнымъ. Изъ того, что въ законѣ нѣтъ такого-то правила, нисколько не слѣдуетъ, что судъ на одномъ этомъ основаніи можетъ допустить противное. Молчаніе закона есть фактъ отрицательный, самъ по себѣ не доказывающій ни про, ни contra спорной правовой нормы. Что касается въ частности *conversio*, то молчаніе закона о силѣ векселя недѣйствительнаго по нарушенію ст. 546 не доказываетъ еще, что судъ можетъ безъ дальнѣйшихъ доказательствъ признавать подобный вексель въ силѣ заемнаго письма. По мнѣнію нѣкоторыхъ теоретиковъ въ подобныхъ случаяхъ, судъ долженъ требовать отъ истца особыхъ доказательствъ того, что заемъ дѣйствительно былъ заключенъ ³⁾. Такого взгляда придерживается касса-

¹ Журн. «Гр. и торг. пр.» 1871 г., кн. 1, векс. суд. практика. стр. 22.

² См. «Баржу» 1873 г., № 167.

³ Уингеръ, *ib.*, с. 91.

ціонный сенатъ относительно вопроса о займѣ, заключающемся въ поклажѣ (ст. 2114). Многіе изъ старыхъ и новыхъ судовъ придерживались того взгляда, что сохранныя росписка недѣйствительная, какъ таковая можетъ сама служить полнымъ доказательствомъ займа. Но сенатъ разъяснилъ во многихъ рѣшеніяхъ, что истецъ по такому акту поклажи долженъ представить еще особыя доказательства того, что заемъ состоялся. Хотя толкованіе это, по нашему мнѣнію, не вѣрно (о чемъ не мѣсто говорить здѣсь), но въ виду подобнаго воззрѣнія нашей практики коммерческому суду слѣдовало бы подробнѣе объяснить, почему онъ полагаетъ, что истецъ по векселю, составленному съ нарушеніемъ ст. 546, не долженъ представить никакихъ другихъ доказательствъ состоявшагося займа, а можетъ прямо взыскивать по этому акту, какъ по заемному письму. Слѣдуетъ имѣть въ виду еще, что и по занимающему насъ теперь вопросу нашей практикѣ не чуждо то воззрѣніе на условіе *conversio*, которое кассационный сенатъ проводитъ относительно ст. 2114. Именно, старый сенатъ по одному дѣлу призналъ, что хотя векселя, выданные Болотиновой безъ разрѣшенія ея мужа и не могутъ имѣть силы вексельнаго права, но какъ заемъ денегъ по тѣмъ векселямъ *подтвержденъ особымъ условіемъ* у маклерскихъ дѣлъ явленнымъ, то заемъ долженъ быть признанъ дѣйствительнымъ ¹⁾. Стало бытъ только представленіе истцомъ еще особыхъ доказательствъ займа могло, по мнѣнію сената, придать векселю, выданному съ нарушеніемъ ст. 546, силу долговаго акта. Соглашаясь однако же съ мнѣніемъ петербургскаго коммерческаго суда мы думаемъ, что упомянутыя рѣшенія его должны быть мотивируемы такъ. Нахожденіе въ рукахъ кредитора векселя, выданнаго отвѣтчицей, хотя и безъ разрѣшенія ея мужа, само по себѣ даетъ законное предположеніе въ пользу займа, ибо никто не выдаетъ обязательствъ безъ основанія и безденежность акта никогда не предполагается. Поэтому естественно требовать отъ отвѣтчицы опроверженія упомянутой презумціи представленіемъ доказательствъ безденежности акта, а не возлагать на истца представленіе еще другихъ доказательствъ своего иска, когда презумція въ его пользу еще не отвергнута отвѣтчицей ²⁾.

Другой вопросъ: можетъ ли жена одного изъ лицъ неимѣющихъ, въ силу ст. 546 уст. торг., права обязываться векселями (крестьяне неимѣющіе недвижимой собственности и не торгующіе по свидѣтельствамъ, нижніе чины, лицъ духовнаго вѣдомства) выдавать векселя, если она по рожденію своему принадлежитъ къ такому состоянію.

¹ Сб. рѣш. прав. сената, т. 2, № 1028.

² Ср. также гр. кассак. рѣш. 1870, 1130 и 1869, 923.

которое не подлежит этому ограничению? Я полагаю, что вопрос этот долженъ быть разрѣшенъ утвердительно. По ст. 100 зак. гр. мужъ сообщаетъ права своего состоянія женѣ только въ томъ случаѣ, если она по рожденію принадлежитъ къ состоянію низшему; но, какъ выражено во многихъ статьяхъ IX тома, жена бракомъ не теряетъ своихъ личныхъ правъ, если мужъ принадлежитъ къ состоянію низшему. Право же обязываться векселями въ силу ст. 546 несомнѣнно есть личное право, связанное съ принадлежностью лица къ извѣстному состоянію. Это справедливо признано петербургскимъ коммерческимъ судомъ въ рѣшеніи по дѣлу Кошелевыхъ-Безбородко, гдѣ судъ установилъ слѣдующее начало: русская женщина, живущая за границей подчиняется въ своихъ лично-имущественныхъ правахъ русскимъ законамъ и потому можетъ обязываться векселями¹⁾. Вступленіе въ бракъ съ лицомъ неимѣющимъ права выдавать векселей не можетъ поэтому отнимать вексельную правоспособность у жены. Затрудненіе представляетъ вопросъ: какимъ образомъ возможно согласіе мужа на выдачу векселя женой, когда онъ самъ неспособенъ обязываться векселями. Но это затрудненіе только кажущееся. Разрѣшеніе мужа на вексель столь же мало имѣетъ характеръ вексельнаго обязательства, сколь разрѣшеніе его на личный наемъ жены имѣетъ характеръ личного найма. Въ обоихъ случаяхъ разрѣшеніе есть юридическій актъ особаго рода (согласіе мужа на возможное нарушеніе его супружескихъ правъ сдѣлкой жены), неимѣющей никакой внутренней связи съ обязательствомъ жены. Согласіе мужа на вексель жены нисколько не вліяетъ на внутреннюю природу послѣдняго и не влечетъ для него никакой отвѣтственности по вексельному праву; поэтому неспособность обязываться векселями не отнимаетъ у лица возможности разрѣшать выдачу его своей женой.

Можетъ ли жена пріобрѣтать вексель безъ согласія мужа и передавать его другому лицу безъ оборота на себя? Вопросъ этотъ возникалъ на практикѣ и одесскія судебныя мѣста, производящія взысканія по векселямъ (полиція и коммерческой судъ), руководствуясь ст. 546 и 570 уст. торг., рѣшаютъ его отрицательно. Одесское купечество въ отзывѣ своемъ на проектъ вексельнаго устава справедливо указываетъ на необходимость яснаго разрѣшенія этого вопроса въ законѣ²⁾. Нельзя не согласиться съ упомянутымъ взглядомъ; замужня жена можетъ дѣлаться и векселепринимательницею лишь съ разрѣшенія мужа; природа вексельныхъ правоотношеній

¹⁾ Журн. Гр. и Торг. Пр. ib. стр. 148.

²⁾ Проектъ и пр., стр. 224.

такова, что лицо, такъ или иначе принимающее въ нихъ участіе, можетъ легко подвергнуться строгой отвѣтственности по вексельному праву и потому мотивъ ст. 546 примѣнимъ и къ случаю, когда жена является векселепринимательницей.

Можетъ ли жена выдавать векселя своему мужу? По французскому и итальянскому праву для обязательствъ, выдаваемыхъ женой мужу, необходимо разрѣшеніе суда. Многие полагаютъ, что согласіе мужа въ подобныхъ случаяхъ совершенно невысказано, на томъ, повидимому, весьма солидномъ основаніи, что никто не можетъ быть совѣтникомъ или судьей въ собственномъ дѣлѣ (*nemo in re sua potest auctor esse*). Но, какъ справедливо замѣтилъ Удо, это соображеніе лишено достаточныхъ основаній. Еслибъ законъ исходилъ изъ того воззрѣнія, что женщина не обладаетъ достаточной опытностью, благо-разуміемъ и пр. для совершения актовъ, вслѣдствіе чего она нуждается въ руководствѣ мужа, тогда примѣненіе упомянутого начала къ сдѣлкамъ между самими супругами имѣло бы серьезное основаніе. Но въ дѣйствительности разрѣшеніе мужа требуется лишь для огражденія интересовъ мужа, а не для восполненія неспособности жены. Если же законъ не имѣетъ недовѣрія къ «практическому разуму» жены, то нѣтъ основанія запрещать такія сдѣлки ея съ мужемъ, для которыхъ, по общему правилу требуется разрѣшеніе послѣдняго, если жена вступаетъ въ эти сдѣлки съ посторонними лицами ¹⁾. Этому взгляду повидимому придерживается и наша судебная практика. Мы упомянули выше объ одномъ кассационномъ рѣшеніи (1868 г. № 483), въ которомъ высказано слѣдующее положеніе: если вексель выданъ женой третьему лицу, по сдѣлкамъ съ этимъ лицомъ мужа, и стало быть въ интересахъ послѣдняго, то согласіе мужа считается доказаннымъ. Этотъ тезисъ можно объяснить только съ указанной только-что точки зрѣнія: интересъ мужа въ выдачѣ векселя женой не только не служитъ препятствіемъ къ выраженію имъ согласія, на оный, но напротивъ, служитъ гарантіей того, что согласіе это дѣйствительно существовало. Тѣмъ болѣе примѣнимо это воззрѣніе къ тому случаю, когда вексель выданъ женой не постороннему лицу въ интересахъ мужа, а непосредственно самому мужу: самое принятіе имъ векселя служитъ полнымъ доказательствомъ его согласія на выдачу онаго женой.

II. Ст. 2202 зак. гр. Независимо отъ общихъ замѣчаній о природѣ разрѣшенія мужа на обязательства жены, слѣдуетъ замѣтить еще слѣдующее:

¹⁾ Droit de famille, p. 117.

Цѣлымъ рядомъ рѣшеній сенатъ призналъ то правильное начало, что къ договору личнаго найма относятся не только наймы въ услуженіе въ обыкновенномъ смыслѣ, но и всѣ договоры, въ силу которыхъ одно лицо обязывается совершить въ пользу другого известное дѣйствіе за опредѣленное вознагражденіе; взгляды этотъ находитъ себѣ основаніе въ самомъ законѣ (п. 3 ст. 2201 з. гр.). Известно также, что въ наукѣ существуетъ споръ о томъ, чѣмъ отличается договоръ довѣренности въ современномъ его видѣ (обыкновенно съ вознагражденіемъ повѣреннаго за его труды), отъ сдѣлокъ личнаго найма (*locatio—conductio operis* и *operatum*); древніе римляне считали безмездность существенной принадлежностью мандата. Въ виду этого возникаетъ вопросъ: обязана ли замужняя женщина испрашивать разрѣшеніе мужа для всѣхъ договоровъ, могущихъ быть подведенными подъ понятіе личнаго найма, или ст. 2202 относится собственно къ найму въ услуженіе? Съ перваго взгляда вопросъ разрѣшается просто: если известный договоръ имѣетъ законные признаки личнаго найма, и если послѣдній подчиненъ дѣйствию ст. 2202, то значить никакихъ различій между разными видами найма мы не вправѣ дѣлать (*ubi lege non distinguit nee nostrum est distinguere*); но вглядываясь ближе можно найти всякія основанія къ противоположному отвѣту. Во-первыхъ, какъ виѣшнее, формальное основаніе, представляется слѣдующее соображеніе. Правило ст. 2202 о необходимости разрѣшенія мужа для найма жены основано на уставѣ благочинія 1782 г., который подъ личнымъ наймомъ вездѣ понимаетъ обыкновенный наемъ въ услуженіе. Указы же, распространяющіе легальное понятіе найма далѣе этихъ первоначальныхъ предѣловъ, всѣ относятся къ гораздо болѣе позднему времени (см. цитаты подъ п. 3 ст. 2201). Такимъ образомъ, при возникновеніи своемъ, занимающее насъ правило ст. 2202 относилось несомнѣнно только къ найму въ услуженіе. Для того же, чтобъ распространить его силу на другіе виды личнаго найма, признанный таковыми впоследствии, слѣдовало бы имѣть какія-нибудь положительныя указанія закона по этому вопросу, а ихъ у насъ нѣтъ. Во-вторыхъ, для такого вывода имѣются еще и внутреннія, логическія, основанія. Мотивъ правила ст. 2202 заключается въ томъ, чтобъ предупредить возможность нарушенія требованія ст. 103 (о совместной жизни супруговъ) и ст. 107, 108 (о подчиненіи жены мужу) вслѣдствіе найма жены, подчиняющаго ее личной власти посторонняго лица, нанимателя. Но мотивъ этотъ вполне примѣнимъ только къ найму въ услуженіе, который дѣйствительно подчиняетъ нанявшееся лицо неопредѣленной въ своихъ границахъ личной власти нанимателя. Когда же дѣло идетъ объ опредѣленной работѣ за вознагра-

граждене, будетъ ли она относиться къ такъ назыв. *artes liberales* (напр. обязательство жены быть учительницей и т. под.), или къ ремесленному труду, тогда нѣтъ основанія опасаться существеннаго нарушенія правъ мужа, какъ главы жены. Подобный наемъ, если и можетъ стѣснять въ чемъ-либо права мужа, то не больше, чѣмъ всякая другая чисто-имущественная сдѣлка жены, напр. подрядъ или поставка, ею взятые, которые тоже могутъ требовать и временной отлучки жены и невозможности для нея исполнять свои обязанности по хозяйству и проч. Если подводить всякое личное обязательство жены къ исполненію какой-либо работы подъ дѣйствіе ст. 2202, то не понятно, почему не распространять силу этой статьи и на другія, чисто-имущественныя сдѣлки жены, которыя относительно нарушенія супружескихъ правъ мужа имѣютъ тѣ же самыя послѣдствія. Законъ однакожь признаетъ полную свободу имущественныхъ обязательствъ жены, не обращая вниманія на неизбежное ограниченіе супружескихъ правъ и интересовъ мужа при каждомъ обязательствѣ жены. Иностранныя законодательства гораздо послѣдовательнѣе на этотъ счетъ, опредѣляя, что жена не можетъ принимать довѣренности отъ посторонняго лица безъ разрѣшенія мужа, ибо исполненіе довѣренности ставитъ жену въ отношенія личной обязанности къ довѣрителю. У насъ, однакожь, никому не придетъ въ голову требовать разрѣшенія мужа для принятія женой обязанностей по довѣренности, подряду, поставке и проч. Этотъ же взглядъ долженъ быть примѣненъ и къ тѣмъ видамъ личнаго найма, которые, по толкованію практики, выводятся изъ п. 3 ст. 2201.

Что различіе, которое мы дѣлаемъ такимъ образомъ между разными видами личнаго найма, относительно примѣненія ст. 2202, не произвольное, но вытекаетъ изъ сущности предмета, видно изъ того, что еще римскіе юристы дѣлали различіе между *locatio—condictio operatum* (обыкновенный личный наемъ) и *loc. cond operis X* (гдѣ предметомъ договора служить не собственно личный наемъ извѣстнаго лица, но исполняемая имъ опредѣленная работа). Съ другой стороны и наша практика сознаетъ необходимость дѣлать въ нѣкоторыхъ случаяхъ различіе между наймомъ въ услуженіе и другими видами личнаго найма (см. гр. к. р. 1867 г. № 298). Поэтому не будетъ отступленія отъ духа закона, если мы, основываясь на вышеизложенныхъ соображеніяхъ, ограничимъ кругъ примѣненія ст. 2202 наймомъ въ услуженіе (п. 1 и 2 ст. 2201) въ тѣсномъ смыслѣ.

Если жена нанялась въ услуженіе съ разрѣшенія мужа и потомъ онъ, до истеченія контрактнаго срока, переселился въ другое мѣсто, то можетъ ли онъ требовать ее къ себѣ въ нарушеніе договора найма,

требующаго пребыванія ея въ данномъ мѣстѣ? Вопросъ этотъ, безъ сомнѣнія, долженъ быть рѣшенъ отрицательно, по слѣдующимъ основаніямъ.

1) Законъ запрещаетъ только такія сдѣлки, которыя имѣютъ непосредственной своей задачей установленіе раздѣльной жизни супруговъ (ст. 46, 76 и 103 з. гр.), но не препятствуетъ совершенію такихъ сдѣлокъ или договоровъ, которые имѣютъ другую цѣль, но могутъ при своемъ исполненіи влечь за собою фактическую (но не юридическую) раздѣльность супруговъ въ теченіи нѣкотораго времени. Иначе слѣдовало бы ограничить жену въ совершеніи всякихъ имущественныхъ сдѣлокъ, ибо каждая изъ нихъ можетъ влечь для нея необходимость временно отлучаться отъ своего домиція.

2) Законъ вообще не такъ строго понимаетъ обязанность жены слѣдовать за мужемъ, чтобъ запрещать всякое фактическое разлученіе супруговъ, вызываемое какими-нибудь основательными причинами, какъ это признано мнѣніемъ государственнаго совѣта 1850 года.

3) Мужъ имѣетъ право отказаться отъ своего права требовать къ себѣ жену, и законъ признаетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, силу этого отреченія (см. п. 2 прил. къ ст. 103 по прод. 1863 г.). Но согласіе мужа на наемъ жены въ услуженіе содержитъ въ себѣ *implicite* подобное отреченіе отъ права требовать исполненія ст. 103, ибо давая это согласіе, мужъ знаетъ, что договоръ найма связываетъ жену на договорный срокъ обязанностью подчиненія волѣ нанимателя.

§ 13. Вліяніе брака на имущественный бытъ супруговъ.

(Продолженіе).

VI. Исходя вообще изъ начала раздѣльности имущества супруговъ, законъ не можетъ однакожъ не признать *общности имущественныхъ ихъ интересовъ*, какъ факта, вытекающаго изъ самой природы брачныхъ отношеній и потому не могущаго быть уничтоженнымъ закономъ (*legislated away*, какъ прекрасно выражаются англичане). Кромѣ исчисленныхъ случаевъ, сюда относится еще цѣлый рядъ правилъ о несостоятельности одного изъ супруговъ, правилъ, составляющихъ изъятіе изъ принципа раздѣльности имущественныхъ отношеній супруговъ съ цѣлью охраненія правъ кредиторовъ несостоятельнаго.

Такъ, на основаніи ст. 17 уст. торг., жена лица оставившаго произвольно торговлю, но безъ объявленія его несостоятельнымъ, можетъ записываться въ купечество на общемъ основаніи. Стало быть *ex contigario*, если мужъ объявленъ несостоятельнымъ, жена не можетъ записываться въ купечество. Правило это обстоятельно развито въ ст. 82 и 83 положенія 9 февраля 1865 г. о пошлинахъ за

право торговли. Жена лица, признаннаго несостоятельнымъ, не можетъ брать купеческаго свидѣтельства на свое имя со дня объявленія несостоятельности до совершеннаго окончанія конкурса. Если по утвержденіи распоряженій по конкурсу жена несостоятельнаго должника не признана соучастницей въ дѣлахъ его, то она можетъ взять на свое имя купеческое свидѣтельство. И такъ при каждомъ конкурсѣ, вопреки принципу раздѣльности имущества супруговъ, возникаетъ предположеніе о томъ, что жена принимала участіе въ дѣлахъ несостоятельнаго мужа и потому право производства торговли возстановляется для нея только послѣ признанія конкурсомъ, что она никакого участія въ дѣлахъ мужа не принимала.

Къ этой же категоріи относятся правила ст. 2268—76 т. X ч. 2 и ст. 1933—37 т. XI уст. торг. относительно привлеченія къ ответственности имущества одного супруга въ случаѣ несостоятельности другого, преимущественно имѣнія жены при несостоятельности мужа. Сущность этихъ правилъ заключается въ слѣдующемъ. Имущество, принадлежащее собственно женѣ, не входитъ въ конкурсную массу по долгамъ мужа. Но обязанность доказать, что данное имущество, находящееся во владѣннн обоихъ супруговъ или одной жены, принадлежитъ ей въ собственность, лежитъ на женѣ, а не конкурсъ долженъ доказать противное (ст. 2273 т. X ч. 2; въ этомъ же смыслѣ нужно понимать слова «когда будетъ доказано», т. е. женой, въ ст. 2271 ib.). Но затѣмъ даже имущество, принадлежащее безспорно женѣ, по законному акту укрѣпленія, можетъ быть обращено въ конкурсъ мужа, если оно перешло къ ней безмезднымъ образомъ отъ мужа въ послѣдніе 10 лѣтъ предъ открытіемъ несостоятельности. Если такой переходъ имущества отъ мужа къ женѣ облеченъ въ форму возмезднаго акта пріобрѣтенія (законъ говоритъ о куплѣ, но несомнѣнно имѣетъ въ виду всякое безмездное пріобрѣтеніе), то продажа признается дѣйствительной и имѣніе не отбирается въ конкурсъ лишь въ такомъ случаѣ, если жена докажетъ, что данное имѣніе пріобрѣтено ею отъ мужа взаменъ цѣнности, составлявшей ея неоспоримую собственность и пріобрѣтенной ею не отъ мужа, а отъ другихъ лицъ путемъ даренія, наследства и пр. Правила эти распространяются и на обратный случай, т. е. когда несостоятельнымъ должникомъ является жена. Правила эти, на основаніи п. 28 закона 1 іюля 1868 г. о порядкѣ производства дѣла о несостоятельности въ новыхъ судахъ, должны быть примѣняемы и новыми судами при производствѣ дѣлъ о несостоятельности неторговой. Редактированы статьи эти довольно тяжело и неудачно, вслѣдствіе чего возбуждаютъ нѣкоторыя недоумѣнія. Такъ, напримѣръ,

между ст. 2269 и 2271 можно замѣтить слѣдующее противорѣчіе. На основаніи статьи (п. 4) все подаренное мужемъ женѣ за 10 лѣтъ до открытія несостоятельности считается ея неотъемлемой собственностью и въ конкурсѣ не отдается. А по ст. 2271 имѣніе, купленное женою у мужа менѣе, чѣмъ за 10 лѣтъ до несостоятельности не отбирается у нея только въ такомъ случаѣ, когда капиталъ, на который куплено имѣніе, дошелъ до нея отъ другихъ лицъ, «а не отъ мужа». Возникаетъ слѣдующій вопросъ: если мужъ подарилъ капиталъ женѣ до десятилѣтняго срока, а затѣмъ она на этотъ капиталъ приобрѣла у мужа же имѣніе послѣ этого срока, то такая продажа дѣйствительна или нѣтъ? По ст. 2269 подаренный женѣ капиталъ въ этомъ случаѣ сталъ такою же неотъемлемою ея собственностью, какъ имущество, дошедшее къ ней отъ другихъ лицъ; поэтому, если жена потомъ на этотъ капиталъ купила имѣніе у мужа, то продажа должна оставаться въ силѣ точно также, какъ еслибъ она платила деньгами, доставшимися ей отъ родителей и пр. Платить ли жена за это имѣніе своимъ приданымъ, наследственнымъ имуществомъ и пр. или капиталомъ, ей подареннымъ отъ мужа до давностнаго срока, это должно быть безразлично, ибо право собственности жены на всѣ эти виды имущества одно и то же. Притомъ конкурсѣ потому уже не можетъ оспаривать такую продажу, что общая масса имущества несостоятельнаго отъ этой продажи не измѣнилась. Еслибъ продажи не было, то въ массѣ находилось бы проданное имущество, но не было бы капитала, которымъ жена заплатила за имущество; самый же этотъ капиталъ не вошелъ бы въ составъ конкурса, какъ подаренный несостоятельнымъ женѣ до десятилѣтняго срока. Стало бы продажа произвела только замѣну цѣнностей въ имуществѣ несостоятельнаго, а не уменьшеніе ихъ, такъ что конкурсѣ не имѣетъ основанія разсматривать данную продажу, какъ сдѣланную во вредъ кредиторамъ. Съ другой стороны непонятно, почему цѣнность, которая въ первоначальномъ своемъ видѣ осталась бы неотъемлемою собственностью (капиталъ, подаренный до десятилѣтняго срока), должна быть у нея отнята, если она обращена въ другой видъ (купленное у мужа имѣніе). Эти соображенія склоняютъ насъ на сторону упомянутого имѣнія, основаннаго на ст. 2269. Но буквальный смыслъ ст. 2271 заставляетъ думать, что всякое отчужденіе имущества несостоятельнымъ своему супругу въ предѣлахъ давностнаго срока признается недѣйствительнымъ, когда эквивалентомъ отчужденія служить цѣнность, дошедшая къ покупающему супругу отъ несостоятельнаго, хотя бы и до десятилѣтняго срока. Однакожь, въ виду указанныхъ соображеній, вытекающихъ изъ *ratio legis* и смысла ст.

2269, правильно будет толковать конец ст. 2271 в ограничительном смысле, т. е. слова «а не отъ мужа» имѣютъ въ виду переходъ эквивалента къ женѣ несостоятельнаго тоже въ теченіе десятилѣтняго срока. Правда, при такомъ толкованіи слова эти составляютъ плеоказмъ: если эквивалентъ подаренъ женѣ менѣе, чѣмъ за 10 лѣтъ, то самый даръ недѣйствителенъ, изъ чего само собой слѣдуетъ, что имѣніе, купленное на этотъ даръ, подлежитъ обращенію въ конкурсную массу. Но при неудовлетворительности редакціи ст. 2268—76, содержащихъ вообще не мало повтореній, это обстоятельство не можетъ служить вѣскимъ возраженіемъ противъ выставленнаго нами мнѣнія.

Затѣмъ ст. 2271 оставляетъ нѣкоторое сомнѣніе относительно того, на комъ лежитъ обязанность доказать свойство капитала, на который жена купила имѣніе у мужа въ теченіе 10 лѣтъ до несостоятельности: предполагается ли безденежность подобной продажи, такъ что жена должна доказать противное, или наоборотъ, конкурсъ обязанъ доказывать симулированность продажи. Но сомнѣніе это, какъ замѣчено уже выше, по аналогіи съ ст. 2273 должно быть разрѣшаемо въ пользу перваго мнѣнія.

Какъ бы то ни было основная мысль этихъ правилъ очевидно заключается въ слѣдующемъ. Законъ предполагаетъ (и, какъ мы увидимъ послѣ, съ достаточнымъ основаніемъ), что супруги, несмотря на легальную раздѣльность ихъ имуществъ, легко могутъ въ ущербъ кредиторамъ переводить имѣніе отъ одного къ другому, въ особенности отъ мужа къ женѣ. Поэтому, не отступая отъ основнаго воззрѣнія раздѣльности супружескаго имущества, законъ ставитъ такой тезисъ: личное имущество одного супруга не отвѣчаетъ за долги другого, но *opus prolandi* распределяется здѣсь между сторонами не такъ какъ обыкновенно. Не конкурсъ, въ качествѣ истца, долженъ доказывать, что такое-то имущество, находящееся во владѣніи супруговъ, принадлежитъ несостоятельному, а напротивъ супругъ-недолжникъ долженъ представить доказательства принадлежности ему того имущества, которое въ конкурсъ поступать не должно. Но этого мало. Если даже супругъ этотъ имѣетъ доказательства принадлежности ему даннаго имущества. Законъ относится къ симъ подозрительно, если есть основаніе видѣть здѣсь злоумышленный переводъ имѣнія должника во вредъ кредиторамъ: именно, если имѣніе пріобрѣтено у несостоятельнаго менѣе, чѣмъ за 10 лѣтъ до несостоятельности, когда разстройство дѣлъ отчуждающаго супруга могло уже обнаружиться и побудить его къ симулированнымъ сдѣлкамъ съ другимъ супругомъ. Постановляя эти правила законъ руководился слѣ-

дующими соображеніями: 1) для конкурса было бы въ высшей степени затруднительно доказывать принадлежность имущества должнику, а не его супругу, поэтому возлагать на него *onus probandi* въ виду простаго заявленія другого супруга, что данное имущество принадлежит ему, а не несостоятельному, значило бы сдѣлать невозможными конкурсы въ большинствѣ случаевъ. Для лица же утверждающаго, что имущество принадлежит ему, нисколько не затруднительно представить доказательства этого, такъ какъ всякій обязанъ заботиться о томъ, чтобы сдѣлать для себя возможнымъ верифицированье своихъ правъ въ случаѣ спора; 2) симулированность или безденежность сдѣлокъ между лицами столь близкими другъ другу, какъ супруги, гораздо вѣроятнѣе, чѣмъ при сдѣлкахъ съ посторонними, такъ какъ въ первомъ случаѣ контрагенты имѣютъ больше гарантій сохраненія тайны, необходимой въ подобныхъ случаяхъ, и легче получается согласіе на рискъ могущей послѣдовать ответственности.

Если имѣть въ виду эти соображенія, то окажется, что ст. 2268—73 собственно говоря не содержитъ никакихъ отступленій отъ началъ X тома объ имущественной раздѣльности супруговъ и вообще не содержатъ измѣненій началъ матеріальнаго права. Дѣйствительно, 1) что все имущество несостоятельнаго лица и только оно отвѣчаетъ за его долги, и 2) что симулированныя сдѣлки его во вредъ кредиторамъ недействительны, это начала общаго права, имѣющія примѣненіе и не между супругами; а болѣе этого въ сущности не говорить и изложенныя правила. Что составляетъ ихъ особенность, это измѣненіе началъ процесса въ смыслѣ возложенія на супруга-не должника обязанности доказывать то, что по общему правилу лежитъ на истцѣ (конкурсѣ). Другими словами ст. 2268—2273 содержатъ *præsumptio*, которая, какъ всякая презумція, не измѣняетъ началъ матеріальнаго права, но видоизмѣняетъ распредѣленіе *onus probandi* между сторонами. Только съ этой точки зрѣнія возможно правильное пониманіе изложенныхъ правилъ закона. Г. Побѣдоносцевъ выражается невѣрно утверждая, что въ «случаѣ несостоятельности одного изъ супруговъ, имущество другого можетъ быть привлечено къ отвѣтственности¹⁾». Имущество супруга-недолжника никогда не отвѣчаетъ за долги несостоятельнаго, а только то, что незаконно передано во вредъ кредиторамъ и слѣдовательно, не переставало быть собственностью несостоятельнаго, въ силу законной недействительности подобныхъ актовъ. Если же имущество разъ стало собствен-

¹⁾ Курсъ гражд. права, с. 2, стр. 105.

ностью жены, хотя бы оно перешло въ видѣ дара отъ несостоятельнаго мужа (именно за 10 лѣтъ до несостоятельности), то ужъ не привлекается къ отвѣтственности за долги послѣдняго. Такимъ образомъ можно сказать, что жена, приобрета отъ мужа (или наоборотъ), сдѣлавшагося впоследствии несостоятельнымъ, извѣстное имущество, имѣетъ на оное *domini an resocaeibile* при нѣкоторыхъ условіяхъ. Это не значитъ, что собственное имущество одного лица привлекается къ платежу другого.

Другой характеръ имѣетъ правило ст. 2274 т. X ч. 2, въ силу которой при конкурсѣ надъ мужемъ жена получаетъ въ собственность, свободную отъ взысканія, не только женскія платья и бѣлье, но и половину мебели, посуды и пр. Съ изданіемъ судебныхъ уставовъ, правило этой статьи удержано только въ отношеніе платья и бѣлья; относительно же остальной движимости, находящейся въ общей квартирѣ супруговъ, постановлено слѣдующее: при взысканіи съ одного изъ супруговъ подвергается описи и продажѣ вся упомянутая движимость (т. е. находящаяся въ общемъ помѣщеніи супруговъ), за исключеніемъ вещей, о принадлежности которыхъ другому супругу представлены достовѣрные доказательства (ст. 976 уст. гр. суд.). Причина такой замѣны ст. 2274 правиломъ ст. 976 заключается между прочимъ въ томъ, что ст. 2274 какъ будто признаетъ общность имущества супруговъ (на это указываетъ право жены на *половину* движимости), что противорѣчитъ основному началу нашего гражданскаго права.¹⁾ Нельзя не удивляться тому, что кассационный сенатъ (рѣш. 1869, № 237 и 1872, № 248), объясняетъ ст. 976 тѣмъ, что законъ предполагаетъ общую собственность супруговъ на находящееся во владѣніи ихъ движимое имущество. Государственный совѣтъ положительно объясняетъ, что ст. 2274 замѣнена ст. 976 именно оттого, что первая построена на невѣрномъ предположеніи объ общности имущества супруговъ, стало быть ст. 976 отвергаетъ это предположеніе, а сенатъ находитъ, что ст. 976 объясняется этимъ самымъ предположеніемъ. Такой промахъ конечно можно объяснить только тѣмъ, что сенатъ не имѣлъ въ виду мотивовъ къ ст. 976; но не странно ли, что наши судьи такъ игнорируютъ столь важные и вмѣстѣ съ тѣмъ столь доступные матеріалы для интерпретаціи судебныхъ уставовъ, какъ мотивы къ уставамъ въ изданіи государственной канцеляріи?

Но и помимо историческихъ основаній толкованіе сената ужъ потому не выдерживаетъ критики, что, какъ вѣрно замѣтилъ г. Спасо-

¹⁾ См. мотивы къ ст. 976 уст. гр. суд., въ изд. госуд. канцеляріи.

вичъ, съ точки зрѣнія сената можно было бы подвергать описи лишь половину всей движимости. ²⁾ На самомъ дѣлѣ ст. 976 объясняется слѣдующимъ образомъ. Статья эта составляетъ дальнѣйшее распространѣнiе правила ст. 2273 т. X ч. 2. По прежнему закону только въ случаѣ несостоятельности мужа все движимое имущество обоихъ супруговъ отбиралось въ конкурсъ и жена могла получить часть онаго только представивши съ своей стороны доказательства своихъ правъ на данный предметъ. Ст. 976 распространяетъ это правило въ двухъ отношенiяхъ: 1) и при частномъ взысканiи по отдѣльному долгу наступаетъ обязанность супруга-недолжника верифицировать свои права на отдѣльные предметы. 2) Обязанность эта одинаково возлагается на мужа при взысканiи съ жены: по прежнимъ законамъ это не такъ (ст. 2276 хотя и говоритъ: все постановленное въ предъидущихъ статьяхъ распространяется и пр., но прибавляетъ: о имѣнiяхъ, подаренныхъ и проданныхъ женѣ мужемъ, изъ чего слѣдуетъ заключить, что ст. 2273 собственно не распространяется на случай, о которомъ говоритъ ст. 2276). Тѣмъ не менѣе основной принципъ ст. 976 тотъ же, что и ст. 2273. Обѣ онѣ содержатъ Beweis lastpraesumption, перемѣщающую *onus prolandi* въ процессѣ отъ истца къ отвѣтчику. Никакого предположенiя объ общности имуществъ супруговъ ст. 976 не содержитъ. Предположенiя о томъ, что данная движимость принадлежитъ именно должнику (какъ полагаетъ г. Спасовичъ), ст. 976 тоже не содержитъ: какимъ образомъ, законъ будетъ предполагать то, что очевидно невѣрно, ибо всякому извѣстно, что каждый супругъ обыкновенно имѣетъ вещи ему лично принадлежащiя и законъ признаетъ раздѣльность имущество супруговъ? Мнѣнiе г. Спасовича о неразумности *подобныхъ* предположенiй совершенно правильно, но упрекъ его не относится къ ст. 976, которая никакихъ презумпцiй въ техническомъ смыслѣ не содержитъ, а возлагаетъ только на отвѣтчика *onus prolandi* въ виду невозможности для истца удостовѣрить извѣстныя факты, обосновывающiе его права, и легкости злоупотребленiй со стороны должника передачей имущества своему супругу. Для пониманiя мотивовъ ст. 976 и 2273 служатъ не тѣ предположенiя, о которыхъ говоритъ сенатъ и г. Спасовичъ, а аналогія со ст. 784, 1789—93 в. гр. и др. (см. выше § 10) съ одной стороны и ст. 900 уст. гр. суд. съ другой. Въ первой категорiи законовъ мы видимъ рядъ правилъ, основанныхъ по предположенiю, что жена въ своихъ правовыхъ дѣйствiяхъ не есть лицо самостоятельное по службѣ подставнымъ лицомъ для мужа. Это та

²⁾ См. журн. гр. и уг. пр. 1873 г., 2, 176.

замаю мысль, которая лежит въ основаніи разбираемыхъ нами теперь ст. 2273 и 976. Что же касается до ст. 900 уст. гр. суд., то она даетъ примѣръ отступленія отъ начала ст. 366 уст. (истецъ обязанъ доказать все основанія своего иска). По общему правилу истецъ обязанъ доказать не только то, что отвѣтчикъ состоитъ ему должнымъ по такому то основанію, но также и размѣръ долга. Ст. же 900 для одной категоріи дѣлъ дѣлаетъ изъятіе изъ этого правила въ виду того, что отыскивающей доходы съ неправильно владѣвшаго его имѣніемъ лица поставленъ въ физическую почти невозможность доказать цифру доходовъ, тогда какъ для отвѣтчика представленіе отчетности нисколько не затруднительно. Это примѣненіе той самой идеи, которая руководила законодателемъ при установленіи правилъ ст. 2273 и 976.

VII. Солидарность имущественныхъ интересовъ супруговъ признается также въ слѣдующемъ правилѣ. Въ купеческое свидѣтельство, выдаваемое на имя мужа, можетъ быть вносима и жена (но не на оборотъ, въ виду того, что мужъ есть глава семьи). Послѣдствія такого внесенія состоятъ въ слѣдующемъ. Лица, причисленные къ одному купеческому свидѣтельству, могутъ производить торговлю и вступать въ обязательства не иначе, какъ по формальнымъ довѣренностямъ отъ начальника семейства на правахъ прикащика или повѣреннаго. Имъ возбраняется производство торговли отъ своего имени и если выдадутъ векселя безъ формальнаго уполномочія главы семьи, то подлежать за то личной отвѣтственности. Такіе акты обязательны для главы семьи только при формальной его довѣренности (ст. 67 и 73 полож. о пошл. за право торговли). По поводу этихъ правилъ замѣчаемъ слѣдующее.

1) Сопоставляя эти статьи со ст. 184—188 з. гр., мы замѣчаемъ различіе въ томъ отношеніи, что первыя говорятъ только объ уполномочіи (довѣренности) главы семьи, тогда какъ послѣднія говорятъ «о согласіи и уполномочіи». Мы указывали выше (§ 10, V), на невѣрность примѣненія термина «согласіе» въ ст. 184—88. Положеніе о пошлинахъ и пр., устраняетъ этотъ недостатокъ, вычеркнувъ выраженіе «согласіе» и оставивъ одну «довѣренность», соотвѣтствующую вполне внутреннему содержанію закона.

2) Имѣютъ ли лица записанныя въ купеческое свидѣтельство главы семьи, право обязываться векселями самостоятельно, не въ качествѣ уполномоченныхъ начальника семейства? Вопросъ этотъ ясно разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ приведенной ст. 73 положенія. Отсутствие довѣренности начальника семьи освобождаетъ только послѣдняго отъ взысканія по векселю, но выдавшіе таковой члены

семьи подлежат личной ответственности». Замѣчательно однакожь то, что сенатъ въ одномъ рѣшеніи призналъ, будто неотдѣленные купеческія дѣти вовсе не имѣютъ права обязываться векселями иначе, какъ по довѣренности начальника семьи.¹⁾ Очевидно сенатъ упустилъ изъ виду буквальный смыслъ какъ ст. 52 уст. торг., такъ ст. 73 полож. 9 февраля 1865 г.

3) Записанная въ свидѣтельство мужа купеческая жена можетъ обязываться векселями двояко: 1) или какъ уполномоченная мужа и тогда должникомъ является одинъ послѣдній, или 2) безъ уполномочія и тогда она подлежитъ личной ответственности. Спрашивается: обязательно ли во второмъ случаѣ для дѣйствительности векселя согласіе мужа на выдачу онаго на основаніи общаго правила ст. 546 уст. торг., или въ данномъ случаѣ этого не нужно, такъ какъ ст. 73 полож. говоритъ, что члены семейства, записанные въ одно свидѣтельство (стало быть и жена внесенная въ оное), въ случаѣ выдачи векселя безъ уполномочія, подлежатъ личной ответственности предъ векселепринимателемъ, причемъ не сдѣлано никакихъ оговорокъ о необходимости примѣненія ст. 546? Другими словами: отмѣняетъ ли ст. 73 полож. дѣйствіе ст. 546 для того случая, когда жена внесена въ купеческое свидѣтельство мужа, или нѣтъ?

Въ пользу утвердительнаго отвѣта на этотъ вопросъ можно было бы сказать слѣдующее. Внесеніе мужемъ своей жены въ купеческое свидѣтельство есть своего рода фактическое согласіе на векселя, которыя будутъ ею впослѣдствіи выданы. Внесеніе жены въ свое купеческое свидѣтельство можно сравнивать съ тѣмъ разрѣшеніемъ мужа на открытіе женой торговли, которое, какъ указано выше, требуется иностранными законодательствами. Можно сказать, что этимъ дѣйствіемъ мужъ призналъ способность жены вести торговыя операціи, а слѣдовательно и обязываться векселями отъ своего имени. Это разсужденіе кажется тѣмъ болѣе основательнымъ, что наша практика, какъ мы видѣли выше, снисходительно относится къ вопросу о способахъ выраженія мужемъ согласія на вексель жены и считаетъ за таковое согласіе всякое дѣйствіе мужа, дающее основаніе полагать, что мужъ зналъ о выдачѣ векселя и не намѣренъ былъ этому препятствовать. Но такое разсужденіе противорѣчило бы дѣйствительному юридическому характеру того дѣйствія, о которомъ говорить ст. 67 полож. о пошл. По общему правилу никто не можетъ быть торговымъ прикащикомъ не взявши особаго прикащичьяго свидѣтельства. Ст. 67 и 73 полож.

¹⁾ Гр. касс. рѣш. 1870, № 476.

дѣлають изъятіе изъ этого правила въ пользу членовъ семейства лица, взявшаго купеческое свидѣтельство. Если жена внесена въ купеческое свидѣтельство мужа, то она можетъ быть его прикащикомъ и безъ взятія особаго свидѣтельства, необходимаго въ этомъ случаѣ для всякаго другого лица. Такимъ образомъ внесеніе членовъ семейства въ свое свидѣтельство имѣетъ для нихъ одно фискальное значеніе (освобожденіе отъ платежа за прикащикье свидѣтельство), но не вліяетъ на ихъ матеріально-правовое положеніе какъ въ отношеніи къ главѣ семьи, такъ и къ постороннимъ лицамъ. Они могутъ сдѣлаться повѣренными начальника семьи, но для этого они должны имѣть формальную его довѣренность (ст. 73 полож.), подобно всякому другому прикащику и проч. Самое же внесеніе въ купеческое свидѣтельство начальника семьи, не дѣлаетъ ихъ его уполномоченными. Стало бытъ и въ правѣ жены обязываться отъ своего имени векселями внесеніе въ свидѣтельство мужа не производитъ никакихъ перемѣнъ и ст. 546 уст. вѣк. должна быть примѣняема безусловно. Слова же ст. 73 «подлежать личной отвѣтственности», насколько они относятся до векселей, выданныхъ безъ довѣренности замужними женами и неотдѣленными дочерьми, должно понимать съ слѣдующей оговоркой: на основаніи общихъ законовъ (т. е. векселя эти дѣйствительны какъ таковыя только при наличности согласія мужа или отца).

4) Но если такимъ образомъ для жены, внесенной въ купеческое свидѣтельство мужа, необходимо согласіе послѣдняго на выдачу его векселя отъ своего имени, то для суда нерѣдко должны возникать затрудненія относительно того, что слѣдуетъ считать *уполномочіемъ* отъ мужа на выдачу векселя женой отъ его имени и что *согласіемъ* или разрѣшеніемъ на выдачу ею векселя отъ ея собственнаго имени. Если руководствоваться одной буквой ст. 73, то можно придти къ слѣдующему весьма простому выводу, разрѣшающему всякія сомнѣнія. Если выдавшій вексель членъ семейства можетъ представить формальную довѣренность отъ начальника онаго на выдачу даннаго векселя, тогда послѣдній отвѣчаетъ по векселю; если нѣтъ, то отвѣтственность падаетъ на лицо подписавшее вексель. Но такое рѣшеніе вопроса невозможно признать правильнымъ. Если изъ дѣла ясно видно, что вексель выданъ женой по дѣламъ мужа, если есть доказательства, что мужъ желалъ этой выдачи и уполномочивалъ на это жену (напр. частными письмами) и если при этомъ жена завѣдывала на правахъ прикащика дѣлами мужа, то освобождаетъ послѣдняго отъ отвѣтственности по векселю только потому, что нѣтъ формальной довѣренности на выдачу онаго, было бы несправедливо и несогласно

съ тѣми началами права, которыя признаются и нашей судебной практикой. Притомъ это было бы рѣшительно несогласно съ содержаніемъ ст. 705 уст. торг., въ силу которой хозяинъ отвѣчаетъ за дѣйствія прикащика во всемъ томъ, что въ силу его порученія, приказанія или съ его вѣдома и воли, учинено будетъ. По смыслу этой статьи, жена, внесенная въ свидѣтельство мужа и состоящая его прикащицей въ случаѣ выдачи ею векселя съ вѣдома и согласія мужа обязываетъ его какъ векседателя. Предполагать же, что ст. 73 полож. отмѣняетъ дѣйствіе ст. 705 относительно векселей, нѣтъ никакого основанія при отсутствіи указаній на то въ законѣ. Поэтому надо придти къ тому заключенію, что ст. 73 нельзя понимать строго буквально, но суду, разсматривающему дѣло по существу должно быть предоставлено право оцѣнки обстоятельствъ дѣла и вывода изъ нихъ заключенія о томъ, было ли въ данномъ случаѣ уполномочіе со стороны мужа на выдачу женой-прикащицей векселя отъ его имени или было только выражено имъ согласіе на выдачу его вексельнаго обязательства отъ собственнаго имени. Само собою разумѣется, что сомнѣніе возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, когда жена, выдавшая вексель, дѣйствительно состоитъ повѣреннымъ мужа, но безъ спеціальнаго полномочія на выдачу векселей; одно внесеніе ея въ купеческое свидѣтельство мужа не можетъ имѣть здѣсь никакого значенія.

VIII. Бракъ и по нашимъ законамъ имѣетъ вліяніе на имущественные интересы вступающихъ въ оный въ томъ отношеніи, что даетъ женѣ нѣкоторыя лично-имущественныя права, составляющія прямое наслѣдствіе ея брака съ лицомъ извѣстнаго состоянія. Это преимущественно обнаруживается въ случаѣ прекращенія брака смертью (указная часть, полученіе пенсій и пр.), что не входитъ въ программу нашего изложенія, но есть правила этого рода дѣйствующія и во время брака. Сюда относится правило ст. 43 полож. о пошл. за право торговли: жены солдатъ могутъ содержать мелкія промышленныя заведенія безъ промысловыхъ свидѣтельствъ, если мужья ихъ сами не содержатъ такихъ заведеній въ мѣстѣ ихъ общаго жительства. Законъ по обыкновенію предполагаетъ и здѣсь, что супруги живутъ совмѣстно. Но это предположеніе, какъ достаточно разъяснено выше, въ значительномъ числѣ случаевъ не соответствуетъ дѣйствительности и даже самимъ законамъ, допускающимъ добровольное или вынужденное разлученіе супруговъ на нѣкоторое время по разнымъ причинамъ. Спеціально относительно нижнихъ чиновъ военнаго вѣдомства законъ 1866 г., какъ указано прежде, запрещаетъ вступающимъ на службу женатымъ лицамъ брать съ собою своихъ женъ. Такимъ образомъ ст. 43 полож., предполагающая совмѣстное житель-

ство солдатъ съ ихъ женами, находится какъ бы въ прямомъ противорѣчii съ изданнымъ нѣсколько позже упомянутымъ закономъ по военному вѣдомству. Спрашивается: пользуются ли преимуществомъ ст. 43 тѣ солдатскія жены, которыя живутъ раздѣльно съ мужьями? По нашему мнѣнiю ст. 43 слѣдуетъ понимать такимъ образомъ, что солдатская жена лишается привилегiи, предоставленной ей этимъ закономъ только въ томъ случаѣ, если она живетъ вмѣстѣ съ мужемъ и послѣднiй самъ содержитъ промышленное заведенiе, обеспечивающее существованiе семьи. Въ другихъ случаяхъ (и тогда, если солдатская жена живетъ отдѣльно отъ мужа), право это за ней остается. Этотъ выводъ вытекаетъ изъ смысла ст. 48, которая имѣетъ въ виду облегчить добыванiе средствъ къ жизни не самому солдату (о немъ заботится правительство), а его женѣ и дѣтямъ; стало быть раздѣльная жизнь супруговъ не можетъ влiять на данное право жены. Это тѣмъ болѣе справедливо, что въ силу закона 1866 г., раздѣльность эта составляетъ послѣдствiе самого закона и потому не можетъ быть поставлена въ вину женѣ.

IX. Наконецъ къ разряду правилъ этого рода относится ст. 1226 уст. гр. суд. (супруги не могутъ требовать о взаимномъ личномъ задержанiи при исполненiи рѣшенiй по искамъ одного изъ нихъ къ другому). Это правило, хотя повидимому относящееся только къ личнымъ отношенiямъ супруговъ, на самомъ дѣлѣ имѣетъ большое значенiе и для имущественныхъ отношенiй. Возможность личнаго задержанiя служить у насъ, какъ и вездѣ, гдѣ оно допускается закономъ, сильнымъ способомъ обезпеченiя многихъ имущественныхъ сдѣлокъ. Поэтому ст. 1226 въ сущности значительно видоизмѣняетъ фактическiе результаты принципа ст. 116 и 117 зак. гр., въ силу которыхъ сдѣлки между супругами не отличаются по юридическому своему характеру отъ сдѣлокъ между лицами, чуждыми другъ другому.

§ 14. Пробѣлы въ примѣненiи начала имущественной солидарности супруговъ.

Мы разсмотрѣли цѣлый рядъ правилъ, ясно доказывающихъ, что законодательство наше не держится безусловно начала невлiянiя брака на имущественныя права супруговъ. Сознвая огромное влiянiе брака на состоящихъ въ ономъ лицѣ, законъ придаетъ ему должное значенiе во многихъ случаяхъ, гдѣ абстрактный принципъ раздѣльности, установленный гражданскими законами, показывается явно несостоятельнымъ въ практическомъ примѣненiи. Но одинъ изъ капитальныхъ недостатковъ нашего законодательства заключается въ отсутствii послѣдовательнаго проведенiя разъ признаннаго право-

вого начала, въ случайности и отрывочности нормъ относящихся къ одному ученію, вслѣдствіе чего постоянно встрѣчаешься съ противоположными воззрѣніями на одинъ и тотъ же вопросъ. Наше гражданское законодательство въ сущности не столь бѣдно правовыми идеями, какъ это кажется при поверхностномъ знакомствѣ съ X томомъ; но дѣло въ томъ, что наша практика и юриспруденція, по недостатку научнаго развитія, не умѣютъ обобщать и правильно примѣнять идей, выраженныхъ закономъ въ казуистической формѣ, которая не можетъ однакожъ вводить въ заблужденіе развитаго юриста. Только въ виду такого безсилія практики и доктринальнаго толкованія можно соглашаться съ тѣми, которые возлагаютъ всю вину несовершеннаго состоянія нашего гражданского права на законодательство: послѣднее вынуждено у насъ исполнять и то, что въ другихъ странахъ составляетъ обязанность интерпретаціи мѣсть и лицъ, примѣняющихъ законъ. Такимъ образомъ мы видимъ, что идея солидарности имущественныхъ интересовъ супруговъ во многихъ отдѣльных постановленіяхъ закона признается самымъ осязательнымъ образомъ. Выше (§ 10, II, III) указаны различныя правила, мотивъ которыхъ заключается въ слѣдующемъ: если извѣстная сдѣлка запрещена мужу въ видахъ огражденія казеннаго интереса, то она запрещается и его женѣ, какъ естественному подставному лицу мужа. Къ перечисленнымъ тамъ законамъ можно прибавить еще ст. 2296 зак. гр. Служащимъ въ Сибири чиновникамъ, равно женамъ ихъ и членамъ семействъ, не дозволено быть повѣренными другихъ лицъ по тѣмъ горнымъ и золотымъ промысламъ, кои имъ самимъ воспрещены. Но идея, лежащая въ основаніи этихъ правилъ, далеко не послѣдовательно проведена нашимъ законодателемъ, по свойственной ему казуистичности.

1) Идея эта не примѣнена вполнѣ даже непосредственно къ тому отдѣлу правоотношеній, гдѣ она первоначально возникла. Въ ст. 1788 и 1797 зак. гр. указаны нѣкоторыя категоріи лицъ, недопускаемыхъ къ казеннымъ подрядамъ и поставкамъ, но не сдѣлано при этомъ оговорки, подобно ст. 1789—93, что запрещеніе распространяется и на женъ этихъ лицъ, отсутствіе такой оговорки даетъ возможность обойти эти законы посредствомъ естественныхъ подставныхъ лицъ — женъ. Недѣйствительность такихъ подрядовъ возможна будетъ лишь тогда, если будетъ положительно доказано, что жена была подставнымъ лицомъ мужа, не имѣющаго права брать данный подрядъ; между тѣмъ въ указанныхъ выше узаконеніяхъ презумція того, что жена есть подставное лицо мужа; существуетъ сама собою безъ всякихъ доказательствъ, что подрядъ взятъ женой не отъ собственнаго

имени. Объяснить логически, на чемъ основано такое различіе между правилами ст. 1789—93 съ одной стороны и 1788 и 1797 съ другой — нѣтъ никакой возможности.

2) Есть другіе случаи, въ которыхъ примѣненіе презумціи о томъ, что жена есть подставное лицо мужа, такъ и напрашивается законодателю, а примѣненія этого все-таки нѣтъ на дѣлѣ. Такъ, законъ запрещаетъ стачки при публичныхъ торгахъ и требуетъ, для дѣйствительности продажи, чтобъ въ торгахъ участвовало не менѣе двухъ лицъ; само собою разумѣется, что эти два лица должны быть независимыя одно отъ другаго, не могущія быть подозрѣваемыми съ достаточнымъ основаніемъ въ стачкѣ. Законъ не содержитъ, однакожъ, запрещенія женѣ являться на торги одновременно съ мужемъ. Случай торговъ, въ которомъ участвовали только мужъ и жена, восходиль на разсмотрѣніе общаго собранія стараго сената и оно признало торги дѣйствительными. Бракомъ не составляется общаго владѣнія супруговъ. Въ гражданскихъ своихъ отношеніяхъ по имуществу супруги составляютъ два совершенно отдѣльныхъ лица. На семъ основаніи и въ томъ вниманіи, что всѣ изыятія изъ общаго правила о раздѣльности имуществъ между супругами означены въ законахъ положительно, сенатъ призналъ, что супруги могутъ торговаться на одно и тоже имѣніе¹⁾. Последнее соображеніе особенно замѣчательно. Въмѣсто того, чтобъ уловить общую мысль закона, выражающуюся въ нѣсколькихъ отдѣльныхъ правилахъ, и распространить ее, путемъ логическаго толкованія, на другіе подобные случаи, сенатъ цѣпляется за то, что законъ самъ указываетъ нѣсколько случаевъ солидарности интересовъ супруговъ, и выводитъ изъ этого, что принципъ этотъ въ другихъ случаяхъ непримѣнимъ. Это тотъ исходъ буквальнаго толкованія закона, который, какъ мы показали въ другомъ мѣстѣ, именно къ нашему своду примѣнимъ менѣе, чѣмъ къ какому-либо другому кодексу. Дѣйствительно, если гдѣ нибудь предположеніе о томъ, что жена въ своей имущественной дѣятельности является не самостоятельнымъ лицомъ, а подставнымъ лицомъ мужа, имѣетъ достаточно основаній, то это именно въ томъ случаѣ, когда мужъ и жена, и притомъ они одни, являются на публичные торги, какъ два отдѣльныхъ покупателя. Тутъ можно съ увѣренностью сказать, что дѣйствительнымъ покупателемъ является одинъ супругъ, а другой находится съ нимъ въ стачкѣ и служитъ только для того, чтобъ исполнить требованіе закона о наличности двухъ покупателей. Если же положительный законъ не содержитъ прямого правила именно на этотъ

¹⁾ Сб. сен. рѣшеній, т. 2, № 800.

счетъ, то другія правила даютъ возможность обобщенія и аналогическаго примѣненія презумціи о подставномъ характерѣ имущественной дѣятельности жены. Это примѣненіе должно быть задачей судебного и научнаго толкованій.

3) На основаніи ст. 2178 т. Х ч. 2, никто изъ лицъ, употребляемыхъ правительствомъ для производства публичной продажи, не можетъ быть покупщикомъ продающагося имѣнія. А по ст. 2179 (тамъ же), не могутъ также участвовать въ торгахъ повѣренные и опекуны самого должника. Правила эти повторены въ ст. 1051 уст. гр. суд. Здѣсь законъ не распространяетъ ограниченія на женъ должностныхъ лицъ, производящихъ продажу, и женъ должниковъ. Между тѣмъ возможность злоупотребленій съ этой стороны совершенно та же, что и въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ ст. 784, 2256, 1789 зак. гр. и ст. 779 т. III св. зак. Жена можетъ также служить подставнымъ лицомъ при продажѣ съ публичныхъ торговъ имѣнія, какъ и при производствѣ торговъ на казенные подряды. Невозможно отыскать разумнаго основанія дѣлать различіе между этими двумя случаями. Единственныя причины логическаго противорѣчія заключаются въ томъ, что не было практическаго случая, который обратилъ бы вниманіе законодателя на необходимость распространить на случай ст. 1051 предположеніе ст. 784 и пр. зак. гр. При такихъ условіяхъ судебная практика можетъ и, по нашему мнѣнію, должна восполнить пробѣлъ закона, распространить запрещеніе ст. 1051 на женъ упомянутыхъ въ ней лицъ, примѣнительно къ принципу, установленному закономъ въ другихъ аналогичныхъ случаяхъ. Это будетъ правильнѣе, чѣмъ отрицательное рѣшеніе вопроса на основаніи «буквальнаго смысла закона», который у насъ менѣе чѣмъ гдѣ-либо соотвѣтствуетъ внутреннему его смыслу.

4) При существованіи крѣпостнаго права были законы, запрещавшіе владѣніе извѣстнаго рода имѣніемъ женамъ, если мужа ихъ не имѣли права владѣть этими имѣніями (см. ст. 773 и 1009 зак. гр.). Законы эти исходили изъ того же воззрѣнія на подставной характеръ женъ и возможность легкаго перехода пользованія имущественными правами отъ одного супруга къ другому. Хотя теперь законы эти не имѣютъ никакого практическаго значенія, но очевидно, что и для воспрещенія женамъ владѣть имуществомъ, которымъ не могутъ владѣть ихъ мужья, не имѣетъ ничего общаго съ крѣпостнымъ правомъ и потому должна имѣть примѣненіе и теперь во всѣхъ однородныхъ случаяхъ. Но по странной судьбѣ нашего законодательства, состоящаго до сихъ поръ изъ массы болѣе или менѣе разрозненныхъ постановленій, принципъ, признанный сегодня по поводу одного вопроса

отвергается завтра, когда дѣло зайдетъ о другомъ вопросѣ. Любопытный примѣръ этого рода заключается въ слѣдующемъ: законъ 10 декабря 1865 года запрещаетъ лицамъ польскаго происхожденія (исповѣдующимъ католическую вѣру), прибрѣтать вновь недвижимы имѣнія въ западныхъ губерніяхъ иначе, какъ по законному наслѣдованію. На практикѣ законъ этотъ нерѣдко обходится тѣмъ, что лютеране и православные, состоящіе въ бракѣ съ лицами католическаго исповѣданія, прибрѣтаютъ имѣнія на свое имя и въ послѣдствіи они переходятъ къ дѣтямъ воспитаннымъ въ полонизмѣ и католицизмѣ. Съ юридической точки зрѣнія вопросъ о разумности, справедливости и пр. закона 1865 года конечно не имѣетъ никакого значенія: *diu lex sed lex*. Если законъ принимаетъ мѣры къ уменьшенію польскаго землевладѣнія въ западномъ краѣ, то очевидно, что все служащее къ ослабленію цѣли закона, давая возможность обойти его, должно быть устраняемо не только самимъ закономъ, но и толкованіемъ тѣхъ органовъ власти, на которыхъ лежитъ обязанность исполненія данныхъ законовъ. При смѣшанныхъ бракахъ упомянутаго рода слѣдуетъ, примѣняясь къ дѣйствовавшимъ прежде законамъ по владѣнію населенными имѣніями и дѣйствующимъ и теперь правиламъ о подставномъ характерѣ правовыхъ дѣйствій женъ, распространять силу закона 1865 года и на лицъ, состоящихъ въ бракѣ съ лицами польскаго происхожденія. Вопросъ этотъ былъ возбужденъ администраціей западнаго края, но комитетъ министровъ рѣшилъ его на основаніи общаго начала раздѣльности имуществъ супруговъ¹⁾. Примѣненіе этого начала въ данномъ случаѣ также мало рационально, какъ и въ предъидущемъ: не общій принципъ раздѣльности супружескаго имущества, а напротивъ изытаніе изъ этого принципа (презумція подставнаго характера жены), должна быть примѣнена здѣсь по аналогіи. При томъ же тутъ имѣетъ примѣненіе еще п. 4 ст. 1529 зак. гр. (договоръ недействителенъ, если побудительной причиной къ заключенію онаго есть достиженіе цѣли, законами запрещенной, какъ то: къ присвоенію частному лицу такого права, котораго оно по состоянію своему имѣть не можетъ).

5) Другое явленіе, обнаруживающее недостаточное соображеніе нашимъ правомъ особенностей имущественныхъ отношеній супруговъ, заключается въ слѣдующемъ: по своду возможно, что супругъ прибрѣтаетъ имѣніе другаго супруга по давности. Практика указываетъ процессъ, въ которомъ родственники умершей жены доказывали, что она прибрѣла давностью владѣнія имущество мужа

¹⁾ См. «Бирж. Вѣд.» 1869 г., № 255.

(Ж. М. Ю. 1861 г., кн. IV). Но это не только противно нравственному чувству и характеру личных отношений между супругами, но и несообразно потому, что законъ требуетъ совмѣстнаго жительства супруговъ, вслѣдствіе чего отдѣльное завладѣніе со стороны одного супруга имуществомъ другого есть юридическій абсурдъ. Иностранныя законодательства предусмотрѣли этотъ вопросъ и положительно не допускаютъ примѣненія давности къ отношеніямъ супруговъ по имуществу (законы французскій, италіанскій и австрійскій)¹⁾. У насъ вопросъ этотъ не восходилъ еще повидимому на разсмотрѣніе законодательной власти и отсутствіе подобнаго изъятія безспорно составляетъ замѣтный недостатокъ дѣйствующаго права, недостатокъ, который притомъ рѣдко можетъ быть восполняемъ интерпретаціей практики еслибъ она и обладала достаточнымъ юридическимъ развитіемъ для аналогическаго примѣненія правовой идеи. Такъ при совмѣстномъ жительствѣ супруговъ давностное пріобрѣтеніе можетъ быть отвергаемо на основаніи трудности доказыванія, что одинъ супругъ владѣлъ въ исключительную для себя пользу имуществомъ другого, безъ чего примѣненіе давности невозможно. При раздѣльной же жизни, гдѣ такое владѣніе возможно, можно отвергать примѣненіе ст. 533 зак. гр. на томъ основаніи, что законъ не допускаетъ раздѣльной жизни супруговъ, а слѣдовательно никакихъ правоотношеній вытекающихъ изъ нарушенія ст. 103 (что впрочемъ будетъ находиться въ нѣкоторомъ противорѣчій съ началами нашего законодательства о давности, не требующими bona fides и не различающими между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ владѣніемъ). Но еслибъ практика и склонна была къ примѣненію этихъ соображеній для того, чтобы избѣгнуть необходимости признавать дѣйствіе пріобрѣтательной давности между супругами, то все же это будутъ окольные пути, рѣдко ведущіе къ цѣли. Необходимо, чтобъ законъ прямо призналъ, какъ въ другихъ кодексахъ, что давность (особенно пріобрѣтательная) между супругами не имѣетъ мѣста.

§ 15. Даренія между супругами.

Извѣстно, что въ римскомъ правѣ существуетъ запрещеніе супругамъ перекрѣплять другъ другу свое имущество въ видѣ дара. Запрещеніе это мотивируется тѣмъ, что супруга, пользуясь взаимнымъ расположеніемъ и минутами увлеченія могутъ раззорять одинъ другого на подарки, которые такимъ образомъ будутъ результатомъ не обдуманной свободной воли дарителя,

¹⁾ Куніцивъ въ Ж. М. Ю. 1864 г., IV, 72 и 528.

а психическаго понужденія. Ограниченіе это заимствовано болѣе или менѣе всѣми европейскими законодательствами. Но у насъ законъ, вѣрный своему общему началу, объявляетъ, что «дары между супругами производятся на томъ же основаніи, какъ и между посторонними лицами» (ст. 978 з. гр.). Ученіе объ этомъ предметѣ такимъ образомъ для русскаго юриста совершенно упрощается и относительно особенностей дареній между супругами можемъ замѣтить только слѣдующее:

1) На основаніи ст. 974 зак. гр. даръ, принятый тѣмъ, кому онъ назначенъ, къ дарителю не возвращается; но если принявшій даръ учинить покушеніе на жизнь дарителя, причинить ему побои или угрозы, оклеветать его въ какомъ либо преступленіи или вообще оказать ему явное непочтеніе, то даритель имѣетъ право требовать возвращенія подареннаго. Статья эта очевидно признаетъ основаніемъ къ повороту дара только дѣйствія уголовно-наказуемыя (какъ это признается въ австрійскомъ правѣ). Исключеніе составляетъ только «явное непочтеніе», но и оно, безъ сомнѣнія, относится къ тому случаю, когда одаренный, по своимъ родственнымъ и др. отношеніямъ, обязанъ дарителю особымъ уваженіемъ (напримѣръ, когда второй есть родитель, попечитель и т. под. одареннаго). А такъ какъ по ст. 978 дары между обоими супругами подчинены особымъ правиламъ, то слѣдуетъ: что жена, напримѣръ, можетъ требовать возвращенія дара, сдѣланнаго ею мужу, на основаніи нанесенныхъ имъ ей легкихъ побоевъ. Но мы видѣли прежде, что личныя оскорбленія между супругами (стало быть и легкіе побои) признаются нашей практикой ненаказуемыми. Изъ этого вытекаетъ высшее противорѣчіе между относящимися сюда законами. Съ одной стороны признается, что супруги вправѣ наносить другъ другу легкіе побои, не опасаясь за это никакой отвѣтственности, а съ другой—это дѣяніе служитъ основаніемъ къ возвращенію дара, что также есть своего рода наказаніе и во всякомъ случаѣ есть гражданское послѣдствіе уголовного дѣянія. Въ виду этого скорѣе слѣдуетъ мотивировать иски о возвращеніи дара въ подобныхъ случаяхъ ссылкой на нарушеніе пункта о «явномъ непочтеніи», чѣмъ на «нанесеніе побоевъ», которое, не будучи наказуемо, едва ли можетъ влечь за собою возвращеніе дара.

2) Можетъ ли нарушеніе обязанности совмѣстной жизни служить основаніемъ къ возвращенію дара? Московская судебная палата въ рѣшеніи по дѣлу Гудовичъ рѣшила этотъ вопросъ утвердительно, но она мотивируетъ свое рѣшеніе двумя различными основаніями. Во-первыхъ, говоритъ палата, оставленіе женой мужа

обнаруживаетъ явное къ нему непочтеніе, и потому должна быть примѣнена ст. 974 Во-вторыхъ, даръ между супругами должно разсматривать, какъ сдѣланный подъ условіемъ брачной жизни, а раздѣльная жизнь, нарушаетъ это условіе и потому слѣдуетъ примѣнить ст. 976 (если даръ учиненъ подъ условіемъ и оно одареннымъ неисполненнымъ; то даръ возвращается¹⁾). Сенатъ призналъ эти соображенія правильными, хотя коснулся ихъ только мимоходомъ. Нельзя не согласиться съ выводомъ палаты, хотя второе соображеніе палаты, намъ кажется, болѣе вѣскимъ, чѣмъ первое: только съ натяжкой можно видѣть явное непочтеніе къ мужу въ томъ, что жена живетъ отъ него отдѣльно.

3) По австрійскому праву, признающему раздѣльность имущества супруговъ, признается, однакожъ, слѣдующая призумція: вещи, служація украшеніемъ для жены, если даны ей мужемъ, предполагаются подаренными (ст. 1247 австр. кодекса). Это правило составляетъ изъятіе изъ общаго начала, — въ силу котораго дарственный характеръ сдѣлки никогда не предполагается, но долженъ быть доказанъ. У насъ такого правила нѣтъ, но нѣтъ также и противоположнаго принципа, что возмездный характеръ сдѣлки предполагается. Такимъ образомъ, въ случаѣ спора о свойствѣ сдѣлки, въ силу которой украшения перешли отъ мужа къ женѣ, тяжесть доказыванья лежитъ всецѣло на томъ, кто является истцомъ. Особенное практическое значеніе вопросъ этотъ можетъ приобретать въ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 2270 т. X ч. 2, т. е., когда по случаю несостоятельности мужа, жена обязана верифицировать законное приобрѣтеніе ею того ея имущества, которое не должно поступать въ конкурсную массу. При отсутствіи въ нашемъ законѣ, какъ той, такъ и другой изъ упомянутыхъ призумцій, на обязанности сторонъ лежитъ здѣсь полное выясненіе доказательствами способа приобрѣтенія женою украшеній отъ мужа.

4) Оригинальный видъ даренія между супругами представляютъ въ нашей практикѣ договоры, устанавлиющіе общность имущества между супругами. Такъ супруги Гудовичъ заключили между собою договоръ, чтобъ опредѣленная сумма (10 т. руб.) принадлежала имъ обоимъ вмѣстѣ, такъ, что жена при жизни своей пользуется доходами съ этого капитала, а въ случаѣ смерти одного изъ нихъ, капиталъ переходитъ въ полную собственность другого. Актъ этотъ признаваемъ былъ за законный всѣми судебными и административными мѣстами, въ которыхъ разбирались взаимныя претензіи супруговъ

¹⁾ См. гр. касс. рѣш., 1870 г. № 126.

Гудовичъ, но они разсматривали его не какъ договоръ товарищества, а какъ даръ, сдѣланный на извѣстныхъ условіяхъ мужемъ въ пользу жены (к. р. 1870, 126). Можно сомнѣваться въ томъ, правильно ли отнести актъ подобнаго рода къ дареніямъ, хотя несомнѣнно, что это не договоръ товарищества, а сдѣлка дарственного свойства. Наиболѣе вѣрная квалификація такого акта будетъ заключаться, по нашему мнѣнію въ томъ, чтобъ отнести его къ разряду договоровъ о наследствѣ (Erbvertrage, testamenta reciproca), не признаваемыхъ, впрочемъ, нашими законами. Но такой характеръ указываетъ условіе о переводѣ домашняго имущества въ собственность одного переживающаго супруга. Во всякомъ случаѣ надо полагать, что на подобныя договоры должна быть распространена сила ст. 2268—76 т. X ч. 2 и они должны при этомъ разсматриваться, какъ даренія.

5) Уравнивая даренія между супругами съ тѣми, которыя производятся между сторонними лицами (ст. 278), законъ, однакожъ, дѣлаетъ существенное отступленіе отъ этого правила, постановляя, что всякій даръ между супругами подлежитъ уничтоженію, если не позже 10 лѣтъ по его совершеніи, даритель окажется несостоятельнымъ (ст. 2270 т. X ч. 2). Собственно говоря, это правило не содержитъ матеріальнаго отступленія отъ общихъ законовъ о дареніи. Если обнаружится, что даръ, сдѣланный лицомъ, оказавшимся впоследствии несостоятельнымъ, другому, постороннему лицу, имѣлъ цѣлью переводъ имущества должника во вредъ кредиторамъ, то такой актъ, по требованію конкурса, тоже будетъ признанъ ничтожнымъ. Разница въ томъ, что даръ между супругами, *предполагается* сдѣланнымъ во вредъ кредиторамъ, а даръ стороннему лицу считается таковымъ, когда долгъ дарителя вполне доказанъ. А такъ какъ доказать умыселъ должника перевести имѣніе во вредъ кредиторамъ во многихъ случаяхъ очень затруднительно, то практическое значеніе упомянутаго различія весьма значительно. Какъ бы то ни было правило ст. 2270 доказываетъ практическую невозможность послѣдовательно провести идею ст. 978 и необходимо принимать въ соображеніе при нормированіи дареній между супругами особенности, вытекающія изъ природы брачныхъ отношеній. Какой странный характеръ имѣетъ иногда дареніе между супругами, видно, напримѣръ, изъ одного дѣла, въ которомъ выяснился слѣдующій фактъ. Мужъ долженъ женѣ по роспискѣ. *По приказанію его*, она подписываетъ на роспискѣ надпись о дареніи ему части долга, не зная, что подписываетъ¹⁾. Трудно въ подобномъ случаѣ не прини-

¹⁾ См. гр. в. р. 1870, 1353.

мать въ соображеніе ту особенность отношеній между дарителемъ и одареннымъ, въ силу которой послѣдній пользуется обширной по закону личною властью надъ первымъ. Конечно, и при дареніи (какъ при всякомъ другомъ актѣ) между сторонними лицами личное вліяніе со стороны одного контрагента на другого, можетъ служить основаніемъ къ уничтоженію силы акта, какъ совершеннаго безъ надлежащей свободы воли со стороны послѣдняго. Но различіе и тутъ заключается въ томъ, что между супругами психическое или физическое принужденіе гораздо болѣе вѣроятно, чѣмъ въ отношеніяхъ между сторонними лицами, а потому судъ можетъ здѣсь скорѣе допустить уничтоженіе дарственнаго акта по означенной причинѣ.

Этимъ мы закончимъ догматическое изложеніе ученія объ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ. Мы оставимъ безъ разсмотрѣнія цѣлый отдѣлъ этого ученія, относящійся къ предмету, такъ какъ о послѣднемъ было говорено уже въ другомъ мѣстѣ. Перейдемъ поэтому къ историко-критической оцѣнкѣ совокупности изложенныхъ до сихъ поръ правовыхъ нормъ.

Оршанскій.

(Окончаніе слѣдуетъ).

ОБЪ ОБЯЗАННОСТИ ДОКАЗЫВАТЬ СПОРНЫЯ ОБСТОЯТЕЛЬСТВА ДѢЛА

(Opus probandi по рѣшеніямъ гражданскаго кассационнаго
департамента).

Вопросъ о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства, представляется, безъ сомнѣнія, однимъ изъ важнѣйшихъ вопросовъ, какъ для суда, такъ равно, и для тяжущихся. Разъясненіе этого вопроса преимущественно, на основаніи рѣшеній сената, толкованіе котораго обязательны для руководства всѣхъ судовъ имперіи и восполняютъ собой во многомъ недостатокъ тѣхъ или другихъ опредѣлений закона, и составляетъ предметъ настоящей статьи.

Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства относительно занимающаго насъ вопроса нѣтъ почти никакихъ правилъ; только въ статьѣ 81 и совершенно одинаковой съ ней статьѣ 366 выражено общее правило, что «истецъ долженъ доказать свой искъ. Отвѣтчикъ, возражающій противъ требованій истца, обязанъ съ своей стороны доказать свои возраженія». Тоже правило повторяется и въ статьяхъ 146 и 722, относящихся до постановленія заочнаго рѣшенія, въ которыхъ сказано, что въ заочномъ рѣшеніи судъ присуждаетъ истцу всѣ требованія, имъ доказанныя. Далѣе въ статьѣ 559, касающейся частнаго случая, говорится, что сторона, заявляющая споръ о подлогѣ, должна представить свои доказательства въ подтвержденіе подлога документа. Потомъ нѣкоторыя правила относительно занимающаго насъ вопроса содержатся въ постановленіяхъ объ исполнительномъ производствѣ, но всѣ эти правила устава отличаются излишней общностію и неясностію своихъ положеній, порождающихъ много недоразумѣній, такъ напр.; что значить правило: истецъ долженъ доказать свой искъ? Гдѣ границы этого доказыванія, т. е. какіе именно факты требуется доказать, чтобы самый искъ признавъ былъ судомъ подлежащимъ удовлетворенію? Отвѣтовъ на эти вопросы въ уставѣ нѣтъ. Положиться въ этомъ случаѣ вполнѣ на благоусмотрѣніе суда, во избѣжаніе произвола въ рѣшеніяхъ, мнѣ кажется рѣшительно не возможно. Въ разсужденіяхъ, помѣщенныхъ въ изданіи уставовъ государственной канцеляріи, на которыхъ основана 366 статья, тоже не содержится ни какого разъясненія вопроса, тамъ только сказано, что эта статья основана на извѣстномъ правилѣ римскаго права: *affirmanti incumbit probatio*; но при сравненіи этого правила съ 366 статьею оказывается, что она заключаетъ

въ себѣ совѣмъ не то положеніе, которое высказано въ той статьѣ, именно: *affirmanti incumbit probatio* очевидно заключаетъ въ себѣ совершенно опредѣленное положеніе: что *утверждающій* что-либо долженъ доказать утверждаемое; между тѣмъ, какъ 366 статья соответствуетъ скорѣе всего тоже ничего не выясняющему правилу: *actori incumbit probatio*. Далѣе въ статьяхъ объ исполнительномъ производствѣ и преимущественно въ разсужденіяхъ, на которыхъ основаны онѣ содержится нѣкоторое разъясненіе правила: истецъ долженъ доказать свой искъ, заключающіяся въ томъ, что правило это имѣетъ то значеніе, что истецъ долженъ доказать прежде всего свое право на искъ. Въ разсужденіяхъ сказано (т. 1. стр. 434): каждый искъ предполагаетъ существованіе опредѣленнаго юридическаго отношенія между истцемъ и отвѣтчикомъ, отношеніе, которое устанавливаетъ, съ одной стороны, извѣстное право, а съ другой—извѣстную обязанность. Всякое юридическое отношеніе происходитъ изъ какихъ либо событій, или дѣйствій. Слѣдовательно истецъ долженъ удостовѣрить существованіе тѣхъ именно событій или дѣйствій, изъ какихъ происходитъ юридическое отношеніе, дающее основанія къ иску». Никакихъ другихъ правилъ въ уставѣ не содержится, но очевидно, что все то, что содержитъ въ себѣ уставъ и разсужденія, на которыхъ онъ основанъ, далеко недостаточно для правильнаго разрѣшенія вопроса о томъ, какъ должна быть распределена между сторонами обязанность доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства.

При такой недостаточности положеній устава относительно этого вопроса, безъ сомнѣнія, нашему кассационному суду представлялось широкое поле для толкованія, ему, такъ сказать, приходилось начинать *ab ovo*, приходилось создать не только теорію этого вопроса, но вмѣстѣ съ тѣмъ и преподать самыя элементарныя правила къ его разрѣшенію. Къ сожалѣнію практика сената въ разъясненіи этого вопроса, какъ въ разъясненіи многихъ другихъ, далеко не представляетъ желаемаго единообразія. Видно, что взглядъ сената еще не установился окончательно, что конечно объясняется отчасти трудностію приложенія общихъ началъ, высказанныхъ самимъ сенатомъ въ отдѣльныхъ случаяхъ, представляющихъ большое разнообразіе, а отчасти тѣмъ, что сенатъ, въ нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ ставя правило *onus probandi* въ зависимость отъ положеній, опредѣляющихъ *modus probandi*, какъ бы не рѣшается провести во всей чистотѣ имъ же установленныя общія правила, касающіяся *onus probandi*; между тѣмъ какъ тѣ и другія правила не имѣютъ между собою ничего общаго. Нельзя однакоже не замѣтить, что съ теченіемъ времени, именно въ послѣдніе годы своей практики, сенатъ съ большей настойчивостію начинаетъ проводить установленныя имъ совершенно правильно общія начала *onus probandi* въ приложеніяхъ къ отдѣльнымъ слу-

чаемъ; въ практикѣ его замѣтно менѣ колебаній; поэтому я въ дальнѣйшемъ изложеніи и обращу преимущественно вниманіе на рѣшенія послѣднихъ лѣтъ, которыя имѣютъ большое значеніе уже потому, что самъ сенатъ къ рѣшенія 1870 г. № 1628 высказалъ ту мысль, что предъидущія разъясненія его какъ-бы теряютъ свое значеніе передъ позднѣйшими по однороднымъ вопросамъ и затѣмъ я постараюсь установить общія начала, выясненныя сенатомъ, а потомъ для большей наглядности разсмотрю примѣненіе этихъ началъ сенатомъ въ отдѣльныхъ случаяхъ.

Что касается до общихъ началъ выработанныхъ сенатомъ въ его рѣшеніяхъ, то ихъ можно свести къ слѣдующимъ положеніямъ:

1) Прежде всего на истца лежитъ обязанность доказать свой искъ и затѣмъ уже для отвѣтника возникаетъ обязанность доказать свои возраженія. Это начало проводится сенатомъ съ особенной настойчивостью во множествѣ рѣшеній и между прочимъ въ рѣшеніи 1871 г. № 1199, но это положеніе не содержитъ въ себѣ ничего новаго; еще не указываетъ на то, какъ должна быть распредѣлена между сторонами обязанность доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства, не указываетъ, какія собственно событія истецъ обязанъ доказать, чтобы искъ былъ признанъ судомъ правильнымъ и какія событія долженъ доказать отвѣтникъ, возражающій противъ требованій истца. Изъ этого правила развѣ можно сдѣлать тотъ выводъ, что *по времени* прежде всего на истца лежитъ обязанность доказать тѣ событія, которыя служатъ основаніемъ его иска и что уже послѣ представленія истцомъ доказательствъ его иска, отвѣтникъ обязанъ представить доказательства своихъ возраженій; до представленія же истцомъ доказательствъ его иска, отвѣтникъ можетъ ограничиться простыми отрицаніями требованій истца, если онѣ недоказаны.

2) Въ каждомъ спорномъ дѣлѣ на каждой сторонѣ лежитъ обязанность доказать всѣ тѣ обстоятельства, которыя обуславливаютъ ея право противъ противной стороны относительно предъявленныхъ его требованій (1870 г. № 1893 и многія другія).

Изъ этого положенія вытекаетъ то общее начало: что доказать свой искъ значитъ—доказать существованіе тѣхъ событій, на которыхъ основывается право истца на извѣстное имущество или на дѣйствіе отвѣтника, или другими словами, доказать свой искъ значитъ—доказать лишь свое право на искъ. Право же на искъ, или право на судебную защиту возникаетъ каждый разъ въ томъ случаѣ, когда извѣстное юридическое отношеніе, устанавливающее между сторонами взаимныя опредѣленныя права и обязанности, нарушено которой либо изъ сторонъ, т. е. когда обязанность, вытекающая изъ извѣстнаго юридическаго отношенія соотвѣтствующая правамъ другой стороны, выполнено одной только

стороной. Такимъ образомъ сторона, выполнившая свою обязанность по отношенію къ другой сторонѣ и доказавшая передъ судомъ тѣ событія, которыя указываютъ на то, что обязанность дѣйствительно выполнена, тѣмъ самымъ доказываетъ свое право на искъ, или право на известное имущество или дѣйствіе отвѣтчика, которыя составляютъ обязанность сего послѣдняго по отношенію къ праву истца, а слѣдовательно тѣмъ самымъ доказываетъ свой искъ. Напр., А. по договору купли-продажи передалъ В. извѣстныя вещи. А. предъявилъ искъ къ В. о взысканіи съ него денегъ за переданныя вещи и доказавши передъ судомъ передачу вещей В, тѣмъ самымъ и доказываетъ свой искъ.

3) На основаніи общаго юридическаго правила можно требовать доказательствъ о существованіи лишь положительнаго факта, а не отрицательнаго (1871 г. № 1125, 1872 г. № 105 и другіе).

Это начало чрезвычайно важно, оно даетъ ключъ къ разрѣшенію многихъ недоумѣній и если бы это начало было проведено сенатомъ со всею строгостію, то въ рѣшеніяхъ его не было бы тѣхъ колебаній и противорѣчій, которыя такъ часто встрѣчаются въ его рѣшеніяхъ. Напр. въ рѣшеніяхъ 1871 г. №№ 366, 554 и во множествѣ другихъ сенатъ держался прямо противоположнаго начала, именно требовалъ отъ истца доказательствъ въ подтвержденіе не только положительнаго, но и отрицательнаго факта и возлагалъ на истца обязанность доказать въ искахъ, возникающихъ изъ договора купли-продажи, что имъ не только переданы отвѣтчику, вещи проданныя ему, но что сей послѣдній не уплатилъ за товаръ купленный имъ въ долгъ денегъ. Замѣчательно, что сенатъ держится этого послѣдняго правила съ особенной настойчивостію, именно относительно договора купли-продажи въ кредитъ. Тутъ кажется сенатъ особенно приходитъ въ недоумѣніе вслѣдствіе того, что стѣсняется правилами о способѣ доказыванія, смѣшивая ихъ съ началами *onus probandi*, которыя, какъ я уже сказалъ, ничего не имѣютъ общаго съ первыми.

Положеніе сената, что факты отрицательные не могутъ быть доказываемы, какъ я уже сказалъ, чрезвычайно важно и имѣетъ большое значеніе въ вопросѣ о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства. Мнѣ кажется даже, что на основаніи этого положенія удобнѣе всего распредѣлить между сторонами обязанность доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства. Судъ при требованіи отъ сторонъ доказательствъ въ подтвержденіе тѣхъ или другихъ событій долженъ всегда имѣть въ виду это начало и сообразно этому распредѣлять между сторонами обязанность доказывать, ни когда не ставя въ вину какой либо изъ сторонъ то обстоятельство, что ею не представлено доказательствъ въ подтвержденіе отрицательнаго факта и не отказывая,

вслѣдствіе этого, въ удовлетвореніи. Далѣе, судъ долженъ имѣть въ виду, что отрицательный фактъ имѣетъ такое значеніе всегда лишь по отношенію къ одной изъ сторонъ, но если этотъ же самый фактъ взять по отношенію къ сторонѣ противной, то онъ получить значеніе факта положительнаго; такъ напр., истецъ доказалъ, что продалъ отвѣтчику товаръ въ кредитъ, требовать отъ него еще доказательствъ въ подтвержденіе того, что онъ за этотъ товаръ отвѣтчика денегъ не получалъ, значитъ—требовать доказательствъ въ подтвержденіе отрицательнаго факта; слѣдовательно требовать отъ него этого послѣдняго доказательства не должно; искъ его должно считать достаточно доказаннымъ, когда имъ удостоверена только продажа товара въ кредитъ; если отвѣтчикъ возражаетъ, что имъ за товаръ деньги уплачены, то очевидно, это обстоятельство составляетъ по отношенію къ отвѣтчику положительный фактъ, который, слѣдовательно, онъ и долженъ доказать.

Изъ этого примѣра видно, что правило о невозможности доказывать отрицательные факты соответствуетъ отчасти предъидущему правилу, что для доказанности иска, истецъ обязанъ доказать только тѣ событія, изъ которыхъ вытекаетъ его право на искъ, или право его на известное имущество или дѣйствіе отвѣтчика и затѣмъ, какъ скоро эта обязанность имъ выполнена, то обязанность доказать, что это право истца погашено дѣйствіями отвѣтчика, вполне переходитъ на отвѣтчика, т. е. что если истецъ доказалъ свое право на искъ, то онъ тѣмъ самымъ освобождается отъ представленія доказательствъ въ подтвержденіе того, что соответствующая его праву обязанность отвѣтчика имъ не исполнена, или все равно освобождается отъ обязанности доказывать отрицательный фактъ.

Что для доказательства иска достаточно доказать право на искъ, это подтверждается еще какъ нельзя лучше постановленіями гражданского судопроизводства объ исполнительномъ производствѣ, хотя въ этихъ постановленіяхъ и не указана съ точностію, которая изъ сторонъ въ процессѣ, послѣ признанія права на искъ, обязана доказать количество взысканія. Я вполне согласенъ на счетъ распредѣленія между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства съ мнѣніемъ г. Побѣдоносцева (Судебное руководство стр. 289), который говоритъ: «въ дѣлахъ о взысканіи доходовъ и объ истребованіи отчетности, обращенныхъ къ исполнительному производству, не на взыскателя лежитъ обязанность доказать количество своего требованія, а на отвѣтчикѣ обязанность показать и удостовѣрить расчетомъ количество полученныхъ доходовъ или вырученныхъ суммъ употребленныхъ издержекъ».

4) Судъ не можетъ отказать истцу въ удовлетвореніи такого

требованія, которое отвѣтчикомъ оставлено безъ всякаго возраженія (1872 г. №№ 152, 175 и другіе), т. е. что стороны обязаны доказывать только тѣ обстоятельства, о которыхъ между ними идетъ споръ, но коль скоро одна изъ сторонъ ничего не возражаетъ противъ событій, утверждаемыхъ другой стороной, то этимъ самымъ освобождаетъ и отъ представленія доказательствъ въ подтвержденіе тѣхъ событій. Это начало вполнѣ согласно съ началами состязательнаго процесса, но, къ сожалѣнію, не приводится сенатомъ во всей строгости.

5) Существованіе законнаго предположенія въ пользу стороны освобождаетъ ее отъ представленія дальнѣйшихъ доказательствъ въ подтвержденіе того событія, которое предполагается существующимъ въ силу закона (1871 г. №№ 164, 366 1872 г. № 248 и другіе).

Уставъ гражданскаго судопроизводства ничего не говоритъ о законныхъ предположеніяхъ *presumptiones juris*; между тѣмъ они имѣютъ большое значеніе потому, что при существованіи предположенія, сторона въ пользу которой оно существуетъ, тѣмъ самымъ освобождается отъ представленія доказательствъ и вслѣдствіе этого вся тяжесть доказыванія противоположнаго переходитъ всецѣло на противную сторону, съ пѣлію удостовѣрить, что законное предположеніе въ данномъ случаѣ не должно имѣть мѣста.

Въ десятомъ томѣ указаны нѣкоторые случаи, гдѣ имѣетъ мѣсто законное предположеніе; напр., по статьѣ 534 движимыя вещи считаются собственностью того, кто ими владѣетъ, т. е. что владѣлецъ вещей въ случаѣ спора не обязанъ доказывать свое право собственности на вещи: онѣ считаются собственностью владѣльца въ силу самаго факта владѣнія, и потому заявляющій свое право на вещи, находящіяся во владѣніи другаго лица, обязанъ доказать свое право собственности на вещи. Въ рѣшеніяхъ сената также указаны случаи, гдѣ имѣютъ мѣсто предположенія, напр. въ рѣшеніи 1871 г. № 366 объяснено, что продажа движимыхъ вещей всегда должна считаться продажей на наличныя деньги, если не будетъ доказано, что продажа была сдѣлана въ кредитъ; слѣдовательно сторона утверждающая, что продажа была сдѣлана въ кредитъ, должна непременно представить доказательства въ подтвержденіе этого событія.

Таковы общія начала, выработанныя практикой сената, по вопросу о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства. Теперь я разсмотрю, какъ сенатъ примѣнялъ эти общія начала въ отдѣльныхъ случаяхъ и разсмотрю сперва какъ примѣнялъ сенатъ эти начала въ спорахъ по обязательствамъ, возникшимъ изъ договоровъ; и прежде всего коснусь договора найма имущества, по поводу котораго сенатъ высказался съ особенною ясностію и подробностію, такъ что по-

ложенія эти могутъ служить руководствомъ и въ примѣненіи въ спорахъ возникающихъ изъ другихъ договоровъ, при этомъ самой формы сдѣлки я касаться не буду, такъ какъ форма эта для разъясненія правилъ *onus probandi* безразлична.

Относительно распределенія между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора найма имущества, сенатъ въ рѣшеніи 1870 г. № 1893 высказалъ слѣдующее: 1) что въ каждомъ спорномъ дѣлѣ на каждой сторонѣ лежитъ обязанность доказывать всѣ тѣ обстоятельства, которыя обусловливаютъ ея право противъ противной стороны относительно предъявленныхъ его требованій; 2) что въ договорахъ двустороннихъ, къ числу которыхъ принадлежатъ и договоры найма, каждая сторона имѣетъ противъ другой, согласно условіямъ договора, и обязанности, которыя должна исполнять, и права, по которымъ можетъ требовать исполненія; 3) что въ договорахъ найма эти взаимныя обязательства и права распределяются относительно главныхъ и необходимыхъ условій сего договора (ст. 1691 св. зак. гражд.), предмета, цѣны и срока найма, между участвующими въ договорѣ сторонами такимъ образомъ: по праву: а) что наймодаель обязанъ представить наемщику пользование предметомъ найма, согласно условія на все время заключеннаго найма, и имѣетъ за то право требовать отъ наемщика представленія условенной наемной платы въ условленное время; б) что наемщикъ, напротивъ, имѣетъ право требовать отъ наймодателя представленія ему предмета найма для пользованія въ условленномъ видѣ и на условленный срокъ, и за то обязанъ заплатить наймодателю цѣну найма въ условленномъ количествѣ и въ условленные сроки платежа, а если таковыхъ условлено не было, то по истеченіи періодовъ, соразмѣрно которымъ опредѣлена цѣна найма, или по истеченіи всего срока найма, когда цѣна найма была опредѣлена одна общая за все время найма; 4) что по симъ правовымъ основаніямъ оказывается, что с.-петербургскій столичный съѣздъ мировыхъ судей неправильно призналъ искъ наймодателя Лопатина недоказаннымъ, когда съ его стороны были доказаны признаніемъ отвѣтчицы Аверьяновой (112 ст. уст. гражд. судопр.) всѣ обстоятельства, служившія къ утвержденію того, что его обязательства изъ найма противъ наемщицы Аверьяновой имъ всѣ были исполнены и онъ, за тѣмъ, вправѣ былъ требовать отъ нея условеннаго платежа, количества котораго она не опровергала, отзываясь только бездоказательно исполненіемъ уже своего безспорнаго обязательства къ платежу.» Я нарочно сдѣлалъ такую длинную выписку изъ рѣшенія сената, потому что въ этомъ рѣшеніи сенатъ, кромѣ указанія на обязанность сторонъ доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ возникающихъ изъ договора найма имущества, препо-

дасть общія правила о распредѣленіи обязанности доказыванія между сторонами, могущія имѣть примѣненіе и ко всемъ другимъ договорамъ. Изъ этого рѣшенія, между прочимъ, оказывается, что сторона, предъявляющая искъ по договору, должна доказать только, что ею выполнены всѣ обязательства, установленныя договоромъ въ пользу противной стороны, но не обязана доказывать, что противной стороной не выполнены обязательства, установленныя договоромъ въ пользу другой стороны, или другими словами, должна доказать только свое право на искъ, а противная сторона доказать, что ею это право погашено, т. е. что ею выполнены всѣ обязательства, установленныя договоромъ въ пользу истца. Такъ въ договорѣ найма имущества; если истцомъ является наймодатель, то онъ обязанъ доказать только, что наемщикъ пользовался предметомъ найма согласно договору и, за тѣмъ уже наемщикъ долженъ доказать, что имъ установленная цѣна наймодателю уплачена. Если же истцомъ является наемщикъ, то онъ долженъ доказать только, что имъ уплачена установленная цѣна наймодателю, а сей послѣдній обязанъ доказать, что имъ представленъ въ пользованіе наемщику предметъ договора.

Кромѣ того нельзя не замѣтить, что изъ вышеприведеннаго рѣшенія сената видно, что въ настоящемъ случаѣ форма сдѣлки была словесная. Это начало повторено сенатомъ и во многихъ другихъ рѣшеніяхъ; но въ нѣкоторыхъ рѣшеніяхъ (1870 г. № 879) сенатъ высказалъ по этому предмету совершенно противоположный взглядъ, именно, что истецъ наймодатель долженъ доказать не только, что имъ исполнены его обязательства по договору, но что имъ и денегъ не получено отъ наемщика. Изъ изложенія этого рѣшенія, весьма краткаго, видно, что въ этомъ случаѣ сенатъ увлекся толкованіемъ 112 ст. уст. гражд. судопр. о нераздробляемости признанія; но это послѣднее толкованіе сената должно считаться утратившимъ значеніе за позднѣйшими разъясненіями его потому же предмету и потому еще, что противорѣчить общему правилу, высказанному самимъ сенатомъ о не возможности доказывать факты отрицательные (рѣш. 1870 г. № 1628); требовать же отъ наймодателя доказательствъ, не только въ подтвержденіе того, что имъ обязательства его по договору, относительно наемщика исполнены, но еще возлагать на него обязанность доказать, что имъ не полученъ отъ наемщика установленный платежъ, т. е. что наемщикомъ не исполнена его обязанность по договору, — значитъ требовать доказательствъ въ подтвержденіе отрицательнаго факта.

Относительно распредѣленія между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ возникающихъ изъ договора подряда и поставки въ рѣшеніяхъ сената нѣтъ столь

подробно развитыхъ правилъ, какъ относительно договора найма имущества, за то сенатъ и здѣсь держится тѣхъ же началъ; но такъ какъ сенатъ въ вышеизложенномъ рѣшеніи 1870 г. № 1893 высказалъ общія руководящія начала о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства, имѣющія одинаковое значеніе и для другихъ договоровъ, то и необходимо разсмотрѣть ихъ въ примѣненіи къ договору подряда и поставки, а для этого также необходимо разсмотрѣть сущность юридическаго отношенія, возникающаго изъ договора подряда и поставки въ томъ видѣ, какъ она опредѣлена нашимъ закономъ, т. е. разсмотрѣть, какія взаимныя права и обязанности сторонъ вытекаютъ изъ этого договора на основаніи опредѣленія договора сдѣланнаго въ законѣ.

Статья 1837 X т. 1 ч. такъ опредѣляетъ этотъ договоръ: «подрядъ или поставки есть договоръ, по силѣ коего одна изъ вступающихъ въ оный сторонъ принимаетъ на себя обязанность исполнить своимъ иждивеніемъ предпріятіе, или поставить извѣстнаго рода вещи, а другая, въ пользу коей сіе производится, учинить за то денежный платежъ». Изъ этого опредѣленія договора подряда и поставки видно, что обязанности между договаривающимися сторонами распредѣляется слѣдующимъ образомъ: подрядчикъ или поставщикъ обязанъ своимъ иждивеніемъ произвести извѣстныя работы, или поставить извѣстныя вещи въ пользу лица, которому долженъ былъ производить подрядъ или поставку, а это послѣднее обязано произвести подрядчику или поставщику платежъ. Соотвѣтственно этому распредѣленію обязанностей подрядчикъ или поставщикъ имѣетъ право требовать отъ лица, въ пользу котораго производилъ подрядъ или поставку условленной платы, а лицо, въ пользу котораго по договору долженъ быть произведенъ подрядъ или поставка, имѣетъ право требовать отъ подрядчика или поставщика производства условленныхъ работъ или поставки. На этомъ основаніи если искъ представленъ подрядчикомъ или поставщикомъ о взысканіи условленнаго платежа къ лицу, въ пользу котораго произведенъ подрядъ или поставка, то подрядчикъ или поставщикъ обязанъ доказать только, что имъ дѣйствительно произведенъ подрядъ или поставка, а не то, что имъ деньги не получены, и, затѣмъ, обязанность доказать, что деньги за подрядъ или поставку уплачены вполнѣ должна быть отнесена на то лицо, въ пользу котораго подрядъ или поставка произведены; такъ же, если искъ предъявленъ къ подрядчику или поставщику о понужденіи къ исполненію подряда или поставки, то сей послѣдній обязанъ доказать, что имъ подрядъ или поставка исполнены, а не лицо, въ пользу котораго должны быть произведены подрядъ или поставка. Это же самое правило о распредѣленіи между сторонами обязанности доказыванія въ дѣлахъ возникающихъ

изъ договора о подрядѣ или поставки и принято сенатомъ въ рѣшеніи 1872 года № 53. Изъ этого рѣшенія видно, что купецъ Астратовъ взыскивалъ съ купца Варшавскаго на основаніи словеснаго договора подряда за произведенныя въ пользу Варшавскаго работы 2,500 руб. 30 коп. и при этомъ доказалъ только, что имъ Астратовымъ дѣйствительно произведены на ту сумму работы въ пользу Варшавскаго. С.-петербургская судебная палата признала искъ Астратова съ Варшавскаго подлежащимъ удовлетворенію и присудила съ Варшавскаго въ пользу Астратова 2,500 руб. 30 к. на томъ основаніи, что Астратовъ доказалъ производство работъ, а Варшавскій не доказалъ своего возраженія, что имъ Астратову за работы деньги уплачены. Въ кассационной жалобѣ на это рѣшеніе повѣренный Варшавскаго, между прочимъ, указывалъ на нарушеніе палатой 366 ст. уст. гражд. судопр., которое, по его мнѣнію, заключалось въ томъ, что палата неправильно обвинила отвѣтника, Варшавскаго, въ непредставленіи доказательствъ въ уплатахъ Астратову за произведенныя имъ работы, не опровергаемыя Варшавскимъ. Но сенатъ, по разсмотрѣніи кассационной жалобы повѣреннаго Варшавскаго, нашолъ, что палата возложеніемъ на отвѣтника Варшавскаго обязанности доказать его возраженіе объ уплатѣ имъ за работы Астратову, ни въ чемъ не нарушила смыслъ 366 ст. Этимъ самымъ, очевидно, сенатъ призналъ, что и въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора подряда, обязанность доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства распределяется также точно, какъ и въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора найма имущества, т. е., что каждая сторона обязана доказать только свое право на искъ, или обязана доказать, что принятыя на себя по договору обязательства выполнены, а не то, что принятыя противной стороной обязательства ею не выполнены. Остается только желать, чтобы сенатъ относительно распределенія между сторонами обязанности доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства по договору подряда и поставки держался впродъ принятыхъ имъ совершенно вѣрныхъ началъ, это тѣмъ болѣе желательно, что, по крайней мѣрѣ, относительно этого договора, рѣшеній сената въ противоположномъ смыслѣ пока кажется, не встрѣчается.

Правила, выработанныя практикой сената, объ обязанности сторонъ доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора личнаго найма, въ противоположность разсмотрѣннымъ нами двумя предыдущимъ случаямъ, далеко не представляютъ желаемого единообразія; но сколько я могъ замѣтить, и въ дѣлахъ, возникающихъ изъ этого договора, сенатъ, въ рѣшеніяхъ послѣднихъ лѣтъ склоняется постепенно къ началамъ, выработаннымъ имъ относительно распределенія между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣ-

лахъ, возникающихъ изъ договоровъ найма имущества, подряда и поставки.

Чтобы уяснить, какъ должна быть распределена между сторонами обязанность доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ возникающихъ изъ договора личнаго найма необходимо прежде всего рассмотреть тѣ взаимныя права и обязанности сторонъ, которыя возникаютъ изъ этого договора.

Такого опредѣленія договора личнаго найма, какое сдѣлано въ сводѣ законовъ гражданскихъ относительно договора подряда или поставки, въ десятомъ томѣ не содержится. Въ рѣшеніи же 1869 г. № 408, въ которомъ сенатъ разсматривалъ отличіе договора подряда отъ другихъ сходныхъ съ нимъ договоровъ, сенатъ такъ опредѣляетъ сущность юридическаго отношенія, возникающаго изъ договора личнаго найма: сущность этого договора, говоритъ сенатъ заключается въ срочномъ возмездномъ обязательствѣ одного лица совершить въ пользу другаго извѣстныхъ личныхъ услугъ, соединенныхъ съ извѣстной личной отъ нанимателя зависимостью; т. е. что договоръ личнаго найма есть такой договоръ, въ силу котораго одна сторона—наемщикъ обязывается производить въ пользу другой стороны—нанимателя извѣстныхъ личныхъ услугъ, за которыя съ своей стороны наниматель обязывается производить извѣстное денежное вознагражденіе наемщику. Соответственно распределенію этому обязанностей между нанимателемъ и наемщикомъ, наниматель имѣетъ право требовать отъ наемщика исполненія извѣстныхъ личныхъ услугъ въ свою пользу; а наемщикъ имѣетъ право требовать отъ нанимателя за свои услуги платежа извѣстнаго вознагражденія. На этомъ основаніи, если искъ предъявленъ наемщикомъ къ нанимателю о взысканіи съ него вознагражденія за услуги, то онъ обязанъ доказать только, что имъ дѣйствительно исполнены условленныя услуги, а не то, что имъ отъ нанимателя не получено вознагражденіе; за тѣмъ обязанность доказать, что условленное вознагражденіе за услуги произведено, вполне должна быть отнесена на нанимателя; если же искъ предъявленъ нанимателемъ къ наемщику, о понужденіи его къ исполненію договора, то сей послѣдній обязанъ доказать, что имъ установленный платежъ за услуги въ пользу наемщика дѣйствительно произведенъ. Это же самое правило о распределеніи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора личнаго найма, принято и сенатомъ во многихъ рѣшеніяхъ, между прочимъ и въ рѣшеніи 1872 года № 105, изъ котораго видно, что мѣщаниномъ Русаковымъ былъ предъявленъ искъ къ Беркову, у котораго Русаковъ служилъ по письменному условію подвальнымъ, о взысканіи съ Беркова жалованья 210 руб. Съѣздъ Русакову въ искѣ отказалъ, но сенатъ рѣшеніе съѣзда отмѣнилъ, по неправильному толкованію 81 ст. уст.

гражд. судопр., заключающемся въ томъ, что съездъ неправильно возложилъ на истца обязанность доказывать, что имъ по договору денегъ за услуги не получено, и что уплату денегъ долженъ былъ напротивъ доказать ответчикъ. Тоже начало высказано сенаторомъ и въ рѣшеніи 1870 г. № 695, но въ этомъ случаѣ искъ былъ предъявленъ о взысканіи денегъ за произведенную работу, на основаніи словеснаго договора. Во множествѣ же другихъ рѣшеній, гдѣ только иски были предъявляемы на основаніи словесныхъ договоровъ, сенатъ держался прямо противоположнаго взгляда по вопросу о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ возникающихъ изъ договора личнаго найма, требуя постоянно, чтобы истецъ, представляющій искъ о взысканіи денегъ за услуги, непременно представлялъ доказательства, не только въ подтвержденіе того, что работы дѣйствительно были выполнены, но кромѣ того, что и деньги не были получены, т. е. требовалъ доказательствъ въ подтвержденіе отрицательнаго факта, забывая, что это требованіе прямо противорѣчитъ имъ же установленному общему началу, что отрицательные факты не могутъ быть доказываемы. Поэтому, мнѣ кажется, эти послѣднія рѣшенія, какъ противорѣчающія установленнымъ имъ самимъ общимъ началамъ, ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть принимаемы за руководство судебной практикой.

Для разясненія вопроса: какъ должна быть распредѣлена между сторонами обязанность доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора купли-продажи, также необходимо было бы разсмотрѣть какія права и обязанности возникаютъ для сторонъ на основаніи этого договора. Опредѣленія юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ договора купли-продажи, въ сводѣ законовъ гражданскихъ не содержится, потому что законъ разсматриваетъ куплю-продажу не какъ договоръ, а какъ одинъ изъ способовъ пріобрѣтенія права собственности. Вопросы о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора купли-продажи недвижимыхъ имуществъ, я касаться не буду, такъ какъ самый способъ совершенія купли-продажи недвижимыхъ имуществъ въ законахъ обставленъ такими формальностями, при соблюденіи которыхъ юридическія отношенія, вытекающія изъ этого договора получаютъ особенную твердость и несомнѣнность, такъ что рѣдко возбуждаютъ споры. Также рѣдко возбуждаются споры изъ договора купли-продажи движимости на наличныя деньги, потому что въ этомъ случаѣ взаимныя права и обязанности сторонъ исполняются въ одно время—немедленно; именно: продавецъ, продавая вещь тутъ же исполняетъ свою обязанность, т. е. передаетъ ее покупщику; а покупщикъ съ своей стороны немедленно уплачиваетъ продавцу стоимость купленной вещи и тѣмъ самымъ испол-

няетъ свою обязанность относительно продавца. За тѣмъ остается еще одинъ видъ договора купли-продажи—это купля-продажа въ кредитъ. При такой формѣ сдѣлки только одна сторона—продавецъ исполняетъ свою обязанность относительно покупателя немедленно при самомъ совершении сдѣлки, т. е. немедленно вслѣдъ за соглашеніемъ передаетъ вещь покупщику; обязанность покупателя уплатить продавцу стоимость вещи откладывается на опредѣленное время, и вотъ изъ этого-то обстоятельства и возникаютъ чаще всего споры; истцами въ этихъ случаяхъ являются, понятно, не премѣнно продавцы. Что же въ этомъ случаѣ истецъ продавецъ обязанъ доказать, чтобы получить удовлетвореніе? Какія обстоятельства онъ долженъ подтвердить предъ судомъ, чтобы взысканіе съ покупателя было ему присуждено? Разрѣшая этотъ вопросъ, сенатъ, можно сказать, въ значительномъ большинствѣ своихъ рѣшеній держится прямо противоположнаго взгляда тѣмъ общимъ началамъ объ обязанности сторонъ доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства, которыя имъ самимъ установлены; но я разсмотрю сперва тѣ рѣшенія сената, которыя вполне согласны съ выработанными имъ общими началами. Такъ напр. изъ рѣшенія 1870 г. № 1900 видно, что Никоновъ предъявилъ искъ къ Русакову о взысканіи имъ съ Русакова 227 руб. 80 коп. за проданный ему чугуны. Съѣздъ присудилъ взыскать эту сумму въ пользу Никонова съ Русакова потому, что Русаковъ не доказалъ свое возраженіе объ уплатѣ имъ денегъ Никонову за полученный отъ него чугуны. Сенатъ, рассматривая это дѣло по жалобѣ Русакова, въ которой между прочимъ указывалось на нарушеніе съѣздомъ 81 ст. уст. гражд. судопр., заключающееся въ томъ, что съѣздъ неправильно возложилъ на него Русакова обязанность доказать уплату за чугуны, нашолъ, что съѣздомъ 81 ст. ни въ чемъ не нарушена, потому что, объясняетъ сенатъ, на истца Никонова согласно 81 ст. лежала обязанность доказать лишь событіе продажи Русакову чугуна и то, что въ моментъ этой сдѣлки онъ не получалъ съ покупателя слѣдующихъ денегъ; если же отвѣчикъ, почему либо, признавалъ предъявляемый къ нему искъ не правильнымъ, считая, что Никоновъ получилъ сполна деньги за чугуны, то по силѣ той же 81 ст., онъ долженъ былъ подтвердить свое возраженіе; а такъ какъ этого онъ не сдѣлалъ, то присужденіемъ съ него взысканія, въ виду представленныхъ истцомъ доказательствъ, съѣздъ ненарушилъ указываемыхъ просителемъ статей закона. На основаніи этого рѣшенія истецъ-продавецъ обязанъ доказать только свое право на искъ, т. е. доказать, что имъ вещи проданы покупщику въ долгъ и сданы ему, а не то, что онъ деньги за нихъ не получалъ; уплату же денегъ обязанъ доказать всецѣло покупщикъ. Это же начало повторено сенатомъ и въ нѣкоторыхъ другихъ рѣшеніяхъ (рѣшенія 1870 г. №№ 1412, 1784 и другія).

Противоположный же взгляд, какъ я уже сказалъ высказанъ сенатомъ во множествѣ рѣшеній, между прочимъ, въ рѣшеніяхъ 1871 г. №№ 366 и 554. Во всѣхъ этихъ рѣшеніяхъ при продажѣ въ кредитъ сенатъ требовалъ отъ истца-продавца доказательствъ не только въ подтвержденіе права на искъ, но и доказательствъ, что долгъ покупателемъ дѣйствительно не былъ уплаченъ. Происходило это отчасти отъ того, что сенатъ здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, придавалъ большое значеніе правилу о не раздробляемости сознанія, а большею частію отъ того, что сенатъ видѣлъ въ договорѣ купли-продажи въ кредитъ не одинъ, а два договора, при чемъ то обстоятельство собственно, что продажа была въ долгъ онъ подводилъ какъ бы подъ договоръ займа и требовалъ поэтому непременно облеченія этого послѣдняго обстоятельства въ письменную форму и такимъ образомъ совершенно не основательно ставилъ вопросъ объ обязанности доказыванія въ зависимости отъ формы сдѣлки и при несоблюденіи этой формы сдѣлки положительно отказываетъ въ судебной защитѣ.

Для опредѣленія того, какъ должна быть распредѣлена между сторонами обязанность доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора довѣренности, также необходимо разсмотрѣть сущность юридическаго отношенія, возникающаго изъ этого договора, т. е. какія права и обязанности возникаютъ для сторонъ на основаніи этого договора, но эти взаимныя права и обязанности сторонъ возникающія изъ договора довѣренности и сущность этого договора не опредѣлены въ сводѣ законовъ гражданскихъ. Сенатъ же въ рѣшеніяхъ своихъ 1872 г. №№ 145 и 307-й объяснилъ, что по смыслу дѣйствующихъ законовъ, которыми опредѣляются взаимныя права и обязанности лицъ, заключившихъ договоръ порученія или довѣренности, повѣренный обязанъ независимо отъ его обязанности въ отчету передать довѣрителю или своему хозяину все, что онъ вслѣдствіе даннаго ему порученія приобрѣлъ или принялъ для довѣрителя и что при спорѣ о неисполненіи сего обязательства его, послѣ доказанія довѣрителемъ того, что повѣренный вслѣдствіе исполненія даннаго ему порученія, получилъ слѣдующее ему довѣрителю, обязанность довазать, что полученное повѣреннымъ имъ отдано довѣрителю, лежитъ, по смыслу 81 и 366 ст. уст. гражд. судопр. на повѣренномъ. Такимъ образомъ сенатъ въ этихъ рѣшеніяхъ съ чрезвычайной ясностью высказалъ свой взглядъ на вопросъ объ обязанности сторонъ доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора довѣренности. На основаніи этихъ рѣшеній истецъ вѣритель для того, чтобы доказать свое право на искъ противъ повѣреннаго, долженъ доказать только, что повѣренный въ силу данной ему довѣренности дѣйствительно что либо получилъ или приобрѣлъ и затѣмъ обязанность доказать,

что все полученное или приобретенное повѣреннымъ передано имъ своему довѣрителю переходить всецѣло на повѣреннаго. Такое распределение обязанности между сторонами доказывать спорныя обстоятельства вполне соотвѣтствуетъ общимъ началамъ, высказаннымъ неоднократно сенатомъ по этому вопросу.

Что же касается до распределения между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ прочихъ договоровъ, какъ то изъ договоровъ: займа, залога, отдачи на сохраненіе ссуды имущества, то за исключеніемъ договора ссуды имущества, который встрѣчается вообще довольно рѣдко и можетъ быть заключенъ словесно, во всѣхъ остальныхъ договорахъ, сенатъ непремѣнно требуетъ облеченія ихъ въ письменную форму, отказывая при несоблюденіи этого требованія даже во всякой судебной защитѣ въ дѣлахъ, возникающихъ изъ этихъ договоровъ. Договоры эти вообще очень сходны между собою, такъ закладъ и залогъ на практикѣ, большею частью, представляются договорами займа, съ имущественнымъ обеспеченіемъ, устанавливаемымъ при самомъ заключеніи займа. При соблюденіи же письменной формы при заключеніи этихъ договоровъ и при томъ съ соблюденіемъ извѣстныхъ установленныхъ закономъ формальностей при ихъ заключеніи, сенатъ строго проводитъ то начало, что истецъ займодавецъ или поклажедатель долженъ доказать только свое право на искъ, т. е. предъявить документъ въ удостовѣреніе того, что деньги были дѣйствительно даны, или что поклажа была отдана на сохраненіе, и затѣмъ обязанность доказать, что деньги были уплачены, или поклажа возвращена, относится всецѣло на отвѣтника, при чемъ отвѣтникъ, конечно, можетъ доказать свое возраженіе не иначе, какъ представленіемъ контрдокументовъ; но можетъ доказывать также, что истцомъ при заключеніи договора не была исполнена его обязанность выдать деньги или поклажу, т. е. доказывать безденежность займа или приѣма на сохраненіе. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ сенатъ повидимому требуетъ отъ отвѣтника доказательствъ въ подтвержденіе отрицательнаго факта, что деньги или поклажа даны не были, но въ этомъ случаѣ иначе и быть не можетъ, потому что въ пользу истца, представляющаго документъ, которымъ удостовѣряется заемъ или отдача на сохраненіе, существуетъ необходимо предположеніе, что деньги или поклажа дѣйствительно были выданы, какъ то удостовѣряетъ документъ слѣдовательно доказать противное, именно, что документъ удостовѣряющій выдачу денегъ или поклажи на самомъ дѣлѣ служитъ удостовѣреніемъ тѣхъ событій, которыя никогда не совершались и потому не долженъ имѣть силы доказательствъ въ подтвержденіе правъ истца.

О распределеніи между сторонами обязанности доказывать

спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договоровъ товарищества и страхованія я говорить не буду, потому что самыя юридическія отношенія возникающія изъ этихъ договоровъ не опредѣлены съ точностію въ нашихъ законахъ, а болѣе потому, что эти отношенія преимущественно опредѣляются спеціальными уставами товариществъ и страховыхъ обществъ.

И такъ, разсмотрѣвши какъ распредѣляется между сторонами обязанность доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ каждаго договора въ отдѣльности, необходимо прійти къ тому общему выводу, что обязанность доказывать спорныя обстоятельства въ этихъ дѣлахъ распредѣляется между сторонами главнымъ образомъ сообразно сущности юридическаго отношенія, вытекающаго изъ договора, или согласно распредѣленію между сторонами взаимныхъ правъ и обязанностей, устанавливаемыхъ даннымъ договоромъ, т. е. что въ спорахъ, возникающихъ изъ договоровъ, каждая сторона обязана доказать только свое право, соответствующее извѣстной обязанности противной стороны установленной договоромъ въ отношеніи этого права; исполненіе же обязанности, соответствующей праву должна доказать сторона принявшая на себя извѣстную обязанность по договору.

Теперь я перейду къ разсмотрѣнію того, какъ сенатъ разрѣшаетъ вопросъ объ обязанности сторонъ доказывать спорныя обстоятельства въ спорахъ, возникающихъ изъ такихъ юридическихъ отношеній, источникомъ которыхъ служить не собственно договоръ, а такъ называемый *quasi contract*. Въ сводѣ законовъ гражданскихъ не содержится ни какого опредѣленія тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя возникаютъ изъ *quasi contracta*, хотя въ жизни такого рода отношенія встрѣчаются очень часто и преимущественно одинъ видъ этихъ отношеній, извѣстныхъ въ римскомъ правѣ подъ именемъ *negotiorum gestio*. Это такого рода отношенія, при которыхъ одно лицо занимается добровольно веденіемъ дѣлъ другаго лица, но безъ довѣренности сего послѣдняго. Случаи *negotiorum gestio* не рѣдко восходили на разсмотрѣніе сената, но сенатомъ еще не выяснены вполне тѣ правовыя отношенія, которыя возникаютъ изъ *negotiorum gestio* между занимающимся веденіемъ и его, такъ сказать, хозяиномъ съ одной стороны, а съ другой между хозяиномъ и третьими лицами, которыя вступаютъ въ сдѣлки съ лицомъ занимающимся веденіемъ дѣлъ безъ довѣренности. Достаточно, по крайней мѣрѣ то, что сенатъ призналъ такого рода отношенія и не отказываетъ въ судебной защитѣ лицамъ, вступающимъ въ эти отношенія. Такъ сенатъ въ рѣшеніяхъ 1870 г. №№ 1057, 1384 и 1871 г. № 321 призналъ, что сдѣлки, заключенныя управляющимъ или приказчикомъ имѣнія или купеческими приказчиками съ посторонними

лицами обязательны для ихъ хозяина, не смотря на то, что сдѣлки были совершены ими безъ довѣренности отъ хозяевъ, но только съ вѣдома и согласія сихъ послѣднихъ. Согласіе же хозяина можетъ быть выражено имъ разнаго рода дѣйствіями, доказывающими это согласіе, напр., если хозяинъ принимаетъ къ исполненію сдѣлку, заключенную прикащикомъ, если напр., деньги заняты управляющимъ или припасы, забранные прикащикомъ, дѣйствительно употреблены имъ на дѣло хозяина. Но весь вопросъ въ спорахъ, возникающихъ изъ *negotium gestio*, заключается въ томъ, кто обязанъ доказать, что *negotiorum gestor*, вступая въ сдѣлку съ сторонними лицами, дѣйствовалъ съ вѣдома и согласія своего хозяина, т. е. обязано ли стороннее лицо доказать это, или хозяинъ обязанъ доказать, что его управляющій или прикащикъ дѣйствовалъ безъ его вѣдома, или согласія. Сенатъ въ большинствѣ своихъ рѣшеній, между прочимъ, въ рѣшеніяхъ 1870 г. № 1057 и 1871 г. № 299, если только истцомъ являлось постороннее лицо, а отвѣтчикомъ хозяинъ, возлагалъ обязанность на хозяина доказывать, что управляющій или прикащикъ дѣйствовалъ не по его порученію; вмѣстѣ съ тѣмъ изъ этихъ же самыхъ рѣшеній, а равно и изъ нѣкоторыхъ другихъ, нельзя не усмотрѣть, что сенатъ возлагалъ эту обязанность на хозяина при такихъ обстоятельствахъ, когда въ дѣлахъ обнаруживались такого рода факты, изъ которыхъ можно было усмотрѣть; что по общему характеру дѣйствій *negotiorum gestor'a* ясно было видно, что онъ завѣдывалъ дѣлами хозяина именно въ качествѣ управляющаго, или прикащика, и что занимаемые имъ деньги или забираемые припасы были употребляемы для дѣлъ хозяина, что, наконецъ, нѣкоторыми дѣйствіями самаго хозяина было обнаружено его хотя безмолвное или подразумеваемое согласіе на дѣйствіе *negotiorum gestor'a*. И такъ, разрѣшая поставленный мной выше вопросъ на основаніи рѣшеній сената и принимая при томъ въ соображеніе высказанное сенатомъ общее положеніе, что факты отрицательные не могутъ быть доказываемы, нельзя не прійти къ тому заключенію, что если истцомъ въ дѣлѣ, возникшемъ изъ сдѣлки съ управляющимъ или прикащикомъ, является постороннее лицо, вступившее въ сдѣлку, то оно обязано прежде всего доказать, что лицо, заключившее съ нимъ сдѣлку дѣйствовало именно въ качествѣ *negotiorum gestor'a*, т. е. занималось веденіемъ дѣлъ хозяина и затѣмъ, при доказанности этого обстоятельства, хозяинъ-отвѣтчикъ, возражающій противъ обязательности для него этой сдѣлки его управляющаго или прикащика, конечно долженъ доказать это свое возраженіе, т. е. доказать собственно, что данная сдѣлка заключена его управляющимъ или прикащикомъ вопреки его воли и безъ его согласія. Если же напротивъ, истцомъ является по сдѣлкѣ, заключенной съ управляющимъ постороннимъ лицомъ, самъ хозяинъ,

то, конечно, онъ вполне заступаетъ мѣсто своего управляющаго и потому въ этомъ случаѣ особеннаго затрудненія въ распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства быть не можетъ, ибо въ этомъ случаѣ должны быть примѣнены общія правила, выработанныя сенатомъ и указанныя мной выше относительно распредѣленія между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ вообще изъ какого либо договора.

Наконецъ можетъ еще возникнуть споръ между самимъ хозяиномъ и его negotiorum gestor'омъ; поэтому необходимо еще для уясненія—кто изъ сторонъ въ этихъ спорахъ обязанъ доказывать спорныя обстоятельства, разсмотрѣть характеръ юридическихъ отношеній возникающихъ изъ negotiorum gestio для хозяина и negotiorum gestor'a.

Очевидно, что взаимныя права и обязанности сторонъ въ этомъ случаѣ имѣютъ совершенно одинаковый характеръ съ тѣми правами и обязанностями, которыя вытекаютъ изъ договора довѣренности. Права и обязанности сторонъ, вытекающія изъ договора довѣренности, разсмотрѣны мной уже выше, при чемъ было сказано, какъ согласно юридическому отношенію, возникающему изъ договора довѣренности, должны быть распредѣлены между сторонами и самыя обязанности доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ, возникающихъ изъ договора довѣренности. Эти же самыя правила о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать должны быть принимаемы и въ дѣлахъ возникающихъ изъ negotiorum gestio отношеній, возникающихъ изъ negotiorum gestio и изъ договора довѣренности.

Другой случай юридическихъ отношеній, предусмотрѣнный въ римскомъ правѣ, источникомъ которыхъ служитъ quasi contract, именно indebiti solutio, также не опредѣленъ въ сводѣ законовъ гражданскихъ. До сената доходили случаи—solutio indebiti, но и сенатъ также не далъ общаго опредѣленія тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя возникаютъ между сторонами въ этихъ случаяхъ (рѣшеніе 1869 г. № 1093 и многія другія). Подъ solutio indebiti, разумѣется тотъ случай, когда кто либо по ошибкѣ уплатить другому лицу что либо тогда, когда вовсе не обязанъ былъ платить и вслѣдствіе этого для лица заплатившаго что либо, возникаетъ право иска о возвратѣ напрасно уплаченнаго; такъ напр., въ вышеприведенномъ рѣшеніи сената видно, что покупатель земли искалъ съ продавца обратно заплаченные имъ по купчей крѣпости деньги за то количество земли, котораго въ дѣйствительности не оказалось. Хотя въ этомъ рѣшеніи сената не разсматривается вопросъ о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя обстоятельства, но несомнѣнно, что и въ этомъ случаѣ согласно общимъ правиламъ, высказаннымъ сенатомъ, истецъ

обязанъ доказать, что заплатилъ по ошибкѣ то, что вовсе не слѣдовало платить.

Юридическія отношенія возникаютъ, какъ извѣстно, не только изъ договоровъ, но изъ правонарушеній, при чемъ для стороны, нарушившей въ чемъ либо право другой стороны возникаетъ обязанность вознаградить сторону, право которой нарушено извѣстными дѣйствіями сей послѣдней. Правонарушенія эти могутъ имѣть или характеръ преступленія преслѣдуемаго, кромѣ того, закономъ уголовнымъ или могутъ составлять такія дѣянія или упущенія, которыя въ смыслѣ уголовныхъ законовъ не составляютъ ни преступленія, ни проступка, а имѣютъ характеръ чисто гражданскихъ правонарушеній. Первыхъ я касаться не буду, потому что иски, возникающіе изъ дѣянія преступныхъ, большей частью разсматриваются на судѣ уголовномъ совмѣстно съ разсмотрѣніемъ самаго преступленія и потому въ этихъ случаяхъ правила *onus probandi* не могутъ имѣть того значенія, какое онѣ имѣютъ для суда гражданского, вслѣдствіе кореннаго различія формъ и обрядовъ суда уголовного отъ гражданского. Разсмотрю здѣсь по отношенію къ занимающему насъ вопросу только послѣднія правонарушенія, т. е. разсмотрю, кто обязанъ доказывать спорныя обстоятельства въ дѣлахъ возникающихъ изъ такъ называемаго *quasi delict'a*. Статья 684 X т. 1 ч. такъ опредѣляетъ юридическія отношенія возникающія изъ *quasi delict'a*: «всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому либо его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы дѣяніе или упущеніе и не составляли ни преступленія, ни проступка, если только будетъ доказано, что онъ не былъ принужденъ къ тому требованіями закона, или правительствомъ, или необходимою личною обороною, или же стеченіемъ такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить». Редакція этой статьи не совсѣмъ ясна; изъ нея нельзя еще вывести правильнаго заключенія о томъ, кто обязанъ доказать существованіе извиняющихъ обстоятельствъ, исчисленныхъ во второй половинѣ статьи и освобождающихъ отъ ответственности — сторона ли причинившая своими дѣяніями убытки; или же лицо потерпѣвшее обязано доказать отсутствіе этихъ извиняющихъ обстоятельствъ, такъ какъ въ статьѣ 684 сказано только «если будетъ доказано», безъ прямого опредѣленія, кто именно обязанъ доказать. Сенатъ въ рѣшеніи 1871 г. № 1125 по дѣлу Вендриха далъ вполне правильное толкованіе этой статьи по вопросу о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорные факты. Изъ этого рѣшенія видно, что Раевская взыскивала съ администраціи, учрежденной по дѣламъ умершаго Вендриха, деньги, которыя онъ въ качествѣ повѣреннаго Раевскій отдалъ подъ залогъ не существовавшего имѣнія. Московская судебная палата признала искъ Раевской правильнымъ, не смотря на то, что повѣрен-

ный администраціи по дѣламъ умершаго Вендриха приводилъ въ оправданіе Вендриха то, что онъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить. Въ кассационной жалобѣ повѣренный администраціи указывалъ между прочимъ, что палата присуждая взысканіе въ пользу Раевской, нарушила 684 ст. X т. 1 ч. и 366 ст. уст. гражд. судопр.; но сенатъ нашолъ, что палата вполнѣ правильно возложила на отвѣтчика обязанность доказывать существованіе извиняющихъ Вендриха въ дѣйствіяхъ его, какъ повѣреннаго, обстоятельствъ, т. е. существованіе положительнаго факта о томъ, что для него существовало стеченіе обстоятельствъ, которыхъ онъ отвратить не могъ. Палата правильно возложила эту обязанность на отвѣтчика, а не на истца, какъ того домогается кассаторъ, во 1-хъ потому, что на судѣ самъ повѣренный администраціи надъ имѣніемъ Вендриха заявилъ, что Вендрихъ не долженъ нести отвѣтственности по настоящему дѣлу, такъ какъ для него происходило стеченіе обстоятельствъ, предотвратить которыхъ онъ не могъ, въ подтвержденіе чего и обязанъ былъ представить доказательства и во 2-хъ, потому, что оно согласно съ точнымъ смысломъ 684 ст. X т. 1 ч. и съ общимъ юридическимъ правиломъ, въ силу коего возможно требованіе доказательствъ о существованіи лишь положительнаго факта, а не отрицательнаго. Согласно этого рѣшенія сената, истецъ лицо потерпѣвшее, для утвержденія своего права на искъ обязанъ доказать только, что дѣяніе или упущеніе, нарушающее его право, дѣйствительно было совершено отвѣтчикомъ, и затѣмъ, отвѣтчикъ, ссылающійся въ оправданіе свое на извиняющія его обстоятельства, обязанъ доказать существованіе этихъ обстоятельствъ, т. е. обязанъ доказать—дѣйствовалъ ли онъ подъ вліяніемъ такихъ обстоятельствъ, стеченіе которыхъ онъ предотвратить не могъ, или дѣйствовалъ подъ вліяніемъ необходимой обороны, или другихъ обстоятельствъ, указанныхъ въ 684 ст. Такъ же точно, мнѣ кажется, когда дѣяніе или упущеніе, нарушающее право другаго было совершено малолѣтнимъ, сумашедшимъ, или вообще лицами, находящимися подъ надзоромъ по неправопоспособности, о которыхъ упоминается въ статьѣ 686 и когда на основаніи этой статьи искъ предъявляется къ родителямъ, опекунамъ, или лицамъ имѣющимъ надзоръ, то сіи послѣдніе обязаны въ свое оправданіе доказать, что они, не смотря на принятіе всевозможныхъ мѣръ надзора, не могли предотвратить совершеніе со стороны лицъ, находящихся подъ ихъ надзоромъ, такихъ дѣяній или упущеній, которыя нарушаютъ право истца, а не истецъ обязанъ доказать, что ими не было принято надлежащихъ мѣръ для предотвращения со стороны лицъ, находящихся подъ ихъ надзоромъ, совершенія такихъ дѣяній или упущеній, потому что при противоположномъ взглядѣ, необходимо было бы по-

требовать отъ истца доказательствъ въ подтвержденіе отрицательнаго факта, т. е. требовать отъ него доказательствъ въ подтвержденіе того, что лицами надзирающими не были приняты необходимыя мѣры надзора, которыя могли бы предотвратить совершеніе лицами, находящимися у нихъ подъ надзоромъ, такихъ дѣяній или упущеній, которыя нарушаютъ его право и отъ которыхъ терпитъ влѣдствіе того убытки; достаточно, если истецъ докажетъ, что эти дѣянія или упущенія дѣйствительно были совершены лицами находящимися подъ надзоромъ. Кромѣ того, отыскивающей во всѣхъ этихъ случаяхъ убытки, согласно рѣшеніямъ сената 1871 г. № 369 и многимъ другимъ обязанъ доказать не только свое право на искъ, но и самое количество убытковъ.

Теперь мнѣ остается разсмотрѣть еще нѣкоторые частные случаи, которые восходили на разсмотрѣніе сената и по поводу которыхъ сенатъ высказалъ свой взглядъ на распредѣленіе между сторонами обязанности доказывать, спорныя въ дѣлѣ обстоятельства. Такъ, въ рѣшеніи 1870 года № 1923-й сенатъ объяснилъ, что при предъявленіи иска къ наслѣдникамъ истецъ обязанъ доказать, что наслѣдники приняли наслѣдство въ томъ случаѣ, если наслѣдники еще не утверждены въ правахъ наслѣдства. Изъ рѣшенія же 1869 года № 1266 видно, что, если иски предъявлены къ наслѣдникамъ, утвержденнымъ въ правахъ наслѣдства, то въ этомъ случаѣ наслѣдники обязаны доказать, что они наслѣдства не принимали. Изъ сопоставленія этихъ двухъ рѣшеній сената съ высказанными имъ общими правилами о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать, оказывается, что сенатъ во второмъ изъ этихъ рѣшеній требуетъ отъ наслѣдниковъ доказательствъ въ подтвержденіе отрицательнаго факта что они наслѣдства не принимали, ибо одно еще утвержденіе въ правахъ наслѣдства, по точному смыслу нашихъ законовъ о принятіи наслѣдства, ни какъ не можетъ считаться принятіемъ наслѣдства. Въ статьѣ 1261 т. X ч. 1., заключающей въ себѣ опредѣленіе признаковъ факта принятія наслѣдства сказано: «принятіемъ наслѣдства почитается, когда наслѣдники ни отзываются о не платежѣ долговъ не учинили, ни доходовъ съ имѣнія умершаго не сохранили, а владѣли и пользовались имуществомъ въ личную себѣ прибыль». Въ этомъ опредѣленіи факта принятія наслѣдства несомнѣнно самый существенный характеристическій признакъ принятія наслѣдства—последній признакъ «владѣли и пользовались имуществомъ въ личную себѣ прибыль». Въ статьѣ же 1259 сказано. «Но вмѣстѣ съ имуществомъ и правами къ принявшему наслѣдство переходятъ и обязанности», но не сказано, что обязанность переходитъ вмѣстѣ съ утвержденіемъ въ правахъ наслѣдства. Если же какъ видно изъ этого, что по нашему закону обязанность переходитъ только въ случаѣ принятія, наслѣдства, то,

слѣдовательно, при предъявленіи иска къ наслѣдникамъ необходимо требовать отъ истца во всякомъ случаѣ доказательствъ въ томъ, что наслѣдники приняли наслѣдство, не смотря на то, были ли они утверждены въ правахъ наслѣдства или нѣтъ, потому что какъ изъ вышеприведенныхъ статей закона ясно видно, что одно утвержденіе въ правахъ наслѣдства не составляетъ по нашимъ законамъ принятія наслѣдства, а есть ни больше, какъ признаніе со стороны закономъ установленной власти права наслѣдниковъ на принятіе наслѣдства, но не самое принятіе.

Приведу еще нѣсколько случаевъ, восходившихъ на разсмотрѣніе сената. Такъ по смыслу рѣшенія 1869 г. № 1212 при предъявленіи иска хозяиномъ-купцомъ къ своему прикащику, когда сей послѣдній не далъ отчета своему хозяину, прикащикъ обязанъ доказать, что онъ разсчитался съ своимъ хозяиномъ. Это рѣшеніе вполне согласно съ общими началами, установленными сенатомъ, при томъ однако же предположеніи, что хозяинъ купецъ, предъявляя искъ, во всякомъ случаѣ обязанъ прежде доказать свое право на искъ къ прикащику, т. е. обязанъ доказать, что прикащикъ велъ дѣла на счетъ хозяина и доказавши это, конечно долженъ быть освобожденъ отъ обязанности доказывать отрицательный фактъ что прикащикъ съ нимъ не разсчитывался.

Въ рѣшеніи 1872 г. № 300 сенатъ объяснилъ, что при предъявленіи иска на основаніи акта, писаннаго по довѣренности отъ другаго лица истецъ вмѣстѣ съ тѣмъ обязанъ доказать, что актъ, послужившій основаніемъ иска, дѣйствительно писанъ по довѣренности отъ другаго лица. Это рѣшеніе также согласно съ общими правилами распределенія обязанности между сторонами доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства, также требуетъ отъ истца доказательствъ только положительнаго факта, а не отрицательнаго и освобождаетъ тѣмъ отвѣтника отъ обязанности доказывать, что имъ довѣренность на написаніе акта дана не была.

При обращеніи взысканія на движимое имущество отвѣтника, находящееся во владѣніи третьяго лица, взыскатель обязанъ доказать, что это имущество составляетъ собственность отвѣтника, а не третье лицо, владѣющее имуществомъ обязано доказывать свое право собственности на это имущество (рѣшеніе 1872 г. № 111). Это рѣшеніе вполне согласно съ тѣмъ началомъ принятымъ закономъ и рѣшеніемъ сената 1872 г. № 248 и другими, что въ пользу владѣльца вещи существуетъ предположеніе, что онъ владѣетъ вещью по праву собственности и что противное должно быть доказываемо оспаривающимъ это право. При обращеніи же взысканія на имущество жены въ случаѣ несостоятельности мужа и въ случаѣ приобрѣтенія женой этого имущества отъ мужа до истеченія десяти лѣтъ предъ открытіемъ его несостоятельности, жена обязана доказать, что имущество, на которое обращается

взысканіе приобрѣтено ею отъ мужа дѣйствительно на ея собственный капиталъ (рѣшеніе 1872 г. № 334). Это правило, хотя и противорѣчитъ предъидущему, но оно, очевидно, составляетъ исключеніе и установлено съ специальной цѣлью огражденія интересовъ кредиторовъ отъ недобросовѣстнаго отчужденія имущества несостоятельнымъ должникомъ.

Отвѣтчикъ возражающій, что имъ не исполненъ договоръ, вслѣдствіе уничтоженія не по его волѣ самаго предмета договора, обязанъ доказать это обстоятельство (рѣшеніе 1871 г. № 428). Въ этомъ случаѣ сенатъ совершенно основательно требуетъ отъ отвѣтчика доказательствъ въ подтвержденіе положительнаго факта и совершенно правильно освобождаетъ истца отъ обязанности доказать отрицательный фактъ, что предметъ договора не уничтоженъ.

При предъявленіи иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, истецъ обязанъ доказать, что имъ не пропущенъ шестимѣсячный срокъ на предъявленіе иска (рѣшеніе 1871 г. № 1216). Кроме того истецъ вообще обязанъ доказать, что давность на предъявленіе иска имъ не пропущена (рѣшеніе 1870 г. № 1282). На первый взглядъ кажется, что въ этихъ случаяхъ, сенатъ требуетъ отъ истца доказательствъ въ подтвержденіе отрицательнаго факта, на самомъ дѣлѣ требованіе сената оказывается вполне правильно и доказать въ этихъ случаяхъ требуется не отрицательный фактъ, а положительный, именно требуется, чтобы истецъ доказалъ тотъ моментъ, когда было нарушено его владѣніе въ первомъ случаѣ, а во второмъ случаѣ тотъ моментъ, съ котораго вообще возникло его право на искъ.

Мнѣ кажется, достаточно было привести эти отдѣльные наиболѣе выдающіеся случаи, чтобы уяснить, какъ сенатъ примѣнялъ установленныя имъ общія правила *onus probandi* въ продолженіи своей практики. Остается только пожелать, чтобы сенатъ и на будущее время неуклонно и безъ противорѣчій слѣдовалъ выработаннымъ имъ же самимъ, вполне правильнымъ и разумнымъ началамъ, опредѣляющимъ обязанности сторонъ доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства. Ожидать этого тѣмъ болѣе возможно, что самъ сенатъ, какъ я уже замѣтилъ, въ своей практикѣ за послѣдніе годы менѣе уклоняется отъ усвоенныхъ имъ общихъ правилъ.

Самыми важнѣйшими изъ этихъ правилъ представляются особенно два начала: 1) что истецъ, представляя искъ, обязанъ доказать только свое право на искъ, т. е. обязанъ доказать только, что имъ выполнены въ отношеніи отвѣтчика тѣ обязанности его, которыя соотвѣтствуютъ его праву и 2) что стороны не обязаны доказывать отрицательныхъ фактовъ, т. е. что каждая изъ сторонъ не обязана доказывать невыполненіе противной стороною

тѣхъ обязательствъ, которымъ соотвѣтствуетъ ея право, а обязана доказать только свое право, соотвѣтствующее обязанности противной стороны. Допускать противное этимъ началомъ, т. е. требовать отъ истца доказательствъ, не только въ подтвержденіе права на искъ, но требовать отъ него еще доказательствъ въ подтвержденіе отрицательныхъ фактовъ, или требовать доказательствъ, что отвѣтчикомъ не выполнена обязанность, породившая право истца, значить прійдти къ абсурду. т. е. поставить истца въ рѣшительную невозможность доказать свой искъ, такъ напр., въ искахъ, возникающихъ изъ договора личнаго найма, если требовать отъ истца наемщика не только доказательствъ въ подтвержденіе того, что онъ прожилъ опредѣленное время у хозяина за известную опредѣленную плату, но и требовать отъ него доказательствъ, что хозяинъ ему денегъ не заплатилъ, слѣдующихъ за его услуги, значить поставить наемщика въ такое положеніе, въ которомъ онъ не въ состояніи доказать свой искъ, ибо какими средствами онъ будетъ въ состояніи доказать свой искъ, есси хозяинъ его не будетъ столь великодушенъ, что признаетъ себя должнымъ. Ставить искъ единственно въ зависимость отъ признанія противной стороны врядъ ли представляется справедливымъ, но дабы наемщикъ въ приведенномъ мною примѣрѣ могъ заpastись другими доказательствами не расчета съ нимъ хозяина, онъ долженъ былъ бы чуть ни каждый день требовать отъ своего хозяина росписокъ въ подтвержденіе того, что онъ ему долженъ за истекшій день работъ, понятно что никакой хозяинъ не согласится брать на себя этотъ трудъ, да и ни какимъ закономъ онъ къ тому не обязанъ, между тѣмъ какъ наемщикъ до срока найма оставить своего хозяина не имѣетъ права, слѣдовательно наемщикъ все же въ концѣ концовъ, долженъ остаться безъ всякихъ доказательствъ своего иска. Вотъ почему мнѣ кажется, никакъ нельзя согласиться со взглядомъ г на Думашевскаго, высказаннымъ имъ на этотъ предметъ въ «Сводѣ» его (т. 2 стр. 162), гдѣ онъ считаетъ болѣе правильными тѣ рѣшенія сената, въ которыхъ сенатъ въ искахъ денегъ съ квартирантовъ отвѣтчиковъ требовалъ отъ истцовъ доказательствъ не только въ подтвержденіе того, что квартиранты пользовались квартирой опредѣленное время и за опредѣленную плату, но требовалъ еще доказательствъ въ подтвержденіе того, что ими не были уплачены деньги, слѣдующія истцу-хозяину дома за наемъ квартиры *).

Очевидно, что при такомъ требованіи хозяинъ дома никогда не въ состояніи будетъ доказать свой искъ, вслѣдствіе физической невозможности доказать отрицательный фактъ, что имъ деньги отъ нанимателей квартиры не получены. Совершенно правильно требовать отъ послѣднихъ доказательствъ, что ими деньги за

*) Въ указанномъ мѣстѣ «Свода» не высказано подобное мнѣніе.—Ред.

квартиру уплачены, такъ какъ они имѣютъ полную возможность записаться доказательствами объ уплатѣ при самой отдачѣ денегъ хозяину дома. Въ настоящее время, дѣйствительно, рѣдко кто въ подобныхъ случаяхъ запасается доказательствами на случай могущаго въ будущемъ возникнуть иска; но это зависитъ частію отъ безопасности, а частію отъ не знанія общихъ правилъ, опредѣляющихъ обязанность сторонъ доказывать спорныя обстоятельства. Но необходимо, конечно, чтобы эти правила постепенно проникали въ жизнь и были усвоены по возможности всѣми, дабы каждый во время могъ записаться нужными доказательствами, чтобы избавиться отъ не правильныхъ претензій. Но еще необходимѣе, чтобы нашъ судъ усвоилъ эти правила, выработанныя сенатской практикой, между тѣмъ, въ настоящее время, сколько мнѣ извѣстно, многіе суды держатся прямо противоположныхъ началъ правиламъ преподааннымъ сенатомъ, отъ чего безъ сомнѣнія; не малое количество истцовъ ставится въ невозможность доказать совершенно правильные иски, вслѣдствіе чего совершенно напрасно лишаются своего имущества, единственно вслѣдствіе неправильнаго взгляда того или другаго суда на вопросъ о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать спорныя въ дѣлѣ обстоятельства. Поэтому, безъ сомнѣнія, особенно желательно, чтобы наша судебная практика усвоила правильный взглядъ на этотъ предметъ. Конечно, нельзя не сказать того, что въ нѣкоторыхъ сложныхъ и запутанныхъ процессахъ правильно распредѣлить между сторонами обязанность доказывать тѣ или другія обстоятельства дѣла, бываетъ для суда очень затруднительно, но, по крайней мѣрѣ, можно сказать, что если судъ будетъ постоянно имѣть въ виду тѣ общія начала о распредѣленіи между сторонами обязанности доказывать, которые уже выработаны практикой сената, онъ скорѣе можетъ достигнуть правильности и справедливости въ своихъ рѣшеніяхъ. Хотя при состязательномъ процессѣ не все зависитъ отъ суда, но много зависитъ также и отъ искусства сторонъ вести процессъ, но тѣмъ не менѣе и судъ, какъ говоритъ г. Побѣдоносцевъ (Судебное руководство стр. 247), обязанъ слѣдить за развитіемъ состязанія, давать себѣ отчетъ въ томъ, что въ дѣлѣ представляется безспорнымъ, что состоитъ въ спорѣ и имѣя существенное значеніе, должно быть доказано, и съ чьей именно стороны ожидается доказательство. Мнѣ кажется, что каждый судъ, приступая къ отправленію своихъ обязанностей, долженъ именно прежде всего усвоить себѣ правила *onus probandi*. въ виду того, что отъ правильнаго приложенія этихъ правилъ зависитъ весь ходъ процесса, зависитъ правильное отправленіе правосудія.

THE STATE OF TEXAS, COUNTY OF DALLAS, ss. I, the undersigned, a Notary Public in and for the State of Texas, do hereby certify that the within and foregoing instrument is a true and correct copy of the original instrument as the same appears from the records of the County of Dallas, State of Texas, in Book No. 10, Page 10.

Notary Public

подъ-префектомъ и одобренное префектомъ департамента (см. num. 244).

Нѣкоторыя постановленія и, между прочимъ, одно по дѣлу Планше, отъ 21 іюля 1853 (не напеч.), разъяснили, что недостаточно одного засвидѣтельствованія префектомъ подписи субъ-префекта для легализаціи оной, а необходимо его формальное одобреніе (рѣш. Монтань, отъ 2 августа 1861, J. P. 62, стр. 1055).

Тоже самое бываетъ: 1) съ удостовѣреніемъ мэра о томъ, что жалобщикъ не владѣетъ никакимъ имуществомъ (рѣш. Геруль, отъ 13 ноября 1846, не напеч.), или съ удостовѣреніемъ, выданнымъ мэромъ на мѣстожительство осужденнаго (рѣш. Туссенъ, отъ 10 сентября 1847 года, не напеч.); 2) или съ удостовѣреніемъ о томъ, что жалобщикъ не платитъ налога въ общинѣ, безъ указанія его бѣдности (пост. Петреманъ, отъ 22 мая 1856 года, не напеч.), или съ заявленіемъ о бѣдности, сдѣланнымъ двумя свидѣтелями предъ мэромъ, безъ личной аттестаціи послѣдняго, хотя бы оно было засвидѣтельствовано и одобрено префектомъ (пост. Пласси, отъ 19 мая 1853 года, В. 174; Делоне, отъ 18 іюня 1857 года, В. 231, и Ласаль, отъ 15 сентября 1859 года, J. P. 60, стр. 217); 3) съ представленіемъ бумагъ, констатирующихъ несостоятельность, такъ какъ послѣдняя не равносильна бѣдности (пост. Дюранъ, отъ 19 августа 1858, не напеч.).

248. Если держаться буквъ ст. 419 уст. угол. судопр., то слѣдовало бы повидимому, требовать взноса штрафа лишь отъ гражданскаго истца, ибо статья эта гласитъ: «гражданскій истецъ, приносящій кассационную жалобу и т. д., обязанъ, подъ страхомъ оставленія его жалобы безъ принятія, внести штрафъ въ размѣрѣ ста пятидесяти франковъ, или половины этой суммы, если приговоръ состоялся заочный».

Но слѣдуетъ замѣтить, что въ этой статьѣ гражданскій истецъ называется этимъ именемъ въ противоположность къ публичной сторонѣ. Понимая выраженіе въ этомъ смыслѣ, должно сказать, что обвиненная сторона, при принесеніи жалобы, должна внести штрафъ точно такъ же, какъ и гражданскій истецъ, и главнымъ образомъ эту сторону имѣетъ въ виду законъ, ибо гражданскій истецъ въ собственномъ смыслѣ, т. е. тотъ, который имѣетъ въ производствѣ лишь гражданскій интересъ, не можетъ жаловаться на уголовный приговоръ, а противъ той части его, которая касается оцѣнки понесеннаго имъ вреда; даже когда гражданскій истецъ фигурируетъ въ уголовной кассационной жалобѣ, то онъ дѣлаетъ это чаще всего по интервенціи въ смыслѣ прокурорскаго надзора; но въ этомъ случаѣ онъ не вноситъ залога, такъ какъ онъ жалобы не приноситъ, а присоединяется къ той, которая подана публичнымъ обвинителемъ. Равнымъ образомъ въ случаѣ отказа ему въ жалобѣ, онъ присуждается лишь къ судебнымъ из-

держкамъ по его интервенци. И хотя бы въ нашихъ инстанціяхъ гражданскіе истцы были присуждены солидарно къ возмѣщенной расходоѣ, причиненныхъ ихъ преслѣдованіемъ, гражданскій истецъ, вступающій въ дѣло предъ кассационнымъ судомъ, ни въ какомъ случаѣ не несетъ солидарной отвѣтственности за штрафъ, штрафу этому подвергается только сторона осужденная или граждански отвѣтственная (пост. Катине, отъ 23 апрѣля 1840 г., Б. 115. V. num. 241 и 250).

Изъ того, что статья 420 уст. угол. произв. гласитъ: «освобождаются отъ штрафа осужденные по уголовному дѣлу», слѣдуетъ ли, чтобы, для необходимости взноса штрафа по дѣламъ исправительной и простой полиціи, сторона подверглась осужденію, и освобождается ли она отъ такого вопроса, если, напримѣръ, жалоба приносится на рѣшеніе о неподсудности, на опредѣленіе приготовительное и частное. Разъясненіе сего вытекаетъ изъ ст. 419, которая смѣшиваетъ осужденную сторону съ стороной просто заинтересованной, подъ названіемъ гражданскаго истца, и которая, какъ сказано было, обозначаетъ ее такимъ образомъ въ противоположность къ публичной сторонѣ. Но эта статья не дѣлаетъ различія: она содержитъ въ себѣ общее правило, что должно внести штрафъ всякій разъ, когда приносится жалоба, развѣ бы жалобщикъ находился въ условіяхъ, освобождающихъ отъ взноса штрафа.

На этомъ основаніи несовершеннолѣтній, освобожденный по дѣлу исправительному отъ наказанія, какъ дѣйствовавшій безъ разумія и отправленный засимъ въ исправительный домъ въ видѣ полицейской мѣры, долженъ представить штрафъ при подачѣ имъ кассационной жалобы: «Принимая во вниманіе, говорится въ постановленіи по дѣлу Марфилъ, отъ 23 іюля 1846 года, на печ., что всякій жалобщикъ, за исключеніемъ указанныхъ въ ст. 420 изъятій, обязанъ представить штрафъ, требуемый закономъ или документы, замѣняющіе таковой». Другое постановленіе по дѣлу Кребсъ, отъ 10 марта 1853 года (В. 86, и Ж. Р. 1853, 2, стр. 429), и постановленіе по дѣлу Гарсонъ, отъ 1 декабря 1860 года (Ж. Р. 1861, стр. 732), высказались въ томъ же смыслѣ. Рѣшеніе было бы противоположно, еслибъ дѣло шло объ уголовномъ преслѣдованіи (см. num. 239).

249. Куда должно внести штрафъ? Онъ не долженъ быть непременно внесенъ въ регистраціонное бюро, имѣющееся для сего при кассационномъ судѣ, а можетъ быть внесенъ въ мѣсто подачи жалобы, при чемъ отказъ кассира отъ принятія штрафа, если о такомъ отказѣ приложено удостовѣреніе, уничтожаетъ поводъ къ непринятію жалобы (пост. Матюссіе отъ 12 августа 1831 г., не на печ.). Тоже бываетъ и въ случаѣ невозможности представленія штрафа по случаю непреодолимой силы. (Постан. по дѣлу

братьевъ христіанскаго ученія, отъ 25 февраля 1848 года, не напеч.).

250. «Гражданскій истецъ, гласитъ ст. 436 уст. угол. судопр., которому будетъ отказано въ кассационной жалобѣ по дѣлу уголовному, исправительному или полицейскому, присуждается къ вознагражденію въ пользу оправданной стороны въ размѣрѣ 150 фр. и къ судебнымъ издержкамъ. Сверхъ того гражданскій истецъ присуждается къ штрафу въ пользу казны въ размѣрѣ 150 фр. или только 75 фр., если постановленіе состоялось заочно».

Гражданскій истецъ въ собственномъ смыслѣ, т. е. жалующійся въ гражданскомъ интересѣ, не третируется здѣсь, какъ жалобщикъ осужденный. Первый, въ случаѣ проигрыша, подвергается по уголовнымъ дѣламъ штрафу и вознагражденію.

Но для того, чтобы гражданскій истецъ былъ присужденъ къ вознагражденію въ пользу оправданной стороны, необходимо, чтобы онъ фигурировалъ въ этомъ качествѣ предъ низшими инстанціями, иначе ст. 436 не имѣетъ примѣненія. (Пост. по дѣлу Катине, отъ 23 апрѣля 1840 года, В. 115. V. num. 240 и 248).

Въ томъ случаѣ, когда два гражданскихъ истца имѣютъ противоположные интересы, бывшихъ въ разсмотрѣніи суда, кассаторъ, проигравшій дѣло, присуждается всегда къ штрафу въ пользу отвѣтчика по кассации (пост. по дѣлу Липманъ, отъ 15 апрѣля 1859, В. 96).

Ст. 436 уст. угол. судопр. гласитъ во второмъ пунктѣ: «Казенныя управленія и публичные агенты, проигрывающіе дѣло, не присуждаются къ судебнымъ издержкамъ и вознагражденію». (См. ту же главу, тотъ же параграфъ, стр. 231, num. 246).

Даже гражданскій истецъ, жалоба котораго оставлена безъ разсмотрѣнія по случаю не внесенія имъ залога, присуждается къ вознагражденію (пост. Джона противъ Динье, отъ 17 іюня 1858 года, J. P. 1859, стр. 334).

251. Интервенантъ въ собственномъ смыслѣ присуждается только къ судебнымъ издержкамъ его интервенціи, такъ какъ послѣдняя не есть кассационная жалоба и не влечетъ за собой, какъ показали выше, взносъ залога (см. num. 241, 248 и 250).

252. Между дѣлами гражданскими и уголовными существуетъ то различіе, что по первымъ, въ силу закона 2 брюмера годъ IV., ст. 17, подачѣ жалобы въ секретарство предшествуетъ внесеніе залога, подѣ страхомъ отказа въ принятіи жалобы, тогда какъ по дѣламъ уголовнымъ этотъ предварительный взносъ не требуется, онъ можетъ быть сдѣланъ наканунѣ рѣшенія дѣла или непосредственно предъ рѣшеніемъ. Такова практика (см. num. 242 и 253).

Это различіе вызываетъ другое, которое относится къ рѣшенію (см. num. 268).

Если заявляется отказъ отъ жалобы, то кассационный судъ не присуждаетъ ни къ штрафу, ни къ вознагражденію, что совершенно противоположно практикѣ по гражданскимъ кассационнымъ жалобамъ и правиламъ ст. 79 ордонанса августа 1737 года (см. поставл. уголов. департамента, отъ 9 іюля 1830 и 27 января 1838 года, по дѣлу администраціи льсовъ и таможенъ, не напеч.) Но отказавшаяся сторона должна нести издержки (прав. постан. отъ 27 января 1838 года).

Когда кассационный судъ допускаетъ отказъ, то онъ не только не присуждаетъ къ штрафу, но онъ считаетъ жалобу какъ бы не поданной, что имѣетъ своимъ послѣдствіемъ теченіе срока наказанія какъ бы жалобы не было, хотя иначе бываетъ въ случаѣ отказа отъ поданной апелляціонной жалобы.

Слѣдствіемъ того значенія, которое кассационный судъ придаетъ отказу отъ кассационной жалобы есть возвращеніе внесеннаго залога въ силу самаго закона, безъ особаго распоряженія со стороны суда (пост. по дѣлу Мезонневъ, отъ 29 апрѣля 1852 года, не нап.) Впрочемъ, обыкновенно судъ всегда постановляетъ о возвращеніи залога.

§ III. О состояніи осужденнаго подъ стражей при принесеніи имъ кассационной жалобы.

(De la mise en ètat).

233. По статьѣ 421 уст. угол. судопр., «осужденные по дѣлу исправительному или полицейскому къ наказанію, сопряженному съ лишеніемъ свободы, не допускаются къ подачѣ кассационной жалобы, если они не состоятъ дѣйствительно подъ стражей или не были освобождены отъ оной на поруки». (Arr. Roux, отъ 19 мая 1854, В. 164).

Если освобожденіе послѣдовало съ отдачей осужденнаго на поруки или со взятіемъ залога, то жалоба принимается не иначе, какъ когда доказано будетъ, что поручительство допущено или или залогъ внесенъ (Arr. Dupuis, отъ 3 апрѣля 1846, В. 88. См. Ф. Эли, т. IV 2 изд., стр. 675, и законъ 14 іюля 1865, объ условіяхъ предварительнаго освобожденія).

Въ рѣшеніи Генри разъяснено, что отмѣна слѣдственнымъ судьей постановленія объ отдачѣ подъ стражу не освобождаетъ осужденнаго къ исправительному наказанію отъ обязанности исполнить установленныя закономъ для подачи жалобы формальности.

Жалоба подлежитъ принятію, хотя бы осужденный и не подвѣргался задержанію, если только послѣднему помѣшалъ случай непреодолимой физической силы (arr. Coudere, отъ 27 марта 1830, В. 83, и S. 30, I, 282), или если судъ отказалъ въ разрѣ-

шені просьбы о предварительномъ освобожденіи (arg. Courtat, отъ 12 февраля 1830, В. 44, и S. 30, I, 282).

«Актъ ихъ задержанія или освобожденія на поруки приобщается, по словамъ ст. 421 уст. угол. судопр., къ акту кассационной жалобы. Но когда жалоба приносится на неподсудность, для принятія оной достаточно кассатору доказать, что онъ дѣйствительно явился въ помѣщеніе, гдѣ засѣдаетъ кассационный судъ. Смотритель этого дома, принявъ его здѣсь, представляетъ жалобу генеральному прокурору этого суда, который засвидѣтельствуетъ ее».

Въ двухъ рѣшеніяхъ по дѣламъ Остеръ и Шабилланъ, отъ 26 марта и 22 октября 1812, признаны не подлежащими принятію жалобы, къ которой не приобщены акты задержанія или предварительнаго освобожденія (S. 17, I, 343 и 345).

Сторона, жалующаяся на постановленіе о преданіи суду не можетъ, по ст. 421 уст. угол. судопр., уклониться отъ явки для задержанія, подѣ тѣмъ предлогомъ, что она только обвиняется, а не осуждена (arg. Terrvagne и Laheussel, отъ 23 апрѣля и 23 мая 1846, В. 100 и 129, и Венель, отъ 28 іюня 1856, В. 230. См. цпш. 248).

Депутаты, подвергшіеся осужденію, освобождаются отъ явки для задержанія во время сессій (arg. Ледрю-Ролленъ, отъ 12 февраля 1842, не напеч.), развѣ бы преслѣдованіе было разрѣшено законодательнымъ корпусомъ (arg. Малардье, отъ 14 декаб. 1849, S. 50, I. 326).

Статья 46 ордонанса 10 августа 1834 г. требуетъ также предварительной явки въ мѣсто заключенія осужденнаго, который приноситъ жалобу на приговоръ алжирскаго суда. Статья 59 ордонанса 26 сентября 1842 облегчало ему полученіе предварительной свободы.

Осужденный, доказавшій, до воспослѣдованія рѣшенія кассационнаго суда, свою явку для задержанія или замѣняющіе оную документы, устраняетъ поводъ къ непринятію его жалобы (См. цпш. 255); но права жаловаться лишается тотъ, кто, по явкѣ и задержаніи, учинилъ побѣгъ. (Arg. Валеренъ, отъ 6 іюля 1833 года, не напеч.)

Изъ ст. 421 уст. угол. судопр. вытекаетъ, что, при принесеніи жалобы на неподсудность, осужденный можетъ явиться въ мѣсто заключенія, того мѣста, гдѣ засѣдаетъ кассационный судъ. Но если жалоба основана на другихъ мотивахъ, то онъ обязанъ явиться въ мѣсто заключенія того мѣста, гдѣ засѣдаетъ осудившій его судъ. (Arg. Курта и Кудеръ, отъ 12 февраля и 27 марта 1830, В. 44 и 83). Этому же послѣднему суду, приносятся просьбы о предварительномъ освобожденіи (Arg. Дешаръ, отъ 13 августа 1840 года, В. 229).

Постановленіемъ по дѣлу Лешенёръ, отъ 18 іюня 1838 (S. 38, I, 743), разъяснено, что кассационный судъ не вправе разрѣшать переводъ осужденнаго изъ тюрьмы мѣста осужденія въ одно изъ мѣстъ заключенія Парижа, гдѣ онъ самъ засѣдаетъ, для выслушанія его личныхъ объясненій по принесенной имъ жалобѣ.

§ IV. О письменной подготовкѣ и разрѣшеніи уголовныхъ кассационныхъ жалобъ.

254. Жалобы, переданныя въ кассационный судъ при посредствѣ прокурорскаго надзора, согласно статьѣ 424 уст. угол. судопр., распредѣляются; по запискѣ ихъ въ реестръ канцеляріи, предсѣдателемъ уголовного департамента между членами-докладчиками.

По понедѣльникамъ, средамъ и пятницамъ каждой недѣли члены передаютъ въ канцелярію подлинныя производства вмѣстѣ съ своими письменными докладами, и въ порядкѣ этой передачи составляютъ еженедѣльные списки слушанія дѣлъ. Послѣ сего доклады эти, вмѣстѣ съ производствами, препровождаются непосредственно къ тому изъ генеральныхъ адвокатовъ, который назначенъ для дачи заключенія по четвергамъ, пятницамъ и субботамъ той же недѣли. Дѣла слушаются по порядку передачи докладовъ. Тѣ дѣла, слушаніе которыхъ упадаетъ на конецъ недѣли, передаются тому же генеральному адвокату для представленія заключенія обыкновенно къ 15 числу. Разрѣшеніе дѣлъ вслѣдствіе такого порядка идетъ весьма регулярно и съ большой быстротой.

Такое быстрое движеніе не возможно для дѣлъ гражданскихъ, которые требуютъ болѣе продолжительнаго разсмотрѣнія.

По дѣламъ гражданскимъ списки составляются обыкновенно по указанію генеральныхъ адвокатовъ, между тѣмъ какъ по дѣламъ уголовнымъ составленіе списковъ производится въ порядкѣ передачи оныхъ докладчиками.

Порядокъ этотъ установленъ во исполненіе ст. 14, 15, 16 и 22 ордонанса 15 января 1826 года.

255. Ст. 425 уст. угол. судопр. постановляетъ: «Кассационный судъ можетъ по всякому дѣлу—уголовному, исправительному или полицейскому разрѣшить кассационную жалобу немедленно по истеченію указанныхъ въ настоящей главѣ сроковъ, и обязанъ разрѣшать таковыя не далѣе мѣсячнаго срока, считая со дня истеченія этихъ сроковъ».

Сроки эти, по статьѣ 422 уст. угол. судопр., слѣдующіе: десять дней для передачи въ канцелярію, гдѣ заявлена жалоба, акта оной съ подтвердительными документами, и двадцать четыре часа для отсылки этихъ документовъ прокурорскимъ надзоромъ въ кассационный судъ. Но мѣсячный срокъ для разрѣшенія жалобы кассационнымъ судомъ начинается свое теченіе со времени полученія этого производства въ его канцелярію. Слѣдуетъ-ли отсюда, что

кассационный судъ, получивъ документы до истеченія указанныхъ сроковъ, не можетъ приступить къ разрѣшенію жалобы? Нисколько; онъ можетъ это сдѣлать, если дѣло готово раньше. По дѣлу Делаландъ жалоба на опредѣленіе обвинительной камеры было заявлено, съ указаніемъ мотивовъ, 6 января 1823 года; документы получены въ кассационномъ судѣ 9 того же мѣсяца. Обвиняемый просилъ о назначеніи ему новаго срока; но просьба эта была отвергнута опредѣленіемъ отъ 10 января 1823, послѣдовавшимъ четыре дня послѣ подачи жалобы, по слѣдующимъ мотивамъ: «Принимая во вниманіе, что указанный въ ст. 422 уст. угол. суд. срокъ для подачи жалобы съ приведеніемъ поводовъ кассациі, установленъ единственно въ интересъ кассаторовъ, которые могутъ, слѣдовательно, его ограничить и даже вовсе отказаться отъ него. Принимая во вниманіе, что Делаландъ, въ заявленной и переданной въ кассационный судъ жалобѣ, указалъ краткій перечень кассационныхъ поводовъ; что суду представлена просьба съ развитіемъ оныхъ; что въ засѣданіе явился, въ качествѣ защитника, адвокатъ, состоящій при кассационномъ судѣ, который, представивъ свои объясненія, не объяснялъ, чтобы у него имѣлись другія средства защиты, не сохранивъ за собою и права ходатайствовать предъ судомъ по сему предмету, что посему жалоба Делаланда должна считаться готовой къ разрѣшенію».

Для представленія залога и приведенія производства въ надлежащій порядокъ кассационный судъ назначаетъ, по дѣламъ исправительнымъ и полицейскимъ, мѣсячный срокъ, считая отъ времени полученія документовъ въ канцеляріи (См. num. 252 и 253).

Неисполненіе нѣкоторыхъ предварительныхъ формальностей, какъ не представленіе квитанціи на внесеніе залога или замѣняющихъ оную документовъ, или обжалованнаго опредѣленія, не всегда влечетъ за собой потерю права жалобы. Такимъ образомъ изъ постановленія статьи 29 декрета 17 февраля 1852 года о взносахъ, даже въ случаѣ подачи жалобы, издателемъ журнала, въ три дня отъ воспослѣдованія приговора, штрафа, къ которому онъ былъ присужденъ за проступокъ противъ печати, но слѣдуетъ, что жалоба эта не подлежитъ принятію, хотя бы она была подана до исполненія. Этотъ поводъ къ непринятію, какъ не предусмотрѣнный закономъ, не можетъ быть введенъ въ него (Arr. Cottenest, отъ 13 іюня 1858, В. 169).

ГЛАВА XII.

Права третьихъ лицъ вступать въ кассационной инстанціи въ уголовное дѣло.

256. Для возможности вступленія въ уголовное или исправительное дѣло въ кассационной инстанціи, необходимо фигурировать въ качествѣ сторонъ, въ обжалованномъ приговорѣ, или состоять

въ правахъ одной изъ сторонъ, участвовавшихъ въ процессъ, по которому послѣдовало рѣшеніе, составляющее предметъ жалобы. (Arr. Nobligeois, отъ 4 апрѣля 1839; и administr. des forêts, отъ 25 іюня 1824, не напечатано).

257. Поэтому лицо, не жаловавшееся своевременно, можетъ тѣмъ не менѣе присоединиться (*intervenir*) къ заявленному прокурорскимъ надзоромъ протесту, который можетъ влечь за собой кассацию рѣшенія въ пользу присоединившихся — осужденнаго или гражданского истца (См. num. 23, 96, 185, 302). Въ этомъ случаѣ интервененты не могутъ привести другихъ поводовъ, чѣмъ тѣ, которые представлены прокурорскимъ надзоромъ. Это признано въ постановленіи отъ 26 ноября 1842 года (В. 308) по дѣлу Фабуса, жалоба котораго была первоначально признана не подлежащей принятію и, который впоследствии присоединился къ протесту генеральнаго прокурора, поданному по предписанію министра юстиціи.

Въ этомъ рѣшеніи сказано: «Что касается тѣхъ частей рѣшенія бонскаго военнаго совѣта, которыя касаются Фабуса, втораго адъютанта вспомогательныхъ войскъ въ Константиинѣ;

«Въ виду представленной адвокатомъ Фабуса прошенія о вступленіи имъ въ дѣло поданнаго въ канцелярію 24 августа;

«Принимая во вниманіе, что сказанный Фабусъ имѣетъ интересъ, и слѣдовательно, вправѣ поддерживать предъ судомъ выставленныя и поддержанныя генеральнымъ прокуроромъ поводы къ отмѣнѣ рѣшенія, обжалованіе котораго разрѣшено правительствомъ, но что эта интервенція должна ограничиться тѣми поводами, которые приведены прокурорскимъ надзоромъ въ интересъ общественнаго порядка, въ силу указанной въ ст. 441 уст. угол. судопр. прерогативы, и что переступать эти границы не дозволяется частному интересу;

«Кассационный судъ, признавая интервенцію Фабуса по протесту генеральнаго прокурора уважительной, оставляетъ безъ разрѣшенія тѣ два кассационныхъ повода, которые представлены интервенентомъ, какъ не входящихъ въ протестъ прокурора. (См. гл. II, num. 23; гл. IX, num. 185, и гл. XVII, num. 302).

258. Тоже слѣдуетъ сказать о томъ случаѣ, когда жалоба принесена одной изъ сторонъ. Интервенентъ можетъ въ этомъ случаѣ пользоваться лишь тѣми поводами, которые приведены въ кассационной жалобѣ, ибо интервенція не есть кассационная жалоба и не можетъ имѣть ея дѣйствіе (см. пит. 241, 248 и 250).

259. По дѣлу Серже, разрѣшенному постановленіемъ отъ 3 декабря 1846 года (В. 299), кассационный судъ допустилъ интервенцію кредитора въ дѣло по кассации его должника. Кредиторъ этотъ поддерживалъ, что жалоба не подлежитъ принятію, за неизбраніемъ должникомъ адвоката и неисполненіемъ формальностей, требуемыхъ для предварительнаго освобожденія изъ подъ стражи.

260. Не смотря однакоже на это въ постановленіи по дѣлу Ласнеръ, отъ 6 марта 1857 (не напеч.) признано, что статья 446 уст. гражд. судопр., дозволяющее интервировать въ апелляцію тѣмъ, которые могутъ оспаривать рѣшеніе въ качествѣ третьихъ лицъ (tierce opposition), непримѣнима къ дѣламъ уголовнымъ. По этому рѣшенію право вступать въ дѣло принадлежитъ исключительно гражданскому истцу или лицу, граждански ответственному (См. arr. de Ruzé, Sir. 1853, I, 66; Лане, отъ 20 марта 1857 г., В. 115, и Дюнои, отъ 16 іюня 1860. В. 137).

Въ другомъ мѣстѣ мы видѣли, что хотя гражданскій истецъ не можетъ обжаловать опредѣленіе о томъ, что дѣло не подлежитъ разсмотрѣнію (arrêt de non lieu), хотя бы онъ имѣлъ въ этомъ интересъ (arr. Мазаренъ, отъ 11 марта 1843, В. 55, и Біенвеню, отъ 7 марта 1844, В. 88), но онъ можетъ тѣмъ не менѣе присоединиться къ протесту прокурорскаго надзора, пользуясь лишь тѣми кассационными поводами, которые приведены послѣднимъ (См. гл. X, num. 223).

ГЛАВА XIII.

Производство въ уголовной кассационной инстанціи по спору о подлогѣ.

262. Рѣшеніемъ уголовного департамента, отъ 20 марта 1835 (не напеч., по дѣлу Боанъ), разъяснено, что установленныя статьей 1 главы X регламента 28 іюня 1837 г. формальности примѣнимы къ формамъ уголовнымъ, и что неисполненіе ихъ относительно спора о подлогѣ освобождаетъ судъ отъ обязанности входить въ разсмотрѣніе онаго. Постановленіе по дѣлу Жендръ, отъ 13 августа 1835 (не напеч.) освятило тоже начало.

263. На основаніи постановленій ордонансовъ 1837 и 1738 годовъ, разъяснено въ рѣшеніи Метейе, отъ 20 марта 1852 (В. 106), что кассационный судъ не входить въ разсмотрѣніе спора о подлогѣ, если доказательство онаго не сопровождается ходатайствомъ о разрѣшеніи предъявить споръ о подлогѣ противъ обжалованнаго акта или рѣшенія.

264. По дѣлу Бурдонъ, рѣшенному гражданскимъ департаментомъ 29 января 1840 (В. civ. 21), кассационный судъ разрѣшилъ передать въ его канцелярію оригиналъ и копію сообщенія опредѣленія о допущеніи жалобы, въ которыхъ генеральный прокуроръ усмотрѣлъ подлогъ. По этому случаю составленъ былъ протоколъ, согласно ст. 448. уст. угол. судопр. съ описаніемъ замѣченнаго подлога, каковой протоколъ приобщенъ къ подлинному опредѣленію.

265. Когда кассационный судъ разрѣшаетъ представленіе спора о подлогѣ, то не принято, чтобы онъ самъ входилъ въ подробную повѣрку этого спора, хотя онъ имѣетъ на это право. Дѣло отсы-

дается для сей цѣли въ назначаемое имъ судебное мѣсто, или она передается одному изъ членовъ. Такимъ образомъ споръ о подлогѣ не открываетъ повѣрки доказательствъ, направленныхъ къ опроверженію фактовъ, которые занесены въ протоколъ дебатовъ (Агг. Фо, отъ 30 июля 1840, В. 219). Кассационный судъ допускаетъ споръ о подлогѣ не иначе, какъ когда приводимые факты являются съ такимъ характеромъ правдоподобія, что могутъ поколебать достовѣрность подлиннаго акта. (Агг. Гримальди, отъ 8 марта 1850, В. 82. См. Manuel civil, въ гл. 17, de l'inscription de faux, т. I, стр. 322).

266. Въ дѣлѣ Карона, осужденнаго судомъ присяжныхъ Нижнихъ Пиринеевъ къ смертной казни, адвокату кассатора было разрѣшено уголовнымъ департаментомъ, опредѣленіемъ отъ 12 марта 1857 (не напеч.), предъявить споръ о подлогѣ противъ протокола, въ которомъ сказано, что вынутіе жребія присяжныхъ сессіи послѣдовало въ публичномъ засѣданіи палаты, тогда какъ защитникъ утверждалъ, что въ дѣйствительности жребій вынимался въ совѣщательной камерѣ, и при отсутствіи требуемой закономъ публичности. Въ теченіи послѣдующихъ за симъ трехъ дней, и именно 14 марта, кассаторъ подавъ въ канцелярію письменное заявленіе о подлогѣ. Въ тоже время защитникъ его указалъ въ своихъ объясненіяхъ по сему предмету подтвердительные факты, которые признаны всѣми, вслѣдствіе чего сдѣлано было распоряженіе о производствѣ въ порядкѣ ст. 487 уст. угол. судопр. Во исполненіе этого постановленія и согласно съ заключеніемъ генеральнаго прокурора, первоприсутствующій кассационнаго суда поручилъ совѣтнику отобрать объясненіе у старшаго предсѣдателя посской (Рои) палаты, назначивъ немедленно старшаго предсѣдателя беродесской палаты для производства изслѣдованія по спору о подлогѣ. Изслѣдованіе привело къ результату, противоположному домогательству кассатора, и споръ о подлогѣ былъ отвергнутъ опредѣленіемъ отъ 30 апрѣля (не напеч.). См. также агг. Маньонкуръ, отъ 19 августа 1830 (В. 207).

267. Постановленіемъ отъ 3 августа 1838 (дѣло Леменеръ, В. 259) уголовный департаментъ разъяснилъ, что просьбѣ по спору о подлогѣ, даже по дѣламъ уголовнымъ, жалоба по которымъ не подлежитъ никакому залогоу, должно предшествовать внесеніе залога въ размѣрѣ 100 франковъ. Въ постановленіи этомъ говорится; *«что касается просьбы по спору о подлогѣ противъ акта судебного пристава Филиппа, отъ 14 апрѣля 1838, то*

«Принимая во вниманіе, что проситель не внесъ залога, требуемаго регламентомъ 28 іюня 1838, ч. 2, гл. X, ст. 6, и что залогъ этотъ требуется даже по уголовнымъ дѣламъ отъ осужденныхъ, которые освобождены отъ залога при подачѣ кассационной

жалобы; что тѣмъ болѣе залогъ долженъ быть внесенъ по дѣлу исполнительному.

«Принимая во вниманіе и проч., судъ признаетъ просьбу Деменера по спору о подлогѣ не подлежащей принятію».

ГЛАВА XIV.

О ПРЕВРАЩЕНІИ НАЧАТАГО ПО УГОЛОВНЫМЪ ДѢЛАМЪ ПРОИЗВОДСТВА ВСЛѢДСТВІЕ ОТКАЗА ОТЪ ПРЕСЛѢДОВАНІЯ И Т. П.

268. Въ практикѣ по уголовнымъ дѣламъ принято подвергать штрафу осужденнаго и гражданскаго истца, обжаловавшихъ рѣшеніе въ кассационномъ порядкѣ, въ той мѣрѣ, въ какой жалоба ихъ оставлена безъ послѣдствій. Поэтому проигравшимъ дѣло не считается тотъ, кто отказался отъ своей жалобы до разсмотрѣнія дѣла кассационной инстанціей; и въ этомъ заключается отличіе отказовъ по гражданскимъ и уголовнымъ дѣламъ (см. num. 252).

Въ виду сего уголовныя рѣшенія по дѣламъ объ отказахъ считаютъ жалобу какъ бы не поданной, не подвергая засимъ кассаторовъ никакому штрафу ни въ пользу отвѣтчиковъ, ни въ пользу казны (Arr. adm. fêrets, отъ 20 декабря 1855, В. 407; Фурно, отъ 18 сентября 1856, В. 315; Оржолле, отъ 18 апрѣля 1857, В. 159. См. гл. XI, § 11, num. 239 и слѣд.).

Отсюда вытекаетъ, что отказъ разрѣшаетъ суспенсивное дѣйствіе жалобы, имѣя своимъ послѣдствіемъ вычетъ изъ наказанія того времени, которое прошло между подачей жалобы и задержаніемъ, послѣдовавшимъ послѣ этой подачи, что не имѣетъ мѣста при отказахъ отъ апелляціи (см. num. 252).

Утверждали, что кассаторъ, не смотря на отказъ, долженъ быть присужденъ къ вознагражденію въ пользу противной стороны, такъ какъ послѣдняя должна быть вознаграждена за тѣ расходы, которые она понесла вслѣдствіе подачи жалобы. Но въ постановленіи отъ 9 іюля 1830 (admin-forestier, противъ Dolemberger, не напеч.), разъяснено, что нѣтъ основанія присуждать отказавшагося отъ жалобы къ вознагражденію въ размѣрѣ 150 франковъ, такъ какъ по статьѣ 436 уст. угол. судопр. къ такому вознагражденію присуждается лишь проигравшая дѣло сторона; тяжущійся же, который отказывается отъ своей жалобы, не можетъ считаться проигравшимъ дѣло, ибо самая жалоба почитается какъ бы не поданной.

Въ двухъ рѣшеніяхъ (Дюклу и Орсолле, отъ 13 апрѣля 1854, В. 108, и 18 апрѣля 1857, В. 859) признано это же начало, и рѣшенія эти присудили отказавшуюся сторону къ возмѣщенію лишь расходовъ отвѣтника или интервенента.

269. Для возможности принятія отказа необходимо, чтобы онъ былъ заявленъ до доклада дѣла въ засѣданіи; если онъ заявляется

позже, то дѣло рѣшается на общемъ основаніи (Arr. Суильскъ, отъ 28 сентября 1835, S. 35, I, 218).

270. Несмотря однакоже на это, кассационный судъ, въ случаѣ заявленія отказа, но не представленія онаго до постановленія рѣшенія, можетъ отмѣнить свое рѣшеніе, признавъ жалобу какъ бы неподанной (aff. Гордіенъ и Ришеръ, отъ 6 апрѣля 1855, В. 120, и 7 мая 1857, В. 181).

271. Вообще отказъ не погашаетъ обвиненія прокурорскаго надзора. Изъ этого правила имѣется весьма мало исключеній. Къ нимъ относится: отказъ мужа отъ преслѣдованія жены за прелюбодѣяніе, отказъ обиженнаго отъ своей жалобы, и тотъ случай, когда изъ всего производства остается разрѣшить простой лишь гражданскій интересъ, какъ напр. возмѣщеніе издержекъ (Arr. Ускенъ, отъ 9 іюля 1853, В. 355. V num. 171).

272. Что касается прокурорскаго надзора, то онъ не можетъ не признать правильнымъ рѣшеніе, которое онъ обжаловалъ, ни отказать отъ правильно заявленной жалобы. Онъ не можетъ свободно распоряжаться уголовнымъ искомъ, такъ какъ дѣло идетъ о публичномъ интересѣ, и даже о частномъ интересѣ обвиняемаго, который можетъ воспользоваться его протестомъ (Arr. commissaire de police de Paris, contre Simon, отъ 21 ноября 1839, В. 353; Нау, отъ 16 сентября 1842, В. 241, и Дюпонъ, отъ 10 апрѣля 1856, В. 143. V. num. 23, 193 и 302).

273. Отказъ дѣлается подачей заявленія въ канцелярію суда, постановившаго обжалованное опредѣленіе, или въ канцелярію кассационнаго суда при содѣйствіи практикующаго при немъ адвоката. Онъ можетъ быть заявленъ въ повѣсткѣ судебного пристава или въ нотаріальномъ актѣ.

Если стряпчій уполномоченъ на подачу только кассационной жалобы, то безъ спеціальнаго полномочія онъ не можетъ отказать отъ оной.

Въ рѣшеніи по дѣлу Унтеральтъ, отъ 12 декабря 1834 (не напеч.) признанъ неправильнымъ отказъ, письменно посланный въ канцелярію, безъ установленнаго засвидѣтельствованія подписи.

Въ томъ же смыслѣ высказалось рѣшеніе по дѣлу Гененъ, отъ 18 августа 1859 (I. P. 1860, стр. 926), относительно отказа, письменно адресованнаго генеральному прокурору. Въ рѣшеніи этомъ выражено еще и то, что, при не взносѣ залога, жалоба теряетъ свою силу, и кассаторъ присуждается къ платежу этого залога.

Приведенное уже рѣшеніе Унтеральтъ и рѣшеніе Курто, отъ 14 марта 1845 (не напеч.) признали недѣйствительнымъ отказъ отъ жалобы, заявленный приставомъ, не имѣвшимъ на это спеціальнаго полномочія.

Такой же недѣйствительности подвергается отказъ, заявленный смотрителю тюрьмы, такъ какъ это должностное лицо не впра-

въ, удостовѣрить подлинность онаго (Агг. Бринья, отъ 16 октяб. ря 1828, не напеч.).

274. Непродолженіе дѣла (acquiescement) равносильно отказу Оно не предполагается, а должно быть положительно выражено или вытекать изъ добровольнаго исполненія рѣшенія въ срокъ, установленный для принесенія жалобы. Сюда относится, напри- мѣръ, уплата штрафовъ и судебныхъ издержекъ (Агг. Редереръ, отъ 17 февр. 1859 В. 58; Портъе, отъ 25 января 1862, не напеч.).

Отъ правильно заявленнаго отказа нельзя отступиться (Агг. Реденель, отъ 9 іюня 1853, В. 206).

275. Въ постановленіи по дѣлу Тинанъ, отъ 23 сентября 1836 года (В. 314), разъяснено, что установленное статьей 397 прекра- шеніе дѣла въ случаѣ перерыва производства въ теченіе трехъ лѣтъ, непримѣнимо къ дѣламъ уголовнымъ.

276. Въ случаѣ смерти осужденнаго въ промежутокъ времени между подачей жалобы и разрѣшеніемъ оной, онъ считается умер- шимъ *Integratus* (ст. 2 уст. угол. суд. Вслѣдствіе этого жалоба, считающаяся какъ бы неподанной, не подвергается разсмотрѣнію. Гражданскій искъ остается открытымъ противъ представителей умершаго (аф. Мазанъ, отъ 10 іюня 1825, не напеч.; Гурденъ, отъ 16 іюня 1829, не напеч.; Мерсье Верруйе, отъ 27 января 1860, I. Р. 60, стр. 409; Гардонъ, отъ 18 декабря 1862, В. 282.).

Сумашествіе кассатора не уничтожаетъ, а отстрочиваетъ про- изводство (см. стр. 23, прим. 20).

277. Амнистія печатаетъ наказаніе и преслѣдованіе. Прощен- ный осужденный не можетъ далѣе просить о разрѣшеніи его жа- лобы вопреки послѣдовавшей амнистіи. (Агг. Корайль, отъ 10 іюня 1831, В. 130).

ГЛАВА XV.

Объ отзываютъ и способахъ обжалованія рѣшеній уголовного кас- саціоннаго департамента.

278. Отзывъ на заочное рѣшеніе уголовного кассационнаго де- партамента допускается, если жалоба подверглась разрѣшенію до истеченія установленныхъ въ ст. 425 уст. угол. судопр. сроковъ, или если, вопреки правилу статьи 418 того же устава, отвѣтчикъ не былъ извѣщенъ о подачѣ жалобы прокурорскимъ надзоромъ или гражданскимъ истцомъ. Отзывы допускаются также по дѣламъ объ отводахъ судей и передачѣ дѣлъ, если, въ противность статьямъ 525 и 545 уст. угол. судопр.; кассаторъ упустилъ предъявить странѣ опредѣленіе о принятіи жалобы. (Агг. Кастеллини, отъ 20 іюня 1835, не напеч.).

Въ другихъ случаяхъ отзывъ на заочныя рѣшенія кассацион- наго суда не допускается.

Мотивы сего изъяснены слѣдующимъ образомъ въ рѣшеніи по дѣлу Дюомъ, отъ 4 іюня 1836 (В. 179).

«Кассационный судъ приступая къ разрѣшенію какъ отъзыва, такъ и просьбы объ интервенціи, заявленныхъ администраціей не прямыхъ налоговъ;

«Въ виду единственнаго основанія, приведеннаго просителями въ подтвержденіе своего отъзыва и выведеннаго изъ того, что право отъзыва на заочное рѣшеніе или опредѣленіе, будучи правомъ общимъ и абсолютнымъ, должно имѣть примѣненіе къ такимъ же рѣшеніямъ кассационнаго суда;—сообразивъ это основаніе съ статьями 418, 525 и 526 уст. угол. судопр. и имѣя въ виду, что право подачи отъзыва на заочное рѣшеніе основано на томъ, что было бы несогласно съ правосудіемъ и справедливостію рѣшать дѣло и обвинять окончательно, безъ права обжалованія, тяжущагося, который вслѣдствіе какой нибудь невозможности и безъ собственнаго упущенія не могъ представить своихъ объясненій; что въ силу этого начала по дѣламъ, рѣшаемымъ въ гражданскомъ порядкѣ письменно и по докладу, рѣшенія и опредѣленія, послѣдовавшія на основаніи документовъ одной изъ сторонъ, при непредставленіи письменнаго объясненія другой стороной, не подлежатъ отъзыву по словамъ ст. 113 и 470 уст. гражд. судопр.; принимая во вниманіе, что, какъ по дѣламъ уголовнымъ, такъ и по дѣламъ гражданскимъ, кассационное обжалованіе есть послѣднее, доступное тяжущимся, средство защиты противъ рѣшеній, которыя они считаютъ подлежащими отмѣнѣ; что въ кассационномъ судѣ предварительная подготовка дѣла совершается всегда письменно, за которой слѣдуетъ докладъ; что посему отъзывъ на заочныя рѣшенія этого суда могъ бы быть допущенъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ положительно разрѣшенъ закономъ; что допускать во всякомъ случаѣ подобное право, значило бы внести вредное замедленіе въ движеніи дѣлъ и сковать ходъ правосудія; принимая во вниманіе, что ни одна изъ статей главы 2 раздѣла III уст. угол. судопр., относящихся къ кассационнымъ жалобамъ, не сохраняетъ за неявившейся стороной права отъзыва; принимая во вниманіе, что ст. 418 уст. угол. судопр. (третья изъ этихъ главъ) не ограничилась возложеніемъ на гражданского истца или на прокурорскій надзоръ обязанности предъавлять кассационную жалобу, въ предъусмотрѣнныхъ ею случаяхъ, сторонъ, противъ которой таковая направлена, но опредѣлила даже сроки и порядокъ такого предъавленія; принимая во вниманіе, что правила эти имѣютъ очевидно въ виду дать противнику возможность знать о подачѣ жалобы для представленія объясненія противъ оной; принимая во вниманіе, что если, въ отличіе отъ этой главы 2 разд. III уст. угол. судопр., главы 1 и 2 раздѣла V того же устава, относящихся къ отводамъ судей и передачѣ дѣлъ изъ одного судебного мѣста

въ другое, допускають, въ статьяхъ 525 и 545, право отзыва, то это въ томъ единственно случаѣ, когда просьбы по сему предмету не были предварительно сообщены противнику, и въ пользу послѣдняго; что засимъ отзывъ ни въ какомъ случаѣ не подлежитъ принятію; принимая во вниманіе, что кассационная жалоба администраціи непрямыхъ налоговъ на рѣшеніе исправительнаго отдѣленія казенной палаты, отъ 25 іюня 1835, коимъ Дюемъ и Сень-Круа освобождены отъ наказанія, штрафа и уплаты издержекъ, была имъ надлежащимъ образомъ сообщена 1 іюля; что, будучи съ этого времени обязаны представить свои объясненія, они не вправѣ обжаловать рѣшеніе кассационнаго суда отъ 12 ноября въ порядкѣ отзыва,—судъ признаетъ послѣдній не подлежащимъ принятію»....

Нѣкто Буве жаловался въ пятидневный срокъ на опредѣленіе о передачѣ дѣла изъ обвинительной камеры, сохранивъ за собой право представить защитительные доводы. Жалоба его была отвергнута кассационнымъ судомъ. Онъ подалъ отзывъ на это рѣшеніе, на каковой послѣдовало другое рѣшеніе отъ 9 мая 1834 (не напеч.), въ которомъ разъяснено; что, не смотря на право, которое онъ сохранилъ за собой въ жалобѣ, онъ не могъ жаловаться въ порядкѣ отзыва.

279. Что касается формы отзыва, то она указана въ ст. 533 уст. угол. судопр. Отзывъ дѣлается посредствомъ заявленія въ канцеляріи кассационнаго или того суда, въ которомъ состоялось рѣшеніе, въ формѣ кассационной жалобы и въ три дня со времени объявленія рѣшенія (Arch. Турнефоръ, отъ 25 марта 1859, не напеч.).

Равнымъ образомъ принимается отзывъ, если составленъ по формѣ прошенія (*requête*), подписаннаго адвокатомъ кассационнаго суда (агг. Дюомъ, отъ 4 іюня 1836, В. 179), или даже въ формѣ повѣстки судебного пристава (агг. Каstellини, отъ 20 іюня 1835, не напеч.).

280. Таже форма употребляется, когда дѣло идетъ о перевершеніи рѣшенія. Это бываетъ напр. въ томъ случаѣ, когда жалоба была отвергнута по непредставленію залога, если доказано будетъ что таковой былъ представленъ (агг. Гордіенъ, отъ 5 апр. 1855, В. 120, Эвенъ, отъ 22 марта 1862, не напеч.; см. num. 238—270); когда не присуждено вознагражденія, слѣдующаго по закону; наконецъ, когда какое-нибудь случайное обстоятельство воспрепятствовало сторонѣ представить защиту (агг. Соло, отъ 22 августа 1851, В. 351, и 29 апрѣля 1853, не напеч.; агг. Дюрюи, отъ 9 ноября 1866, не напеч.).

ГЛАВА XVI.

О судахъ первой и второй инстанціи, въ которые дѣло передано на разсмотрѣніе и о предѣлахъ ихъ власти.

281. Суды первой или второй инстанціи, въ которые дѣло передано, по кассациі, для новаго разсмотрѣнія, не могутъ отклонить отъ себя таковое по неподсудности (агг. Дезентанъ, отъ 7 іюля 1847, S. 47, I, 630); развѣ бы дѣло находилось въ ихъ разсмотрѣніи прежде (агг. Дю-Белло, отъ 4 января 1851, В. 7). Они, напротивъ, вправе это сдѣлать, когда, по вступленіи къ нимъ опредѣленія обвинительной камеры, они признаютъ, что извѣстное дѣяніе является съ характеромъ не проступка, а преступленія (агг. Гери, отъ 26 августа 1817, Булонъ, отъ 14 сентября 1827, S. 17, 1, 361, и 28, 1, 113). Во всякомъ случаѣ, какъ мы замѣтили уже въ другомъ мѣстѣ (гл. V, пун. 76), передача дѣла обвинительной камерой въ ассизный судъ есть окончательная, обязывающая этотъ судъ, такъ какъ обвинительная камера имѣетъ полное право опредѣлить, что дѣло идетъ о дѣяніи уголовномъ, исправительномъ или полицейскомъ.

282. Вотъ что говоритъ ст. 434 уст. угол. произв. о предѣлахъ власти судовъ первой и второй инстанціи, въ которые дѣло передано для новаго разсмотрѣнія. «При кассациі приговора вслѣдствіе назначенія имъ не того наказанія, которое установлено закономъ по характеру преступленія, ассизный судъ, въ который дѣло передано, постановляетъ свой приговоръ по послѣдовавшимъ уже отъ присяжныхъ отвѣтамъ. Если же приговоръ отмѣненъ по другой причинѣ, судебное слѣдствіе производится на ново въ судъ, куда дѣло передано. Кассационный судъ отмѣняетъ лишь часть приговора, когда эта часть не опорачиваетъ недѣйствительностью всего приговора».

283. Не всегда кассациія рѣшенія влечетъ за собой передачу дѣла въ другой судъ. Статья 429, § IV уст. угол. суд. постановляетъ: «когда приговоръ будетъ отмѣненъ по той причинѣ, что дѣяніе, по поводу котораго состоялось осужденіе, не составляетъ вовсе проступка по закону, то дѣло, если имѣется гражданскій истецъ, передается въ другой, а не тотъ судъ, къ вѣдомству котораго принадлежитъ слѣдственный судья; при отсутствіи же гражданскаго истца дѣло не подлежитъ къ передачѣ».

Передача дѣла производится, хотя бы обвиняемый былъ освобожденъ отъ преслѣдованія, если имѣется гражданскій истецъ, интересъ котораго требуетъ рѣшенія. Случай этотъ представился по дѣламъ Сюзисъ (25 іюля 1841, не напеч.), Гойтъе (7 апр. 1854, В. 99) и Арманъ (7 мая 1864, В. 124).

Кассационный судъ не дѣлаетъ никакого постановленія о передачѣ дѣла, когда не остается ничего болѣе разрѣшить. Это бы

ваецъ тогда, когда какое нибудь существенное обстоятельство уголовнаго дѣянія не предложено на разрѣшеніе присяжныхъ и когда дѣяніе, безъ сего обстоятельства, терять характеръ преступленія или проступка по закону (агг. Дьедонне, отъ 28 ноября 1833, В. 479, Казаръ, отъ 5 апр. 1855, В. 119); когда приговоръ, вообще правильный, былъ кассированъ по неправильному опредѣленію способа исполненія, напр. личнаго задержанія, когда таковое не полагается (агг. Толень, отъ 16 февраля 1858, В. 171); когда кассированный пунктъ рѣшенія не былъ предметомъ состязанія предъ первыми судьями; когда признано, что дѣяніе можетъ служить поводомъ лишь къ гражданскому иску (агг. Монфуильонъ, отъ 11 июня 1836, В. 192); когда отмѣна послѣдовала въ порядкѣ уменьшенія наказанія, или когда кассационный судъ признаетъ, что наказаніе или преслѣдованіе погашено давностью (агг. Жиро, отъ 15 октября 1851, В. 461); когда кассация относится къ вопросу судебной практики или къ общественному интересу, если напр. рѣшеніе отмѣнено въ интересъ закона (агг. Валуа, отъ 18 сентября 1862, В. 284), или потому, что содержитъ въ себѣ несправедливый укоръ прокурорскому надзору или регламентарное распоряженіе.

284. При кассациі рѣшенія по не согласной съ закономъ квалификаціи дѣянія, которое облагается однакоже наказаніемъ съ другой точки зрѣнія, кассационный судъ передаетъ дѣло въ надлежащее судебное мѣсто для оцѣнки дѣянія по легальной квалификаціи (агг. Бюкаль, отъ 1 ноября 1852, В. 369).

285. Суды первой и второй степени, въ которые дѣла передаются послѣ кассациі, указаны въ статьяхъ 429 и слѣд. уст. угол. судопр., которые гласятъ:

Ст. 429. «Кассационный судъ постановляетъ о передачѣ дѣла: въ другую, а не ту палату, которая опредѣлила подсудность и составила опредѣленіе о преданіи суду, если рѣшеніе отмѣнено по одной изъ указанныхъ въ ст. 299 причинъ;

«Въ другой, а не тотъ ассизный судъ, который постановилъ приговоръ, если послѣдній и производство отмѣнены по неправильностямъ, допущеннымъ въ ассизномъ судѣ;

«Въ другой, а не тотъ судъ первой инстанціи, къ вѣдомству котораго принадлежитъ слѣдственный судья, если приговоръ и производство кассированы по причинамъ, касающимся гражданскихъ интересовъ. Въ этомъ случаѣ судъ принимаетъ дѣло къ своему производству безъ предварительнаго вызова къ примиренію.

«Если приговоръ и производство отмѣнены по не подсудности, то кассационный судъ передаетъ въ компетентное судебное мѣсто, которое онъ указываетъ. Если при этомъ дѣло подсудно такому судебному мѣсту, въ которомъ засѣдаетъ судья, производившій

первоначально слѣдствіе, то оно отсылается въ другой судъ первой инстанціи.

«Когда приговоръ отмѣняется потому, что самое дѣяніе не составляетъ проступка по закону, то, при наличности гражданского истца, дѣло передается въ другой, а не тотъ судъ первой инстанціи, при которомъ состоитъ слѣдственный судья; при отсутствіи же гражданского истца дѣло не подлежитъ вовсе передачѣ».

Ст. 430. «Во всѣхъ случаяхъ, когда кассационный судъ вправе избрать судъ первой или второй инстанціи для разсмотрѣнія передаваемого дѣла, выборъ этотъ дѣлается не иначе, какъ по особому обсужденію сего въ совѣщальной камерѣ влѣдъ за провозглашеніемъ рѣшенія о кассации, о чемъ положительно упоминается въ этомъ рѣшеніи».

Ст. 431. «Новые слѣдственные судьи, которымъ поручено будетъ дополнить производство по переданнымъ дѣламъ, не могутъ быть взяты изъ слѣдственныхъ судей, состоящихъ въ округѣ судебнаго мѣста, рѣшеніе котораго кассировано».

Ст. 432. При передачѣ дѣла въ палату, послѣдняя, по надлежашему дополненіи слѣдствія, указываетъ тотъ подвѣдомственный ей ассизный судъ, который имѣетъ разрѣшить дѣло».

Ст. 433. «При передачѣ дѣла въ ассизный судъ, когда имѣются не привлеченные еще къ обвиненію участники, судъ этотъ назначаетъ одного изъ слѣдственныхъ судей, а прокуроръ своего помощника, для дополненія каждымъ изъ нихъ слѣдствія, акты котораго передаются за симъ въ палату для разрѣшенія вопроса, слѣдуетъ или не слѣдуетъ предать ихъ суду».

Ст. 435. «Обвиненный, приговоръ относительно котораго отмѣненъ и который подлежитъ новому уголовному сужденію, препровождается подъ стражей въ мѣсто того ассизнаго суда, въ который дѣло его передано».

236. Когда, по неподсудности или превышенію власти, отмѣняется приговоръ специальной юрисдикціи, напр. военнаго или морскаго суда, разрѣшившаго дѣло, которое по закону подвѣдомственно общимъ судамъ, то дѣло передается прямо въ компетентное общее судебное мѣсто (арг. генер. прокуроръ, отъ 10 января 1857, В. 19).

Когда приговоръ кассируется по неисполненію чисто административной формальности, напр. когда судъ не отобравъ, отъ гѣснаго сторожа двойной присяги—специальной и политической, то кассационный судъ, отмѣнивъ приговоръ, передаетъ дѣло въ тотъ же судъ (арг. Блессенъ, отъ 22 апр. 1846, ch. d. Vequ., не напеч.).

287. При кассации одного изъ двухъ наказаній, въ которымъ присужденъ обвиняемый за одно и то же дѣяніе, судъ, въ которой дѣло передано, можетъ постановить рѣшеніе лишь по отмѣненной части приговора. Такимъ образомъ, когда частное лицо присуж-

дено къ штрафу за постройку зданія на публичной дорогѣ безъ разрѣшенія, и приговоръ былъ отмѣненъ по отсутствіи постановленія о сломкѣ зданія, новый судья можетъ разсматривать лишь пунктъ, относящійся къ сломкѣ (arg. com. de pol de Darnetol, отъ 28 января 1832, В. 32). Тоже бываетъ при отмѣнѣ приговора въ части, трактующей о гражданскомъ интересѣ: новый судья не можетъ ни входить въ разсмотрѣніе преступнаго дѣянія ни привлекать къ дѣлу новаго обвиняемаго (arg. Tasche с. Ducy, отъ 16 марта 1839, В. 92).

288. Судъ, въ который передано дѣло, разрѣшая главный предметъ, вправѣ присудить и возвращеніе суммъ, уплоченныхъ по случаю кассированнаго рѣшенія, а равно постановлять по другимъ второстепеннымъ вопросамъ. (Arg. Labesse, отъ 1 декабря 1827, не напеч.).

289. Въ декретъ отъ 9 и 30 августа 1854 года, относящагося къ судебной организаціи Сенегалѣ, говорится въ статьѣ 17: «Кассационный судъ можетъ, въ случаѣ отмѣны приговора, постановленнаго сенегальскимъ ассизнымъ судомъ, передать дѣло въ тотъ же судъ. Въ этомъ случаѣ ассизный судъ составляется изъ губернатора-президента, двухъ членовъ изъ числа судей, не участвовавшихъ въ разрѣшеніи дѣла, при отсутствіи же ихъ, согласно ст. 7 настоящаго декрета, изъ четырехъ ассессоровъ, императорскаго прокурора и секретаря».

По дѣлу Ламинъ Самба и другихъ кассационный судъ, отмѣнивъ приговоръ сенъ-луисскаго ассизнаго суда въ Сенегалѣ, передалъ дѣло въ императорскую палату Мартиника. При этомъ было указаніе на затрудненіе для свидѣтелей переѣзжать изъ одного мѣста въ другое; и министръ юстиціи просилъ чрезъ генеральнаго прокурора, объ измѣненіи этого опредѣленія и приложеніи указаннаго выше правила. Кассационный судъ, основываясь на замѣченныя затрудненія и на томъ, что постановленіе о передачѣ дѣла составляетъ лишь актъ управленія, который можетъ быть измѣненъ съ перемѣной обстоятельствъ дѣла, постановилъ 29 го іюля 1858 (В. 295) новое опредѣленіе, передавъ дѣло въ ассизный судъ той же колоніи, составъ котораго имѣлъ сообразоваться съ декретомъ отъ 9 и 30 августа 1854 (см. num. 128).

290. Касательно Алжира законъ 9 марта 1863, В. 113, постановляетъ, статья 1-я: «При отмѣнѣ рѣшенія обвинительной камеры алжирской судебной палаты, кассационный судъ постановляетъ о передачѣ дѣла въ другую камеру той же палаты. Камера эта разсматриваетъ дѣло въ качествѣ обвинительной камеры въ составѣ пяти членовъ, при чемъ не можетъ участвовать ни одинъ изъ членовъ, которые участвовали въ постановленіи отмѣннаго опредѣленія. Въ камерѣ предсѣдательствуетъ обыкновенный президентъ. Другіе четыре члена берутся по порядку списка ка меры,

исключая какого нибудь законнаго препятствія. Но кассационный судъ можетъ, смотря по обстоятельствамъ, передать дѣло въ обвинительную камеру другой палаты».

По словамъ статьи 2 приведеннаго закона: «въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ 1-мъ § предыдущей статьи, не имѣть примѣненія ст. 431 уст. угол. судопр.» Поэтому слѣдственные судьи, практикующіе въ округѣ алжирской судебной палаты, могутъ заниматься дополненіемъ слѣдствія.

ГЛАВА XVII.

О дѣйстви кассационной жалобы и о послѣдствіяхъ кассации въ порядкѣ уголовномъ.

§ I.—О дѣйстви кассационной жалобы.

291. Статья 373 уст. угол. произв. предписываетъ приостановиться исполненіемъ со времени подачи жалобы до разрѣшенія оной кассационнымъ судомъ. Постановленіе это имѣетъ общій характеръ, примѣняясь къ преслѣдованіямъ за преступленія, проступки и правонарушенія. Ему подлежатъ и гражданскія взысканія по уголовнымъ дѣламъ (Агг. Лазитъ, отъ 20 іюля 1827, В. 189; Пауленъ, отъ 14 декабря 1833, В. 506; de l'Angle Beaumanoir, отъ 27 марта 1856, В. 121, и Гертцъ, отъ 23 февраля 1864, В. 40).

Жалоба на постановленіе ассизнаго суда объ отсрочкѣ дѣла до другой сессіи имѣетъ суспенсивный характеръ, и ассизный судъ долженъ приостановиться разрѣшеніемъ дѣла до воспослѣдованія рѣшенія вышшаго суда (Агг. Гоццоли, отъ 5 іюня 1841, В. 170).

Опредѣленія и приговоры, коимъ кто либо присуждается къ наказанію, подлежатъ исполненію въ теченіи 24 часовъ отъ признанія жалобы неуважительной, по представленіи выписки изъ рѣшенія по жалобѣ; каковую выписку старшій секретарь кассационнаго суда обязанъ выдать въ трехдневный срокъ отъ провозглашенія резолюціи (ст. 235 и 439 уст. угол. судопр.).

292. Статья 416 уст. угол. суд. гласитъ: «Жалобы на опредѣленія przygotowательныя и по производству дѣла, или на рѣшенія этого рода, состоявшіяся въ послѣдней инстанціи, допускаются не иначе, какъ по воспослѣдованіи рѣшенія по существу. Исполненіе подобныхъ przygotowательныхъ опредѣленій или рѣшеній не могутъ ни коимъ образомъ служить поводомъ къ непринятію жалобы. Правило это не примѣняется къ опредѣленіямъ по вопросу о подсудности».

Такимъ образомъ, не смотря на подачу жалобы, судъ можетъ привести въ исполненіе опредѣленія przygotowательныя и по производству дѣла, но необходимо, чтобы обжалованныя опредѣленія имѣли провизорный характеръ (см. гл. IV, num. 49 и 50). Если

ими разрѣшается существо дѣла или если они имѣютъ характеръ окончательный, напр. если ими разрѣшается вопросъ о законности состава суда (arr. le Travailleur, отъ 21 февраля 1851, В. 72), или устраняютъ преюдиціальное возраженіе собственностью (arr. Берно, отъ 31 мая 1844, В. 188), то жалобой отсрочивается ихъ дѣйствіе, и нельзя приступить къ исполненію до воспослѣдованія рѣшенія кассационнаго суда. Это бываетъ и въ томъ случаѣ, когда жалоба подана осужденнымъ или прокурорскимъ надзоромъ. (Arr. Лавитъ и Сень-Никола, отъ 14 и 20 іюля 1827, В. 186 и 189.— См. num. 186 и 220).

Производство отсрочивается также, хотя бы утверждали, что жалоба неправильна или подана послѣ срока. Одинъ кассационный судъ компетентенъ разрѣшить такой споръ, и низшее судебное мѣсто не можетъ, безъ превышенія власти, приступить къ исполненію, а должно ждать рѣшенія кассационной инстанціи. (Arr. Годцполи, отъ 5 іюня 1841, В. 171, и Лафранши, отъ 15 апрѣля 1852, В. 124).

Правило это не имѣетъ примѣненія въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ законѣ 10 іюня 1853, т. е. въ новой статьѣ 30 уст. угол. судопр., относящейся къ просьбамъ объ отмѣнѣ опредѣленій о преданіи суду. Статья эта гласитъ: «Если просьба заявлена послѣ исполненія формальностей и истеченія срока, указаннаго въ ст. 296, то приступается къ открытію дебатовъ и постановленію рѣшенія. Просьба о кассации и основанія, на коихъ она основана, подлежатъ разсмотрѣнію кассационнаго суда по воспослѣдованіи окончательнаго рѣшенія ассизнаго суда. Тоже бываетъ со всякой, какого бы содержанія она не была, жалобой, заявленной по истеченіи законнаго срока, или въ продолженіе времени послѣ вынужтія жребія присяжными заседателями». (См. num. 67).

293. Въ прежнее время можно было и по дѣламъ печати приступить къ исполненію, не смотря на подачу жалобы, въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ статьей 9 закона 9 сентября 1835 года; но правило это было, кажется, отмѣнено статьей 25 декрета 17 февраля 1852.

Въ постановленіи по дѣлу Карнье, отъ 4 августа 1859 (В. 197), разъяснено, что, по словамъ статей 80, 81, 145 и 156 уст. воен. судопр., не безусловно отнята возможность приносить жалобы на приговоры военныхъ и ревизіонныхъ совѣтовъ; и кассационный судъ одинъ въправѣ оцѣнивать достоинство такихъ жалобъ, хотя бы онѣ были заявлены ненадлежащимъ образомъ. Въ этомъ же рѣшеніи разъяснено, сверхъ того, что военная власть, не будучи сама компетентна разрѣшить подобныя жалобы, обязана воздержаться исполненіемъ, представивъ въ кассационный судъ документы, служащіе къ ихъ подтвержденію (см. num. 155, 186 и 292).

Кассационный судъ не можетъ уничтожить наложенный арестъ и другіе акты исполненія, которые могли быть совершены, не смотря на подачу жалобы. Въ этомъ случаѣ, для уничтоженія такихъ исполнительныхъ дѣйствій, необходимо пользоваться общими формами, установленными въ уст. гражд. судопр. (Агг. Ру, отъ 10 ноября 1853, В. 537).

294. Кассационная жалоба на присужденіе къ наказанію не мѣшаетъ ассизному суду разрѣшить искъ о вознагражденіи убытковъ, заявленный гражданскимъ истцомъ, какъ послѣдствіе этого приговора. Жалоба отсрочиваетъ лишь исполненіе наказанія (Агг. Рукъ, отъ 1 июня 1839, В. 173, Даль, I. 404).

§ II.—Послѣдствія кассациі.

295. Когда рѣшеніе отмѣнено въ главной части, то кассация распространяется на всѣ отягчающія обстоятельства, даже на тѣ, которыя разрѣшены отрицательно, и дѣло передается въ новый ассизный судъ въ томъ видѣ, въ какомъ оно явствуетъ изъ рѣшенія и обвинительнаго акта, такъ что президентъ ассизовъ обязанъ предлагать новые вопросы присяжнымъ для разрѣшенія, даже такіе, которые вытекаютъ изъ отрицательныхъ отвѣтовъ на нѣкоторыя обстоятельства обвиненія. (Агг. Лангъ, отъ 7 мая 1825, В. 92; Видаль, отъ 20 апрѣля 1838, В. 107 и Верриеръ, отъ 23 іюля 1860, В. 210).

Кассация приговора, по неправильному примѣненію наказанія, оставляетъ въ силѣ все предшествовавшее производство (агг. Гуиньяръ, отъ 10 августа 1832, не напеч.); и когда отмѣна приговора о наказаніи или освобожденіи не коснулась отвѣта присяжныхъ, то судъ, въ который дѣло передано для новаго разсмотрѣнія, не можетъ ни постановлять новыхъ вопросовъ, ни возобновлять дебатовъ, а долженъ ограничиться примѣненіемъ уголовного закона къ фактамъ, признаннымъ присяжными (Агг. Циммерманъ, отъ 21 февраля 1835, В. 64, и прос. général de Nancy, отъ 24 іюня 1858, В. 177).

Такимъ образомъ при кассациі одного изъ четырехъ разрѣшенныхъ присяжными вопросовъ, новый судъ долженъ возобновить дебаты по этому именно вопросу (Агг. Шоффоръ, отъ 29 апрѣля 1864, не напеч.—См. num. 187).

Если вопросъ, утвердительно разрѣшенный, былъ кассированъ по неправильной постановкѣ, то отрицательно разрѣшенные, главные и второстепенные вопросы считаются приобретенными для подсудимаго, и не могутъ быть вновь возбуждаемы судомъ, вторично разсматривающимъ дѣло (Агг. Марседенъ Жюльенъ, отъ 6 ноября 1834, В. 361).

Такимъ образомъ кассация, по жалобѣ гражданского истца на приговоръ, коимъ обвиняемый признанъ не виновнымъ въ дѣ-

яніи, не даетъ новому суду право разсуждать объ уголовномъ характерѣ онаго, если прокурорскій надзоръ, съ своей стороны, не подавалъ протеста. Въ этомъ случаѣ судъ долженъ считать себя призваннымъ разрѣшить лишь гражданскій искъ (Агг. Лобре-тонъ, отъ 16 декабря 1848, В. 323.—См. № 176.

296. Если всѣ части приговора, о которыхъ говорится въ отмѣняющемъ рѣшеніи, находятся въ безусловно неразрывной связи, или по крайней мѣрѣ въ связи относительной и на столько необходимой, что нѣтъ моральной возможности раздѣлить ихъ при разсмотрѣннн дѣла новымъ составомъ присяжныхъ, то ассизный судъ, куда таковое передается, разсматриваетъ все дѣло (агг. Перринъ, отъ 31 января 1857, В. 40, Каффаро, отъ 27 іюня 1845, В. 210).

297. Статья 434 уст. угол. судопр. ограничила дѣйствіе кассациі по дѣламъ чисто уголовнымъ слѣдующимъ постановленіемъ: «Кассационный судъ отмѣняетъ лишь часть рѣшенія, когда кассацией уничтожается часть или нѣкоторыя части онаго». Статья 427 того же устава примѣнима къ дѣламъ исправительной полиціи и полицейскимъ. Она гласитъ: «Съ отмѣной приговора или рѣшенія, постановленнаго по дѣламъ исправительнымъ или полицейскимъ, кассационный судъ отсылаетъ дѣло и стороны къ другому суду первой или второй степени». Изъ этихъ общихъ выраженій не слѣдуетъ вывести, что, по этого рода дѣламъ, кассациа влечетъ за собою полнѣйшую не дѣйствительность приговора. Когда пункты, тракующіе о виновности, раздѣлены, когда напр. обвиняемый въ поддѣлкѣ медикаментовъ и въ обманѣ на счетъ свойства товара присуждается къ наказанію лишь за послѣднее преступленіе, то, по кассациі приговора, судъ, въ который дѣло передано для новаго разсмотрѣнія, нарушить силу судебного рѣшенія, если онъ вновь возбудитъ вопросъ по предмету, относительно котораго обвиняемый былъ оправданъ, развѣ бы былъ протестъ со стороны прокурорскаго надзора (Агг. Лемоанъ, отъ 16 августа 1855, В. 291.—См. num 281).

298. Если преступность дѣянія можетъ быть разсматриваема съ различной точки зрѣнія, то кассациа приговора производитъ свое дѣйствіе лишь съ точки зрѣнія, съ которой смотрѣлъ на дѣяніе обжалованный приговоръ. Вслѣдствіе сего освобожденіе обвиняемаго отъ наказанія примѣняется къ дѣянію—предмету преслѣдованія—лишь въ отношеніи квалификаціи, за которой оно было предложено суду, постановившему приговоръ, и освобожденіе обвиняемаго отъ преслѣдованія не препятствуетъ возбужденію новаго преслѣдованія, если дѣяніе можетъ быть другимъ образомъ квалифицировано какъ преступное. Поэтому лицо, освобожденное отъ преслѣдованія за посягательство на чувство стыдливости съ насиліемъ, можетъ, при оставленіи безъ послѣдствій про-

курорскаго протеста, быть привлеченъ къ отвѣтственности въ исправительномъ порядкѣ за то же дѣяніе, какъ за публичное оскорбленіе чувства стыдливости (Арг. Торре, отъ 3 сентября 1858, В. 250.—См. num. 284).

299. Съ другой стороны въ рѣшеніи по дѣлу Анжорранъ, отъ 13 января 1854 (ch. gén., В. 11), признано, что какъ бы обязательно ни было для судебной палаты, въ которую дѣло передано для новаго разсмотрѣнія, сообразоваться съ толкованіемъ закона, даваемымъ соединенными департаментами кассационнаго суда, въ силу закона отъ 1 апрѣля 1827 года, палата сохраняетъ тѣмъ не менѣе свободу въ оцѣнкѣ другихъ пунктовъ процесса (см. num. 287).

300. Поэтому нѣтъ повода къ передачѣ дѣла въ соединенныя камеры, если судъ, въ который дѣло передано, разрѣшилъ дѣло не на основаніи тѣхъ данныхъ (mogens), которыя содержатся въ кассированномъ рѣшеніи. Та же камера палаты, которая постановила первое рѣшеніе, должна постановить и второе. И дѣло переходитъ въ соединенныя камеры въ томъ лишь случаѣ, когда вторичный приговоръ подвергся обжалованію на основаніи тѣхъ поводовъ, которые повлекли за собой кассацию перваго приговора.

301. По общему правилу факты, возникшіе послѣ подачи кассационной жалобы, не будучи въ состояніи измѣнить пространства оной, не могутъ имѣть обратнаго дѣйствія на преслѣдованіе, которое подлежитъ обсужденію въ томъ видѣ, въ какомъ оно первоначально заявлено (Арг. меръ de Sceaux, отъ 25 іюня 1850, В. 236).

302. Кассация приговора, послѣдовавшая по протесту генеральнаго прокурора, въ интересѣ закона, выгодна, какъ мы замѣтили уже, смотря по обстоятельствамъ (гл. II, num. 23; гл. XII, num. 257), и для оужденныхъ, но она не можетъ вредить тѣмъ, которые были присуждены къ меньшему наказанію, чѣмъ слѣдовало бы по закону (Арг. генер. прокуроръ противъ Матье и др., отъ 14 февраля 1856, В. 72, Ро, отъ 8 августа 1850, В. 247).—См. во всякомъ случаѣ гл. VI, num. 96, гл. IX, num. 185 и 187).

Изъ полезности для осужденнаго протеста генеральнаго прокурора, дѣлаемаго имъ на основаніи ст. 441 уст. угол. судопр. ехofficio, слѣдуетъ, что когда кассация послѣдовала въ интересѣ осужденнаго, то дѣло подлежитъ передачѣ въ новый судъ для возобновленія дебатовъ (Арг. прос. général, отъ 7 декабря 1837, В. 425).

ГЛАВА XVIII.

Фискальные споры и издержки по дѣламъ уголовнымъ, исправительнымъ и полицейскимъ.

303. Декретъ, отъ 15 апрѣля 1872, касательно уголовного производства въ кассационномъ судѣ, освобождаетъ, въ статьѣ

1-ой, какъ и статья 74 закона 28 апрѣля 1816 и ст. 1-ая ордонанса 22 мая того же года, отъ гербовыхъ и регистраціонныхъ пошлинъ акты уголовного производства, за исключеніемъ актовъ судебных приставовъ и жандармовъ.

Статьи 68 § 6, № 3 закона 22 фримера VII года и 47, § 4 закона 28 апрѣля 1816 подчиняютъ этой формальности регистраціи лишь акты по дѣламъ гражданскимъ, простой и исправительной полиціи.

304. При подачѣ прокурорскимъ надзоромъ протеста на приговоръ исправительный, полицейскій или по дѣламъ печати, копія приговора заносится въ реестръ безденежно и безъ оплаты гербовой пошлиной. Казна не платитъ никакихъ издержекъ.

Если протестъ прокурорскаго надзора признанъ уважительнымъ, то пошлины—регистраціонныя и гербовыя по копіи приговора заносятся на дебетъ. Для сего она преоставляется секретаремъ въ двадцатидневный срокъ для занесенія въ реестръ, подъ угрозой взысканія пошлины лично съ послѣдняго, и притомъ впередъ, и штрафа за каждое правонарушеніе въ размѣрѣ этой пошлины— (Законъ 22 фримера VII года, ст. 20 и 35).

По признаніи жалобы осужденнаго не уважительной, приговоръ регистрируется и снабжается гербовой маркой въ дебетъ до отсылки копій генеральному прокурору. Послѣ чего выписка изъ этаго приговора передается секретаремъ кассиру регистраціи для взысканія невнесенныхъ пошлинъ, въ десятидневный срокъ, слѣдующій за полнымъ двадцатидневымъ срокомъ, установленнымъ для регистраціи рѣшеній.

На полѣ этой выписки секретарь отмѣчаетъ количество слѣдующихъ къ покрытію пошлинъ, именно гербовыхъ за регистрацію жалобы и приговора, также количество штрафа и денегъ за пересылку по почтѣ.

Въ выпискѣ не упоминается о канцелярскихъ пошлинахъ по заявленію жалобы и издержкахъ, сдѣланныхъ въ низшихъ инстанціяхъ, напр. по инструкціи дѣла, такъ какъ всѣ эти издержки не входятъ въ составъ расходовъ, вызываемыхъ производствомъ предъ кассационнымъ судомъ.

Статья 62 декрета 18 іюня 1811 постановляетъ: «Всякій разъ, когда должностное лицо прокурорскаго надзора возьметъ копію приговора или рѣшенія для приведенія въ исполненіе опредѣленнаго по нимъ штрафа или конфискаціи, онъ обязанъ эту копію передать начальнику регистраціи, на обязанности котораго лежитъ взысканіе денежныхъ штрафовъ (condam nations), согласно выпискѣ, которая передается ему въ силу распоряженій правительства отъ 1-го и 16-го января V года. Передача эта совершается не прежде, какъ по совершенномъ минованіи со стороны прокурора или ихъ помощниковъ надобности въ этихъ актахъ.»

Когда по жалобѣ осужденнаго отмѣнено наказаніе, къ которому онъ присужденъ то регистрація кассирующаго рѣшенія производится даромъ, освобождаясь и отъ гербовыхъ пошлинъ. Никакая выписка не передается кассиру, хотя бы онъ былъ опять обвиненъ тѣмъ судомъ, куда дѣло, послѣ кассациі, было передано, такъ какъ расходы по кассациі и по отмѣненному приговору принимаются на счетъ казны, чтобы тамъ послѣ ни было (Агг. Дюшесниль де Мервиль, отъ 31 марта 1841, В. civ. 52, commune de Bust, отъ 22 іюля 1844, В. civ. 75).

Если споръ происходитъ между двумя сторонами, то будетъ ли жалоба уважена или нѣтъ, пошлины заносятся всегда на дебетъ и взыскиваются управленіемъ съ обвиненной стороны, которому передается выписка изъ рѣшенія.

Стороны или третьи лица, просящіе о выдачѣ копій приговоровъ по дѣламъ уголовнымъ, исправительнымъ и полицейскимъ, вносятъ предварительно обыкновенныя пошлины, отчетъ по которымъ канцелярія обязана представить администраціи финансовъ.

305. Рѣшенія, коими протесты прокурорскаго надзора признаны неуважительными, не содержатъ въ себѣ разчета издержекъ, ибо прокурорскій надзоръ, дѣйствуя въ публичномъ интересѣ, не можетъ подлежать никакимъ сборамъ (Агг. comm. de police de Valenciennes, отъ 9 января 1846, В. 13 См. num. 192).

Напротивъ подобный расчетъ имѣетъ въ случаѣ проигрыша дѣла осужденнымъ или гражданскимъ истцомъ. (См. num. 317).

306. По началамъ, установленнымъ гражданскимъ департаментомъ кассационнаго суда въ рѣшеніяхъ по дѣламъ Мервилля и бустской общины отъ 31 марта 1841 (В. civ. 52) и 22 іюля 1844 (В. civ. 75), расходы по кассационному производству и кассирующему рѣшенію подаются всегда на счетъ отвѣтчика по кассациі, который не можетъ требовать оныхъ отъ кассатора, хотя бы въ концѣ концовъ онъ выигравъ дѣло въ судѣ, въ который таковое передано для новаго разсмотрѣнія.

307. Расходы по отмѣненнымъ приговорамъ и производствамъ предшествовавшимъ расходамъ въ кассационной инстанціи ликвидируются судомъ, рассматривающимъ дѣло вновь, который окончательно разрѣшаетъ какъ главный предметъ, такъ и второстепенные (Агг. Кобмульв, Ch. crim., отъ 20 іюня 1856, В. 220).

Вслѣдствіе этаго рѣшенія кассационнаго суда трактуютъ только объ издержкахъ по разрѣшенному имъ производству, а хотя онъ не исчисляетъ таковыя, но онъ, будучи бесспорны, отмѣчаются на полъ выписки рѣшенія; передаваемой канцеляріей администраціи для взысканія оныхъ.

Когда послѣдовала кассациія вслѣдствіе правды (requête) прокурорскаго надзора, то издержки кассационнаго производства покрываются казной за счетъ обвиненнаго или гражданского истца.

Издержки эти, какъ мы замѣтили уже, ограничиваются тѣми, которыя сдѣланы были по пересылкѣ документовъ въ кассационный судъ. Самое же заявленіе, будучи сдѣлано канцеляріи суда, постановившаго обжалованный приговоръ, не входитъ въ счетъ расходовъ по кассационному производству. Но общія пошлины, которыя оно влечетъ за собой, какъ напр. гербовыя, регистраціонныя и почтовыя, входятъ въ составъ расходовъ, для взысканія которыхъ передается канцеляріей выписка.

308. Издержки, не вошедшіе въ расчетъ, сдѣланный кассационнымъ судомъ, покрываются управленіемъ государственными имуществами, по вѣдомости, засвидѣтельствованной секретаремъ суда, постановившаго отмѣненный приговоръ, въ подтвержденіе которой присоединяется выписка изъ кассирующаго рѣшенія.

Кассационный судъ не занимался никогда оцѣнкой расходовъ, сдѣланныхъ предъ нисшими инстанціями, не имѣя для этого необходимыхъ элементовъ и полагая, что подобная операція не входитъ въ составъ его атрибутовъ. Онъ ограничивается ликвидацией, сдѣланныхъ предъ нимъ расходовъ (Ст. num. 307).

309. По словамъ ст. 436, проигравшій жалобу гражданскій истецъ присуждается: 1-е къ штрафу въ размѣрѣ 150 франковъ въ пользу государства, сверхъ десятой части съ половиною; 2, къ вознагражденію въ 150 франковъ и возмѣщенію расходовъ въ пользу *оправданной, освобожденной и отосланной* къ другому суду сторонѣ. буюетъ ли это по дѣлу *уголовному, исправительному или полицейскому*? Штрафъ и вознагражденіе уменьшается на половину, если рѣшеніе состоялось заочное. (См. num. 240, 241 и 249).

310. Приведенная 436 статья говоритъ лишь о гражданскомъ истцѣ, проигравшемъ жалобу. Слѣдуетъ ли изъ этого, что осужденный, въ случаѣ проигрыша жалобы, заявленной противъ гражданскаго истца, не присуждается къ такому вознагражденію?— Молчаніе статьи въ этомъ отношеніи оправдывается тѣмъ, что осужденный не исправляетъ свою жалобу не только противъ гражданскаго интереса въ собственномъ смыслѣ, сколько противъ наказанія, и не слѣдуетъ сковывать осуществленіе имъ своего права угрозой платить вознагражденіе. Онъ обязанъ лишь внести залогъ, — мѣра, которую законодатель считалъ достаточной для предупрежденія съ его стороны необдуманныхъ жалобъ (См. num. 250).

Проигравшій дѣло, уголовное или полицейское, правительственныя мѣста, въ случаѣ признанія ихъ кассационныхъ жалобъ не уважительными, присуждаются не къ штрафу, такъ какъ они представляютъ собою государство, а къ возмѣщенію издержекъ и вознагражденію въ пользу противной стороны. (См. ст. 436 уст. угол. судопр. и num. 246).

311. Здѣсь слѣдуетъ сдѣлать другое замѣчаніе: въ то время, какъ по гражданскому дѣлу сторона, жалоба которой отвергнута кассационнымъ судомъ, присуждается къ уплатѣ вознагражденія въ пользу противника, даже при неявкѣ послѣдняго (Агг. отъ 22 августа 1842, chamb. civ.), — по дѣлу уголовному такое вознагражденіе присуждается сторонѣ, фигурировавшей въ кассационномъ производствѣ, но не той, которая не явилась.

312. Еще одно замѣчаніе. По словамъ статьи 436 уст. угол. судопр., гражданскій истецъ, которому отказано въ жалобѣ, присуждается къ штрафу въ пользу государства и къ вознагражденію, въ размѣрѣ 150 франковъ въ пользу противника оправданнаго, освобожденнаго или отосланнаго къ другому суду. Но тоже бываетъ съ лицомъ, вступившимъ въ дѣло. Такое лицо, въ случаѣ проигрыша, присуждается къ уплатѣ лишь издержекъ его интервенціи. (См. гл. XI, num. 241 и 243).

313. Когда по дѣлу исправительному принесено нѣсколько жалобъ на одинъ и тотъ же приговоръ, то онѣ разсматриваются нераздѣльно, какъ и самое дѣяніе. По этому все жалобщики присуждаются къ однократному штрафу, въ отличіе отъ дѣлъ гражданскихъ, гдѣ интересъ жалобы раздѣляется, смотря по числу сторонъ. Если же обжалованію подверглись отдѣльные приговоры, которыми осуждены нѣсколько лицъ, то хотя бы таковое было сдѣлано въ одной бумагѣ, или даже въ нѣсколькихъ жалобахъ на одинъ приговоръ, но при различіи интересовъ, каждый изъ жалобщиковъ, имѣющій отдѣльный отъ другихъ интересъ, присуждается къ штрафу и вознагражденію (Агг. Цетлогонъ отъ 21 ноября 1831, не напеч. — См. num. 243).

314. Случается, что въ приговорахъ по дѣламъ исправительнымъ и полицейскимъ не упоминается о присужденіи къ штрафу. Тѣмъ не менѣе казна вправе взыскивать какъ штрафъ, такъ и пошлины, въ силу ли ст. 437 уст. угол. судопр., или на основаніи законовъ 22 фримера VII года, ст. 70, и 27 марта 1817, ст. 74.

315. Что касается другихъ издержекъ по дѣламъ уголовнымъ, кромѣ штрафа и вознагражденія, то относительно этого Торбе, стр. 235, говоритъ: «Въ настоящее время не получаетъ уже примѣненія регламентъ 1738 года. Изъ свѣдѣній, полученныхъ нами отъ секретаря, состоящаго уже 49 лѣтъ при канцеляріи кассационнаго суда, оказывается: 1) что, согласно регламенту, издержки ликвидируются рѣшеніемъ, 2) что эта ликвидація дѣлается секретаремъ, не представляя особеннаго интереса для наблюденія.

316. Торбе присовокупляетъ: 3) что адвокатамъ не дается никакого гонорара, а просто возмѣщаются сдѣланные расходы; 4) что расходы эти состоятъ изъ штемпельной и регистраціонной пошлины, возмѣщеніе которыхъ присуждается адвокату кассатора, въ случаѣ отмѣны рѣшенія, съ каждой копій постанов-

ленія о принятіи жалобы, съ каждой копіи реплики, если таковая была подана, по одному франку 50 сант., включая въ эту цифру и сборъ за выдачу копій. Если отвѣтчикъ выигрываетъ процессъ, то ему присуждается та же сумма за каждую копію возраженія. (1)

Стоимость актовъ судебного пристава, когда онъ сообщаетъ акты отъ одного адвоката другому, опредѣляется въ 5 фр. 15 сант., включая сюда и 3 фр. 46 сант. за регистрацію. Когда же она доставляетъ рѣшеніе сторонѣ лично или по мѣсту ея жительства, то онъ имѣетъ право на гонораръ и возмѣщеніе расходовъ, установленныхъ для судебныхъ приставовъ общихъ судебныхъ мѣстъ. по таксъ 16 февраля 1807 года. (2)

Распоряженіе правительства отъ 27 вентора XI года гласитъ: «Сборъ съ копій по 50 сант. съ листа уплачивается сторонами, которымъ выдаются акты и рѣшенія кассационнаго суда, по дѣламъ, означеннымъ въ статьѣ 9 закона 1-го декабря 1790 года, равно какъ по всѣмъ тѣмъ дѣламъ, которыя подлежатъ вѣдѣнію отмѣны рѣшенія этого суда». (3)

317. Расходы по полученію копій рѣшеній, выдаваемыхъ частнымъ лицамъ, слагаются, кромѣ штемпельной пошлины, изъ сбора за изготовленіе копій, регистраціонной пошлины, за приложеніе печати и десятой или пятой части всѣхъ этихъ сборовъ. (См. num. 304).

318. Статья 415 уст. угол. судопр. постановляетъ: «Въ случаѣ уничтоженія производства кассационнымъ судомъ или судебной палатой, суды эти могутъ возложить расходы по новому производству на то должностное лицо или слѣдственнаго судью, которые виновны въ недѣйствительности онаго. Но правило это имѣетъ примѣненіе лишь къ важнымъ упущеніямъ и относительно лишь тѣхъ неправильностей, которыя допущены по истеченіи двухъ лѣтъ со времени выступленія въ дѣйствіе настоящаго кодекса» (См. num. 128).

ГЛАВА XIX.

Просьбы о пересмотрѣ рѣшеній жаловѣ, подлежащая разсмотрѣнію соединенныхъ департаментовъ.

§. I. О пересмотрѣ рѣшеній.

Обстоятельства, служащая поводомъ къ пересмотру рѣшеній по дѣламъ уголовнымъ и исправительнымъ, равно какъ стороны и власти, могущія дѣйствовать въ порядкѣ пересмотра; опредѣлены въ законѣ 29 июня и 5 іюля 1867 (В. № 15. 255).

Законъ этотъ гласитъ:

Ст. 1-ая. «Статьи 443 — 447 уст. угол. судопр. отмѣняются, будучи замѣнены слѣдующими статьями:»

Ст. 443. «Просить о пересмотръ рѣшеній по дѣламъ уголовнымъ и исправительнымъ можно такое бы судебное мѣсто ни постановило рѣшеніе, въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) когда, послѣ осужденія за убійство, представляются доказательства, что мнимая жертва преступленія находится въ живыхъ;

2) осужденіе различными приговорами нѣсколькихъ лицъ за одно и тоже, и при томъ такое преступленіе, совершеніе коего однимъ изъ осужденныхъ доказываетъ невозможность совершенія онаго другимъ;

3) когда, послѣ осужденія, допрошенные по дѣлу свидѣтели подверглись преслѣдованію и осужденію за лжесвидѣтельство противъ осужденнаго.

«Осужденный такимъ образомъ свидѣтель не можетъ быть допрошенъ на новомъ судебномъ слѣдствіи.»

Ст. 443. Право просить о пересмотрѣ имѣютъ:

1) прокурорскій надзоръ;

2) осужденный;

3) послѣ смерти осужденнаго — его супругъ, дѣти, родители, всеобщіе преемники его правъ и тѣ, которымъ это положительно поручено отъ него.

«По дѣламъ исправительнымъ пересмотръ допускается лишь при присужденіи къ тюремному заключенію или по наказанію, влекущему за собою частное или полное лишеніе правъ гражданскихъ, политическихъ и семейныхъ»

«Кассационный судъ, по уголовному отдѣленію, приступаетъ къ пересмотру рѣшенія, или по ходатайству, состоящаго при немъ генеральнаго прокурора, дѣлаемому имъ въ силу положительнаго приказа министра юстиціи, или ехесціо, или по просьбѣ частныхъ лицъ въ указанныхъ выше случаяхъ.»

«Просьба послѣднихъ не подлежитъ принятію въ случаяхъ, указанныхъ въ № 2 и 3 предыдущей статьи, если она не была подана министру юстиціи въ двухлѣтній срокъ, считая отъ втораго осужденія, непримиримаго съ первымъ, или осужденія за лжесвидѣтельство.»

«Во всѣхъ случаяхъ, исполненіе приговоровъ, о пересмотрѣ которыхъ заявлено ходатайство, останавливается, въ силу закона, по распоряженію министра юстиціи, до разрѣшенія дѣла кассационнымъ судомъ, или до разрѣшенія вопроса о принятіи просьбы.»

Ст. 445. «Въ случаѣ принятія таковой, кассационный судъ, если дѣло не готово, самъ приступаетъ къ производству или чрезъ комиссіи, при чемъ дѣлаются разслѣдованія по существу дѣла, даются очныя ставки, дѣлаются удостовѣренія въ тождествѣ личности, допросы и принимаются всякія мѣры для обнаруженія истины.»

«По признаніи же кассационнымъ судомъ, что можно приступить къ производству новаго судебного слѣдствія, и если дѣло готово къ разрѣшенію, онъ отмѣняетъ всѣ приговоры и рѣшенія, а также акты, мѣшающіе пересмотру. Онъ указываетъ вопросы, которые должны быть постановлены, отсылая обвиненныхъ, смотря по обстоятельствамъ, къ другому суду первой или второй инстанціи, а не тому, который постановилъ приговоръ первоначально.

«По дѣламъ, подлежащимъ разсмотрѣнію съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, генеральный прокуроръ суда, разсматривающаго дѣла, составляетъ новый обвинительный актъ».

Ст. 446. При невозможности производства новыхъ изустныхъ дебатовъ между всѣми сторонами, а именно, въ случаѣ смерти, отсутствія одного или нѣкоторыхъ осужденныхъ, въ случаѣ погашенія обвиненія или наказанія давностью, кассационный судъ, послѣ положительнаго удостовѣренія въ этой невозможности, разрѣшаетъ дѣло по существу, безъ предварительной отмѣны приговора или передачи дѣла, въ присутствіи гражданскихъ истцовъ, если таковыя имѣются въ процессѣ, и попечителей, назначенныхъ имъ для представленія лица умершихъ.

«Въ этомъ случаѣ судъ отмѣняетъ лишь то изъ наказаній, которое было несправедливо понесено, возстановляя честь умершаго».

Ст. 447. «Когда дѣло идетъ о случаѣ ревизіи, предусмотрѣнномъ въ № 1 ст. 443, то дѣло не подлежитъ передачѣ въ другой судъ, если послѣ отмѣны приговора въ отношеніи осужденнаго, находящагося въ живыхъ, дѣяніе не можетъ почитаться ни преступленіемъ, ни проступкомъ».

Ст. 2. Во всѣхъ случаяхъ, когда осужденіе, послужившее поводомъ къ пересмотру дѣла, на основаніи ст. 443, §§ 2 и 3, послѣдовала до изданія настоящаго закона, срокъ, установленный статьей 444 для подачи просьбы, исчисляется со времени его обнаруженія».

§ II. Объ атрибутахъ соединенныхъ департаментовъ.

320. Статья 440 уст. угол. судопр. гласитъ: «Когда послѣ первой кассации второй приговоръ или рѣшеніе по существу будутъ обжалованы по прежнимъ поводамъ, то производство совершается по формамъ, предписаннымъ въ законѣ 16 сентября 1807 года». Законъ этотъ замѣненъ закономъ 1 апрѣля 1837 года, къ которому, слѣдовательно, слѣдуетъ прибѣгать въ настоящее время (см. Manuel de pourvois civils, гл. XVIII. стр. 333).

Въ рѣшеніи уголовного департамента, отъ 10 ноября 1826 г. (contributions indirectes, В. 225), разъяснено, что соединенные департаменты не вправе принимать къ своему разрѣшенію вто-

ричную кассационную жалобу, когда второй приговоръ не представляя собою сходства съ первымъ ни въ разрѣшеніи предмета, ни въ мотивахъ, обжалованъ лишь на основаніи прежнихъ позоводъ (см. num. 300).

Въ другомъ рѣшеніи по дѣлу Циммерманъ, отъ 21 февраля 1832 года, признано, что лицо, бывшее отвѣтчикомъ по первой жалобѣ, можетъ, въ свою очередь, явиться въ качествѣ кассатора по неблагопріятному для него приговору, состоявшемуся послѣ передачи, по кассаци, дѣла на новое разсмотрѣніе (см. num. 24, 25 и 168).

КОНЕЦЪ.

временно ¹¹; въ противномъ случаѣ оно признается какъ-бы не имѣвшимъ мѣста ¹². Оно признается своевременнымъ, если сдѣлано въ теченіе установленнаго договоромъ времени; если оно не опредѣлено, то опредѣляется согласно мѣстному обычаю, если же такового не существуетъ, то заявленіе должно быть сдѣлано тотчасъ, какъ къ тому представится возможность ¹³. Заявленіе согласія или отказа можетъ быть сдѣлано явно или молчаливо ¹⁴. Отъ купли-продажи на пробу должно отличать куплю-продажу по образцамъ: куплю-продажу извѣстнаго количества вещей, которыя должны быть сходны съ опредѣленнымъ образцомъ ¹⁵.

Купля-продажи, поставленная въ зависимость отъ произвола одной стороны можетъ быть соединена и съ другимъ условіемъ. Сюда относится случай предоставленія продавцу права отказаться отъ сдѣлки, если ему будетъ сдѣлано болѣе выгодное предложеніе или если ему не своевременно будетъ внесена продажная цѣна вещи а ¹⁶. Ср. выше § 75.

Послѣднее однако же спорно; оно признается Швеппе Rom. Privatr. III. § 333 прим. 3, Брицъ стр. 482, отрицается Гольдшmidtъ стр. 120, Фиттингъ II стр. 270, Тель прим. 22а, (Вангеровъ 7 изд. стр. 437). Если остановиться на почвѣ права резолютивнаго условія, то иначе рѣшить нельзя, какъ въ текствѣ (§ 143 прим. 10), и вопросъ можетъ состоять лишь въ томъ: нельзя ли вывести противоположную волю сторону изъ словъ или употребленныхъ, или изъ другихъ обстоятельствъ? Напримѣръ, еслибы было сказано: если вещь не нравится, то можно требовать назадъ заплаченные деньги за возвращеніемъ вещи.

¹¹ Несвоевременное одобреніе не дѣлаетъ договора обязательнымъ, равно какъ и своевременное неодобреніе не лишаетъ его силы. Если продавецъ хочетъ однако принять несвоевременное одобреніе или неодобреніе, то заключается новый договоръ. Объ оставленномъ теперь мнѣніи, будто продавецъ приходитъ въ тога чрезъ несвоевременное объявленіе, см. Вангеровъ стр. 453 (7 изд. стр. 436, 437); Гольдшmidtъ стр. 128 слѣд., Тель прим. 20, 21а. Ср. впрочемъ и прим. 14.

¹² Если продавецъ виновенъ въ томъ, что покупатель не можетъ своевременно высказаться, то это естественно не вредитъ послѣднему. L. 4 pr. D. de peric. 18, 6.

¹³ Это должно считаться волей сторонъ. Господствующее мнѣніе допускаетъ, при резолютивномъ условіи, шестидесяти-дневный срокъ на основаніи l. 31 § 22 D. de aed. ed. 21, 1; см. объ этомъ прим. 7 и § 76 прим. 14. На счетъ суспенсивнаго условія мнѣнія расходятся; см. Кроппъ стр. 198—199, Гольдшmidtъ стр. 195—127, Тель прим. 18, 19 (Вангеровъ стр. 453 6-го, стр. 437 7-го изд.). O. l. 4 § 1 D. de peric. 18, 6 см. Гольдшmidtъ стр. 95—98. HGB. ст. 339 Satz. 3. «При отсутствіи условеннаго или обычнаго срока продавецъ можетъ, по истеченіи достаточнаго по обстоятельствамъ времени, потребовать отъ покупателя заявленія. Обязанность его прекращается, если покупатель не отвѣтитъ тотчасъ на это требованіе».

¹⁴ Заключается ли безусловное одобреніе и въ пропущеніи установленнаго, или опредѣленнаго заявленіемъ покупателя *при переданной вещи*? См. Гольдшmidtъ стр. 454 прим. 19, Фиттингъ V стр. 113 прим. 38; (Вангеровъ 7 изд. стр. 437). Вопросъ этотъ разрѣшается утвердительно въ HGB. Art. 339 Satz. 4.

¹⁵ Кроппъ in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I nr. 13 (1827); Fesce Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. III 4 (1847); Тель Handelsr. I. § 72. HGB. Art. 340. Продажа на пробу: (тамъ же Art. 341. Тель § 72 на концѣ).

а. Сюда относится, между прочимъ, продажа съ публичнаго торга. А. Д.

¹⁶ In diem addictio и lex commissoria. In diem addictio можетъ имѣть и то значеніе, «Суд. Журн.» 1874 г. кн. III.

§ 141. Купля-продажа, зависит конечно отъ свободной воли сторонъ ¹; но бываютъ случаи, когда заключеніе договора купли-продажи обязательно или въ силу закона ², или въ силу судебного рѣшенія или въ силу сдѣлки. Особенно сюда относятся:

1) Договоръ объ обратной покупкѣ ³ или обратной продажѣ ⁴. Если въ договоръ не установлена цѣна обратной купли-продажи, то, въ случаѣ сомнѣнія, предполагается первоначальная цѣна ⁵, если не установлено срока, въ теченіе котораго можетъ быть осуществлено право обратной купли-продажи, то принимается обыкновенный срокъ давности ⁶. Эти договоры имѣютъ только обязательственный характеръ и должны быть отличаемы отъ того соглашенія, въ силу котораго договоръ купли-продажи можетъ быть прекращенъ посредствомъ возвращенія покупной цѣны или проданной вещи ⁷.

2) *Право преимущественной покупки* ⁸. Оно заключается въ томъ, что предполагая произвести продажу, продавецъ обязанъ предоставить другому право преимущественной покупки, при чемъ однако предполагается, что послѣдній согласенъ на тѣ-же условія, которыя предлагаетъ третье лице, желающее произвести покупку ⁹. Право преимущественной покупки дѣйствуетъ какъ обязательство ¹⁰ и потому не должно быть смѣшиваемо съ нѣмецкими

что по упущень въправѣ отступить на случай лучшаго предложенія, t. 9 D. de in diem add. 18, 2. Что касается въ этомъ отношеніи lex commissoria, то нельзя принимать, что намѣреніе сторонъ было предоставить покупщику выгоды за его противоконтрактное умышленіе. L. 2, 3 D. de lsg. commiss. 18, 3.

§ 141. L. II 13 C. h. t. 4, 38.

² Кромѣ поименованныхъ ниже случаевъ принудительной продажѣ, относятся сюда l. 12 pr. D. de relig. 11, 7 и l. 14 § 1 D. de distr. pign. 20, 5 (l. § 248 прим. 27) и устарѣвшія опредѣленія l. 2 D. de his qui sui l. 6, l. 1 C. de comm. serv. 7, 7; l. 2 (сп. l. 3, 4) C. pro quib. caus. serv. 7, 13; l. 9 C. de oper. publ. 8, 12 (= l. 30 C. Th. de oper. publ. 15, 1; сп. l. 50, 53 eed.), l. 1, 2. C. ut nemi ni liceat 10, 27, Nov. 7 с. 2 § 1. Современная экспроприація: Геберанъ Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 1, 8 (1856), В. Кохъ Deutschlands Eisenbahnen I стр. 32 слѣд. (1858), А. Тиль das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren nach dem neuesten Standpunkt der Wissenschaft und der Praxis (1866); преимущественно: Г. Мейеръ das Recht der Expropriation (1868). О гражданско-юридическихъ отношеніяхъ, возникающихъ изъ экспроприаціи, трактуетъ послѣдній писатель въ § 9 Зейфф. Arch. XIV. 226. [Лабандъ Arch. f. civ. Pr. LII 6 (1869)].

³ Такъ наз. pactum de retrovendendo. L. 12 D. de praescr. verb. 19, 5, l. 2 C. d. pact. inter emt. 4, 54.

⁴ Такъ наз. pactum de retroemendo. Объ обоихъ договорахъ см. Синтенисъ II стр. 637—639.

⁵ Это спорно. Другіе принимаютъ стѣнность по такѣ.

⁶ См. I § 107. прим. 5 и 9, Синтенисъ стр. 639 прим. 233.

⁷ L. 7 C. de pact. int. emt. 4, 54.

⁸ Синтенисъ стр. 6.9. 640.

⁹ L. 3 C. de iure emph. 4. 66.

¹⁰ Зейфф. Arch. VII. 37.

Näher- и Retractrecht¹¹. Право преимущественной покупки может существовать не только въ силу договора¹²; оно может быть установлено и въ силу закона¹³ а.

Договоръ купли-продажи не всегда дозволенъ. Тѣмъ лицамъ, которыя продаютъ чужое имѣніе или управляютъ имъ по служебнымъ своимъ обязанностямъ, запрещено покупать для себя это имущество.¹⁴ Подобное же запрещеніе существуетъ и для залогодержателя¹⁵.

с. Обязательства.

а. Вообще.

§ 142. Обязательство, проистекающее изъ договора купли-продажи опредѣляются свободнымъ усмотрѣніемъ судьи, которое вмѣстѣ съ соглашеніемъ сторонъ, опредѣляетъ содержаніе сдѣлки¹. Главнѣйшіе пункты здѣсь суть слѣдующіе^{1а}.

1. Продавцы прежде всего обязаны заботиться о томъ, чтобы покупатель получилъ купленную вещь². Эту обязанность римское

¹¹ Герберъ *deutsch. Privatr.* § 175—177, Безелеръ *deut. Privatr.* § 124, 125.

¹² Можно условиться, что собственникъ можетъ продать вещь лишь опредѣленному лицу. I. 75. D. h. t. 18. 1, 1. 21 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, 1. 122 § 3 D. d. V. O. 45. 1.

¹³ Прежде всего право преимущественной покупки эмфитевзиса собственникомъ поземельнаго имущества, I. 3 C. de usre emph. 4. 66. См. также I. 16 D. de reb. auct. ind. 42. 5 и I. 60 D. de pact. 2. 14, 1. 1 C. de metallar. II. 6, и срав. I. 14 C. h. t. 4. 38. (Зейфф. *Arch.* XXII. 23а).

а Ср. т. X ч. 1 ст. 548 и 555. А. Д.

¹⁴ L. 3 4 § 7 D. h. t. 18. 1, 1. 5 § 2—4 D. de auct. 26. 8, 1. 46 D. h. t. Регельсбергеръ *civillr. Erörterungen I* стр. 188. Зейфф. *Arch.* XVIII. 222.

¹⁵ L. 10 C. de distr. pign. 8. 28. Кромъ того римское право запрещало провинціальнымъ чиновникамъ, во время ихъ состоянія на службѣ, покупать что либо, кромъ вещей необходимыхъ для ежедневнаго обихода (C. 62 pr. D. h. t. 18. 1, 1. 6 § ult. D. de off. procors. 1. 16, 1. un. § 2. 3 C. de contr. iud. 1. 53). Даже запрещалось солдатамъ покупать поземельныя имущества въ провинціи, гдѣ они служатъ (I. 9. pr. D. de ge militari 49. 16). Эти положенія римскаго административнаго права не примѣнимы въ настоящее время. I. 3 D. de extr. cogn. 50. 13, не заключаетъ въ себѣ запрещенія купли-продажи между врачами и пациентами, а объявляетъ недействительной продажу, къ которой врачъ побудилъ пациента чрезъ злоупотребленіе своей профессиональной властью (ср. § 152 прим. 9).

¹ Иски изъ купли-продажи суть *actiones bonae fidei*, § 28. I de act. 4. 6, 1. II. § 1. D § 142. h. t. (de actionibus emti et venditi) 19 1. 1. 11 § 1. cit. «Et imprimis sciendum est, in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod in er contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ae praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate».

^{1а} См. еще и напр. I. 29. 30. D. de contr. emt. 18. 1, 1. 2 C. de A. E. V. 4. 49, и объ этомъ Фиттингъ *Arch. f. civ. Pr.* XLVII стр. 287 слѣд. XLVIII стр. 308 слѣд. и цитированную въ послѣднемъ мѣстѣ диссертацию Тило.

² Неоднократно было уже замѣчено (I § 177 прим. 1, II § 321 прим. 18. 19. § 330 прим. 6, въ особенности § 117 прим. 18), что изъясненіе воли на продажу должно

право опредѣляетъ точнѣе въ томъ смыслѣ, что продавецъ обязанъ представить покупщику не правовое, но фактическое обладаніе³ проданною вещью^{3а}. Въ частности при продажѣ тѣлесныхъ вещей обязанность продавца заключается исключительно въ передачѣ владѣнія. Посредствомъ этой передачи, если продавецъ былъ собственникомъ проданной вещи и къ переходу права собственности нѣтъ какихъ-либо препятствій, покупщикъ дѣлается собственникомъ ея⁴. Хотя-бы этого и не послѣдовало, продавецъ признается неисполнившимъ свою обязанность и отвѣтствуетъ передъ покупщикомъ только въ томъ случаѣ, когда ему вслѣдствіе непредоставленія права или предоставленія не полного права, будетъ воспрепятствовано въ дальнѣйшемъ фактическомъ обладаніи купленною вещью, когда вещь будетъ отобрана отъ него⁵. Объ этомъ случаѣ будетъ сказано подробно ниже (§ 144). Безъ такого отобрания на продавца только въ исключительныхъ случаяхъ падаетъ обязанность вознаградить продавца за ущербъ, а именно: а) если продавецъ завѣдомо продалъ чужую вещь за свою⁶; б) если вслѣдствіи покупщикъ какимъ-либо инымъ способомъ пріобрѣтетъ право собственности на купленную вещь, такъ что отобрание отъ его вещи сдѣлалось поэтому невозможнымъ⁷. Кромѣ того покупщикъ

быть прежде всего понимаемо какъ направленное на порожденіе обязательства. Его ближайшее содержаніе заключается въ томъ, чтобы покупщикъ имѣлъ вещь, обязательство же возникаетъ изъ него вслѣдствіе лишь того, что дѣйствительное положеніе вещей этому не соответствуетъ. Если дѣйствительное положеніе вещей этому соответствуетъ точнаго, то продавецъ не обязанъ ни къ чему, или только ко второстепеннымъ дѣйствіямъ. Такъ напримѣръ при продажѣ сервитута (I § 212 прим. 1) или требованія (II § 82 прим. 6), если продавецъ имѣетъ право и способенъ къ передачѣ. Въ пользу такого возрѣнія на содержаніе воли о продажѣ говорить и та безцеремонность, съ которой наши источники, какъ это бываетъ въ жизни и теперь, отождествляли понятія *venditio* и *alienatio*, см. напр. I. 55 D. de contr. emt. 18. 1, I. 29 § 1 D. de statulib. 40. 7, ср. I. 55 D. de O. et. A. 44. 7, I. 109 D. de V. S. 50. 16. Ср. и Voigt *condictiones ob causam* стр. 426—429. (Гольдшмидтъ *Handelsrechte* I. § 81 3. A.).

³ L. 188 pr. D. de V. S. 50. 16. «Habere duobus modis dicitur, altero iure domini, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit».

^{3а} Дѣйствіе этого положенія въ настоящее время оспаривается, но несправедливо. Ср. Келлеръ § 330, Цибартъ *Kealexecution* стр. 194.

⁴ Предполагая, что цѣна уплачена или что вещь продана въ кредитъ. См. I § 172 прим. 19. Достаточно ли доставленіе собственности безъ доставленія владѣнія? Отрицать это у Зейфферта *Arch.*, VIII. 37, XV 147; ср. VI. 187. (Ограниченіе распоряженія вещью, лежащее на ней: *Bl. f. R. Auwend.* XXXIII стр. 310 слѣд.).

⁶ L. 11 § 2 D. h. t. «Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tamem evictionis nomine venditorem obligat. . . ». L. 25 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, I. 30 § 1 D. h. t. 19. 1, I. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4, I. 3 C. de evict. 8. 45. *Bgl.* I. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, I. 80 § 3 D. de contr. emt. 18. 1.

⁶ L. 30 § 1 D. h. t. 19. 1. Зейфф. *Arch.* I. 200.

⁷ L. 13 § 15 D. h. i. 19. 1, I. 91. 14 § 1 de evict. 21. 2. Ср. I. 24 cod.

вправѣ удержать продажную цѣну вещи, если ему угрожаетъ отобраніе ея ⁸. Если продавцу дѣлалось невозможнымъ доставить проданную вещь, то здѣсь имѣютъ примѣненіе общія начала о невозможности исполненія, такъ что при первоначальной невозможности слѣдуетъ различать субъективную отъ объективной невозможности ⁹, а при послѣдующей невозможности надо различать невозможность, возникшую по винѣ продавца отъ возникшей безъ его вины (§§ 16 и 47). Всякая небрежность продавца ставится ему въ вину ¹⁰. Если невозможность наступила безъ всякой вины продавца, то онъ не только освобождается отъ всякой отвѣтственности, но даже, не смотря на свое неисполненіе ¹¹, получаетъ право на продажную цѣну вещи. Говорятъ, что покупательъ несетъ рискъ вещи ¹². Объ этомъ также сказано будетъ подробнѣе ниже (§ 143). Вещь должна быть передана покупщику въ томъ видѣ, какъ она была обозначена продавцемъ ¹³. Какія наступаютъ послѣдствія, когда вещь окажется не обладающею обѣщанными качествами, или если она окажется съ такими недостатками, отсутствіе которыхъ не было явно выговорено? Объ этомъ точно также должно быть сказано особо (§ 146, 147). Выѣтъ съ проданною вещью покупательъ обязанъ передать и всѣ принадлежности ея ¹⁴, точно также какъ и всю ту выгоду ¹⁵, которую она принесла послѣ заключе-

⁸ L. 18 § 1 D. de peric. 18. 6, l. 24 C. de evict. 8. 45. Зейфф. Arch. I. 49. 50, VII. 164, IX. 142, XI. 34, XIII. 15. 88. 137, XIV. 128, XVIII. 228 слѣд. 229, (XXI. 35, XXII. 201). Беккеръ Jahrb. f. Dogm. VI стр. 323 слѣд. 332 слѣд. Этотъ писатель отрицаетъ, чтобъ всякая угрожающая эвѣкція давала право на удержаніе покупной цѣны; лишь начатіе процесса даетъ такое право. Противъ этого мнѣнія I. 24 cit:— «denun tiatum ab alio».

⁹ Въ частности см. I. 15 pr. I. 34 § 1 l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 28 eod. Моммсенъ Unmöglichkeit § 2. 3. 14.

¹⁰ L. 23 D. de R. J. 50. 17, l. 5 § 2 D. comm. 13. 6, l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 D. de peric. 18. 6.

¹¹ Но онъ, по общему правилу, долженъ доставить то, что онъ, вслѣдствіе наступленія невозможности, имѣетъ въ своихъ рукахъ. Сюда относится и страховая сумма. См. § 16 прим. 6. Онъ сохраняетъ за собою то, что онъ, вслѣдствіе неосвобождающаго его факта, имѣетъ въ своихъ рукахъ вмѣсто проданной вещи, если вслѣдствіемъ наступаетъ освобождающая его невозможность, такъ напримѣръ деньги, вырученныя отъ вторичной продажи вещи, если вещь погибла вслѣдствіемъ безъ его вины, l. 21 D. de П. v. A. V. 18. 4. Это въ силу правилъ § 79 прим. 12.

¹² См. объ этомъ выраженіи писателей, указанныхъ въ § 73 прим. 19 з. А.

¹³ L. 6 § 4 l. 13 § 3. 4 D. h. t. 19. 1, l. 15 D. de peric. 18. 6. Завѣреніе относительно размѣра проданнаго поземельнаго участка: l. 2 i. 4 § 1 l. 13 § 14 l. 22 l. 42 D. h. t. 19. 1, l. 69 § 6 D. de evict. 21—2, l. 45 D. eod., l. 10 C. eod. 8. 45. Завѣреніе относительно принадлежностей: l. 33. pr. D. de acd. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2; спеціально о сервитутахъ проданнаго имущества: l. 6 § 6 D. h. t. 19. 1, l. 75 D. de evict. 21. 2. Гарантія свободности сервитутовъ: l. 75 cit. (l. 90. 169 D. de V. S. 50. 16), l. 59. 66. pr. D. de contr. emt. 18. 1.

¹⁴ См. I § 143. А тѣмъ болѣе составныя части купленной вещи, какъ напр. не отдѣленные еще плоды, l. 13 § 10 D. h. t. 19. 1.

¹⁵ L. 3 § 1 l. 13 § 13. 18 D. h. t. 19. 1 (къ § 18 cit. срав. l. 38 § 5 l. 39

нія договора купли-продажи. Вопросъ о времени и мѣстѣ передачи разрѣшается общими правилами ¹⁶.

2. Покупщикъ обязанъ уплатить продажную цѣну, или говоря точнѣе, передать къ продавцу право собственности на оную ¹⁷. При отсутствіи противоположныхъ соглашеній покупательъ обязанъ, со дня передачи ему вещи, платить процентъ съ цѣны ея ¹⁸. Покупщикъ обязанъ возмѣститъ продавцу понесенныя имъ послѣ продажи издержки, если онѣ были необходимы или только полезны ему ¹⁹.

3. Частности.

а. а. Покупщикъ несетъ рискъ *).

§ 143. Покупщикъ несетъ рискъ; это значитъ, что при невозможности для продавца, безъ его вины, доставить купленную вещь,

D. de her. inst. 28. 5), l. 13. 16 C. h. t. 4. 49, l. 4 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 7 pr. D. de peric. 18. 6. Естественно, что положительно или безмолвно можетъ быть постановлено что-либо другое, l. 13 § 18 D. h. t. O. l. 13 § 11 D. h. t. ст. Йерингъ Abhandlungen стр. 64 слѣд., Моментъ Erörterungen I стр. 61, 124 слѣд. Продавецъ отвѣчаетъ также и за не своевременное отъ его вины получение прибыли, l. 21 D de H. v. A. V. 18. 4 (ex quemadmodum fundi venditor). Сказанное относится, согласно правилу (§ 79), къ той лишь прибыли, которую дѣйствительно доставила самая вещь, а не къ той, къ которой она служила лишь поводомъ.

¹⁶ Посему, что касается мѣста исполненія, то: а) все зависитъ здѣсь прежде всего отъ характера вещи (при вещахъ недвижимыхъ) и отъ положительнаго или безмолвнаго соглашенія сторонъ. б) Индивидуально опредѣленные вещи подлежатъ сдачѣ тамъ, гдѣ онѣ находятся, если при этомъ не допущено недобросовѣстности со стороны продавца, впрочемъ по требованію покупателя онѣ должны быть доставлены на его счетъ и страхъ въ указанное ниже (е) мѣсто. с) Вещи, опредѣленные по роду, могутъ быть требуемы во всякомъ мѣстѣ, гдѣ продавецъ имѣетъ свою подсудность. Слѣдовательно, во всякомъ случаѣ покупщику надлежитъ взять ихъ у продавца. Если покупательъ поручаетъ продавцу прислать ему купленное, т. е. передать послѣднее, вмѣсто него, назначенному покупщикомъ или избранному продавцомъ лицу, то съ передачей этому лицу обязанность покупателя вполне выполнена. Безъ особаго уговора, положительнаго или безмолвнаго, продавецъ не обязанъ посылать. Срав. о сказанномъ Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 421 слѣд., Reitz Erfü Uungsort стр. 94 слѣд. (послѣдній другаго мнѣнія объ обязанности посылать, ср. § 34 прим. 5). Зейфф Arch. II 168. — GB. Art. 342 (§ 34 прим. 4 въ концѣ), Art. 344. «Если товаръ долженъ быть пересланъ изъ другаго мѣста, покупательъ же не сдѣлалъ никакого распоряженія на счетъ способа пересылки, то продавецъ считается уполномоченнымъ сдѣлать, съ тщательностью порядочнаго купца, распоряженіе вмѣсто покупателя, въ частности опредѣлить и лицо, чрезъ которое перевозка товара должна быть осуществлена».

¹⁷ L. 13 § 20 l. 11 § 2 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4. Однако же и здѣсь дѣйствуетъ правило § 95 прим. 7 и 8 ср. Унтергольцнеръ стр. 294.

¹⁸ L. 13 § 20. 21 D. h. t. 19. 1, l. 5 C. h. t. 4. 49, l. 18 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 2 C. eod. 4. 32. Зейфф. Arch. II. 283, IV. 117, VI. 182, VII. 305, XII. 21. 118. 263 (148), XIII. 10. 213. Ср. и Зейффертъ § 323 прим. 5, Гольцшверъ III стр. 59—61.

¹⁹ L. 13 § 22 l. 38 § 1 D. h. t. 19. 1, l. 13. 16 C. h. t. 4. 49. Расходы чрезъ третьихъ лицъ? Зейфф. Arch. XVI! 1. 133.

§ 143. * Dig. 18. 6 Cod. 4. 48 de periculo et commodo rei venditae.—Тель Handlser. I.

покупщикъ все таки обязанъ платить цѣну оной ¹; при ухудшеніи вещи, безъ вины продавца, покупатель все-таки обязанъ заплатить цѣну ея полностью ². Основаніе этого начала есть то, что по завершеніи договора купли-продажи, проданная вещь, по отношенію къ контрагентамъ, и безъ передачи самой вещи, считается перешедшей изъ имущества продавца въ имущество покупателя ³. Но для того, чтобы рискъ дѣйствительно перешелъ къ покупщику, необходимо:

1. Завершеніе договора купли-продажи ⁴. Для завершенія договора въ понимаемомъ здѣсь смыслѣ, требуется ⁵, кромѣ соглашенія сторонъ о всѣхъ существенныхъ пунктахъ купли:

а) Чтобы купленная вещь была индивидуально опредѣлена ⁶, или при продажѣ генерически опредѣленной вещи или количества такихъ вещей ⁷, чтобы купля соглашеніемъ сторонъ и дѣйствительнымъ исполненіемъ была сосредоточена на опредѣленной вещи или опредѣленныхъ вещахъ ⁸. До этой концентраціи сдѣлки покуп-

§ 72a—76, Унтергольцнеръ II. стр. 250—256, Вангеровъ III. § 635. См. кромѣ того цитированную въ § 74 прим. 13 литературу по вопросу о томъ, кто несетъ страхъ при обязательствахъ вообще и взаимныхъ обязательствахъ въ особенности; даже Йерингъ Jahrb. f. Dogm. III. 7 и цитаты въ прим. 5 и 8. Ф. Гофманъ über das Periculum beim Kaufe. Вѣна 1870

¹ См. цитату въ § 73 примѣч. 19 къ А.

² § 3 I de emt. 3. 23, l. 1 pr. init. l. 4 § 1 l. 7 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. Такъ наз. periculum deteriorationis.

³ См. объ этомъ и о различныхъ, расходящихся мнѣніяхъ § 73 прим. 18. 19. Ср. еще l. 13 § 17 D. de A. E. V. 19. 1:—*aequum est enim, eandem esse conditionem emtoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividendo*. Гоусе въ трактатѣ, цитированномъ въ привод. мѣстѣ (Jahrb. f. Dogm. IX. 2), вернулся къ тому пониманію изложенной въ текстѣ мысли, котораго и я придерживался прежде въ Heid. Krit. Jahrb. стр. 136—137, но оставилъ послѣ, какъ невѣрное. Онъ говоритъ: послѣ заключенія договора купли, купленная вещь перешла въ составъ имущества покупщика. Это вѣрно въ той мѣрѣ, въ какой къ имуществу человѣка причисляютъ и то, что онъ имѣетъ требовать. Понимая имущество въ этомъ смыслѣ, Гузъ приходитъ къ невѣрному положенію, что кредиторъ по обоюдному договору несетъ страхъ и тогда, когда онъ сдѣлался кредиторомъ и не по договору отчужденія. Впрочемъ Гузъ беретъ самъ назадъ свое положеніе, прибавляя: что касается отношенія между сторонами. Шгинцингъ (прим. 5) стр. 196.

⁴ L. 8 pr. D. h. t. «Necgario sciendum est, quando perfecta sit emtio, tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet»....

⁵ § 3 I de emt. 3. 23, l. 8 pr. D. h. t. L. 8 pr. cit. (прим. 4).—«Et si id quod venierit appareat quid vale quantune sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emtio». Шгинцингъ Jahrb. f. Dogm. X. 3 (1869). Зейфф. Arch. XXII. 131.

⁶ Это возможно также по заим�аемыхъ вещамъ, если природа купленной вещи допускаетъ это. Напримѣръ покупается эта бочка вина, этотъ грузъ пшеницы. L. 35 § 5 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. h. t., l. 1 § 1 D. h. t.

⁷ Не только заим�аемыхъ вещей см. § 7 прим. 17.

⁸ Ср. § 7 прим. 2. Источники говорятъ лишь о случаѣ дѣйствительнаго исполненія; случай договора разумѣется самъ собою. L. 35 § 7 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 § 1 l. 5 D. l. 2 C. h. t. (въ первыхъ двухъ мѣстахъ рѣчь идетъ объ odmetiri,

щикъ не несетъ не только риска отъ гибели вещи, но и отъ ея ухудшенія⁹.

b) Незавершеннымъ считается, далѣе, договоръ купли, заключенный подъ суспенсивнымъ условіемъ, до наступленія послѣдняго. Если, однако же, при наступленіи условія вещь имѣется еще, но только въ ухудшенномъ видѣ, то покупательъ обязанъ ее принять въ томъ видѣ, въ какомъ она есть, такъ что въ дѣйствительности онъ несетъ рискъ ухудшенія и до наступленія условія¹⁰.

въ послѣднемъ о *tradere*). Гейеръ пытался доказать, что страхъ переходить къ покупщику чрезъ одностороннее выдѣленіе купленной вещи продавцомъ (*Zeitschr. f. Civilr. u. Prax. N. F. XV. стр. 23 слѣд.*). Тель (*Handelsr. I. § 74*), мнѣніе котораго теперь г. слѣдующее (Вангеровъ III. § 634 стр. 433 изд. 7), признаетъ, правда, одностороннее выдѣленіе недостаточнымъ само по себѣ, но считаетъ достаточнымъ указаніе продавцомъ покупщику, вслѣдствіе котораго послѣднему дается возможность направить свое вниманіе на выдѣленную *species*; но продавецъ не можетъ отказаться и отъ односторонне выдѣленной *species*, если только она согласна съ договоромъ и безъ недостатковъ. Противъ Теля высказались Йерингъ и Беккеръ, первый въ *Jahrb. f. Dogm. IV. (1861)*, второй въ *Jahrb. d. gem. B. V. стр. 374 слѣд. (1862)*. Для перехода риска къ покупщику Йерингъ требуетъ дѣйствительной дачи ему вещи, и называетъ поему свою теорію «*Lieferungstheorie*» въ противоположеніи къ «*Ausscheidungstheorie*». Беккеръ называетъ свою теорію теоріей индивидуализаціи въ противоположеніи къ теоріи Йеринга. Въ частности онъ выставляетъ противъ Йеринга слѣдующіе пункты: а) «Обособленіе предмета купли можетъ посадовать по соглашенію сторонъ, предшествовавшему или послѣдующему Йерингъ не оспаривалъ бы этого. б) Йерингъ, какъ и я, считаетъ поставку исполненной съ отсылкой, если предметъ купли подлежитъ отправленію (§ 142 прим. 16); Беккеръ же считаетъ таковую законченной лишь съ принятіемъ, придавая однакоже моменту отправленія рѣшительное значеніе, на основаніи именно предположенія о безмолвномъ соглашеніи сторонъ, направленномъ на это. Мнѣніе Йеринга придерживается и Гузь (прим. 3) стр. 211 слѣд., (Штинцингъ въ указ. и.). Другаго мнѣнія Реченьсберггеръ *Arch. f. civ. Pr. XLIX. 8 (1866)*, который опять вернулся къ теоріи выдѣленія; но онъ, кромѣ выдѣленія, требуетъ отсылки къ покупщику указанія объ этомъ (не какъ Тель, знанія продавца о выдѣленіи). Ср. § 7 прим. 9 въ концѣ. (Гофманъ стр. 118 слѣд.). По *HGB.* рискъ тоже переходитъ съ отсылкой. Такъ же смотритъ на этотъ предметъ Зейффертъ *Arch. II. 168.* (См. также *XXII. 202*). Рискъ не переходитъ къ покупщику вслѣдствіе уничтоженія того рода, изъ котораго купленная вещь должна быть взята, если только отъ того осталось столько, сколько нужно для исполненія договора (§ 7 прим. 21).

⁹ Гибель и ухудшеніе возможны до концентраціи тогда только, когда по крайней мѣрѣ кругъ вещей, изъ котораго долженъ быть взятъ предметъ купли, опредѣленъ индивидуально, а не генерически. Когда, на примѣръ, ведро вина куплено изъ этой бочки, а не изъ такого-то количества. Что до концентраціи несетъ рискъ ухудшенія продавецъ, объ этомъ говорить положительно I. 2 C. h. t. Тѣмъ не менѣе это оспаривали (Момсенъ *Beiträge I стр. 342*), на основаніи правилъ объ условной куплѣ (прим. 10). Между тѣмъ купля, о которой рѣчь идетъ здѣсь, существенно отличается отъ условной купли-продажи. Условіе въ куплѣ нисколько не измѣняетъ характера предмета купли, какъ индивидуально опредѣленнаго, но этого именно предмета не достаетъ. См. Вангеровъ III стр. 451 (7 изд. стр. 432), Аридтъ § 302 прим. 3, Гольшмидтъ *Zeitschr. f. Handelsr. I. стр. 80. III. стр. 303, Беккеръ Jahrb. d. gem. R. V. стр. 369, 398; срав. также Тель § 73 прим. 7.*

¹⁰ L. 8 pr. 1. 10 pr. D. h. t.; L. 10 § 5 D. de J. D. 23. 3. Какъ это будетъ при револютивномъ условіи? Оно не препятствуетъ завершенію договора купли-продажи,

с) Условной куплей слѣдуетъ считать и куплю индивидуально опредѣленнаго количества вещей, если цѣна опредѣлена не сразу¹¹, за все количество, а по столько-то за указанную единицу, условіемъ купли будетъ здѣсь опредѣленіе цѣны посредствомъ измѣренія, счета, взвѣшиванія¹². И здѣсь, слѣдовательно, покупатель не несетъ, правда, до опредѣленія цѣны, риска гибели вещи¹³, но на его страхъ падаетъ ухудшеніе вещи¹⁴.

d) О случаѣ продажи нѣсколькихъ предметовъ альтернативно, см. § 7 примѣч. 6.

2. Ненахожденіе вещи въ собственности продавца не имѣетъ здѣсь никакого значенія¹⁵; покупатель не несетъ риска тогда только, когда продавецъ виновенъ въ зломъ умыслѣ¹⁶.

Поэтому страхъ несетъ покупатель тотчасъ. Но не должно ли, при наступленіи условія, быть восстановлено, въ этомъ отношеніи, то положеніе, которое имѣлось бы, еслибы договоръ никогда не былъ заключенъ (I. § 91), и слѣдовательно можетъ ли покупатель и не платить условленныхъ денегъ? Мнѣнія расходятся, ср. § 140 прим. 10. Я не думаю, чтобъ можно было, въ силу I. 3. D. de lege comm. 18. 3 (ср. и I. 3 D. de in diem add. 18. 2), отклонить положительный отвѣтъ L. 2 cit. говорить: не слѣдуетъ понимать lex commitoria въ томъ смыслѣ, что покупатель можетъ сослаться на нее, ибо еслибы онъ это могъ, то отъ его усмотрѣнія зависѣло бы спасти цѣну вещи чрезъ уничтоженіе договора вслѣдствіе гибели оной.

¹¹ Источники говорятъ въ этомъ случаѣ о куплѣ *aversione, in aversione, per aversionem, universaliter unopretio*. L. 4 § 1. 2. D. h. t., l. 62 § 2 D. de contr. emt. 18. 4, l. 35 § 5. 6 eod. ср. Gruchot der Kauf in Bausch und Bogen, Zeitschr. f. Handelsr. III стр. 479 слѣд.

¹² Въ этомъ случаѣ покупная цѣна не только не извѣстна, какъ въ случаяхъ I. 7 § 1 D. de contr. emt. 18. 1 («*quanti tu emeris, quantum pretium in arca habeo*»), но даже совсѣмъ неизвѣстна, будетъ ли она опредѣлена. Последнее дѣлается невозможнымъ тогда, когда уничтоженіе предлагаемаго количества дѣлаетъ невозможнымъ опредѣленіе его единицы мѣры. Купля эта сходна поэтому съ куплей, при которой опредѣленіе цѣны зависитъ отъ третьяго лица (§ 140 прим. 5), и есть въ дѣйствительности условная, какъ это положительно и признается въ I. 35 § 5 D. de contr. emt. 19. 1.

¹³ L. 35 § 5. 6. D. de contr. emt. 18. 1.

¹⁴ Согласно съ этимъ Момизенъ Beiträge I стр. 339, Тель § 75; другаго мнѣнія Вангеровъ III стр. 451 (7 изд. стр. 432. 433), Ариядт § 302 прим. 2, Гольдшильдъ Zeitschr. f. Handelsr. I стр. 80, Веккеръ Jahrb. d. gem. R. V. стр. 368. 391 слѣд. 398. (Штинцингъ въ указ. мѣстѣ 187 слѣд. 203, Гофманъ въ указ. мѣстѣ 133 слѣд.).

¹⁵ Соглашеніе о продажѣ гласитъ все-таки: ты будешь имѣть, а не: я обязываюсь доставить тебѣ будущее изъясненіе воли. Поэтому необходимо различать случаи: а) продажа совершается подъ условіемъ будущаго приобрѣтенія; б) смыслъ сдѣлки таковъ: я обязываюсь приобрѣсть и заемъ тебѣ дать; это не купля-продажа, а *rustum de vendendo*.—Др. мн. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. III f. и Гузь тамъ же IX. стр. 208, которое обуславливается ихъ воззрѣніями на основаніе риска, несоматаго покупщикомъ. Йерингъ видитъ это основаніе въ присущей или приписываемой покупщику виновности въ отерочкѣ исполненія договора купли-продажи; слѣдовательно покупатель долженъ, по уничтоженіи вещи, заплатить продавцу цѣну въ видѣ вознагражденія убытковъ, и не долженъ ничего платить, если онъ не понесъ никакого вреда. Случай этотъ имѣется тогда, когда проданная вещь не принадлежала продавцу. Я не могу признать правиль-

3. Если продавец продал вещь вторично другому лицу, то риск несетъ второй, а не первый покупатель, развѣ бы она была передана первому покупщику¹⁷. При виновности же продавца въ

мысли какъ это воззрѣніе, такъ и дѣлаемые изъ него выводы. О первомъ см. § 73 прим. 19 въ концѣ; что касается втораго, то вина покупателя въ непринятии купленной вещи можетъ имѣть лишь своимъ послѣдствіемъ то, что его можно, пожалуй, разсматривать какъ приняшаго. Возьми же онъ вещь, продавецъ получалъ бы покупную цѣну (§ 144 прим. 19 въ концѣ). Грузъ переноситъ рискъ на покупателя на томъ основаніи, что вещь переходитъ въ составъ его имущества вмѣстѣ съ заключеніемъ договора; поэтому онъ не несетъ риска, когда такому переходу противостоитъ какое ии-будь препятствіе. Но такъ развѣ невѣрно то, что вещь перешла будто въ составъ имущества покупателя, она почитается перешедшей лишь по отношенію сторонъ другъ къ другу, т. е. стороны трактуются юридически такъ, какъ будто она перешла, и не понятно, почему бы право, признавъ развѣ дѣйствительнымъ то, что не дѣйствительно, не игнорировать препятствія, вытекающаго изъ неимѣнія продавцомъ права собственности на проданную вещь. Въдѣ договоръ купли не направленъ вообще на передачу права собственности; не подлежитъ же сомнѣнію, что гибель, послѣ врученія, проданной чужой вещи не освобождаетъ покупателя (§ 143 прим. 4). Что касается меня, то я считаю разсматриваемый здѣсь вопросъ не безспорнымъ. Впрочемъ Йерингъ ограничиваетъ выставленное имъ положеніе въ такомъ видѣ, что практическое различіе между его воззрѣніемъ и излагаемымъ здѣсь сильно уменьшается. Йерингъ исключаетъ именно случаи, въ которыхъ продавецъ имѣетъ на проданную вещь *bonae fidei possessio* или право требованія. Въ этихъ, следовательно, случаяхъ несетъ конечно рискъ покупатель. Такъ какъ, по моему воззрѣнію, покупатель не несетъ риска при *dolus* продавца (прим. 16), то расходятся между собою лишь тѣ случаи, въ которыхъ, съ одной стороны, продавецъ знаетъ, что онъ продаетъ чужую вещь, а съ другой имѣетъ основаніе, рассчитывать на возможность доставленія вещи, думать, что непоказаніе вещи чужою не будутъ нечестностью, или въ которыхъ онъ продаетъ вещь прямо какъ чужую, при чемъ сдѣлка не подходитъ подъ указанный въ а) и б) категоріи. Ср. Йерингъ въ указ. и. стр. 466—467. Если же Йерингъ ссылается, относительно этихъ случаевъ, на нарушение, заключающееся въ томъ, что продавецъ извлекаетъ себѣ выгоду изъ чужаго имущества, то я вполне раздѣляю его мнѣніе о противозаконности такого результата, но думаю, что правильный путь избѣгнуть оной будетъ не отказъ продавцу въ требованіи продажной цѣны, а возложеніе на него обязанности выдать собственнику вырученныя деньги. Эта обязанность, какъ справедливо замѣчаетъ Йерингъ стр. 467, вытекаетъ не изъ положеній о *commodum*, а изъ положеній объ обогащеніи безъ основанія, см. § 174 прим. 4 (Вангеровъ III § 635 прим. иг. IV въ 7 изд.).

¹⁶ L. 21 pr. D. de evic. 21. 2, l. 30 § 1 D. de A. E. V. 19. 1. По этимъ мѣстамъ завѣдомая продажа чужой вещи порождаетъ противъ покупателя требованіе, которое, въ силу l. 21 pr. cit., не исключается и позднѣйшей гибелью вещи. Правда указанное мѣсто предполагаетъ гибель послѣ передачи, но смыслъ положенія, что рискъ несетъ покупатель, состоитъ именно въ томъ, что одно соглашеніе между сторонами о продажѣ должно произвести то дѣйствіе, которое само по себѣ можно было бы приписывать одной традиціи (l. 5 § 2 D. de resc. vend. 18. 5: «perinde habenda est venditio ac si iraditus fuisset», l. 15 D. de J. D. 23. 3: «perinde pretium aufert, ac si tradidisset»).

¹⁷ Съ случаемъ многократной продажи занимается преимущественно упомянутый въ предыдущемъ примѣчаніи трактатъ Йеринга. Прежде всего должно съ Йерингомъ согласиться въ томъ, что продавецъ не можетъ требовать покупной цѣны отъ обоихъ покупателей. L. 21 D. de H. g. A. V. 18. 4 (Йерингъ стр. 453 слѣд.) онъ говоритъ, что онъ можетъ требовать, и противъ такого требованія говоритъ присущая договору купли *bona fides*, которая запрещаетъ получать на одну и ту же вещь двойной эквива-

зломъ умыслѣ предъ вторымъ покупщикомъ, послѣдній также не несетъ риска ¹⁸.

вв. *Ответственность продавца за эвикцію* *.

§ 144. Продавецъ ответственъ за эвикцію ¹; это значитъ: онъ ответственъ предъ покупщикомъ, если вслѣдствіе недостатка въ самомъ переданномъ ему правѣ онъ будетъ лишенъ фактическаго владѣнія проданною ему вещью ².

лентъ, какъ это положительно и признано въ I. 19 § 9 D. loc. 19. 2. (Основаніе Йеринга, согласно съ его возрѣніемъ вообще, то, что продавецъ, получивъ разъ покупную цѣну, не имѣетъ уже убытка. Вопросъ же о томъ, который изъ нѣсколькихъ покупателей долженъ уплатить покупныя деньги, есть вопросъ совершенно другой. Йерингъ предоставляеть выборъ покупщику, хотя онъ признается, что это право выбора имѣетъ въ себѣ «что то скандальное». Данное въ текстѣ разрѣшеніе оправдывается такимъ образомъ. Продавецъ не можетъ, конечно, послѣ вторичной продажи ссылаться предъ первымъ покупщикомъ на заключенный съ нимъ договоръ, если во второй продажѣ заключается *dolus* противъ перваго покупщика. Но онъ не можетъ это дѣлать и тогда, когда онъ и безъ *dolus* а продалъ во второй разъ, имѣя основаніе думать, что первый покупщикъ освободитъ его, или ошибочно принимая, что первый договоръ не дѣйствителенъ: ссылка на заключенный имъ договоръ, который онъ самъ считалъ какъ бы незаконченнымъ, была бы противъ *bonae fidei*. На томъ же основаніи не можетъ онъ и предъ вторымъ покупщикомъ ссылаться на заключенный съ нимъ договоръ, если онъ передалъ вещь первому покупщику. Въ первомъ изданіи я наоборотъ возложила страхъ на перваго покупщика, не сообразивъ надлежащимъ образомъ того, что пріятіе перехода купленной вещи въ имущество покупщика имѣетъ лишь относительное значеніе для сторонъ. II Гузь *Jahrb. f. Dogm.* IX стр. 208 (ср. прим. 3) рѣшаетъ въ принципѣ противъ перваго покупщика, хотя онъ въ результатѣ заступаетъ возрѣніе Йеринга по существу. (Въ результатѣ сходится съ Йерингомъ и Ваугеровъ III § 365 п. IV въ 7 изд. Гофманъ въ указ. м. стр. 137 слѣд. напротивъ возлагаетъ рискъ на перваго покупщика).

¹⁸ См. прим. 16.

* *Dig. 21. 2 de evictionibus et duplae stipulatione. Cod. 8. 45 de evictionibus.* § 144.

К. О. Мюллеръ *die Lehre des römischen Rechtes von der Eviction*, 1 ч. (1851 не окончено). Фуксъ *die Lehre von der Litidenunciation* стр. 12—52 (1855. Сочиненіе это напечатано также въ *Arch. f. prakt. R. W.* II. 15 и III. 1). Беккеръ *Zur Lehre von der Evictionsleistung*, *Jahrb. d. gem. R.* IV стр. 229—336 (1863). Глюкъ XX стр. 169—433; Унтергольцнеръ I стр. 288—302, Синенисъ II стр. 622—634, Ваугеровъ III § 610 прим. 1—5.

¹ Римское выраженіе есть *evictio*. Оно яснѣе выражаетъ мысль, чѣмъ нѣмецкое, которое означаетъ лишь то, что владѣніе отнято у покупщика, между тѣмъ какъ латинское выраженіе означаетъ и о итіе владѣнія вслѣдствіе лучшаго (по суду доказаннаго) права другаго. Большинство пишетъ нѣмецкое выраженіе «*Entwährung*», но не справедливо; см. словарь Гримма подъ словами *Entwehung* и *Entwährung*. Слово «*Entwehren*» имѣетъ одинаковое происхожденіе съ словомъ «*Gewere*» (ahd. *werian*, mhd. *wern*, вести во владѣніе); *entwähren* объясняетъ сказанный словарь «*irritum facere*, не исполнять, въ противоположность къ *wären*, *ratum habere*, *praestare*». «Довольно было уже говорено, что нужно различать *wern* и *wern*, а слѣдовательно и *entwähn* и *entwehren*». Юридическое словоупотребленіе смѣшиваетъ повсюду *entwehren* (лишить владѣнія) и *entwähren* (не исполнять).

² Продавецъ долженъ доставитъ покупщику не только мгновенное владѣніе (*Haben*), но и «*praestare emptori rem habere licere*», ср. напр. I. 8 D. h. t., l. 30 § 1 D. de E. V. 19. 1 Но говорится также *evictionem praestare*, отвѣчать за то, чтобы эвикція не

1. Покупщикъ долженъ быть лишенъ фактическаго владѣнія вещью *вслѣдствіе недостатка въ правѣ*. За потерю владѣнія по другому основанію продавецъ не отвѣчаетъ, хотя бы и существовалъ порокъ въ правѣ; такъ напр. если вещь погибла ⁴, или отнята у покупателя по распоряженію государственной власти ^{4a}, или отнята у него насильно ⁵ или если она была покинута покупщикомъ ⁶. Что основаніемъ къ лишенію владѣнія послужилъ порокъ въ правѣ, считается доказаннымъ, если порокъ этотъ признанъ судебнымъ рѣшеніемъ, и владѣніе присуждено, вслѣдствіе сего, противнику ⁷. Впрочемъ, продавцу предоставляется доказывать неправильность рѣшенія ⁸, или, что таковое состоялось по небрежному веденію процесса покупщикомъ ⁹. Съ другой стороны не необходимо, чтобы недостатокъ правъ былъ прямо констатированъ судебнымъ рѣшеніемъ. Покупщикъ можетъ, и при добровольной выдачѣ вещи, обезпечить себѣ право на вознагражденіе, доказавъ, что, при несомнѣнности права третьяго лица, споръ былъ бы совершенно излишенъ ¹⁰. Къ старательному веденію процесса, ко-

наступила (напр. l. 10 D. de A. E. V. 19. 1, l. 1 C. h. t.), какъ и *diligentiam praestare* и *culpam praestare* (§ 18 прим. 2).

³ У римлянъ было въ обычаѣ, что при болѣе цѣнныхъ предметахъ продавецъ, по особой стипуляціи, обѣщавъ покупщику двойную противъ цѣны сумму на случай эвикціи. Обѣщаніе это было даже такъ общепотребительно, что покупщикамъ признавали право требовать такового дополнительно, если оно не было выговорено при заключеніи договора купли, l. 37 pr. § 1 l. 2 D. h. t., l. 11 § 8—9 D. de A. E. V. 19. 1, ср. l. 31 § 20 D. de aed. ed. 21. 1. Ученіе объ эвикціи излагается въ нашихъ источникахъ преимущественно въ отношеніи къ этой *duplae stipulatio*. Ср. о послѣдней Мюллеръ § 8—13; также ср. Сальписъ *Novation und Delegation* стр. 225—231.

⁴ L. 21 pr. § 1 l. 64 § 2 D. l. 26 C. h. t.; ср. l. 21 § 3 D. h. t.

^{4a} L. 11 pr. D. h. t. Но иначе бываетъ, когда распоряженіе государственной власти послѣдовало на основаніи недостатка въ переданномъ покупщику правѣ. Беккеръ стр. 279 слѣд. (*Zu Zeyffert Arch. X. 244*). Къ l. 11 pr. *cit* Ср. и Мейеръ *Expropriation* (§ 141 прим. 2) стр. 61.

⁵ L. 17 C. de A. E. V. 4. 49. Какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда самъ продавецъ отнимаетъ своевластно вещь у покупателя? Что и въ этомъ случаѣ не имѣетъ основанія *actio emti* признавъ рюштокскій об. ашед. судъ у Зейфферта *Arch. IX. 27*.

⁶ L. 76 D. h. t. Ср. l. 25. 26 (Моммзенъ *Beiträge II* стр. 15 прим. 11), l. 51 § 2 eod.

⁷ На этотъ случай расчитано выраженіе *evictio*. Не имѣетъ значенія то, проигралъ ли покупатель процессъ въ качествѣ истца или отвѣтника. См. ниже подъ num. 3.

⁸ L. 51 pr. D. l. 8. i. f. l. 15 C. h. t., l. 1 C. de rer. perm. 4. 64; *Vat. fr.* § 8. 10.

⁹ L. 55 pr. l. 63 § 1. 2. D. l. 8 i. f. c. h. t., l. 29 § 1 l. 66 pr. D. l. 19 C. h. t. Ср. Зейфф. *Arch. I. 51*.

¹⁰ Это признается не всеми, причѣмъ ссылаются на l. 56 § 1 l. 17 C. h. t. Но см. l. 29 pr. D. h. t., l. 11 § 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 13 § 13 eod. Беккеръ въ указ. м. стр. 288 слѣд., Фуксъ въ указ. м. стр. 29 слѣд., Либе *R. Lex. IV* стр. 813, Сивтенисъ стр. 632 прим. 17, Келлеръ стр. 623; Зейфф. *Arch. XVI. 37*. (Противъ дѣлаемаго при этомъ нѣкоторыми изъ означенныхъ писателей различія между требованіемъ изъ *duplae stipulatio* и *actio emti* см. l. 11 § 12 *cit*). Покупщикъ обя-

имъ обусловливается право покупателя на вознагражденіе, относится и заявленіе продавца о заявленномъ спорѣ для того, чтобы онъ при процессѣ могъ поддерживать покупателя ¹¹. Впрочемъ, отсутствіе заявленія лишаетъ послѣдняго права на вознагражденіе тогда только, когда продавецъ можетъ доказать, что онъ въ состояніи былъ дать процесу другой оборотъ ¹².

2. Порокъ права долженъ имѣть свое основаніе въ недостаточномъ исполненіи обязательства продавцомъ ¹³. Поэтому послѣдній не отвѣтственъ, если покупательъ лишился вещи вслѣдствіе завладѣнія оной третьимъ лицомъ уже послѣ продажи, или въ силу вознагражденія, вытекающаго изъ лица покупателя ¹⁴. Но продавецъ, не смотря на то, что порокъ права имѣть свое основаніе въ недостаточномъ исполненіи имъ обязательства, не несетъ отвѣтственности въ томъ случаѣ, когда самъ покупательъ виновенъ въ неустраненіи этого недостатка ¹⁵.

3. Лишеніе фактическаго владѣнія вещью должно быть слѣдствіемъ порочности права ¹⁶. При этомъ безразлично, послѣдовало-

занъ доказательства свои представить относительно продавца; недостаточно ссылки на послѣдовавшее по спору съ третьимъ лицомъ рѣшеніе, въ силу котораго вещь отуждена отъ покупателя, l. 56 § 1. D. h. t.—Ср. еще l. 19 § 3 D. de nog. gest. 3. 5.

¹¹ Покупщикъ обязанъ «*litē dementiare*» продавцу. (Такое же значеніе имѣть «*auctorem laudare*», l. 63 § 1 D. h. t.). L. 53 § 1 D. l. 8. 20 C. h. t., l. 49 l. 62 § 1 D. l. 7. 9. 17. 23. 29 C. h. t. Форма заявленія безразлична: въ настоящее время заявленіе дѣлается обыкновенно чрезъ судъ, разбирающій главное дѣло. Ветцель *Civilproc.* стр. 42, Вайеръ *Verträge* стр. 146. 148. Заявленіе должно дѣлать такъ своевременно, чтобы продавецъ имѣлъ возможность принимать всѣ имѣющіяся у него юридическія средства въ пользу покупателя. L. 29 § 1 D. h. t., l. 29 § 3 D. de leg. III^o 32. Ветцель стр. 41 прим. 28. Упущеніе заявленія безвредно, если продавецъ отказался отъ него, или если оно не можетъ быть сдѣлано по препятствію въ его лицѣ, l. 63 пр. l. 55 § 1 l. 56 § 5. 6. D. h. t., l. 29 C. h. t.—Поменованное подъ * сочиненіе Фукса трактуеть о *litisdenuntiatio* преимущественно съ процессуальной стороны.

¹² Противъ абсолютной необходимости денунціаціи говорить, кромѣ l. 53 § 1 D. h. t. («*idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset*»), то въ особенности, что покупательъ вообще не обязанъ безусловно вести процессъ (прим. 10). См. Дербургъ *Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. N. F.* II стр. 24 слѣд., Фуксъ стр. 31 слѣд., Беккеръ стр. 292 слѣд., и цитированныхъ у нихъ писателей; Зейфф. *Arch.* XVI. 37. Но господствующее мнѣніе требуетъ отъ покупателя, въ случаѣ упущенія имъ заявленія, доказательства по крайней мѣрѣ того, что продавецъ не могъ бы предотвратить потерю процесса. Я и это считаю неосновательнымъ. Упущеніе заявленія констатируетъ ничто больше, какъ небрежность въ веденіи процесса со стороны покупателя; существованіе же между этой небрежностью и потерей процесса причинной связи долженъ доказать тотъ, кто ссылается на эту связь, т. е. продавецъ.

¹³ L. 1. C. de peric. 4. 48, l. 11 пр. D. h. t.

¹⁴ L. 27. 28 D. h. t.

¹⁵ L. 56 § 3 D. h. t. «*Si cum possit usucapere emtor, non cepit, culpa sua hoc fecissa videtur; unde si evictus est servus, non tenetur veuditor*».

¹⁶ L. 21 § 1 l. 35. D. h. t., l. 57 пр. eod. (Продавецъ не отвѣтственъ, если по-

ли лишеніе такимъ образомъ, что у покупателя отнято владніе, или что для него сдѣлалось невозможнымъ приобрѣтеніе владнія вновь¹⁷. Равносленъ лишенію владнія тотъ случай, когда покупатель, для сохраненія владнія или приобрѣтенія владнія или приобрѣтенія онаго вновь, долженъ былъ сдѣлать какіе-нибудь расходы¹⁸. Родъ права, въ силу котораго покупатель лишается владнія вещью, безразличенъ. Право это можетъ быть¹⁹: собственностью²⁰, сервитутомъ²¹, эмфитезисомъ²², суперфициемъ²³, закладнымъ правомъ²⁴, даже личнымъ требованіемъ, какъ напримѣръ, требованіемъ о раздѣлѣ²⁵, искомъ объ убыткахъ (*noxalis actio*)²⁶, требованіемъ о возстановленіи прежняго состоянія²⁷, слѣдовательно и требованіе о возвращеніи владнія²⁸. Осуществленіе сервитута такого ро-

купчикъ хотя и былъ обвиненъ, но выигравшая сторона умираетъ безъ преемниковъ, такъ что рѣшеніе не доходитъ до исполненія).

¹⁷ L. 16 § 1 D. h. t. «*Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est*». Ср. l. 29 § 1 D. h. t.

¹⁸ L. 16 § 1. Cit — «*vel damnatus est litis aestimatione*». L. 21 § 2 eod. — «*neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emtione, i. e. litis aestimatione, emtori habere licet, non ex pristina*». L. 29 pr. eod. (прим. 10). Мюллеръ стр. 96 слѣд.

¹⁹ Ср. къ слѣдующему Мюллеръ § 17 — 21.

²⁰ См. наур. l. 34 § 2 D. h. t., ср. l. 102 D. de V. O. 45. 4. Съ собственностью сравнена *bonae fidei possessio*.

²¹ L. 66 pr. D. de contr. emt. 18. 1, l. 49 l. 61 § 2 D. h. t.

²² Эти оба права случайно не упоминаются въ источникахъ.

²³ L. 34 § 2 l. 35 l. 63 § 1 D. h. t.

²⁴ L. 34 § 1 D. h. t.

²⁵ L. 11 § 12 D. de A. E. V. 19. 4; ср. l. 45 § 1 D. de leg. 1^o 30.

²⁶ L. 39 pr. l. 66 § 1 D. h. t.

²⁷ Въ этомъ случаѣ не имѣлъ впрочемъ основанія искъ изъ *duplae stipulatio*. L. 11 § 13 l. 35 D. de A. E. V. 19. 1. l. 38 § 3 D. de V. D. 45. 1 не относится сюда (ср. l. 66 pr. D. h. t.). Мюллеръ § 21, Беккеръ стр. 266 — 268.

²⁸ Ни иска объ эвкциіи, ни иска о недостаткѣ въ вещи (не говоря естественно о случаѣ *dolus'a* и положительнаго увѣренія въ свободности имущества, l. 59 D. de contr. emt. 18. 9, l. 75 D. h. t. (ср. къ этому l. 90 l. 169 D. de V. S. 50. 16), l. 1 § 1 D. de A. E. V. 49. 1, l. 69 § 5 D. h. t.). Впрочемъ на счетъ послѣдняго существуетъ старый споръ, причѣмъ нѣкоторые допускаютъ *actio quanti minoris* и при отсутствіи *dolus'a* и завѣренія продавца (см. въ особенности Нейштетель въ его и Циммерна *rom. = rechtl. Unt. rsuchungen*. Стр. 216 слѣд., Гестердингъ *Ausbeute VI* стр. 174 слѣд.), хотя въ новѣйшее время стремится, сдѣлаться господствующимъ изложеніе въ текстѣ воззрѣніе; см. за него Мюллеръ стр. 196 слѣд., Г. Келлеръ въ *Jahrbuch Seely III* стр. 97 слѣд., Вангеровъ § 110 прим. 3; также Беккеръ стр. 265. 278. 279 клонится къ нему. Доказательства въ пользу этого мнѣнія заключаются въ l. 59 D. de contr. emt. 18. 1 и l. 75 D. h. t. (Сомнительно, относится ли сюда и l. 66 pr. D. de contr. emt.), — мѣста, въ виду которыхъ не могутъ быть приняты въ соображеніе l. 61 D. de aed. ed. 21. 1 и l. 15 § 1 D. h. t., трактующія лишь о содержаніи, а не объ условіяхъ иска по поводу оспариванія у продавца сервитута. Римское право исходитъ изъ того, что обремененіе поземельнаго иму-

да, вслѣдствіе котораго покупатель не лишается владѣнія вещью, не даетъ ему права иска ²⁹. Съ другой стороны эвикція имѣеть мѣсто, будетъ ли покупатель лишенъ владѣнія всею вещью, или только частью оной ²⁹, или же какою-нибудь принадлежностью ея ³⁰.

4. Если владѣніе вещью отнимается не у самаго покупателя, а у того, которому онъ отъ себя отчудилъ вещь, то это порождаетъ право эвикціи и для покупателя, если послѣдній имѣеть юридическій интересъ въ сохраненіи вещи за третьимъ лицомъ ³¹.

5. Содержаніе иска объ эвикціи ³², составляетъ уплата интереса, который покупатель имѣеть въ томъ, чтобъ эвикція не совершилась ³³; интересъ опредѣляется по соображенію съ време-

щества служебностями есть что-то столь обыкновенное, что покупатель долженъ быть приготовленъ къ нимъ; если же онъ хочеть имѣть по нимъ искъ о вознагражденіи, то онъ долженъ это особенно выговорить себѣ. И относительно обязательныхъ повинностей дѣлается различіе, могъ ли покупатель ихъ предвидѣть, или нѣтъ, l. 21 § 1 l. 41 D. de A. E. V. 19. 1, ср. l. 13 § 6 eod., l. 9 C. eod. 4. 49. Беккеръ стр. 276—279. Практика волебастя. Зейфф. Arch. III. 314, VII. 163, XI. 28. 221 pr. I. 222, XII. 258, XIV. 127. 217.

²⁹ Идеальная доля: l. 11. 39 § 2 D. h. t. Тѣлесная часть: l. 1. 1. 64 § 3 D. h. t. Составная часть: l. 23 § 1 D. de usurp. 41. 3. Впрочемъ въ послѣднемъ случаѣ не допускался искъ изъ duplae stipulatio; не допускался ли онъ и въ первомъ изъ поименованныхъ случаевъ, это сомнительно. L. 56 § 2 l. 64 pr. — § 2 D. h. t. Беккеръ стр. 268.

³⁰ L. 8. D. h. t. По duplae stipulatione гералась и въ этомъ случаѣ l. 42. 43. D. h. t.

³¹ Наприм. покупатель продалъ вещь, l. 39 § 1 l. 61 D. h. t. (о l. 33 D. h. t. ср. съ Мюллеромъ стр. 115 слѣд. Беккеръ стр. 234); онъ далъ ее въ приданое въ качествѣ жены или отца жены, l. 22 § 1 D. h. t., l. 75 D. de J. D. 23. 3, l. 71 D. h. t. Ср. къ l. 71 cit. § 3 прим. 3, о случаѣ же назначенія приданого вообще Мюллеръ стр. 137 слѣд., Вехманъ *göm. Dotatrecht* I стр. 134 слѣд. Иначе, когда подарилъ вещь, l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1.

³² Беккеръ въ указ. м. стр. 231 слѣд. спорить съ большою оживленностью за безспорно-вѣрное положеніе, что какъ по случаю эвикціи есть ничто иное, какъ искъ объ исполненіи, иначе вознагражденіе интереса за неисполненіе; эвикціей поражается не столько новое требованіе, сколько указывается, что требованіе, возникшее для покупателя изъ купли, не исполнено. Если же Беккеръ развиваетъ эту мысль въ томъ смыслѣ, что эвикціей обнаруживается, что доставленное продавцомъ *tradere* есть лишь «кажущееся исполненіе», то возрѣніе это мнѣ кажется не очень удачнымъ и доказаннымъ въ виду прямого смысла l. 3 pr. D. de A. E. V. (относится ли сюда и l. 33 D. h. t., это безразлично). Конечно, при обязательствахъ, направленныхъ на передачу собственности, *tradere*, не доставляющее собственности, есть лишь кажущееся исполненіе; продавецъ напротивъ обязанъ только доказать, что покупатель фактически имѣеть вещь, а это обязательство онъ исполняетъ чрезъ *tradere* не фиктивно, а дѣйствительно, конечно мгновенно лишь, а не на будущее время.

³³ L. 8 D. l. 23. 25. 29 C. h. t. Зейфф. Arch. V. 122. Что предмѣтъ иска составляетъ не возвращеніе покупной цѣны, какъ таковое, говорятъ положительно l. 60 l. 66 § 3 l. 70 D. l. 23 C. h. t. Ср. впрочемъ Зейффертъ Arch. V. 122. 268; къ этому Беккеръ стр. 321. Равнымъ образомъ недостаточно одного новаго доставленія продавцомъ вещи, если интересъ покупателя идетъ дальше, l. 67 D. h. t. Возмѣщеніе издержекъ: l. 9 l. 16 C. l. 43. 44. 45. pr. § 1. D. de A. E. V. 19. 1. Возмѣщеніе

немъ эвикціи³⁴, приче́мъ вычитывается то, что покупательъ извлекъ отъ вещи³⁵. При эвикціи части вещи, интересъ слѣдуетъ опредѣлить по соображенію особенной стоимости этой именно части³⁶. Если покупательъ лишается одной изъ нѣсколькихъ проданныхъ ему вещей, то онъ долженъ быть вознагражденъ за эту вещь, безъ права покупателя ссылаться на большую цѣнность оставшихся еще у покупателя вещей³⁷. При покупкѣ вещей, генерически опредѣленныхъ, покупательъ можетъ, по собственному выбору, требовать или уплаты интереса, или доставленія другой вещи^{37а}.

6. Искъ объ эвикціи не имѣетъ мѣста, если покупательъ отказался отъ права на него³⁸, или если онъ при продажѣ зналъ о не-

убытковъ: l. 17 C. h. t. (въ частности возмѣщеніе расходовъ по процессу объ эвикціи: Беккеръ стр. 309). Ограниченіе требованія интереса двойной цѣнной вещи по общему правилу l. un. C. de sentent. quae pro eo 7. 47 (§ 10 прим. 9) и по l. 44. D. de A. E. V. 19. 1. Особенное право продажи вслѣдствіе судебного залога: l. 74 § 1 D. h. t. (Ср. I § 233 прим. 3 и 4), — Зейфф. Arch. V. 122. 267. 268. 269 (XXI. 219. 220, см. также XXII. 126).

³⁴ L. 45 pr D de A. E. V. 19. 1. l. 66 § 3 l. 70 D. h. t. Ср. Беккеръ стр. 308, Сийтениусъ прим. 168. Напротивъ при duplae stipulatio не обращалось вниманія на позднѣйшее ухудшеніе или улучшеніе купленной вещи, l. 64 pr. l. 13 D. h. t. (Конечно сюда не относятся l. 64 § 1. 2. l. 15 D. eod. Беккеръ стр. 273. 309). Примѣнно ли это римское начало и теперь, если обѣщана опредѣленная сумма за вознагражденіе убытковъ на случай эвикціи? Утвердительно отвѣчаетъ на это Арндтсъ § 303 къ прим. 9, Сийтениусъ стр. 625. 626. O l. 64 § 1. 2 cit. см. еще Беккеръ стр. 274—276, Вангеровъ § 610 прим. 1 и цитированныхъ тамъ.

³⁵ L. 16 C. h. t., ср. l. 74 § 1 D. h. t.

³⁶ L. 1 l. 45 D. h. t. И при duplae stipulatio та часть dupla, которая подлежала доставленію, рассчитывалась по соображенію особенной цѣнности отсужденной части (l. 64 § 3 D. h. t.), исключая однако же того случая, когда цѣна была опредѣлена не огульной суммой, а по столько то за каждую единицу мѣры (l. 53 pr. eod.).

³⁷ L. 47 l. 72 D. h. t. l. 42 D. de A. E. V. 19 1 не можетъ быть отнесена сюда; она говоритъ лишь, что если при продажѣ одной вещи оказывается недочетъ въ обѣщанномъ количествѣ, то должно обращать вниманіе на то, почему другая превышаетъ обѣщанное количество.

^{37а} Покупщикъ можетъ, съ одной стороны, держаться заявленія продавца о томъ, что онъ, покупательъ, долженъ получить эту опредѣленную вещь; но онъ можетъ, съ другой стороны, остановиться на томъ, что требованіе его не исполнено, и требовать по нему исполненія онаго по его первоначальному содержанію. Выборъ этотъ принадлежитъ ему по современному праву, тогда какъ по римскому праву онъ безъ сомнѣнія былъ ограниченъ второй альтернативой. Въ частности вопросъ заключается въ слѣдующемъ: было ли по римскому праву изъясненіе воли о передачѣ опредѣленной вещи столько же обязательно для покупателя, какъ по современному праву. Не обязательно было изъясненіе воли обязаннаго къ доставленію собственности (см. § 95 прим. а б), и не понятно, почему бы могло дѣлать различіе особенное содержаніе лежащей на продавцѣ обязанности.

³⁸ Такъ назыв. pactum de non praestando eviccionis. L. 21 C. l. 69 pr. D. h. t. Но такой уговоръ не полагаетъ злостному продавцу L. 6 § 9 l. 11 § 15. 18. D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 § 5 D. h. t. Ср. Зейффертъ Arch. XVII. 24. За симъ: не должно ли въ случаѣ сомнѣнія понимать такой договоръ въ томъ смыслѣ, что продавецъ не можетъ быть принужденъ къ уплатѣ покупщику его интереса, но во всякомъ

достаточности права продавца³⁹; далѣе при продажахъ, совершаемыхъ во время игры для продолженія оной⁴⁰.

§ 145. Обязанность вознаградить за эвикцію встрѣчается не при одномъ только договорѣ купли - продажи; она имѣетъ мѣсто во всехъ случаяхъ, въ которыхъ кто-либо обязывается доставить собственность или другое право на вещь, въ силу котораго можно требовать и владѣнія вещью¹. Только обязанность должника не ограничивается здѣсь случаемъ эвикціи, а отвѣтственность его возникаетъ, коль скоро онъ не доставилъ обѣщаннаго права или доставилъ не такъ, чтобы въ силу онаго возможно было владѣніе и сохраненіе вещи². Отвѣтственность за одну только эвикцію встрѣчается единственно при куплѣ-продажѣ³. Этимъ оправдывается помѣщеніе ученія объ эвикціи въ этомъ отдѣлѣ⁴.

случаѣ обязанъ возратить покупную цѣну? Объ этомъ вопросѣ трактуетъ l. 11 § 18 cit. Господствующее теперь воззрѣніе на это мѣсто состоитъ въ отрицаніи предложеннаго вопроса. Ср. въ особенности Вангеровъ § 610 прим. 4; съ др. стороны Пухта Vorleso къ § 362.

³⁹ L. 18. 27. C. h. t., l. 7 C. comm. utr. ind. 3. 38. Отдѣльные опредѣленія въ l. 3 § 4 C. comm. de leg. 6. 43 и Nor. 7. c. 5. Вангеровъ § 610 прим. 5. Зейфф. Arch. VII. 297, IX. 278.

⁴⁰ L. 2 § 1 D. quar. ver. actio 44. 5

¹ Напр. l. 58 D. h. t. 21. 2, l. 29 § 3 D. de leg. III^o 32.

§ 145.

² См. § 94 прим. 4а—6.—Беккеръ стр. 258. 265 того мнѣнія, что обязанность къ доставленію собственности не всегда, или по крайней мѣрѣ не во всякомъ отношеніи, имѣетъ своимъ необходимымъ содержаніемъ доставленіе кредитору собственности, которая давала бы ему и habere licere. Онъ ссылается на l. 2 D. de rer. perm. 19. 4. Но изъ этого мѣста можетъ имѣть значеніе лишь <furtis nexisque solutum> 46. 3; l. же 72 § 5 D. de solut. 46. 3 доказывается, что обязанный къ dare раба не исполняетъ своей обязанности, доставляя servus poudum poxa solutus.

³ Не встрѣчается ли это и при сдѣлкахъ, аналогичныхъ куплѣ (l. 15 D. quib. ex caus. in pr. 42. 4, l. 4 § 31 D. de doli exc. 44. 4)? Въ источникахъ положительно признано, что при мнѣ стороны отвѣчаютъ за доставленіе собственности (§ 151 прим. 4). Что касается исполненія вмѣсто платежа, то см. § 95 прим. 14. Какъ будетъ при раз'ѣлѣ? Объ отвѣтственности за эвикцію говорятъ l. 66 § 3 D. h. t., l. 14 C. fam. erg. 3. 36, l. 7 C. comm. div. 3. 37. Однако же позволительно примѣнять положе- нія мнѣ въ случаяхъ, гдѣ за спорную вещь даны не деньги, а другая вещь, ср. l. 20 § 3 i. f. D. fam. erg. 10. 2, l. 77 § 18 D. de leg. 11^o — 31. Нѣтъ ли отвѣтственности за эвикцію и изъ договора найма? За отвѣтственность—Беккеръ стр. 243 слѣд.; противъ—Мюллеръ стр. 123 слѣд. Не подлежитъ сомнѣнію, что хозяинъ вещи обязанъ лишь къ доставленію употребленія вещи; но можно ли сказать, что наемщикъ <evictionem patitur>, если третье лицо лишаетъ его владѣнія вещью? L. 19 pr. D. loc. 19. 2 ничего не говоритъ въ пользу этого; evictio, о которой говорить это мѣсто, можно удобно понимать объ эвикціи со стороны хозяина вещи.

⁴ Другіе помѣщаютъ его въ общей части ученія объ обязательствахъ, и безъ того достаточно преполненной; см. напр. Унтергольцнеръ, Зейффертъ, Вангеровъ. И Беккеръ трактуетъ о немъ, какъ объ общемъ ученіи.

сс. Ответственность продавца за свойство вещи.

аа. За недостатки*.

§ 146. За недостатки купленной вещи продавец отвечает¹: 1) если онъ увѣрялъ въ отсутствіи таковых²; 2) если онъ зналъ ихъ и преднамѣренно умалчалъ о семъ³; 3) когда онъ самъ не зналъ ихъ онъ отвѣтствуетъ только тогда⁴, когда они такъ значительны, что

* Dig. 21. 1. de aedilicio edicto et redhibitoria et quanti minoris. Cod. 4. 58 de aediliciis actionibus.— Нейштетель въ его и Циммерна гѳм. — rechtl. Untersuchungen Nr. 9 (1821). Унтергольцнеръ Arch. f. civ. Pr. VI. 3 (1823). Гестердингъ Ausbeute von Nachforschungen VI. 2. Nr. 1 (1838); напечатано вновь съ незначительными измѣненіями Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. VI. 1. Г. Келлеръ въ Jahrb. Sees III. 4 (1844). Гофманъ Arch. f. prakt. RW. IV. Стр. 177—199 (въ особенности о постановленіяхъ нѣмецкихъ партикулярныхъ правъ). Глюкъ XX. Стр. 1—168; Унтергольцнеръ II стр. 263 — 279, Сянтенисъ II стр. 606 — 622, Вангеровъ III § 609 прим. 1. 2, Тель Handelsr. I § 82 — 85

§ 146. ¹ Ответственность продавца за недостатки купленной вещи основывается, что ка-сается римскаго права: а) на постановленіяхъ jus civile; б) на положеніяхъ эдикта курульскихъ эдиновъ. По ius civile продавецъ не отвѣтствовалъ, если онъ не умалчалъ умышленно о недостаткахъ, или если онъ положительно не объявлялъ отсутствіе оныхъ; эдильскій эдиктъ обернулъ правило, говоря, что продавецъ отвѣтствуетъ всегда за недостатки, если онъ положительно не указалъ покупщику ихъ присутствія (l. 1 § 1 l. 38 pr. D. h. t.). Правда, эдильскій эдиктъ относился лишь къ продажѣ рабовъ и скота (pecus); но юриспруденція распространила его на другія тѣлесныя вещи (l. 1 pr. l. 48 § 6 l. 49 l. 63 D. i. 4 C. h. t.). Объ и противъ уклоняющагося воззрѣнія, которое въ этомъ отношеніи построилъ Гапсъ въ Arch. f. civ. Pr. II. 9, но которое осталось безъ послѣдователей, см. Тибо тамъ же V. стр. 350 слѣд., Унтергольцнеръ Arch. стр. 76 слѣд 97 — 101, Келлеръ стр. 121 — 123, Вангеровъ стр. 327, о другомъ уклоняющемся взглядѣ Буша см. ниже прим. 4. Если въ l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1 (о l. 6 § 4 eod. см. прим. 2 въ концѣ) дается actio emti на основаніи лишь наличности не указанныхъ недостатковъ, то этимъ выражается лишь то, что съ actio emti (на основаніи формуловой концепціи: quidquid parat N° N° A° A° dare facere oportere ex fide bona) можно осуществить и содержаніе эдильскаго права. Унтергольцнеръ Arch. стр. 109 слѣд., Келлеръ стр. 93 слѣд. 140 слѣд., Виндшейдъ Voraussetzung стр. 112 слѣд., Вангеровъ стр. 324 (7 изд. стр. 305), Сянтенисъ прим. 79 и 99, Шлиманъ Haftung des Cedenten стр. 132 — 136; др. мн. Нейштетель стр. 100 слѣд., см. также Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 185.

² Это естественно и по ius civile, l. 6 § 4 l. 13 § 3 D. de A. E. V. 19. 1. Но также по эдильскому эдикту, l. 1 § 1 l. 17 § 20 l. 18 pr. l. 38 § 10 l. 52 D. h. t. Въ расхваливаніи вещи съ цѣлью рекомендаціи не заключается еще принятіе гарантіи въ отсутствіи недостатковъ. L. 19 § 3 D. h. t. «Ea autem sela dicta sive promissa admittenda sunt, quae sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur». L. 19 § 1. 2 eod. Но продавецъ, завлекшій покупщика такимъ расхваливаніемъ, можетъ при извѣстныхъ условіяхъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за обманъ, l. 37 D. de dolo 4. 3. Ср. Зейффертъ Arch. XVIII. 237.—Объявленіе отсутствія недостатковъ можетъ быть даваемо и безмолвно. L. 6 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, ср. l. 19 § 1 D. loc. 19. 2. Зейфф. Arch. VII. 31 стр. 42; но ср. также XVI. 181.

³ Естественно, что такъ было уже по ius civile, ср. l. 11 § 5 l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 35 § 8 D. de contr. emt. 18. 1. Но и это постановленіе повторили эдиль, l. 1 § 1 i. f. D. h. t. Винновому въ зломъ умыслѣ не помогаютъ даже и договоръ о неответственности за недостатки вещи, l. 14 § 9 D. h. t.

⁴ Это эдильское нововведеніе L. 1 § 1 l. 38 pr. § 5 D. h. t. L. 1 § 2 eod.:

мѣшаютъ пользованію вещью ⁵, но не такъ явственны, что они должны были-бъ броситься въ глаза покупщику ⁶. Въ первыхъ двухъ случаяхъ продавецъ отвѣтствуетъ въ размѣрѣ интереса покупщика ⁷, при чемъ въ первомъ случаѣ покупщикъ можетъ, сверхъ того, требовать принятія вещи обратно, безъ необходимости доказать, что въ этомъ именно заключается его интересъ ⁸. Въ последнемъ случаѣ покупщикъ воленъ или требовать уменьшенія цѣны ⁹, или возвратитъ вещь ¹⁰; болѣе этого онъ не вправе

dummodo sciamus, venditorem etiamsi iguoravit ea, quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Безразлично, извинительно ли невѣдніе продавца, или нѣтъ. Бушъ Arch. f. civ. Pr. XXVI 9. выставилъ положеніе, что извинительное невѣдніе продавца освобождаетъ его во всѣхъ случаяхъ (торговля рабами и скотомъ) не предусмотрѣнныхъ букввальнымъ смысломъ эдикта; см. напротивъ Келлеръ въ Jahrb. Celsa III. 10, Вангеровъ стр. 328 (7 изд. стр. 308).

⁵ L. 1 § 8 l. 10 pr. D. h. t. Подробное изложеніе касательно рабовъ въ l. 4 § 6—l. 15 D. h. t., касательно животныхъ въ l. 38 § 3. 7—9 eod. *Animi vitia* принимались у рабовъ въ соображеніе тогда только, когда они принадлежали къ порокамъ, перечисленнымъ въ эдиктѣ, l. 1 § 9 — l. 4 § 4 l. 65 D. h. t. У животныхъ подъ *animi vitia* разумѣлись физическіе недостатки, l. 38 § 8. 9. l. 43 pr. D. h. t., ср. l. 4 § 3 eod. Унтергольднеръ Arch. стр. 70 прим. 27. Келлеръ стр. 127 слѣд. (противъ Нейштетеля стр. 233 слѣд.). Зейфф. Arch. V. 155, X. 29, XII. 137, XV. 115.

⁶ L. 14 § 10 D. h. t.: — «*ad eos enim morbos vitia que pertinere aedictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit*». L. 1 § 6 l. 48 § 4 eod. Масштабъ, которымъ измѣряли эти недостатки, былъ масштабомъ обыкновеннаго человека, а не знатока. Гестердингъ Arch. f. civ. Pr. IV. стр. 18 — 22, Тель стр. 482. Зейфф. Arch. V. 155, VII. 295, X. 29.

⁷ L. 6 § 4 l. 13 pr. § 4 — 3 D. de A. E. V. 19. 1. Интересъ покупщика можетъ заключаться и въ обратномъ полученіи продавцомъ вещи съ возвращеніемъ уплаченныхъ за нее денегъ, l. 11 § 3. 5 D. de A. E. V. 19. 1, ср. l. 43 § 6 D. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Келлеръ стр. 154 слѣд.

⁸ Покупщикъ можетъ «*redhibere*» rem (l. 21 pr. D. h. t.: «*Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio*»), онъ имѣетъ *actio redhibitoria*, въ силу правила эдильскаго эдикта, которое даетъ положительно это право на тотъ случай, когда купленная вещь не соответствуетъ «*dictum premissum*», l. 1 § 1 l. 18 pr. l. 38 § 10 D. h. t. Зейфф. Arch. XI. 222. Въ этомъ случаѣ имѣется и эдильскій искъ объ уменьшеніи цѣны (l. 18 pr. D. h. t.); но искъ этотъ не даетъ покупщику чего либо новаго, такъ какъ уменьшенія цѣны покупщикъ можетъ достигнуть и посредствомъ *actio emti*, направленный на уплату интереса. Въ эдильскомъ эдиктѣ предусмотрѣны и случай злаго умысла, но только словами: «*Nos amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur, indicium dabimus*» (l. 1 § 1 i. f. D. h. t.), безъ указанія того, что это *indicium* имѣетъ другое содержаніе, чѣмъ *actio emti* по *ius civile*. См. также l. 37 D. de dolo 4. 3. Нейштетель стр. 184. 199, Синтенсъ стр. 612 въ примѣчаніи.

⁹ *Actio aestimatoria* или *quanti minoris*.

¹⁰ Такой выборъ давалъ ему эдильскій эдиктъ. L. 19. pr. l. 38 pr. l. 43 § 6 D. h. t. l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Господствовавшее прежде мнѣніе, что *actio redhibitoria* имѣетъ мѣсто только при порокахъ въ сущственныхъ частяхъ, а не принадлежностяхъ, теперь оставлено. Противъ этого мнѣнія Фейербахъ *civilistiche Versuche* nr. 2, Нейштетель стр. 245 слѣд., Унтергольднеръ Arch. стр. 88. Можетъ ли

требовать¹¹. Искъ объ уменьшеніи цѣны погашается годовою давностью, а искъ объ обратномъ принятіи вещи шестимѣсячнымъ срокомъ, срокъ этотъ исчисляется полностью¹²; требованіе же объ уплатѣ интереса погашается общимъ давностнымъ срокомъ¹³.

§ 147. Къ сказанному должно замѣтить, въ частности, слѣдующее.

1. Искъ объ уменьшеніи цѣны направленъ именно на уменьшеніе покупной цѣны, т. е. условленной при покупкѣ суммы. Онъ не простирается на возмѣщеніе разницы, существующей, по объективной оцѣнкѣ, между купленной и полученной съ недостаткомъ вещи¹. При продажѣ нѣсколькихъ вещей за одну общую цѣну,

продавецъ избѣгнуть уничтоженія договора послѣдующимъ исправленіемъ недостатка? Отрицается это, для періода послѣ начатія спора, у Зейфф. Arch. XV. 116.

¹¹ Зейфф. Arch. IV. 25, X. 32. Здѣсь коренится различіе между эдильскою *actio quanti minoris* и *actio empti*, направленной на уменьшеніе цѣны. Первый искъ направленъ только на уменьшеніе цѣны, второй на уменьшеніе цѣны, потому что это именно уменьшеніе лежитъ въ интересѣ покупателя, могущаго требовать и всякаго другаго интереса, оправдываемаго въ данномъ случаѣ. Объ и противъ возрѣнія Нейштетеля, который считаетъ *actio quanti minoris* искомъ первоначально принадлежавшимъ *ius civile*, см. прим. 1 въ концѣ.

¹² L. 38 pr. 1. 19 § 6 l. 48 § 2 l. 55 D. l. 2 C. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Что считается *tempus utile*, см. l. 19 § 6 l. 55 cit. Зейфф. Arch. X. 31. Эта краткая давность относится лишь къ *actio quanti minoris* и *redhibitoria* какъ таковой, а не къ *actio empti*, если это уменьшеніе цѣны или обратное взятіе вещи составляютъ предметъ интереса. Но съ другой стороны она распространяется, конечно, на *actio empti*, если этимъ искомъ заявляется эдильское только право. См. прим. 1 въ концѣ и Унтергольцеръ Arch. стр. 103, 104, Келлеръ стр. 163, Вангеръ стр. 325 (7 изд. стр. 305), Шефферъ Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. VIII стр. 259 слѣд., Зейфф. Arch. X 30. За римское право стоитъ въ этомъ отношеніи Синтенисъ стр. 613 въ примѣчаніи

¹³ Нѣм. торг. уст. ст. 349, 350 подчиняетъ шестимѣсячной давности всѣ иски по порочанью купленной вещи, но не иски, вытекающіе изъ обмана.

§ 147. ¹ Кто купилъ за 20 вещь, которая безъ недостатка стоила бы 10 тотъ, получаетъ обратно 10 (половину покупной цѣны), а не 5, если вещь вслѣдствіе недостатка стоить лишь 5. Кто купилъ за 10 вещь, которая безъ недостатка стоила бы 20, тотъ получаетъ обратно 5 (половину покупной цѣны), а не 10, если она вслѣдствіе недостатка стоить лишь 10. Источники не входятъ въ эту противоположность; они предполагаютъ согласіе между цѣной и дѣйствительной стоимостью вещи. Вслѣдствіе этого они говорятъ, что покупатель получаетъ назадъ *quanto minoris res fuerit* (l. 38 pr. § 13 D. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2) и *quanto minoris empturus fuerit* (l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1. l. 32 § 1 D. de evict. 21. 2). Еще неправильно было бы сказать, что искъ продавца направленъ на разницу между дѣйствительною стоимостью и покупной цѣной, согласно чего покупатель получилъ бы въ первомъ изъ упомянутыхъ только что случаевъ 15, а во второмъ ничего. Это значило бы предоставить контрагентамъ вознаградить себя, по случаю иска объ уменьшеніи цѣны, и за вредъ понесенный ими отъ слишкомъ дорогой купли и дешевой продажи. Ср. о разныхъ мнѣніяхъ Гофманъ Arch. f. prakt. R. W. VI стр. 181 слѣд., Беръ тамъ же VII стр. 67 слѣд., Брициъ стр. 493, Синтенисъ стр. 618 текстъ и прим. 120, 122, также цитаты у Зейффера § 266 прим. 2а. Зейфф. Arch. XVIII. 124. Бухка и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock. V стр. 250 слѣд. 258 слѣд.

слѣдуетъ цѣну распредѣлить не между всѣми ими по ровну, а опредѣлить часть цѣны, упадающую на каждую вещь, по соображенію съ ея цѣнностью ^{1а}.

2. Если покупатель возвращаетъ вещь, то обѣ стороны должны быть возстановлены въ то положеніе, въ которомъ онѣ находились бы, еслибъ договоръ не былъ вовсе заключенъ ². Согласно сему покупатель обязанъ возвратить вещь: а) со всѣми приращеніями, не только съ тѣми, съ которыми онъ ее самъ получилъ, но и съ тѣми, которыя присоединились къ ней впоследствии ³; в) со всѣми плодами, которые онъ извлекъ изъ вещи, или могъ бы извлечь при надлежащей заботливости, а равно съ другими выгодами, приобретенными отъ оной ⁴; с) въ томъ видѣ, въ какомъ онъ ее получилъ, или съ вознагражденіемъ за ухудшеніе, причиненное по его винѣ ⁵. Съ другой стороны продавецъ обязанъ: а) возвратить покупную цѣну ⁶ съ процентами ⁷; б) возмѣстить издержки, сдѣланныя покупщикомъ по покупкѣ, предполагая, что и продавецъ сдѣлалъ бы таковыя ⁸; с) вознаградить вредъ, причиненный вещью покупщику ⁹. Продавецъ можетъ, впрочемъ, освободиться отъ платежа другаго какого либо интереса, сверхъ покупной цѣны и

^{1а} L. 36 l. 64 D. h. t. Ср. Спритенісь прим. 22. Должно обращать вниманіе и на то, не уменьшается ли цѣнность одной вещи пороками другой. L. 38 § 13 D. h. t. (Ср. еще Зейфф. Arch. XXII. 29).

² L. 23 § 1 D. h. t.: — «ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset». (Ср. къ этому мѣсту Моммсенъ въ его изданіи). L. 23 § 7 D. h. t. «Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quadammodo in integrum restituere debere». L. 60 D. h. t., l. 13 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Но «cum . . . servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset: sed et fuit et desiit». l. 17 § 2 D. de furtis 47. 2. Унтергольцнеръ Arch. стр. 91 слѣд., Гестердингъ Ausbeute стр. 33 слѣд. Zeitschr. стр. 21 слѣд., Моммсенъ Beiträge II стр. 34—36, Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV стр. 17.

³ L. 1 § 1 l. 23 § 1 l. 31 § 3. 4 l. 33 § 1 D. h. t.

⁴ L. 1 § 1 l. 23 § 9 l. 24 l. 31 § 2 D. h. t.

⁵ Ухудшеніе можетъ быть фактическое; обѣ этомъ l. 1 § 1 l. 23 pr. l. 25 pr. § 8 l. 31 § 9 D. h. t. Оно можетъ быть и юридическое, если именно покупатель обременилъ вещь вещественными повинностями; покупатель обязанъ таковыя снять или дать вознагражденіе (развѣ бы онѣ прекратились само собой). L. 21 § 1 l. 43 § 8 D. h. t., l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6. Ср. еще ф. Висъ Haftung für fremde Culpa стр. 84—86.

⁶ L. 25 § 10 l. 26 D. h. t.

⁷ L. 27 l. 29 § 2 D. h. t.

⁸ L. 27 l. 29 § 30 D. h. t. Не полагается вознагражденіе за проищаніе раба (животнаго), такъ какъ покупатель тоже не даетъ никакого вознагражденія за употребленіе оного, l. 30 § 1 D. h. t. Зейфф. Arch. V. 120.

⁹ L. 23 § 8 l. 29 pr. l. 31 pr. l. 58 pr. D. h. t. Независимо отъ redhibitio, покупатель вправе требовать вознагражденіе убытковъ, происшедшихъ отъ недостатковъ вещи, тогда только, когда оказывается виновнымъ въ этомъ. Зейфф. Arch. VII. 25. 170, XV. 181.

процентовъ, предоставивъ вещь покупщику¹⁰. Если продавецъ, при готовности покупщика къ исполненію лежащей на немъ обязанности, не исполнить своихъ обязательствъ до воспослѣдованія рѣшенія, то онъ присуждается къ удовлетворенію покупщика вдвойнѣ¹¹. При гибели вещи безъ вины покупщика или при утратѣ имъ оной, продавецъ обязанъ исполнить лежащія на немъ обязанности, безъ полученія за это чего либо отъ покупщика, но онъ можетъ требовать отъ послѣдняго вознагражденія въ случаѣ его виновности¹². Если покупщикъ отчудилъ вещь добровольно, то онъ лишается права требовать принятія оной обратно^{12а}. Если одна изъ числа нѣсколькихъ проданныхъ вещей оказывается съ недостаткомъ, то обязанность къ обратному принятію вещи и выдачѣ полученнаго простирается на всѣ вещи, если онѣ проданы какъ цѣлое, или если раздѣлить ихъ неудобно¹³. При возвращеніи одной вещи, когда всѣ онѣ проданы за общую цѣну, упадающую на оную часть цѣны, слѣдуетъ предварительно опредѣлить указаннымъ способомъ¹⁴.

3. Иски объ уменьшеніи цѣны и обратномъ принятіи вещи, вслѣдствіе неуказанныхъ недостатковъ, не допускаются при казенныхъ продажахъ¹⁵; при продажахъ маловажныхъ вещей не допускается одинъ только искъ объ обратномъ принятіи вещи¹⁶.

4. Рядомъ съ искомъ объ уменьшеніи цѣны и обратномъ при-

¹⁰ L. 23 § 8 l. 29 § 3 l. 58 pr. § 1 D. h. t.

¹¹ L. 45 D. h. t. Ср. § 16 прим. 11. 15. Разъ получивъ вещь назадъ, продавецъ обязанъ удовлетворить всѣмъ тѣмъ, чего можно требовать отъ него по *actio redhibitoria*, безъ права спорить противъ того, имѣется ли даже случай *redhibitorio*. L. 31. § 17 D. h. t.

¹² L. 31 § 6. 11—15 l. 38 § 3 l. 44 § 2 l. 47 § 1 l. 48 D. h. t. Гестердингъ *Ausbeute* стр. 48 слѣд. *Zeitschr.* стр. 34 слѣд. (Зейфф. *Arch.* XXI. 34).

^{12а} Но онъ опять получаетъ это право, коль скоро онъ въ положеніи, что можетъ вещь отдать назадъ. L. 43 § 8 D. h. t. Иначе бываетъ, когда онъ предпринимаетъ отчужденіе, зная недостатки вещи; въ этомъ заключается отказъ отъ права *redhibitorio*. L. 47 pr. D. h. t. Гестердингъ *Zeitschr.* стр. 40 слѣд. Зейфф. *Arch.* II. 24. 170, VII. 296, X. 149, XVI. 106. Отчужденіе не исключаетъ другихъ требованій изъ недостатковъ вещи, если въ немъ не содержится отказъ отъ таковыхъ. Зейфф. *Arch.* III. 27, 28, V. 269, VII. 296, X. 255. Ср. также XVIII. 127.

¹³ L. 38 pr. § 12. 14 l. 39. 40 l. 34. 35 l. 59 § 1 D. h. t. L. 35 cit.: — «*si separari non possint sine magno incommodo v. l. ad pietaris rationem offensa(m). Quid enim, si filio retento parentes redhiberi maluerim vel contra? Quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet*». Ср. объ этомъ вопросѣ Гестердингъ *Ausbeute* стр. 58 слѣд. *Zeitschr.* стр. 42 слѣд., Спиттенбергъ прим. 118; также трактатъ Фика въ *Arch. f. deut. Wechselr. und Handelsr.* VIII. Nr. 2 и 4, именно стр. 129 слѣд., и къ этому Гольдшмидтъ *Zeitschr. f. Handelsr.* III стр. 305. Зейфф. *Arch.* IV. 24, XII. 234, ср. V. 121.

¹⁴ См. прим. 1а и мѣста тамъ приведенныя.

¹⁵ L. 1 § 3 D. h. t. Ср. l. 1 § 4. 5. eod.

¹⁶ L. 48 § 8 D. h. t. «*Simpliarium venditionum causa ne sit redhibitorio, in usu est*». О выраженіи см. Глюкъ XX. стр. 45. 46.

натиі вещи, поупщикъ вправѣ еще требовать отъ продавца, чтобъ послѣдній особымъ обязательствомъ повѣрилъ бы его въ отсутствіи недостатковъ, которые даютъ право на указанные иски. Если продавецъ сего обязательства не даетъ, то поупщикъ можетъ, и при необнаруженіи еще недостатковъ, требовать, въ теченіе двухъ полныхъ мѣсяцевъ, обратнаго принятія вещи, и уплаты интереса въ шестимѣсячный срокъ ¹⁷.

5. ¹⁸ Иски объ уменьшеніи цѣны и обратнаго принятія вещи не имѣютъ мѣста при куплѣ вещей, генерически опредѣленных ¹⁹. При такой куплѣ предполагается безмолвное соглашеніе, что предметъ купли долженъ быть доставленъ безъ недостатковъ ²⁰; если же онъ оказывается съ пороками, то, не смотря на принятіе

¹⁷ L. 28 D. h. t., l. 16 § 2 l. 31 i. f. l. 37 § 1 i. f. D. de evict. 21. 2, l. 11 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 C. eod. 4. 49, Theophil. ad § 2. I de div. Stip. 3. 18. Мѣста эти говорятъ, правда, лишь о рабахъ и животныхъ, но нѣтъ основанія исключить дѣйствія содержащагося въ нихъ опредѣленія эдильскаго эдикта на другія вещи. Напротивъ, я не нахожу въ указанныхъ мѣстахъ, а также въ l. 37 § 1 de evict. достаточно доказательства въ пользу принятаго мнѣнія, что эдильскій эдиктъ требовалъ отъ продавца обѣщанія двойнаго платежа. Наоборотъ, Теофиль называетъ послѣдній лишь примѣрнымъ, и l. 31 § 20 D. h. t. опредѣляетъ duplae stipulatio какъ «*assidua*». Во всякомъ случаѣ обѣщаніе не остается безъ значенія для продавца, такъ какъ посредствомъ него онъ получаетъ искъ объ уплатѣ полного интереса. Неоднократно утверждали правда, что постановленіе это устарѣло въ настоящее время, такъ напр. Синтенисъ стр. 607 въ прим., Арндтъ § 304 прим. 6, Швенно *rom. Privatr.* III § 431 въ концѣ; но оправдать это объясненіе можно лишь, доказавъ существованіе обычнаго права, отмѣнивашаго это постановленіе. Послѣднее излагается, безъ всякихъ замѣчаній, въ учебникахъ Тибо § 494, Венингъ-Ингенгеймъ II § 363, Мюленбрухъ II § 402, Вангеровъ стр. 330. 331 (7 изд. стр. 309. 310) (который оспариваетъ однакоже распространеніе его на другія вещи, кромѣ скота). Оно перешло въ учебникъ Зейфферта. Дѣйствительно непримѣнима, какъ основанная на римскихъ народныхъ нравахъ, l. 31 § 20 D. h. t. (ср. § 144 прим. 3).

¹⁸ Ср. къ слѣдующему, о которомъ много спорятъ: Тель *Handelsr.* I § 83, засимъ цитированный въ примѣч. 13 трактатъ Фика, къ нему Гольдшмидтъ въ указ. мѣстѣ стр. 301 слѣд., и опять Фикъ въ указ. мѣстѣ IX стр. 371 слѣд.; Беккеръ *Jahrb. d. gem. R. V.* стр. 401 слѣд.; Зейффертъ 4 изд. § 266 въ концѣ. Достоинно упоминанія и рѣшеніе Ольденбургскаго об. апелл. суда. *Arch. f. d. Prax. des Oldenb. R.* VII стр. 181—202 (на которое Зейфф. обратилъ вниманіе, ср. теперь и Зейфф. *Arch.* XIX. 131). (Вангеровъ § 609 прим. 1 въ 7 изд.). НГВ. ст. 346—348.

¹⁹ Такъ Тель и Зейффертъ, друг. мн. Беккеръ, Гольдшмидтъ, ольденбургское рѣшеніе, и Фикъ съ нѣкоторымъ отличіемъ. Но эти послѣдніе писатели расходятся между собою въ мнѣніяхъ въ другомъ отношеніи, см. прим. 22. 26.

²⁰ Это предположеніе не слишкомъ смѣло. Источники не противорѣчатъ этому, не говоря объ этомъ случаѣ. Распространить же содержащагося въ нихъ опредѣленія о куплѣ индивидуально опредѣленныхъ вещей на куплю вещей генерически опредѣленныхъ нѣтъ основанія. Нѣтъ сомнѣнія, что по римскому праву безпорочность вещи, при куплѣ индивидуально опредѣленныхъ вещей, не считается безусловно условленной безусловно; здѣсь же продается эта именно опредѣленная вещь. Толкованіе: эта опредѣленная вещь, и *притомъ безъ недостатковъ* отстоитъ гораздо далѣе отъ истины, чѣмъ толкованіе при куплѣ генерически опредѣленныхъ вещей: вещь такихъ-то признаковъ, и *притомъ вещь такихъ-то признаковъ безъ недостатковъ*.

оного покупщикомъ, если только таковое не послѣдовало съ знаніемъ этихъ недостатковъ, договоръ считается не исполненнымъ²¹, и покупатель можетъ требовать другого исполненія²², а рядомъ съ симъ и уплаты интереса²³. Интересъ этотъ можетъ давать ему законное основаніе къ отказу отъ принятія другого исполненія²⁴; за исключеніемъ же сего, другое исполненіе, взамѣнъ непринятаго, составляетъ не только обязанность, но и право продавца. Продавецъ можетъ удержать доставленный предметъ²⁵, съ уменьшеніемъ цѣны, тогда только²⁶, когда онъ можетъ доказать, что это

²¹ Если принятіе послѣдовало съ знаніемъ покупщика порочности, то здѣсь имѣется *in solutum datio* съ его стороны. Напротивъ ошибочное принятіе не дѣлаетъ исполненіемъ то, что не есть исполненіе. Въ подобномъ принятіи заключается ничто блѣ, какъ заявленіе покупщика о томъ, что онъ дѣлается собственникомъ предложенной вещи на тотъ конецъ, чтобъ этимъ погасался долгъ продавца. Но обязательство погашается дѣйствительно не заявленіемъ кредитора о принятіи, а полученіемъ имъ того, что онъ долженъ получить (или вѣсто оного другое, съ его согласія)

²² Такъ Тель, Зейффертъ, Фикъ, Гольдшмидтъ (Вангеровъ); др. мн. Беккеръ и ольденбургское рѣшеніе, которое, впрочемъ, дѣлаетъ различіе между принятіемъ и одобреніемъ (*gesp. rasporiajeniemъ доставленнымъ*). Согласно съ этимъ и нѣм. торг. уст. въ указъ мѣстѣ. Есть два пути, которыми можно дойти до положенія, что покупатель не можетъ требовать другого доставленія, и посему ограниченъ эдильскими исками. а) Отрицаютъ, чтобы безпорочность доставляемой вещи могла разсматриваться какъ условленная безмолвно. Это точка зрѣнія Беккера, съ которымъ согласенъ Ремеръ *Leistung an Zahlungsstatt* стр. 119 слѣд. б) Утверждаютъ, что стороны дачей и принятіемъ заключаютъ новый договоръ такого содержанія, чтобы отнынѣ принимался въ соображеніе въ качествѣ объекта обязательства, этотъ лишь опредѣленно доставленный предметъ. Такой договоръ принимаютъ, формулируя его различно, ольденбургское рѣшеніе и *Трейтшке Krit. Jahrb. f. deut. R. W. XIV* стр. 711; противъ этого Тель § 83 прим. 18. По моему мнѣнію, въ дачѣ и принятіи опредѣленной вещи заключается, конечно, договоръ. Давая, продавецъ заявляетъ, чтобы покупатель получалъ эту опредѣленную вещь для цѣли исполненія договора купли, таковое заявленіе акцентуруется покупщикомъ принятіемъ вещи. Но договоръ этотъ обязываетъ лишь продавца, а не покупателя, послѣдній вправѣ поэтому считать заявленіе какъ бы не даннымъ. Ср. § 199 прим. 8, § 143 прим. 37а.

²³ а) Возможно, что порочная вещь причинила покупщику вредъ, напр. испортила его вещи. Онъ требуетъ возмѣщенія этого вреда, предполагая, конечно, что продавецъ виновенъ въ порочности. б) Вещь не доставляется своевременно; покупатель требуетъ интереса просрочки. Съ своей стороны покупатель обязанъ пещись о принятіи имъ или высланномъ ему товарѣ. Тель § 85 пр. 2 Зейфф. *Arch. XIX. 27* *NGW. Art. 348 Abs. 1.*

²⁴ См. § 33. Въ этомъ случаѣ онъ находится въ такомъ положеніи, какъ бы онъ имѣлъ *actio redhibitoria*, съ тѣмъ различіемъ, что онъ не лишается права требовать и другого интереса.

²⁵ Что соответствуетъ *actio quanti minoris*.

²⁶ Безусловное право на удержаніе вещи съ уменьшеніемъ цѣны даютъ покупщику не только тѣ писатели, которые признаютъ за нимъ эдильскіе иски (*только послѣдніе*, какъ Беккеръ и ольденб. рѣшеніе, или и эти, какъ Фикъ и Гольдшмидтъ (Вангеровъ), но и Тель и Зейффертъ. Тель (стр. 492) говоритъ: «продавецъ, замѣняющій должно исполненіе другимъ, не можетъ спорить противъ собственного дѣйствія». Но онъ «замѣняетъ» по условленной, а не пониженной цѣнѣ. Двойственное право покупателя требовать по собственному выбору или доставленія новаго предмета, или заявить эдиль-

удержаніе и въ интересѣ продавца ²⁷. Одобрение доставленнаго не лишаетъ покупателя правъ, вытекающихъ изъ скрытыхъ недостатковъ вещи ²⁸, развѣ бы онъ былъ виновенъ въ томъ, что они остались отъ него сокрытыми ²⁹. Равнымъ образомъ не лишается онъ своихъ правъ принятіемъ вещи безъ разсмотрѣнія оной ³⁰, или упущеніемъ немедленно заявить продавцу объ открывшемся недостаткѣ ³¹.

ββ. Отсутствие въ проданной вещи какихъ либо достоинствъ.

§ 148. Продавецъ долженъ доставить вещь той доброты, которую онъ положительно обѣщалъ¹, или которой покупатель могъ, по обстоятельствамъ дѣла, ожидать, такъ что доброта эта должна считатьъ

скіе иски, или наконецъ удержать за собой вещь противъ уменьшенной цѣны, можно оправдывать въ томъ только смыслѣ, что одному покупщику, но не продавцу, дозволяютъ сослаться на безмолвное соглашеніе о безупречности вещи. Но этого я не могу допустить.

²⁷ Въ частности: а) онъ доказываетъ, что, при неударжаніи, продавецъ понесъ бы убытокъ, прѣдвѣ котораго охранило его удержаніе; «такъ, когда дѣло идетъ о жизненныхъ припасахъ, подвергающихся скорой порчѣ (и по мѣстнымъ условіямъ не могутъ быть продаваемы за счетъ продавца)». Э. А. Зейффертъ въ Зейфф. Pand. § 276 прим. 6. б) Онъ доказываетъ, что, при неударжаніи, онъ самъ понесъ бы вредъ, который продавецъ долженъ бы былъ ему возмѣстить. Отъ него нельзя требовать, чтобъ онъ дѣйствительно понесъ вредъ, и засимъ искалъ вознагражденія (ср. § 99 къ прим. 6). Изъ сказаннаго явствуетъ впрочемъ, что и размѣръ дозволеннаго покупщику уменьшенія цѣны обуславливается интересомъ продавца.

²⁸ Тель § 85b. Одобрение (предполагая естественно, что оно послѣдовало при незнаніи недостатковъ) есть ничто иное, какъ высказыванье сужденія о томъ, что исполненіе безпорочно и слѣдовательно согласно условію. Сужденіе это имѣетъ вліяніе на *onus probandi* (§ 74 прим. 6). Но оно не въ состояніи превратить въ исполненіе то, что не есть исполненіе. Др. мн. рѣшеніе у Зейфф. Arch. VII. 303.

²⁹ Причемъ на него падаютъ и *levis culpa*, Тель въ указ. м. Прим. 5. Зейфф. Arch. II. 92.

³⁰ Только продавецъ можетъ требовать, если неразсмотрѣніе до приѣма было виновной небрежностью (что нисколько не предполагается), чтобы къ нимъ не простирали притязанія, которому онъ не подвергся бы при разсмотрѣніи покупщикомъ вещи. Зейфф. Arch. II. 22. 274, V. 119, VII. 295, IX. 88, X. 148, XIV. 130, ср. V. 121. Особенное возрѣніе тамъ же IX. 277. Ср. и IV. 78, VIII. 39.

³¹ Тель § 84, Зейффертъ § 267 прим. 4. Зейфф. Arch. VII. 295; иначе тамъ же II. 169, IV. 23, VI. 27, XIV. 126, XVII. 23 (последнее рѣшеніе положительно ограничиваетъ впрочемъ это правило сферой торговаго права).—Есть этому и предвѣдущему примѣчанію: HGB. Art. 347. Присланные изъ-за границы товары покупщикъ долженъ разсмотрѣть безъ замедленія («на сколько это возможно при обыкновенномъ ходѣ предпріятія»). Въ случаѣ умедленія товаръ считается одобреннымъ, поколику дѣло не идетъ о недостаткахъ, которыхъ нельзя было бы замѣтить при немедленномъ обзорѣни». Равнымъ образомъ считается одобреніемъ если объ открытомъ недостаткѣ не было заявлено безъ умедленія.

¹ См. мѣста, цитированныя въ § 142 прим. 13, которая частью однако же отно- § 148. сятся къ завѣренію въ отсутствіи недостатковъ; далѣе I. 1 § 1 I. 17 § 20 I. 18 I 19 § 1 I. 38 § 10 D. h. t. Ср. § 146 прим. 2; также Зейфф. Arch. I. 38, II. 23, XVII. 129. Ср. 18. 235. Бухка и Будде *Entscheidungen* ростокаго апелляціоннаго суда V. стр. 248—249. Кирзиверъ *Entscheidungen* любекскаго апелляціоннаго суда 1866

ся условленной безмолвно ². Если купленная вещь не имѣетъ этой доброты, то покупатель можетъ требовать уплаты своего интереса ³; при отсутствіи же положительно обещанныхъ качествъ, онъ можетъ возвратить вещь безъ дальнѣйшихъ разговоровъ ⁴. Договоры о куплѣ генерически опредѣленныхъ вещей считаются неисполненными, если доставленные вещи не имѣютъ положительно или безмолвно условленной доброты. Въ этомъ случаѣ имѣютъ примѣненіе тѣ же начала, какъ въ случаѣ доставленія вещи съ недостатками (§ 147 num. 5).

Здѣсь слѣдуетъ указать еще на особенное постановленіе, согласно которому, если животное убрано для продажи съ украшеніями, то послѣднія подлежатъ передачѣ вмѣстѣ съ купленнымъ животнымъ. Невоспослѣдованіе сего даетъ покупщику право требовать, по своему выбору, или выдачи украшеній, или обратнаго принятія животнаго; но то или другое требованіе должно быть заявлено въ теченіе двухъ мѣсяцевъ ⁵.

Это послѣднее постановленіе не находитъ себѣ подтвержденія въ нашихъ законахъ, но не чуждо народному правовому возрѣнію, выразившемуся въ пословицахъ: «чей конь того и возъ», «взялъ коровку, бери и веревку». А. Д.

d. Право отказа.

§ 149. Право отступиться отъ договора купли можетъ быть обусловлено по взаимному соглашенію (§ 76). Законное право отказа

стр. 352 слѣд. *Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation* стр. 10 слѣд.

² Сюда относится именно случай, когда виѣшній видъ вещи давалъ покупщику основаніе предполагать, что она обладаетъ извѣстнымъ свойствомъ, возвышающимъ ея цѣнность:—*veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt* (l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1). Остальное содержаніе мѣста не дозволяетъ понимать эти слова о положительномъ обещаніи подлежащаго качества стола. Больше сомнѣнія возбуждаетъ l. 45 D. de contr. emt. 18. 1 (проданы старыя убранныя платья вмѣстѣ новыхъ) въ томъ отношеніи, не слѣдуетъ ли здѣсь принимать положительное обещаніе. Однако же и принятіемъ не уменьшаются затрудненія этого мѣста. Ср. объ этихъ мѣстахъ Савиньи *Syst. III* стр. 285—290, Вангеровъ *III* стр. 282—286 (7 изд. стр. 265—268), Видншейдъ *Voraussetzung* стр. 116—119 и *Heid. Krit. Zeitschr. II* стр. 122—125, Моммзенъ, *Beiträge I* стр. 203 слѣд. II стр. 250 слѣд. III стр. 411 слѣд., Конфельдтъ *Lehre vom Interesse* стр. 179 слѣд. 185 слѣд. — *Торг. уст. ст. 335*. «Если въ договорѣ не постановлено подробно о свойствахъ и добротѣ товара, то обязаный имѣть доставить товаръ средняго сорта и доброты». Ср. и Зейфф. *Arch. III*, V. 153. XVI. 104.

³ См. мѣста, цитированныя въ § 182 прим. 13; далѣе l. 45 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1. Зейфф. *Arch. XVI*. 105.

⁴ Онъ имѣетъ вообще эдильскіе иски (l. 1 § 1 l. 18 pr. l. 38 § 10 D. h. t.), но искъ объ уменьшеніи цѣны содержится уже въ искѣ объ уплатѣ интереса.

⁵ L. 38 pr. § 11 D. h. t. Уклоняющіяся возрѣнія у Нейштетеля стр. 201 слѣд. и у Келлера стр. 132 слѣд. 152 въ примѣч.; иначе Вангеровъ стр. 329 (7 изд. стр. 308).

имѣть: 1) покупщикъ, при недостаткахъ вещи, или при отсутствіи въ ней обѣщанныхъ качествъ (§ 146. 147. 148); 2) ¹ продавецъ, если онъ получилъ за свою вещь менѣ половины дѣйствительной цѣнности оной ². Покупщику предоставляется однакоже сохранить договоръ въ силѣ дополнительнымъ платежомъ до размѣра дѣйствительной цѣнности ³. Если покупщикъ не сдѣлаетъ этого выбора, то продавецъ, за возвращеніемъ покупной цѣны, получаетъ свою вещь назадъ ⁴. Въ частности примѣнимы сюда, по аналогіи, правила о возвращеніи вещи вслѣдствіе недостатковъ (§ 147 num. 2). То обстоятельство, что продавцу извѣстна была бѣльшая цѣнность вещи, не исключаетъ само по себѣ права отказа ⁶; иначе бываетъ лишь тогда, когда по обстоятельствамъ

¹ ф. Бацъ *Abhandlungen* Nr. 14 и 15. Штрайцельманъ *Entscheidungen* II стр. § 149. 266 слѣд. ф. Мадаи *theoretisch-praktische Erörterungen* I вып. 2 нр. 5. Глюкъ XVII стр. 19—125; Унт-рольциеръ II стр. 245 слѣд., Синтенисъ II стр. 635 слѣд., Вангеровъ III § 611 прим., Зейффертъ § 272. (Гольдшмидтъ *Handelsrecht* I. стр. 396 слѣд.).

² См. такъ назыв. *laesio enormis*. Въ природѣ всякаго договора купли лежитъ то, что каждый контрагентъ ищетъ выгоды, — «*naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*», I. 16 § 4 D. de minor. 4. 4; см. еще I. 22 § 3 l. 23 D. loc. 19. 2, I. 8 C. de resc. vend. 4. 44, Nov. 97 c. 1. Зейфф. *Arch.* II. 104. Но не имѣтъ ли свою границу чрезмѣрная выгода одного контрагента на счетъ другаго, даже независимо отъ случая обмана? Такую границу установили въ пользу продавца императоры Діоклеціанъ и Максиміанъ, I. 2 C. de resc. vend. 4. 44, повторено въ I. 8 C. eod.; см. также I. 3. 4. 12. 15 eod., c. 3. 6 X. de emt. et vend. 3. 17. Нѣкоторые спрашивали: 1) не ограничивается ли императорское предписаніе поземельными имуществами? См. противъ этого I. 2 cit. init. «*Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distruxerit...*» 2) Не допускаетъ ли его истинный смыслъ распространенія на продавца, а также и на всѣ другіе обоюдные договоры? Въ пользу положительнаго разрѣшенія высказался изъ новѣйшихъ писателей Шамбонъ *Beiträge zum Obligationenrecht* стр. III слѣд.; обзорѣніе литературы у него и у Вангерова въ указ. м. подъ № I, см. еще Бриць стр. 499, Келлеръ § 333. По моему мнѣнію нѣтъ точныя опоры для распространительнаго толкованія; противъ него говорить то, что и во всѣхъ другихъ конституціяхъ, въ коихъ упоминается о діоклеціановскомъ постановленіи, рѣчь идетъ объ одномъ лишь продавцѣ (I. 4. 12. 15 C. h. t.), а также и игнорированіе онаго въ теодозіанскомъ кодексѣ (I. 1. 4. 7 C. Th. de contr. emt. 18. 1).

³ I. 2 C. cit.: «*vel, si emtor. elegerit, quod deest iusto prstio recipias*». Покупщикъ иправѣ освободится отъ обязанности возвращенія дополнительнымъ платежомъ т. назыв. *facultas alternativa*); но онъ не обязанъ или вернуть вещь, или доплатить (*obligatio alternativa*). Поэтому если вещь погибаетъ безъ его вины (*dolus*), то онъ вовсе не отвѣчаетъ.

⁴ L. 2 cit.: «*ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias...* vel...» (прим. 3). Если продавецъ умеръ, оставивъ нѣсколькихъ наследниковъ, то не каждый изъ нихъ можетъ требовать возвращенія вещи за свою часть; право продавца недѣлимое. Зейфф. *Arch.* XII. 139.

⁵ Ср. Вангеровъ Nr. IV, Синтенисъ прим. 219, Зейффертъ стр. 101.

⁶ Это оспаривается; но буквальный смыслъ императорской конституціи не даетъ опоры для распространительнаго толкованія, и не менѣй поводъ есть къ оказанію защиты при продажѣ по нуждѣ, чѣмъ при продажѣ по заблужденію. Вангеровъ Nr VI, Синтенисъ прим. 223. Ср. Зейфф. *Arch.* III. 160, VI. 170, XIV. 212.

дѣла есть основаніе заключить о волѣ продавца отказаться отъ притязанія вслѣдствіе болѣе высокой стоимости вещи⁷. Правило это не примѣнимо къ вещамъ, не имѣющимъ постоянной цѣны⁸, и къ сдѣлкамъ, основаннымъ на рискѣ⁹. Довольно распространенная практика даетъ и покупщику право отказа, если за вещь уплачено болѣе двойной ея стоимости, распространяя даже это право на всѣ обоюдные договоры¹⁰.

Эти постановленія положительно римскаго законодательства не примѣнимы къ русскому праву. А. Д.

е. *Особенные предметы купли.*

§ 150. Изложенныя начала имѣютъ примѣненіе и къ продажѣ правъ. И здѣсь дѣйствуетъ начало, что продавецъ обязанъ доставить покупщику не самое право, а достаточно, если онъ доставляетъ ему постоянное фактическое пользованіе правомъ¹. Съ другой стороны сюда непримѣнимы правила объ отвѣтственности за не-указанные недостатки, такъ какъ правила эти рассчитаны лишь на тѣлесныя вещи². Въ частности признано, что продавецъ права требованія отвѣтствуетъ за доброту, т. е. за фактическое получе-

⁷ Въ основаніи этой воли можетъ лежать не одно намѣреніе дарить. Зейфф. Arch. IV. 213 нр. 2. «(пек. о *lacto spornis*) не имѣть мѣста, если покупщикъ заплатилъ слишкомъ дорого, имѣя въ виду достиженіе другой цѣли, напр. чтобъ побудить продавца къ какому нибудь дѣйствию». Тамъ же. XIII. 312.—Отказъ безъ знанія болѣе высокой стоимости: Зейфф. Arch. II 356, IV. 213 нр. 8, VIII. 243, XI. 30.

⁸ Зейфф. Arch. IV. 28. 213 нр. 1, VI. 23, VII. 306, X. 245, XII. 138 ср. IX. 143.

⁹ Зейфф. Arch. II. 292, IV. 405. 213 нр. 3. 7, XIII. 148, XVII. 231. 232, XIX. 133, (XXII. 30). Ср. III. 317. Непримѣнимо ли постановленіе и при продажахъ съ аукціона. Въ пользу Зейфф. Arch. IV. 213 нр. 4, IX. 17; противъ VI. 323, XIII. 244, XX. 120. Регельсбергеръ *civilr. Egörter.* I. стр. 160. При торговыхъ сдѣлкахъ? Противъ-Тель *Handelssr.* I. § 64 прим. 20, Зейфф. Arch. I. 47. Иначе *HGB.* Arch. 286.

¹⁰ На основаніи указанного въ прим 2 распространительнаго толкованія. Глюкъ XVII стр. 32. 122, Сиятеніусъ прим. 218, Вангеровъ нр. I въ концѣ. Въ пользу распространения на продавца. Зейфф. I. 45, II. 275, III. 160, IV. 212. 213, VI. 322, VII. 296, XIX. 28; въ пользу распространения на другія двусторонніе договоры: тамъ же I. 262, IV. 213, XI. 30, XIII. 148, XVII. 232, XIX. 29. 133.

§ 150. ¹ L. 10 l. 46 § 1 D. de evict. 21. 2. L. 46 § 1 cit. «Si per alienum fundum mihi viam constitueris evictionis nomine te obligari ait». При куплѣ требованія это слагается такимъ образомъ, что продавецъ отвѣтствуетъ лишь тогда, когда покупщикъ не въ состояніи получить удовлетвореніе отъ должника (отъ лица, поименованнаго въ качествѣ должника). Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать l. 4. 5 D. de П. v. A. V. 18. 4, l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2. Шлиманъ *Haftung des Cedenten* стр. 72 слѣд. Друг. мн. рѣшеніе любекскаго оберъ-апелляціоннаго суда у Зейфф. Arch. XVI. 204. Ср. § 68 прим. 4, а по вопросу о значеніи купли недействительнаго требованія Ремеръ *Leistung an Zahlungsstatt* стр. 101 слѣд., Буха и Будде *Entscheidungen romtоскаго апелляціоннаго суда V* стр. 225.

² Ср. Шлиманъ *Haftung des Cedenten* стр. 130 слѣд.

ніе удовлетворенія по оному, тогда только, когда онъ принялъ на себя гарантію этого, или же преднамѣренно продалъ дурное требованіе ³.

При продажѣ дѣлаго состава имущества или части онаго, объектъ купли составляетъ не имущество, какъ таковое; купля разрѣшается здѣсь дѣлымъ рядомъ отдѣльныхъ покупокъ, и сюда примѣнимы начала, дѣйствующія при дареніи имущества (§ 121) ⁴.

2. Мѣна. *

§ 151. Мѣна отличается отъ купли тѣмъ, что въ ней вещь отдается не за деньги, а за вещь ¹. Обязанности, возникающія изъ мѣны подлежатъ, какъ и обязанности изъ купли, свободной оцѣнкѣ суда ². Въ частности онѣ въ большей части случаевъ имѣютъ такое же содержаніе, какъ и послѣднія, и къ мѣнѣ имѣютъ примѣненіе правила о недостаткахъ и объ отсутствіи какихъ либо качествъ ³. Различіе состоитъ лишь въ томъ, что при мѣнѣ каждый изъ контрагентовъ обязанъ доставить другому собственность, и посему онъ не отвѣтствуетъ лишь за эвикцію ⁴.

3. Наемъ. *

а. Понятіе и совершеніе.

§ 152. Наемъ направленъ на обращеніе пользованія вещью

³ L. 4 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2. Шлиманъ въ указ. мѣстѣ стр. 75. 108 слѣд. Ср. § 119 прим. 3. Продажа акціи, о которой заявлено, что она похищена: Зейфф. Arch. XVI. 25.

⁴ Источники говорятъ именно о продажѣ наследства (Dig. 18. 4 C. d. 4. 39 de hereditate vel actione vendito); кромѣ того о продажѣ некулузма, напр. l. 33 D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2. Въ частности см. а) l. 14 § 1 D. l. 6 C. tit. cit.; б) l. 7 C. eod.; в) l. 2 C. eod., но къ этому также l. 1 C. eod. и § 91; д) l. utt. D. de transact. 2. 15 (§ 84 прим. 8). Унтергольцнеръ II стр. 287—291. (Ср. въ этомъ учебникѣ III § 621).

* Dig. 19. 4 de rerum permutatione. Cod. 4. 64 de rerum permutatione et praescriptis verbis. Глюкъ XVII стр. 76—128; Унтергольцнеръ II § 486, Свинтенисъ II 486, Свинтенисъ II § 115.

¹ Мѣста въ § 138 прим. 9.

² L. 2 C. h. t.

³ L. 19 § 5 D. de aed. ed. 21. 1, l. 2 D. h. t. Объ исчисленіи меньшей стоимости ст. Беръ Arch. f. prakt. R. W. VII стр. 70 слѣд.

⁴ L. 1 § 3 пр. D. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Это постановленіе считается для настоящаго времени непримѣнимымъ ф. д. Пфортенъ Abhandlungen стр. 294, ср. стр. 248 слѣд. II Арндтъ § 308 не упоминаетъ о немъ. По римскому праву существовало еще болѣе важное различіе между кушей и мѣной въ томъ, что послѣдняя была не консенсуальнымъ контрактомъ; слѣдовательно обязательство вытекало не изъ мѣноваго соглашенія какъ такового, а изъ реальнаго договора, вновь заключеннаго чрезъ дачу и принятіе (l. 1 § 2 l. 3 C. h. t.), вслѣдствіе чего дающій могъ требовать даннаго назадъ при неисполненіи съ противной стороны, или по свободному усмотрѣнію (§ 74 прим. 11), l. 1. 4. 5. 7 C. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4. О допустимости отказа по lacsio болѣе чѣмъ на половину см. § 149 прим. 2 и 10.

* Inst. 3. 24 de locatione et conductione. Dig. 19. 2 locati conducti. Cod. 4. 63

§ 151.

за деньги. Отдающий въ наемъ общаетъ наемщику пользование вещью ¹, или пользование (обыкновенно собственною его ²) рабочей силой, а наемщикъ общаетъ за это первому деньги. Римляне обозначаютъ наемъ, какъ и куплю, двумя названіями, выражающими отношенія обонхъ контрагентовъ ³. Нынѣ въ извѣстныхъ случаяхъ говорятъ объ арендѣ ⁴. Въ юридическомъ смыслѣ выраженіе «наемъ» обнимаетъ собою и аренду. — Наемъ, имѣющій своимъ предметомъ пользование вещью, называется наймомъ имущественнымъ; наемъ же, предметъ котораго рабочая сила, именуется наймомъ личнымъ ⁵. Особеннымъ случаемъ личнаго найма представляется тотъ, гдѣ договоръ направленъ не столько на услуги, какъ таковыя, сколько на результатъ этихъ услугъ ⁶. Этотъ особенный случай называется *locatio conductio operis* (заказомъ *Werkverdingung*, или просто *Verdingung*) ⁷. Вещь, отдаваемая въ наемъ, можетъ быть движимая или недвижимая, тѣлесная или безтѣлесная ⁸, собственная или чужая ⁹, даже соб-

de locato et conducto. Критцъ *Pandektenrecht* ч. 1 т. I стр. 191—384 (1837). Глюкъ XVII стр. 264—500. XVIII стр. 1—60; Уитергольцнеръ II стр. 316—358, Свентенсъ II § 118. Трактатъ Детенкольба въ: *Platzrecht und Miethe* (1867) стр. 127—222 преимущественно историко-юридическаго характера.

§152. ¹ Выраженіе «употребленіе» взято здѣсь въ широкомъ смыслѣ, обнимая собою и пользование кладами

² Отдача въ наемъ услугъ чужаго предполагаетъ власть распоряжаться услугами его въ пользу другихъ лицъ. Изъ источниковъ принадлежитъ сюда *locatio organum liberti* (l. 25 D. de ср. lib. 38. 1), тогда какъ римляне видѣли въ законтрагованіи услугъ раба—отдачу въ наемъ самаго раба. Ср. Зейфф. *Arch.* XI. 238.

³ *Locatio et conductio*. *Locare* значить отдавать въ наемъ, *conducere* нанимать. Ср. впрочемъ l. 20 D. de A. E. V. 19. 1, и напр. l. 1 § 1 D. de superf. 43. 18, l. 2 пр. D. de adm. rer. 50. 18.

⁴ Именно если предметъ договора составляетъ плододприносящее поземельное имущество. Это выраженіе употребляется и при налогахъ, промышленныхъ правахъ и т. п. Правда, римляне не дѣлаютъ различія между выраженіями аренда и наемъ, но они различаютъ арендатора плододприносящаго поземельнаго имущества какъ *colonus* и наемщика дома, какъ *inquilinus* (*habitor, insolarius*).

⁵ *Locatio-conductio rei, organum*.

⁶ Напримѣръ дровосѣкъ имѣетъ мѣтъ расколоть дрова, портной—шить платье изъ даннаго ему куска сукна, каменщикъ—возвести зданіе, перевозчикъ, желѣзная дорога—перезти мѣтъ товары. Ср. l. 9 § 5 l. 11 § 3 l. 13 § 1—6 l. 19 § 7 l. 25 § 7 l. 51 § 1 D. h. t. Зейфф. *Arch.* X. 256, XVIII. 33.

⁷ Римляне говорятъ *locatio-conductio operis*, но такъ, что *locare* означаетъ нанимать, слѣдовательно *locator* есть тотъ, который получаетъ право на работу, а *conductor* есть работающій. Ср. впрочемъ l. 22 § 2 D. h. t. «*Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem*».

⁸ Такъ въ частности можетъ быть отдаваемо въ наемъ: право пользованія (l. 12 § 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1), право жилища (l. 13 C. de usufr. 3. 33), Эфитевзисъ и суперficiесъ, сервитутъ (съ господствующимъ имуществомъ, Зейфф. *Arch.* XIV. 12), право на періодическое исполненіе (напр. право десятины), промышленная привиллегія. Въ источникахъ говорится много и объ отдачѣ въ наемъ публичныхъ

ственная вещь наемщика, если она отдается въ содержаніе, какъ таковая ¹⁰. Возможность найма не устраняется и тѣмъ, что вещь имѣетъ въ оборотѣ значеніе потребляемой, если она, рядомъ съ этимъ обыкновеннымъ назначеніемъ своимъ допускаетъ и другое употребленіе, отъ котораго она не истребляется ¹¹. Если плата состоитъ не въ деньгахъ, а въ чемъ либо другомъ, то этотъ случай не считается наймомъ ¹². Исключеніе составляетъ лишь аренда плододприносящаго поземельнаго имущества; здѣсь плата можетъ состоять и въ опредѣленной части плодовъ ¹³.

Что касается заключенія договора найма, то здѣсь дѣйствуютъ тѣже начала, какъ при заключеніи договора купли (§ 139. 140). Договоръ найма считается заключеннымъ, коль скоро стороны согласились относительно существенныхъ пунктовъ онаго, нанятой вещи и наемной платы, развѣ бы онѣ договаривались предварительно еще о другихъ пунктахъ, на счетъ которыхъ онѣ не сошлись ^{14 15}.

в. Обязательства.

а. Имущественный наемъ.

§ 153. Обязательства изъ договора найма подлежатъ свобод-

налоговъ (vect. galia), ср. напр. l. 16 D. de V. S. 50. 16; tit. D. de..... vectigalibus et commissis 39. 4. Заарендованіе предпріятія: Зейфф. Arch. XVI. 213.

⁹ См. напр. l. 7 l. 9 pr. § 6 D. h. t.

¹⁰ L. 29 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 35 § 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 37 l. 28 D. de A. v. A. P. 41. 2. Если напротивъ кто нибудь нанимаетъ собственную вещь, думая, что она чужая, то договоръ не дѣйствителенъ, l. 20. 23 C. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3, l. 21 D. de usurp. 41. 3, l. 45 pr. D. de R. J. 50. 17. Точно также договоръ найма дѣлается въслѣдствіи не дѣйствительнымъ, если наемникъ пріобрѣтаетъ наемную вещь въ собственность l. 9 § 6 D. h. t. Но см. также § 153 прим. 18.

¹¹ Arg. l. 3 § 6 l. 4 D. commod. 13. 6. (§ 127 прим. 3).

¹² L. 5 § 2 D. de praeser. verb. 19. 5, § 2 I. h. t.

¹³ l. 25 § 6 D. l. 8. 21. C. h. t. Ср. впрочемъ Гестердингъ Ausbeute IV. 1. 1. стр. 141 слѣд., Спитенисъ прим. 4.

¹⁴ L. 1. l. 2 pr. D. h. t., l. 24 C. h. t. Въ частности см.: а) l. 25 pr. D. h. t. (Ср. § 139 прим. 5 въ концѣ, Зейфф. Arch. XVII. 31); б) § 1. I. h. t., l. 22 pr. D. de praeser. verb. 19. 5, но см. также l. 5 § 10 i. f. D. de inst. act. 4.

(Договоръ найма безъ положительнаго уговора о наемной платѣ, см. Пфайферъ пр. акт. Ausführungen VII. 7, Шефферъ Zeitschr. f. Civilr. u. Prax. N. F. VII. 1, Гольшвертъ III § 303 nr. 1, Зейфф. Arch. IV. 216. VIII. 259, XII. 154, (XXI. 46. 47. 48. 49). (см. также I. 354, VIII. 59, IX. 174, XV. 135); в) l. 46 l. 20 § 1 D. h. t., l. 10 § 2 D. de A. V. A. P. 41, 2; d) l. 20 pr. D. h. t.

¹⁵ Римское право воспрещаетъ арендованіе земель декуріонамъ (l. 30 C. h. t.), солдатамъ (l. 31. 35 C. h. t., l. 50 D. h. t.), духовнымъ Nor. 123. e. b.); чиновникамъ императорскаго короннаго имущества — наемъ земель, принадлежащихъ къ этимъ имуществамъ (l. un. C. quil. ad. cond. praed. fisc. 11. 72). Эти правила римскаго административнаго права, не приѣмимыя теперь. Кромѣ того запрещается наемъ казенныхъ имуществъ, подъ страхомъ наказанія за подлогъ, опекунамъ до сдачи ими отчета по управленію опекой, l. 49 pr. § 1 D. h. t., l. un. C. ne tut. vel. cur. 5. 41. Ср. вообще Глюкъ XVII. Стр. 297 слѣд.

ной судейской объёмъ¹. Главнѣйшіе пункты имущественнаго найма суть слѣдующіе:

1. Отдающій въ наемъ обязанъ предоставить наемщику пользование нанятой вещью съ ея принадлежностями^{2, 3}. Если онъ этого не въ состояніи слѣлать, потому что отдалъ въ наемъ вещь, на которую онъ не имѣетъ надлежащаго права, то онъ отвѣтственъ предъ наемщикомъ уплатой его интереса точно также, какъ при всякой другой первоначальной, лишь субъективной невозможности (§§ 16. 68)⁴. При послѣдующемъ наступленіи невозможности доставленія вещи, наниматель отвѣчаетъ предъ наемщикомъ въ размѣрѣ его интереса, если онъ виновенъ въ этой невозможности; въ противномъ случаѣ онъ безотвѣтственъ, но не имѣетъ права на арендную плату⁵. Но подъ виновностью разумѣютъ не только злой умыселъ, но и небрежность⁶. Особеннымъ случаемъ виновности представляется тотъ, когда наниматель отчужденіемъ вещи самъ поставилъ себя въ невозможность доставить пользование оной⁷. Обязательство доставленія пользованія

§ 153. ¹ Actio locati (actio нанимателя) и actio conducti (actio наемщика) суть actiones bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 17 C. h. t.

² l. 19 § 2 D. h. t.

³ Онъ долженъ ему uti frui licere praestare. См. наприм. l. 15 § 1 l. 24 § 4 D. h. t. Ср. Зейфф Arch. IV. 34, XVIII. 238.

⁴ L. 7. 8. l. 9 pr. § 1 l. 15 § 8 l. 35 pr. D. h. t. Унтергольцнеръ стр. 333 прим. f., Беккеръ Jahrb. d. gem. R. VI. стр. 216—320. Въ l. 9 pr. cit. выраженіе evictio примѣняется и къ наемщику, у котораго владѣніе вещью отнято лицомъ, имѣющимъ лучшее право. Ср. съ Мюллеромъ Lehre von der Eviction стр. 123 слѣд. Беккеръ въ указ. м. стр. 243 слѣд. и выше § 145 прим. 3. Зейфф Arch. XII. 235.

⁵ L. 9 § 3. 4. l. 19 § 6 l. 30 pr. § 1 l. 33. 34. 35 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 12 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t.; l. 9 § 2 l. 55 pr. D. h. t. Ср. § 76 прим. 16. Дезенкольбъ въ указ. м. (§ 152 прим. *) стр. 189 слѣд. объясняетъ теперь слѣдующимъ образомъ различіе въ отношеніи несенія риска, которое существуетъ между наемщикомъ и покупщикомъ (§ 76 прим. 19): покупщикъ доволенъ получить за свое обязательство обязательство продавца; но не то бываетъ съ наемщикомъ вслѣдствіе его болѣе прекорнаго положенія (наниматель сохраняетъ право владѣнія и можетъ удалить наемщика по случаю ремонта и потребности для собственнаго употребленія):— Зейфф Arch. VI. 488, VIII. 252, XIV. 227, XV. 221, (XXIII. 124).

⁶ L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. J. 50. 17, l. 28 C. h. t.

⁷ Объ этомъ должно замѣтить слѣдующее: а) Приобрѣтатель изгоняетъ наемщика въ силу своего вещнаго права, l. 25 § 1 l. 32 D. l. 9 C. h. t., l. 59 § 1 D. de usufe. 7. 1, l. 120 § 2 D. de leg. 1^o 30. Это настоящій смыслъ юридической пословицы: Kauf bricht Miethe. (При этомъ приобретающій не связанъ ни какимъ срокомъ предваренія объ отказѣ. Иначе смотритъ Зейфф Arch. VIII. 42). б) Съ другой стороны отчужденіемъ вещи не уничтожается отношеніе найма, ни въ пользу нанимателя, обязаннаго теперь доставить наемщику вознагражденіе убытковъ (l. 25 § 1 l. 32 D. h. t., l. 120 § 2 D. de leg. 1^o 30), ни въ пользу наемщика, обязаннаго по прежнему платить арендные деньги, если наниматель, не смотря на продажу, доставляетъ ему, по особому соглашенію съ приобретающимъ (l. 25 § 1 l. 58 pr. D. l. 9 C. h. t., ср. l. 50 D. de J. F. 49. 14), употребленіе вещи (o l. 32 D. h. t. см. § 115 прим. 3). в) Вредъ, который наемщикъ несетъ чрезъ отнятіе у него вещи приобрета-

включаетъ въ себѣ и обязанность поддержать отданную въ наемъ вещь въ хорошемъ состояніи ⁸. Если нанятая вещь имѣетъ недостатокъ, вредно вліяющій на пользованіе ею, то наниматель отвѣчаетъ наемщику его интересомъ, если онъ умышленно умолчалъ объ этомъ недостаткѣ, или если онъ положительно или безмолвно

телемъ, часто трудно доказать; притомъ же, и въ особенности при наймѣ квартиры, нарушенный интересъ не всегда интересъ имущественный. Не можетъ ли наемщикъ помочь себѣ другимъ образомъ? α) Спрашивали, какимъ образомъ (въ случаѣ, когда въ наемъ отана вся вещь) осуществить передачу противъ воли наемщика? Можно это сдѣлать посредствомъ *constitutum possessorium*; въ пользу этого говоритъ l. 30 § 6 D. de A. v. A. P. 41. 2. Безъ допущенія сего, какъ это и дѣлается, слѣдуетъ сказать, что наемщикъ недопущеніемъ приобретателя обосновываетъ для нанимателя *interd. uti possidetis*, l. 3 § 3 D. uti poss. 43. 17. L. 12 и l. 18 D. de vi 43. 16 не относятся сюда; онѣ трактуютъ о случаѣ, когда наемщикъ желаетъ удержать вещь не въ силу своего наемнаго права, а въ силу собственности. Поэтому не слѣдуетъ, что и я сдѣлалъ въ первомъ изданіи, выводить защиту наемщика противъ посессорнаго иска нанимателя изъ заключительныхъ словъ l. 12 cit. «*nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset*». Слова эти выражаютъ лишь то, что въ удержаніи, на основаніи договора найма, не заключается лишеніе владѣнія, ср. l. 20 D. de A. v. A. P. 41. 2. Конечно наемщику, по сколькою изъ собственнаго заявленія нанимателя въ искѣ явствуетъ обязанность его оставить вещь наемщику, не возбранено возражать этой обязанностью противъ посессорнаго иска. Ср. на счетъ различныхъ взглядовъ обзорніе въ цитированномъ ниже сочиненіи Цибарта стр. 1 слѣд. и само это сочиненіе. (Вангеровъ III § 643 въ концѣ въ 7 изд.). β) Рѣшеніемъ роштскаго обл. апел. суда отъ 15 апрѣля 1850 года признано (Бухка и Будде *Entscheidungen* I стр. стр. 54), что наемщикъ можетъ похотатайствовать противъ предстоящаго отчужденія судебное запрещеніе (*Inhibitorium*). γ) Уговоръ между нанимателемъ и приобретателемъ о продолженіи отношенія найма не даетъ само по себѣ наемщику никакихъ правъ. (Др. мн. Унгеръ *Jahrb. f. Dogm. X* стр. 21 прим. 25). Но наемщикъ можетъ конечно, по сколькою въ этомъ заключается дѣйствительное принятіе на себя приобретателемъ обязанности, приступленіемъ къ уговору получить противъ приобретателя право требовать доставленія ему употребленія (§ 94 прим. 4). Далѣе, наниматель можетъ уступить наемщику свое требованіе изъ такого уговора, и обязанъ даже къ такой уступкѣ по договору найма. Ср. также рѣшеніе роштскаго обл. апел. суда отъ 23 сентября 1861 года у Бухки и Будде *Entscheidungen* V стр. 269—270), которое, на основаніи положенія прим. 12 § 84, предоставляетъ наемщику заявить требованіе нанимателя и безъ переуступки). Ср. вообще: Гестердингъ *Ausbeute* III стр. 215—276 (1830). Шмидтъ *Handb. d. gem. deut. K. I* стр. 85 слѣд. (1847). Дернбургъ *Abhandl. aus dem gem. u. franzos. Civilr. u. Civilprocess* nr. I (1849). Трегеръ *Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F.* XVIII. 3 (1861). Фридлибъ тамъ же XIX. 16 (1862). Цибартъ *die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe* (1866). Глюкъ XVIII стр. 11 слѣд. Синтенисъ II стр. 664—667, Вангеровъ III § 643 прим. 2, Кунтце zu Гольдшера III § 299 nr. 11. (Упомянутое выше сочиненіе Цибарта, новѣйшій голосъ о нашемъ предметѣ, приходитъ, для совершеннаго права, къ результату, что хотя наемщикъ можетъ быть удаленъ покущикомъ, но лишь за доставляемое имъ (покущикомъ) вознагражденіе. Главнымъ основаніемъ служить сочинителю упоминаемое въ I § 43 «право на вещь» (*Recht zur Sache*), которое, въ связи съ владѣніемъ, становится абсолютнымъ правомъ. Ср. объ и противъ этого интереснаго, но въ новѣйшихъ выводахъ несостоятельнаго, сочиненія Дегенкольбъ *Krit. Vchr.* IX стр. 191 слѣд.

⁸ L. 15 § 1 l. 19 § 2 l. 25 § 2 D. h. t., l. 13 § 6 D. de damno inf. 39. 2.

обвѣщаетъ отсутствіе онаго; но во всякомъ случаѣ наниматель не получаетъ арендной платы, въ той мѣрѣ, въ какой пользованіе вещь уменьшается вслѣдствіе этого недостатка⁹. Издержки, употребленныя наемщикомъ на вещь, наниматель обязанъ возмѣстить, если онѣ были необходимы, или вообще сдѣланы въ его интересъ; по другимъ же издержкамъ наемщикъ имѣетъ право забора¹⁰. Наконецъ наниматель несетъ повинности, падающія на вещь¹¹.

2. Наемщикъ обязанъ платить наемныя деньги по истеченіи срока пользованія, если ничего другаго не было условлено¹². Эта обязанность не устраняется тѣмъ, что онъ не пользовался предоставленной въ его распоряженіе вещью¹³, даже и тѣмъ, что онъ не могъ сдѣлать изъ вещи никакого употребленія¹⁴. Въ обоихъ случаяхъ однако же предполагается, что наниматель самъ не воспользовался вещью другимъ образомъ¹⁵. Въ частности, относительно арендатора плодopриносящаго поземельнаго имущества, слѣдуетъ замѣтить¹⁶: арендаторъ, при значительномъ уменьшеніи отъ чрезвычайныхъ несчастныхъ случаевъ сбора плодовъ въ какомъ нибудь году, можетъ требовать уменьшенія арендной платы, которую долженъ однако пополнить въ необыкновенно урожайные года¹⁷. Наемщикъ обязанъ, далѣе, возвратить нанятую вещь по истеченіи срока найма. Отъ этой обязанности онъ не можетъ

⁹ L. 19 § 1 D. h. t., l. 6 § 4 D. de A. E. V. 19. 1; ср. l. 45 § 1 D. h. t. Если наемщикъ зналъ о недостаткѣ, то онъ естественно не имѣетъ иска о вознагражденіи. L. 13 § 6 D. de damno inf. 39. 2. Сятепись стр. 555. Ср. Зейфф. Arch. XII. 149—150 (I. 338, VII. 31, XVI. 214).

¹⁰ L. 55 § 1 l. 19 § 4 D. h. t. L. 55 § 1 cit. «In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel edificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipiendam ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest». Сятепись прим. 68.—Можетъ ли арендаторъ отнять вещь, которыя онъ соединилъ съ арендуемымъ предметомъ, и противъ воли нанимателя, желающаго удержать ихъ противъ возмѣщенія ихъ цѣнности? Зейфф. Arch. VII. 30, XVI. 108

¹¹ L. un. § 3 D. de via publ. 43. 10, l. 4 l. 20 § 4 C. de agric. 11. 47, l. 32 § 6 D. de adm. tut. 26. 7. О квартирной повинности см. Глюк XVII стр. 395 слѣд., Пухта § 369, с. Вангеровъ III. § 641 прим. 2, Сятепись прим. 69, Гольцшверъ III. § 209 nr. 9.

¹² Arg. l. 24 § 2 D. h. t. Безмолвное соглашеніе о времени платежа арендныхъ денегъ заключается въ томъ, что такыя опредѣлены въ такую-то сумму за известный періодъ времени; здѣсь необходимо платить по истеченіи каждаго періода.

¹³ L. 24 § 2 l. 27 § 11. 55 § 2 D. h. t. (Зейфф. Arch. XIII. 123).

¹⁴ L. 61 § 1 D. h. t. и arg. l. 10 § 9—10 eod.

¹⁵ L. 19 § 9—10 D. citi.

¹⁶ В. Сель Arch. f. civil. Pr. XX. 9 (1837). Якоби *uber Remission des Pachtzinses nach römischem und preussischem Recht* (1856). Вангеровъ III. § 641 прим. 1, Сятепись II. стр. 657—660, Гольцшверъ III. § 299 nr. 6. Объ особенномъ вопросѣ по этому ученію: Альбертъ *über Remissionsentsagung des Pächters* (1821).

¹⁷ L. 15 § 2—5. 7 l. 25 § 6 D. l. 8 C. h. t., с. 3 X. de loc. 3. 18. Чрезвычайные несчастные случаи: напр. наводненіе, засуха, градобітіе, саранча, непріятельское нашествіе; а можетъ быть и: «si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae»

уклониться и ссылкой на свое право собственности, если наниматель оспаривает такое. Наемщикъ обязанъ выдать вещь, о своемъ же правѣ собственности онъ можетъ завести особое дѣло ¹⁸. Отказъ въ выдачѣ влечетъ за собой присужденіе къ уплатѣ нанимателю стоимости вещи вдвойнѣ ¹⁹. Если возвращеніе вещи сдѣлалось для наемщика невозможнымъ, или если онъ можетъ вернуть вещь лишь въ ухудшенномъ состояніи, то онъ отвѣчаетъ нанимателю его интересомъ, если невозможность или ухудшеніе было слѣдствіемъ его злаго умысла ²⁰ или небрежности ²¹. За случай онъ отвѣчаетъ тогда только, когда это условлено ²², или въ случаѣ сокрытія вещи (*Unterschlagung*) ^{22a}.—Наемщику не запрещается отдавать вещь въ наемъ, если противное не было выговорено положительно или безмолвно ²³.

sint., l. 15 § 2. 3. 4 *citt.* Уменьшеніе сбора плодовъ: иначе, когда собранные плоды подверглись несчастному случаю. Значительное умаленіе: l. 25 § 6 *cit.* Компенсация: она распространяется и на платежъ прощенного, l. 15 § 4 l. 8 *C. citt. c. 3 X. citt.*

¹⁸ L. 25 *C. h. t.* Нѣтъ основанія ограничить это мѣсто, какъ дѣлаетъ Тонъ (*Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. I. 24*), а за нимъ Синтенсъ прим. 104, случаемъ, когда наемщикъ приобрѣлъ собственность по заключеніи контракта.

¹⁹ L. 10 *C. unde vi* § 4, l. 34 *C. h. t.* (§ 15 прим. 10. 15).

²⁰ L. 25 § 5 l. 43 *D. h. t.* Сюда относится и употребленіе наемщикомъ вещи иначе, чѣмъ это ему дозволено договоромъ. Въ этомъ случаѣ онъ отвѣтствуетъ за всѣ послѣдствія, которыя не наступили бы безъ этого нарушенія договора, хотя бы сами по себѣ они не составляли его вины, l. 11 § 1. 4 l. 12 *D. h. t. Cr. l. 13 § 3 eod. и § 129 прим. 10.*

²¹ L. 5 § 2 *D. commod. 13. 6*, l. 23 *D. de R. J. 50, 17*, l. 28 *C. h. t.*; l. 9 § 3 l. 11 § 2 l. 19 § 2 l. 25 § 3 l. 30 § 2 *D. h. t.*; l. 11 *pr. l. 30 § 4 D. h. t. l. 27 § 9. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2* (*cr. l. 11 D. de per. et comm. 18. 6* и Уббе-лоде *Zeitschr. f. Handelsr. VII. стр. 216—219*; l. 13 § 7—8. l. 25 § 4 *D. h. t.*

²² L. 9 § 2 l. 30 § 4 *D. h. t.* Сюда относится и случай, когда нанятая вещь отдана по оцѣнкѣ въ томъ смыслѣ, что или вещь или цѣнность ея должна быть возвращена, l. 54 § 2 *D. h. t.* Этотъ именно уговоръ встрѣчается часто при арендномъ договорѣ относительно переданнаго скота и другаго имущественнаго инвентаря (такъ назыв. *Eisenviehvertrag, contractus socidae*—каковой договоръ можетъ быть заключенъ и относительно стада, какъ таковаго, а не въ качествѣ имущественнаго инвентаря). Новѣйшіе писатели обыкновенно говорили въ случаѣ такого уговора о *locatio conductio irregularis*. Съ этимъ не должно смѣшивать случая, когда оцѣнка сдѣлана въ томъ смыслѣ, чтобы оцѣночная сумма замѣняла собою безусловно переданную вещь. Въ этомъ случаѣ, о которомъ трактуетъ l. 3 *D. h. t.*, не имѣется договора найма, а купля съ кредитованіемъ покупной суммы. Ср. вообще В. Сельз *Arch. f. civ. Pr. XIX. стр. 304—317*, Шамбонъ *Beiträge zum Obligationenrecht* стр. 12 слѣд., Синтенсъ прим. 15, Безелеръ *deut. Privatr.* стр. 839—840. Также Гольцшурер III § 298 *nr. 6.*

^{22a} Arg. l. 1 § 25 *D. dep. 16. 1. Cr. § 129 прим. 10a.*

²³ L. 6 *C. h. t.*, l. 30 l. 58 *pr. D. h. t.*, *cr. l. 13 § utt. D. de usufr. 7. 1.* Естественно, что этимъ ничего не измѣняется въ правоотношеніи между нанимателемъ и наемщикомъ, и не обосновывается также отношенія между наемщикомъ поднаемщикомъ Зейфф. *Arch. III. 48.* См. впрочемъ и I. § 231 прим. 5, II. § 342 прим. 42.

β. Личный наемъ.

§ 154. Нанявшійся обязанъ исполнить или доставить обшчаныя услуги, или изготовить условленную работу, равно и возвратить переданныя ему при договорѣ найма вещи ¹; наемщикъ обязанъ заплатить наемныя деньги ^{1а}. И здѣсь нанимающійся отвѣтственъ не только за злой умыселъ, но и за небрежность ². Кроме того онъ отвѣтственъ за дѣйствительное обладаніе тѣми способностями, которыя онъ положительно или безмолвно призналъ за собой ³. Если онъ, при исполненіи услугъ или работы, пользуется помощникомъ или представителемъ, то должно различить, дозволено ли было ему это по смыслу договора, или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ онъ безусловно отвѣчаетъ за дѣйствія помощника ⁴, въ первомъ же за неупотребленіе надлежащей заботливости при выборѣ ⁵. Къ невозможности исполненія услугъ безъ его вины при-

§ 154. ¹ L. 22 l. 14 C. h. t. Ср. l. 26 D. h. t. «In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri».

^{1а} При *conductio operis* не съ процентами ли послѣ передачи изготовленной работы, по аналогіи съ правилами договора купли (§ 143 прим. 18)? Нѣтъ: Зейфф. Arch. XIII. 10. Наемщикъ не обязанъ вознаградить вредъ, происшедшій для орудій работающаго. L. 2 § 1 C. de leg. Rhodia 14. 2. Киркульф. *Etscheidungen des OAG. zu Lübeck* 1866 II. стр. 421.

² L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. J. 50. 17, l. 28 C. h. t., l. 13 pr. § 4. 6 l. 25 § 7 D. h. t.

³ L. 9 § 5 D. h. t. «Celsus etiam imperitiam culpaе adnumerandam... scripsit; quippe ut artifex... conduxit». L. 13 § 5 D. h. t., l. 27 § 29 D. ad leg. Aquil. 9. 2.— Принятіе работъ безъ оговорки не лишаетъ принимающаго иска за недостатки, которые остались скрытыми безъ его вины. Зейфф. Arch. VIII. 43, X. 256, XII. 153, ср. XVI. 27.

⁴ Ср. l. 19, 21, 23 D. pro socio 17. 2, l. 55 pr. § 2 D. de adm. tut. 26. 7.

⁵ Сказанное вытекаетъ изъ природы вещей. Если сдѣлавшій заказъ не могъ по обстоятельствамъ дѣла разсчитывать на то, что работа будетъ исполнена лично тѣмъ, который обшчалъ ее, то не согласно будетъ съ *bona fides* подвергать его большей отвѣтственности, чѣмъ за culpa in eligendo. Аналогическія рѣшенія въ l. 21 § 3 D. de neg. gest. 3. 5, l. 45 § 1 D. fam. ere. 10. 2, l. 10 § 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6. Др. мн. Пухта *Vorlesungen zu § 302* (стр. 160 внизу въ 4-мъ изд.), Уббеде-лоде Arch. f. prakt. R. W. VII стр. 229 слѣд. (1860) и *Zeitschr. f. Handelsr.* VII. стр. 199 слѣд. (1864) и, относительно *locatio operis*, Бурхарди über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehulfen bei der Erfüllung von Obligationen (Киль 1861); ср. также Йерингъ *Jahrb. f. Dogm.* IV. стр. 84—85 и *Schuldmoment* стр. 47. Основной взглядъ трехъ первыхъ писателей одинаковъ; по смыслу заключеннаго договора, работающій принимаетъ на себя рискъ за виновность употребленныхъ имъ подмастерьевъ. Пухта не попытался оправдать это объясненіе; Уббеде (Zeitschr. стр. 267 слѣд.) видитъ оправданіе въ томъ, что работающій въ состояніи доставить себѣ «страховую премію» за принятый рискъ возвышеніемъ платы; Бурхарди (стр. 145) аргументируетъ такъ: принимаемый обшчаетъ исполненіе произведенія, этимъ онъ принимаетъ отвѣтственность за употребляемые для исполненія оного средства. Я не могу признать за доводами Бурхарди никакой доказательной силы; въ его же аргументаціи я вижу одну лишь *petitio principii* (работающій обшчаетъ исполненіе произведенія не въ иномъ смыслѣ, какъ заемщикъ возвращеніе занятой вещи, и см. l. 10 § 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6), которая не улучшаетъ отъ слѣдующаго прибавленія: пред-

мѣнныя правила имущественнаго найма, т. е. нанимающійся, правда, не несетъ ответственности, но и не получаетъ платы ⁶. Но онъ не лишается права на нее вслѣдствіе того, что наемщикъ

приниматель, употребляющій средства, посредствомъ которыхъ не осуществляется исполненіе обязательства, виновенъ въ исполненіи (ср. также Уббеде стр. 221 слѣд.). И источники, на которыхъ ссылаются поименные писатели, не могутъ сдѣлать несомнѣннымъ ихъ объясненіе. Здѣсь имѣютъ значеніе слѣдующія мѣста: 1) L. 25 § 7 D. h. t. cit. «Qui columnam trans portandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset». Здѣсь сказано «eorumque», не «eorumve»; слѣдовательно culpa требуется какъ для предпринимателя, такъ и для его рабочихъ. Но если и этого не хотѣть допустить, слѣдовательно допустить, что составитель мѣста разсматривалъ «culpa ipsius» какъ culpa in eligendo, то вполне дозволительно второе объясненіе, что онъ предполагалъ culpa in eligendo. Объясненіе это не болѣе смѣло, какъ въ l. 20 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5, гдѣ оно вынуждается вслѣдствіе l. 10 § 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6. (Др. мн. Бурхарди въ указ. мѣстѣ стр. 85 слѣд.). Въ такомъ же видѣ выражаются неточно l. 12 § 1 D. commod. 13. 6 и l. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 (ср. l. 11 pr. D. h. t., l. 27 § 9. 11 D. ad leg. Aq. 9. 2; и здѣсь др. мн. Бурхарди стр. 106 слѣд.). 2) L. 40. 41 D. h. t. Здѣсь сказано, что, кто «mercedem accipit pro custodia alicuius rei», тотъ обязанъ вознаградить вредъ, причиненный назначеннымъ custodes. Мѣсто это объясняется двоякимъ образомъ, или а) что и здѣсь предполагается, что при выборѣ custodes допущена ошибка; или б) принимается, что по смыслу договора общана личная custodia, ср. § 138 прим. 6. (Другое воззрѣніе у Бурхарди стр. 80 слѣд., который не употребляетъ это мѣсто въ свою пользу). 3) L. 60 § 7 i f. D. h. t.—«illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te afficeret». Culpa, о которой идетъ здѣсь рѣчь, не есть culpa употребленнаго раба, а culpa нанятого (см. противъ Бурхарди стр. 129 Уббеде стр. 281), слѣдовательно какъ разъ culpa in eligendo; понимать здѣсь подъ culpa невѣряемую («schuldlos») вину совершенно произвольно (ср. l. 7 § 4 D. nauae 4. 9, l. 5 § 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 23 D. pro soc. 17. 2). Ср. также l. 10 § 1 D. commod. 13. 6 въ связи съ l. 11 l. 20 eod. 4) L. 13 § 1 D. h. t. Рѣшительное значеніе имѣютъ и здѣсь слова «si culpam caret». 5) L. 5 § 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Здѣсь говорится не объ ответственности изъ собственнаго договора за вину помощниковъ, а объ ответственности изъ ихъ вины. См. § 236 прим. 15. 6) L. 19. 21. 23 D. pro soc. 17. 2. См. прим. 4. Согласно съ излагаемымъ здѣсь ученіемъ: Гассе culpa стр. 408 слѣд., Тель Handelsr. I § 33 въ прим. 3 и 4, Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. III. стр. 93 внизу, стр. 368, ф. Висъ die Haftung für fremde culpa стр. 97 слѣд. Однако же Гольдшмидтъ (стр. 362) склоненъ принять для договора о сухопутной перевозкѣ (ср. § 138 прим. 9) нѣмецкое обычное право, въ силу котораго предприниматель безусловно ответственъ за вину служащихъ. Это правило имѣется и въ HGB (Art. 400), съ тѣмъ, что желѣзнодорожныя общества не могутъ даже условиться о противномъ (Art. 423). Изъ нѣмецкой практики торг. уст. и рядомъ съ нимъ: Зейфф. Arch. IV. 35. 112, XIII. 149 (въ пользу заступаемаго здѣсь воззрѣнія),—VII. 172 (стр. 204) ср. VIII. 52 (противъ). См. еще Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. VI. стр. 578 внизу.

⁶ L. 15 § 6. D. h. t., l. 10 pr. D. de lege Rhod. 14. 2. Др. мн. Фуксъ Arch. f. civil. Prag. XXXIV стр. 403 слѣд.; противъ Моимзенъ Beiträge I стр. 383. Зейфф. Arch. IV. 31.—Особенное постановленіе въ HGB. Art. 60: «Прикащикъ, немогущій временно исполнять своихъ обязанностей по случаю несчастія, въ которомъ онъ не виновенъ, имѣетъ право на жалованье и содержаніе въ теченіе 6 недѣль.»

не воспользовался предоставленными въ его распоряженіе услугами, при чемъ безразлично, послѣдовало ли это по его винѣ или нѣтъ, предполагая только, что нанявшійся не воспользовался своими услугами инымъ образомъ ⁷. Рабочій не лишается своего права на плату и отъ того, что, при *locatio conductio operis* ⁸, изготовленное произведеніе погибаетъ до сдачи, если оно было такого рода, что заказчикъ не могъ отказаться отъ принятія его ⁹. Если при гибели произведеніе было готово въ части, то рабочій получаетъ плату въ размѣрѣ этой части ¹⁰.

Къ сказанному должно прибавить еще слѣдующее:

1. Особенно важное примѣненіе найма услугъ составляетъ договоръ перевозки. Если онъ заключенъ съ корабельщикомъ, то къ нему примѣняется указанная въ § 137 особенность относительно ответственности перевозчика; за исключеніемъ же этого, къ договору перевозки примѣнимы общія начала найма услугъ (*Werkverdingung*). Начала эти имѣютъ примѣненіе и къ фрактовымъ договорамъ, заключаемымъ съ почтовымъ управленіемъ и желѣзными дорогами ¹¹.

⁷ L. 19 § 9 l. 38 pr. D. h. t., ср. l. 19 § 10 D. h. t., l. 4 D. de off. assess. l. 22. Ср. съ Моммзенемъ въ указ. м. стр. 353 слѣд. и III стр. 422—423, Виндшейдъ *Heid. Krit. Zeitschr.* II стр. 139; также Вангеръ III стр. 240—241. Зейфф. *Arch.* VIII. 253, XIX. 226, ср. XII. 24, XIX. 30.

⁸ Ср. о слѣдующемъ: Ф. Бухгольдъ *Zeitschr. f. civilr. u. Pr. N. F.* VIII. 1, Моммзенъ *Beiträge* I стр. 368 слѣд., Виндшейдъ *Heid. Krit. Zeitschr.* II стр. 139—141 и опять Моммзенъ III стр. 423—428, Бурхарди (прим. 5) слѣд. 131 слѣд. ср. *Висъ die Haftung für fremde Culpa* стр. 94 слѣд.

⁹ L. 36. 37. l. 62. D. h. t.

¹⁰ L. 59 D. h. t., l. 33 eod. Др. ми. Моммзенъ и Бурхарди въ указ. м.

¹¹ Ср. § 138 прим. 9.—Желѣзнодорожное право получило въ новѣйшее время богатую литературу, которая указана у Гольдшмидта *Zeitschr. f. Handelsr.* IV. Стр. 572—574. *HGB.* трактуется о «фрактовомъ предпріятіи» въ ст. 390—431 (о фрактовомъ предпріятіи желѣзныхъ дорогъ въ особеннсти ст. 422 слѣд.), о морскомъ фрактѣ въ ст. 557—679.—Вопросы частные суть слѣдующія: 1) Имѣетъ ли тотъ, которому должна быть сдана вещь, переданная для перевозки, право требованія противъ фрактовщика на сдачу ему вещи? Конечно, если отправитель переуступивъ ему свое требованіе; а безъ цессіи? Въ пользу положительнаго разрѣшенія оставался въ этомъ спорномъ вопросѣ незамѣченной! 6 § 2 D. de neg. gest. 3. 5 (§ 70 прим. 7). Литература: Гепфнеръ *Arch. f. Civilr. u. Pr.* XXXVI. 6, Карсенсъ тамъ же XXXVII. 8, Кохъ *Deutschlands Eisenbahnen* II стр. 106 слѣд. Зейфф. *Arch.* VI. 59, X. 56, XII. 291. XIV. 23. Особенное право коноссаментъ; тамъ же VI. 241, XII. 291, XV. 49. *HGB. Art.* 405. «По прибытіи перевозчика въ мѣсто сдачи (ср. *Art.* 404) назначенный въ коноссаментѣ получатель вправѣ отъ собственнаго имени заявить противъ перевозчика право изъ фрактоваго договора, за исполненіемъ обязанностей по этому договору». По передачѣ коноссаментъ это право требованія не можетъ быть болѣе отнято у него другими распоряженіями отправителя (*Art.* 402). При перевозкѣ моремъ исключительное право на сдачу ему имущества имѣетъ съ самаго начала тотъ, кто указанъ въ коноссаментѣ и владѣетъ имъ (*Art.* 647). Коноссаментъ можетъ быть писанъ и по приказу (*Art.* 646—651). Если при сухопутной перевозкѣ составлено грузовое свидѣтельство (*Art.* 413. 414), то къ нему примѣняются тѣ же

2. При заказах может быть условлено, что работа имѣть быть изготовлена не только изъ переданной рабочему вещи, но и изъ другой однородной вещи. Въ этомъ случаѣ работникъ дѣлается собственникомъ переданной ему вещи и несетъ рискъ оной¹².

3. Если, наоборотъ, произведеніе должно быть для заказчика изготовлено изъ вещи, принадлежащей работнику, то здѣсь имѣется не наемъ, а купля, а именно покупка вещи, которая имѣетъ

правила, что и къ коноссаментамъ (Art. 415. 418). (Гольдшмидтъ *Handelsrecht* § 72. 75). 2) Какое правоотношеніе устанавливается въ томъ случаѣ, когда первый перевозчикъ передаетъ имущество другому для дальнѣйшей перевозки? Ср. объ этомъ Росгиртъ *Arch. f. civ. Pr.* XLIV. 10. По общимъ правиламъ придется сказать, что вслѣдствіе этого не возникаетъ правоотношенія между отправителемъ и вторымъ перевозчикомъ, равно что первый перевозчикъ отвѣтствуетъ предъ отправителемъ за вину втораго перевозчика лишь тогда, когда онъ, передавая перевозку, или виновенъ въ выборѣ перевозчика. Зейфф. *Arch.* II 93. IV. 70, VII. 172. 355. Иначе постановляетъ *HGB* Ст. 401. «Если фрахтовщикъ передаетъ имущество другому перевозчику для исполненія принятой имъ на себя перевозки въ цѣлости или часті, то онъ отвѣчаетъ за него и за могущихъ быть послѣ него перевозчиковъ, до самой сдачи. Каждый фрахтовщикъ, замѣняющій собою предшествовавшаго, вступаетъ, вслѣдствіе принятія имъ имущества съ первоначальной грузовой росписью, въ фрахтовый договоръ согласно грузовой росписи, принимая самостоятельное обязательство выполнить перевозку по содержанію фрахтоваго договора и отвѣтственъ также за обязательство предшествовавшихъ ему перевозчиковъ относительно исполненной ими уже перевозки». Наоборотъ послѣдній перевозчикъ осуществляетъ и права предъидущихъ (Art. 410). Ср. впрочемъ и Зейфф. *Arch.* IX. 56, XII. 25. 3) Дѣйствительность договоровъ, заключенныхъ до положительному соглашенію или безмолвному подчиненію публично-огащенному регламенту перевозчика, если договоры эти отмѣняютъ собой дѣйствіе регламента? Ср. объ этомъ Гельдшмидтъ *Zeitschr. f. Handelsr.* IV. Стр. 559—660. Изъ общихъ началъ вытекаетъ лишь, что нельзя выговорить себѣ безответственность за *dolus* (а за *culpa lata*) (§ 17 прим. 5). По относительно желѣзныхъ дорогъ идетъ гораздо далѣе *HGB* Art. 423 слѣд.

¹² L. 31 D. h. t., l. 34 pr. D. de auro 34. 2. L. 31 pr. cit.:—«*rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fferent, aut aurum, ut annuli. Ex superiore casu rem domini manere, ex posteriori in creditum iri.*». И въ этомъ случаѣ (§ 153 прим. 22) говорятъ о *locatio-conductio irregularis*. О немъ трактуютъ: В. Селъ *Arch. f. civil. Pr.* XIX стр. 318—330, ср. Бухгольцъ *Zeitschr. f. civ. u. Pr.* NF. VIII стр. 8—16, Моммзенъ *Beiträge* I стр. 283—286, Брицъ стр. 440, Спитенисъ II § 118 прим. 21. Собственно говоря, въ этомъ случаѣ имѣется смѣшеніе найма и мѣны (l. 3 cit.—«*in creditum iri*», l. 34 pr. cit.:—«*quippe quasi permutationem ficepe videtur*»), каковую мысль приводитъ въ особенности Селъ, но лишь односторонне. Отрицали: 1) что сдѣлка дѣлаетъ получателя собственникомъ, или дѣлаетъ его всегда такимъ (Бухгольцъ, Брицъ), причемъ ссылаются на слова l. 34 pr. cit.—«*quatenus dominium transit*», гдѣ однакоже безъ сомнѣнія слѣдуетъ читать вмѣсто *quatenus*—*protinus*; 2) что получатель несетъ отвѣтственность (Бухгольцъ, Брицъ, Спитенисъ), съ ссылкой при этомъ на l. 31 cit. i. f.:—«*sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere*», каковое рѣшеніе объясняется вполнѣ тѣмъ, что въ случаѣ, о которомъ говорить это мѣсто, обязательство получателя ограничено по договору находящимся на кораблѣ зоркомъ. См. именно Моммзенъ въ указ. и. Прим. 27, Келлеръ 342.

быть изготовлена ¹³. Что касается перехода при этомъ риска къ покупщику, то рѣшительное значеніе имѣютъ здѣсь, если подлежащая обработкѣ вещь опредѣлена генерически, правила о куплѣ генерически опредѣленныхъ вещей (§ 143. 1. а); если же она опредѣлена индивидуально, то заказчикъ несетъ рискъ не со времени окончанія работы, а послѣ принятія (одобренія) ¹⁴.

с. Прекращеніе.

§ 155. О прекращеніи найма необходимо, въ частности, замѣтить слѣдующее:

1. Если срокъ найма неопредѣленъ положительно или безмолвно ¹, то каждый контрагентъ можетъ во всякое время отступить отъ договора, соблюдая однакоже обычный въ данномъ мѣстѣ срокъ предваренія, если таковой существуетъ ². Соблюденіе этого срока необходимо и тогда, когда въ договорѣ положительно условленъ отказъ съ предвареніемъ.

2. При извѣстныхъ обстоятельствахъ дозволяется отступленіе и до условленного срока. Право это принадлежитъ при имущественномъ наймѣ: а) наемщику, если нанятая вещь сдѣлалась негодной къ пользованію ³, или если продолженіе пользованія сопряжено для него съ опасностью ⁴; б) нанимателю, если наемщикъ

¹³ Gai III. 147, § 4 I. h. t., l. 2 § 1 D. h. t., l. 20 l 65 D. de contr. emt. 18. 1 Но сюда относятся случаи, въ которыхъ должно быть сооружено на участка заказчика зданіе матеріаломъ рабочаго, хотя чрезъ постройку матеріалъ приходитъ въ собственность заказчика. L. 22 § 2 D. h. t., l. 20 D. de contr. emt. 18. 1. О томъ, какъ читать l. 20 cit. («etiam»), см. Гущка Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. NF. IV стр. 283, Ардтсъ тамъ же VIII стр. 102, Эммерихъ тамъ же XVIII стр. 122, Моммзенъ въ изданіи его къ этому мѣсту. Ср. Зейфф. Arch. XI. 234.

¹⁴ Слѣдуетъ принять, что купля заключена подъ условіемъ одобренія. Ср. l. 1 § 6 D. de poll. 50. 12 и Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr, II стр. 141; но также Моммзенъ Beiträge I стр. 367. III стр. 428.

§ 155. ¹ Срокъ при наймѣ для исполненія какой нибудь работы опредѣляется указанной въ договорѣ цѣлью работы. См. и Зейфф. Arch. XVII. 32.—Onus probandi, когда сторона утверждаетъ, что договоръ заключенъ на опредѣленное время? Е. А. Зейффертъ въ Pand. Зейфф. § 328 прим. 3. Зейфф. Arch. VI. 29.

² Въ этомъ видѣ слѣдуетъ истолковывать смыслъ договора сообразно bona fides. О наймѣ съ предвареніемъ объ отказѣ говорить l. 4 D. h. t. Ср. НГВ. Arch. 61.—Если бы было положительно условлено не предвѣщать объ отказѣ, или если договоръ заключенъ «на вѣчныя времена», то правоотношеніе сторонъ подлежало бы обсужденію по правиламъ объ эмфитевизисѣ и суперficiѣ (ср. I § 218 прим. 5). Въ l. 10 C. h. t. «perpetua locatio» означаетъ наймъ безъ опредѣленія его продолжительности. Отказъ отъ права предваренія при кратчайшемъ срокѣ: Зейфф. Arch. VII. 307.

³ L. 25 § 2 D. h. t. («si vicino aedificante obscureatur lumina coenaculi», «si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat»). L. 60 eod., ср. l. 27 pr. eod. Зейфф. Arch. VII. 171.

⁴ L. 27 § 1 l. 13 § 7 D. h. t., l. 28. 33 D. de damno inf. 39. 2. Вангеровъ III стр. 465.—Замедленіе въ исполненіи договора обосновывается для наемщика право отказа въ той мѣрѣ, въ какой съ продолженіемъ найма сопряженъ для него большій

злоупотребляет нанятой вещью ⁵, или не уплатить наемных денег за два года ⁶; далѣе, вслѣдствіе необходимости ремонта, исключающаго пользованіе ⁷ и по непредвидѣнной собственной надобности въ вещи ^{8,9}. При наймѣ услугъ для изготовленія какой либо работы заказчикъ можетъ отступить, если обнаружится, что составленная рабочимъ смета расходовъ слишкомъ высока ¹⁰.

3. Если по окончаніи срока найма наемщикъ продолжаетъ пользованіе и наниматель не противится этому, то симъ заключается новый договоръ ¹¹: при плодоприносящихъ поземельныхъ имуществвахъ на годъ ¹², при другихъ вещахъ — на указанный въ договорѣ срокъ, если онъ былъ заключенъ письменно ¹³, при отсут-

вредъ, чѣмъ онъ съ своей стороны причиняетъ нанимателю. L. 24 § 4 l. 60 pr. D. h. t., ср. § 33 прим. 1, § 99 прим. 6.

⁵ L. 54 § 1 D. l. 3 C. h. t., c. 3 X de loc. 3. 18. Зейфф. Arch. II. 38, XII. 265, XIX. 38.

⁶ L. 54 § 1 l. 56 D. h. t., l. 3 C. cit., c. 3 X. cit. C. 3 X. cit.: — «si... cum canone per biennium non solvisset, sibi satisfactione celeri non providit». Ср. I § 222 прим. 10.—При откупѣ публичныхъ налоговъ допускается немедленный отказъ по неплатежу арендной платы, l. 10 § 1. D. de publ. 39. 4. Ср. Ситенісь § 118 прим. 5, Вангеровъ § 643 прим. 1 nr. 1 а Зейфф. II. 172, XII. 23. 152 (XIV. 134. XXII. 38).

⁷ L. 3 C. cit., l. 30 pr. l. 35. pr. D. h. t. Недостаточно, см. ф. Бухгольцъ Abhandlung. Стр. 299—303. См. также Гольцшверъ III § 299 nr. 12. I. b. (ср. Зейфер. Arch. VII. 231).

⁸ L. 3 C. cit., c. 3. X. cit. Слѣдуетъ ли ограничить это наймомъ жилища? Ситенісь въ указ. м. прим. 57, Вангеровъ въ указ. м. nr. 1. d. Гольцшверъ III § 299. nr. 12. 1а Условіе непредвидимости несправедливо оспариваетъ (с. 3. X. cit.) ф. Бухгольцъ въ указ. м. стр. 303.

⁹ По спорному вопросу о томъ, оправдывается ли отступление открытіемъ несостоятельности арендатора, или же и нанимателя (l. 8. § 1. D. de reb. auct. iud. 42. 5), см. Байеръ Concurspr. §. 31, Нортофъ Arch. f. prakt. R. W. IX, Стр. 1 сабд. (несостоятельность нанимателя). Зейфф. Arch. I. 390. 391.

¹⁰ Но онъ обязанъ заплатить за изготовленную уже часть работы. L. 60 § 4. D. h. t.—Объ отказѣ отъ договора, заключеннаго между принципаломъ и прикащикомъ, трактуютъ специально ст. 62—64 НГВ. Ср. Зейфф. Arch. V. 163, XII. 266, XIV. 228. 276, XX. 233. — Въ рѣшеніи Ольденбургскаго об. апп. суда, приведеннаго у Зейфф. Arch. X. 42, высказано начало, что каждый контрагентъ можетъ отступить отъ договора личнаго найма, въ особенности отъ договора найма прислуги, коль скоро «нельзя ожидать, чтобы противная сторона, при добросовѣстной оцѣнкѣ обстоятельствъ, настаивала на исполненіи онаго до конца». Согласно съ этимъ рѣшеніе мюнхенскаго об. апп. суда въ 13 l. f. R. Anwend. XXXI. Стр. 172. (Зейфф. Arch. XX. 223 и цитаты тамъ же, XXII. 232).

¹¹ Такъ наз. *relocatio facta*. Ср. объ этомъ Вангеровъ III § 644 прим., гдѣ излагается полный отчетъ о литературѣ и различныхъ мнѣніяхъ. Зейфф. Arch. II. 285, IV. 218.

¹² L. 13. § 11 l. 15. D. l. 16. C. h. t. Ср. впрочемъ и Гольцшверъ III § 298 nr. 1. I.

¹³ L. 13. § 11. cit. Впрочемъ толкованіе разсматриваемыхъ словъ этого мѣста («nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est») не несомнѣнно. См. Вангеровъ въ указ. м.

ствіи письменнаго соглашенія — на время, въ теченіе котораго пользованіе дѣйствительно продолжалось ¹⁴.

4. Смерть контрагентовъ не имѣетъ вліянія на силу договора найма ¹⁵, если дѣйствіе договора не ограничено, положительно или безмолвно, личностью этого контрагента ¹⁶.

*д. Особенное примѣненіе договора найма **

§ 156. По морскому праву родосцевъ, вредъ или расходъ, происшедшій для корабля или груза при спасеніи отъ морской опасности, подлежатъ пропорціональному возмѣщенію со стороны собственниковъ спасеннаго груза ¹. Положеніе это римляне приняли въ свое право ², но поставили его въ слѣдующую связь съ началами договора найма: лицо, непосредственно понесшее вредъ или расходъ, имѣетъ изъ договора найма искъ противъ корабельщика о возмѣщеніи сего, послѣдній же имѣетъ регрессъ къ собственнику спасеннаго ³. Въ частности ⁴:

1. Распредѣленію подлежатъ всякій убытокъ и расходъ, которые были слѣдствіемъ дѣйствій, предпринятыхъ съ цѣлью спасенія корабля или груза, независимо отъ того, были ли эти расходы или убытокъ посредственнымъ или непосредственнымъ слѣдствіемъ этихъ дѣйствій ⁵. При исчисленіи этихъ убытковъ должна быть принята въ соображеніе лишь та цѣна, въ которую обо-

¹⁴ L. 13. § 11. D. h. t. Нельзя ли при наймѣ квартиры сказать: до ближайшаго срока переезда, если таковой существуетъ по мѣстному обычаю? Такъ Гольцшверъ III § 298 nr. 1. I и цитированные у него писатели. Но снова l. 13. § 11, cit.: «grout quisque habitaverit» слишкомъ ясны.

¹⁵ L. 10 C. h. t. Cr. l. 15 § 9.—l. 19. pr. D. h. t.

¹⁶ При личномъ наймѣ смыслъ договора обыкновенно таковъ, что договоръ не долженъ перейти къ наследникамъ. См. далѣе l. 4. D. h. t. «Locatio precariive regatio ita facta quoadis, qui rem locapet dedipetve, vellet, morte eius qui locavit tollitur».

* Dig. 14. 2 de lege Rhodia de iactu. — Глукъ XIV стр. 199—232, Унтергольцнеръ III стр. 353—358, Синтенисъ II стр. 674—679.

§ 156. ¹ L. 1. D. h. t.

² Cr. l. 9. D. h. t.

³ L. 2. pr. D. h. t. Cr. l. 2 § 7 eod. Если самъ корабельщикъ пострадалъ непосредственно, то первое отпадаетъ.

⁴ Постановленія римскаго права подробнѣе развиты въ новѣйшемъ морскомъ правѣ въ ученіи о большой аваріи HGB. трактуетъ объ этой аваріи въ ст. 702—735.

⁵ Въ источникахъ упоминается въ частности: а) о бросаніи за бортъ вещей съ цѣлью облегченія корабля, l. 1. D. h. t. и очень часто тамъ же; б) о перегрузкѣ части груза на меньшее судно, которое за симъ подвергается крушенію, l. 4 pr. D. h. t.; в) о поврежденіи самого корабля, мачтъ и т. п., l. 2 § 1 l. 3 l. 5 § 1 D. h. t.; д) о выкупѣ отъ пиратовъ, l. 2 § 3 D. h. t.; е) о поврежденіи оставшагося на кораблѣ имущества выбрасываніемъ другаго имущества, l. 4 § 2 D. h. t. — Что нельзя требовать возмѣщенія вреда, не вызваннаго мѣрами спасенія, говорить положительно l. 2 § 1 l. 4 pr. l. 5 pr. l. 6 D. h. t. Какъ же быть въ томъ случаѣ, когда принята спасительная мѣра для отвращенія мнимой опасности? Достаточно «разумнаго по обстоятельствамъ дѣла убѣжденія въ ея существованіи». Зейфф. Arch. VII. 88.—Cr. HGB. Ст. 702. 708—710.

шлись пожертвованныя вещи, а не их действительная цѣнность ⁶.

2. Подлежащая раздѣленію сумма распределяется такимъ образомъ, что соразмѣрную часть оной несутъ, съ одной стороны, собственникъ спасеннаго ⁷, корабля или груза (или корабля и груза) ⁸, а съ другой и тѣ лица, которыя имѣютъ право на вознагражденіе ⁹. Въ основаніе оцѣнки спасенныхъ вещей принимается ихъ настоящая цѣнность ¹⁰.

3. Лица, которыя вправѣ требовать возмѣщенія, обращаются съ своими требованіями къ корабельщику. Послѣдній собираетъ, съ своей стороны, взносы, падающіе на спасенное имущество, и можетъ до уплаты оныхъ не выдавать имущества ¹¹. Несостоятельность одного изъ обязанныхъ взносовъ не падаетъ на счетъ корабельщика, а возвышаетъ соразмѣрно взносы остальныхъ ¹².

Нѣтъ основанія не допускать распространенія этихъ началъ на другіе случаи, когда кто нибудь имѣя въ своихъ рукахъ вещи разныхъ собственниковъ, къ выдачѣ которыхъ онъ обязанъ, спасаетъ вещи одного чрезъ пожертвованіе вещами другого ¹³. Наоборотъ, не находить себѣ оправданія то общее положеніе, что лицо, понесшее вредъ, угрожавшій многимъ, имѣетъ къ послѣднимъ искъ о вознагражденіи ¹⁴.

⁶ L. 2 § 4 D. h. t. Иначе HGB. Ср. вообще тамъ же ст. 711—717.

⁷ L. 4 pr. § 1 l. 5 pr. D. h. r. HGB. Art. 726.

⁸ L. 2 § 2 D. h. t. За исключеніемъ лишь спасеннаго запаса продовольствія. Другія исключенія допускаетъ HGB. Ст. 725.

⁹ L. 1 D. h. t. «*Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.*». Можно и такъ сказать: отдѣльные лица обязаны взносами соразмѣрно: 1) цѣнности спасеннаго, 2) о суммѣ, которая списывается въ ихъ пользу при исчисленіи количества вознагражденія. Ср. HGB, ст. 718—724.

¹⁰ L. 2 § 4 l. 4 § 2 D. h. t.

¹¹ L. 2 pr. D. h. t. Непосредственное требованіе имѣющаго право на вознагражденіе къ собственнику спасеннаго имущества допускается по общему праву въ той лишь мѣрѣ, въ какой имѣетъ мѣсто *actio negotiorum gestorum contrario* (прим. 14). Иначе по HGB. вообще тамъ же ст. 727—734.

¹² L. 2 § 6 D. h. t.

¹³ Потому именно, что римляне сводили такіе случаи къ правиламъ договора найма. Поэтому указанные начала должны быть примѣнимы не только къ другимъ случаямъ договора найма, напр. къ сухопутной перевозкѣ, но и къ договору суды. и вообще во всѣхъ случаяхъ, гдѣ въ одномъ и томъ же лицѣ совпадаютъ обязанность къ вознагражденію и право на оное.

¹⁴ Тѣмъ не менѣе жертвующій чѣмъ нибудь для отвращенія общей опасности не имѣетъ *actio negotiorum gestorum contrario*, такъ какъ онъ вызванъ былъ на жертву соображеніемъ собственнаго интереса (§ 185 прим. 12). Сравни къ этому и предъидущему примѣчанію: Глюкъ XIV стр. 233, 234 и цитированныхъ у него писателей, Тибо Lehrb. § 644 и Arch. f. civ. Prag. VIII стр. 146, В. Сель Versuche I стр. 100, Унтергольцнеръ § 510. 1., Зейффертъ § 432 въ концѣ, Пухта § 368 въ концѣ, Синтенисъ § 118 прим. 199. (Иерингъ Jahrb. f. Dogm. X стр. 347 слѣд.).

4. Другіе оводные договоры о пользовани вещами и услугами.

§ 157. Если за пользование вещами или услугами обшчаны не деньги, а другой эквивалентъ, то такой договоръ не называютъ договоромъ найма. Но къ нему примѣнимы начала договора найма ¹.

Равнымъ образомъ не называется договоромъ найма тотъ случай, когда за вознагражденіе обшчается услуга, состоящая исключительно или преимущественно въ духовной дѣятельности ². Но и здѣсь имѣютъ примѣненіе правила договора найма ³. Именно и здѣсь должникъ отвѣтствуетъ не только за злой умыселъ, но и за

§ 157. ¹ У римлянъ такой договоръ отличается отъ договора найма тѣмъ, что онъ становится обязательнымъ не вслѣдствіе одного соглашенія, а дѣйствительнымъ исполненіемъ онаго со стороны одного контрагента;—изъ этого договора возникала *actio praescriptis verbis*. L. 5 § 2 l. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19. 5. § 2 I de loc. 3. 24.

² Новѣйшіе писатели говорятъ въ этомъ случаѣ объ *operae liberales*. (Ср. Унтергольцнеръ II стр. 344. b. «Говорить въ подобныхъ случаяхъ, вмѣстѣ съ новѣйшими писателями, объ *operae liberales*, — значитъ почти, что говорить у насъ о научномъ ремеслѣ»).

³ Предполагая, что, по смыслу договора, стороны не пользуются правомъ отказа, въ какомъ случаѣ сдѣлка можетъ быть разсматриваема какъ маждатъ съ условіемъ вознагражденія. Ср. Зейфф. Arch. III. 49.—Для римлянъ договоръ мандата былъ единственнымъ договоромъ, подъ который можно было подвести уговоръ этаго рода. Гдѣ это невозможно было сдѣлать, тамъ сдѣлка считалась внѣ юридической сферы, и оставалась попытаться походатайствовать у судьи экстраординарное рѣшеніе (*extraordinario cognitio*), смотря по особенностямъ каждаго даннаго случая. Но вслѣдствіе этого образовалось мало по малу извѣстное правило, въ особенности, что касается взысканія неуплаченного гонорара, см. l. 4 D. de extraord. cogn. 50. B, tit. Dig. 50. 14 de prexenicicis. Въ преторскомъ эдиктѣ обшчана для одного случая защита судебнымъ рѣшеніемъ (*indicium*), для случая невѣрнаго исчисленія пространства землемѣромъ (*mensuror*), Did. 11. 6 si mensor falsum modum dixerit. См. впрочемъ и прим. 4. О такъ наз. *contractus suffragii* см. l. un. C. ae suffragio 4. 3, Nov. 8 c. 1. Ср. вообще Унтергольцнеръ II § 521. Въ настоящее время было бы несогласно ни съ реальными отношеніями, ни съ намѣреніемъ контрагентовъ придавать договорамъ этого рода другое значеніе, чѣмъ значеніе оводныхъ договоровъ. Пользованіе духовной дѣятельностью съ промышленною цѣлью не только не считается въ настоящее время оскорбленіемъ достоинства и приличія, но и перестало давно быть чѣмъ то необыкновеннымъ и бросающимся въ глаза. Оно входитъ какъ факторъ въ имущественный оборотъ, подобно всякому другому фактору, и не можетъ поэтому требовать для себя исключительнаго положенія, не имѣя также въ немъ надобности. Ср. Синтиенсъ § 113. I. пг. 2 и § 119. i. Отношеніе это не измѣняется и тѣмъ, что лица, оказывающія подобныя услуги, получаютъ для этой цѣли отъ государства одобреніе, концессію, назначеніе, какъ адвокаты, нотаріусы, врачи, учителя и т. п., хотя конечно оно видоизмѣняется тогда, когда они призваны государствомъ дѣйствовать отъ его имени, въ качествѣ его органовъ. Въ послѣднемъ случаѣ, напр. какъ это бываетъ съ судьями, съ ними не заключается договора, а они обнаруживаютъ свою дѣятельность въ силу даннаго имъ государствомъ порученія. Друг. мнѣнія и относительно адвоката, «юрисконсульта, учителя, врача, агрименсор и т. д.» — Ветцель *Civilprocs* § 8 отъ примѣч. 35; но онъ ссылается не на публичное положеніе этихъ лицъ, а на то, что ихъ услуги «не представляютъ собой имущественнаго интереса». Послѣднее объясненіе невѣрно по своей общности, и еслибъ оно было даже вѣрно, то не оправдывало бы извлеченное изъ него послѣдствіе (§ 3 прим. 3).

небрежность и недостатокъ тѣхъ знаній и способностей, которыя въ немъ имѣлъ основаніе предполагать заказчикъ ⁴. Если, далѣе, исполненіе услугъ дѣлается для должника невозможнымъ, хотя и безъ его вины, то онъ не имѣетъ права на эквивалентъ ⁵. Но непользованіе услугами со стороны кредитора не лишаетъ должника этого права, предполагая при этомъ, что онъ изъ этихъ услугъ не сдѣлалъ какого либо иного употребленія ⁶. И здѣсь не требуется, чтобы эквивалентъ былъ положительно обещанъ. Кто пользуется услугами другого, зная, что послѣдній исполняетъ эти услуги лишь за вознагражденіе, тотъ обязанъ удовлетворить его

⁴ Кто пользуется услугами челоѣка, дѣлающаго изъ своего искусства или науки ремесла, тотъ не говори объ особенныхъ обстоятельствахъ, вправѣ рассчитывать, что онъ въ состояніи пріобрѣсть тѣ познанія и способности, которыя возможно пріобрѣсть при обыкновенномъ прилежаніи и обыкновенной добросовѣстности. Онъ не вправѣ предполагать особенныя дарованія или дарованія вообще. Ср. Зейфф. Arch. XX. 204. Я не считаю основательнымъ объясненіе Синтениса, въ силу котораго отвѣтственность простирается лишь на *culpa lata*, при такихъ сдѣлкахъ, при которыхъ услуга исполняется чрезъ примѣненіе искусства или науки»; съ этимъ несогласны и выводы самаго Синтениса въ § 119 прим. 2. Конечно, римское право признаетъ *mensor* а отвѣтственнымъ лишь за *dolus* и *culpa lata*; но соглашеніе съ *mensor* омъ не имѣло для римлянъ значенія юридической сдѣлки въ собственномъ смыслѣ (l. 1 § 1 D. si *mensor*: «*visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est*», см. также l. 2 D. de *proehenet*. 50. 14), это же основаніе отпадаетъ въ настоящее время (прим. 3). (Впрочемъ, въ позднѣйшее время образовалось и у римлянъ другое воззрѣніе на договоръ съ *mensor* омъ, въ силу котораго договоръ этотъ былъ подведенъ подъ точку зрѣнія личнаго найма. См. l. 4 § 1 D. *fin reg.* 10. 1 и объ одномъ мѣстѣ въ *lex Thoria* (с. 44)—Рудорфъ *Zeitschr. f. gesch. R. W.* X. стр. 136 слѣд.; о *mensores* вообще см. его же стр. 412 слѣд.). Что касается врача, то см. еще l. 6 § 7 D. de *off. praes.* l. 18, l. 7 § 8 l. 8 *pr. D. ad leg. Aquil.* 9. 2, § 6. 7. I. *eod.* 4. 3 (и здѣсь римляне подходили близко къ точкѣ зрѣнія договора личнаго найма, l. 7 § 8 *cit.*, ср. къ этому l. 26 § 1 D. de *praescr. verb.* 19. 5 по редакціи Моммзена въ его изданіи); касательно адвоката l. 14 § 1 C. de *iud.* 3. 1.—Др. мн. Вейцель и здѣсь, по которому адвокатъ отвѣтствуетъ за *levis culpa* лишь въ силу положительнаго постановленія имперскихъ законовъ (тамъ же прим. 17). Согласно съ этимъ (относительно *notarius*а) Регельсбергерь *civilr. Erörterungen* I стр. 186—187.

⁵ Ср. § 154 прим. 6. Особенное право дѣйствовало у римлянъ для *patronus fisci*; жалованье его выплачивалось его наслѣдникамъ за весь тотъ годъ, въ которомъ онъ умеръ. L. 15 § 1 C. de *advoc.* 2. 7. l. 3 § 6 l. 5 § 6 C. de *advoc. divers. iudiciorum* 2. 8. Примѣнялось ли и къ обыкновеннымъ адвокатамъ положеніе, что они не лишаются права на условенное вознагражденіе, если они по какому либо препятствію, въ которомъ они невиновны, не могли продолжать веденіе дѣла въ переносной инстанціи,—это сомнительно. Источники (l. 38 § 1 D. *loc.* 19. 2, l. 1 § 13 D. de *extr. cogn.* 50. 13, l. 11 C. de *cond. ob. caus. dat.* 4. 6) говорятъ лишь о томъ, что полученный гонораръ не подлежитъ возвращенію, что вполне объясняется (принявъ разъ, что изъ обѣщанія гонорара не возникаетъ обязательства въ собственномъ смыслѣ) правомъ презумпціи (l. 1 § 100 прим. 6). Ср. и Моммзень *Beiträge* I стр. 360—362, Вейцель *Civilproc.* § 8 прим. 53—55.

⁶ l. 19 § 10 D. *loc.* 19. 2, l. 4 D. de *off. ass.* l. 22. Ср. § 154 прим. 7 и Випдшейд *Heid. Krit. Zeitschr.* II стр. 139.

въ размѣрѣ заявленнаго имъ требованія, предполагая, что требованіе это не несправедливо ⁷. Вопросъ о томъ, можно ли требовать эквивалента за самое исполненіе услугъ, или же лишь за опредѣленный, достигнутый этими услугами результатъ, разрѣшается по обстоятельствамъ каждаго даннаго случая ^{8, 9}.

Сроднымъ съ договоромъ найма представляется договоръ, въ силу котораго вещь отдается въ эстетическое или суперфициарное владѣніе. Но не говоря уже о томъ, что эти правовыя отношенія имѣютъ прежде всего вещный характеръ, самый договоръ отстаетъ здѣсь на задній планъ, такъ какъ отношенія эти нормируются главнымъ образомъ закономъ, и одни и тѣ-же правила примѣняются къ нимъ и въ томъ случаѣ, когда они возникли не изъ договора.

е. Товарищество. *

1. Понятіе и заключеніе.

§ 158. Договоръ товарищества имѣетъ цѣлью соединеніе имущественнаго участія двухъ или нѣсколькихъ лицъ въ общемъ интересѣ. Участіе каждаго изъ контрагентовъ не должно доставаться въ пользу исключительно одного или другихъ контрагентовъ ¹, а соединеніемъ этимъ долженъ быть достигнутъ результатъ выгодный для всѣхъ ^{1а}.

⁷ Ср. § 152 прим. 14 и цитированныхъ тамъ писателей, § 139 прим. 6. Abs. 2. Зейфф. Arch. IV. 217, XX. 30 (XXI. 47. 48. 49). Кирхульф. Entscheid. d. OAG. zu Lübeck 1865 стр. 1123—1124.

⁸ Адвокату обѣщается гонораръ не за выигрышъ, а за веденіе процесса, врачу не за излеченіе, а за пользованіе больнаго; маклеру же напротивъ лишь за посредничество въ заключеніи сдѣлки, а не за труды по посредничеству. Считеніе § 119 прим. 5, Зейфф. Arch. X. 43 (XXII. 134). Ср. о маклерѣ еще тамъ же XII. 155, XIV. 229, XIII. 14, XIV. 124 (XXII. 39). Далѣе Кунц Zur Lehre vom Mäklergeschäft, Arch. f. prakt. RW. 17. F. VI. стр. 221—255 (1869).

⁹ Особенныя постановленія о гонорарныхъ сдѣлкахъ съ адвокатомъ: 1. 1 § 10. 12 D. de extr. cogn. 50. 13. 1. 17 D. mand. 17. 1. 1. 5 l. 6 § 2 C. de post. 2. 6. K. G. O. I. 46 § 1, R. D. A. 1557 § 50, Байеръ Vosträge § 101, Ветцель Civilproc. § 8 подъ прим. 38. Эминггаузъ Arch. f. prakt. R. W. R. F. II. 9. III. 12 (1865—1866).—Недѣйствительность обѣщанія гонорара врачу, къ пользованію совѣтами котораго больной былъ побужденъ злоупотребленіемъ медицинской вѣстью или собственнымъ страхомъ. L. 3 D. de extr. c. gn. 50. 13. 1. 9 C. de prof. et med. 10. 52.—Неопредѣленно обѣщаніе гонорара обязываетъ такъ же мало, какъ и неопредѣленное обѣщаніе вообще. L. 56 § 3 D. mand. 17. 1. 1. 7 C. eod. 4. 35. Зейфф. Arch. X. 241 въ концѣ, XVII. 124. Иначе понимаютъ эти мѣста Унтергольцнеръ § 521 и, Ситтеніе II стр. 682.

* Societas. Inst. 3. 25 de societate. Dig. 17. 2. Cod. 4. 37 pro socio.—Критцъ Pandektenr. ч. I т. 2 стр. 2³—190 (1837). Гаукъ XV стр. 371—476; Унтергольцнеръ II стр. 378—392, Ситтеніе II § 121, Вангероль III § 651—655.

§ 158. ¹ Ср. l. 13 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5: «nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit».

^{1а} Нѣтъ основанія къ исключенію договора товарищества изъ ряда обоюдныхъ договоровъ, какъ это предлагаетъ Кунце къ Гольцшюеру III стр. 38. Договоръ товарищества есть обоюдный договоръ лишь особаго рода.

Въ частности же содержаніе договора товарищества можетъ быть весьма различно:

1. Непосредственной цѣлью договора, это установленіе общности имущества путемъ отдѣльныхъ взносовъ. Эта общность имущества можетъ быть болѣе или менѣе значительна: она можетъ простирается на все настоящее и будущее имущество², только на настоящее или только на будущее³, лишь на известный видъ приобретателя⁴, на отдѣльныя опредѣленные вещи⁵.

2. Конечной цѣлью договора есть достиженіе цѣли, лежащей внѣ товарищескихъ взносовъ, которые должны служить только къ достиженію этой цѣли. Цѣль эта не должна быть недозволенной⁶, вообще же она можетъ быть весьма различна. Главнымъ образомъ заключается она въ достиженіи имущественной прибыли⁷, при чемъ безразлично, достигается ли эта прибыль посредствомъ веденія какого нибудь предпріятія, или инымъ образомъ⁸. Изъ случаевъ, гдѣ имущественная прибыль имѣетъ быть приобретена посредствомъ веденія предпріятія, важнѣйшимъ представляется тотъ, въ которомъ намѣреніе направлено не на отдѣльное предпріятіе⁹, а на продолжительную дѣловую дѣятельность¹⁰. Въ

² L. 1 § 1 l. 3 § 1 l. 5 pr. l. 65 pr. § 3 l. 73 D. h. t.

³ Какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда договоръ товарищества направленъ на будущее приобретеніе? Въ l. 8—13 D. h. t. (см. также l. 71 § 1 eod., l. 45 § 2 D. de A. v. O. N. 29. 2) «*quaestus*» толкуется въ смыслѣ заработка, такъ что *societas quaestus* не должна обнимать собою будущаго приобретенія по дареніямъ и предсмертнымъ отчужденіямъ.—Если условлено просто, что составляется товарищество, то, по l. 7 D. h. t., слѣдуетъ, въ случаѣ сомнѣнія, принимать, что составители онаго имѣли въ виду *societas quaestus*; это такое буквальное толкованіе, которое, конечно, не оправдывается для нашихъ отношеній. Ср. Синтенисъ прим. 11.

⁴ L. 3 § 2 D. h. t.: — «*ut si qua iusta hereditas alterutri obveniret communis sit*». Ср. и примѣчаніе 3.

⁵ L. 58 pr. i. f. D. h. t. Въ l. 5 pr. l. 65 pr. D. h. t. слѣдуетъ безъ сомнѣнія понимать подъ «*res*» — «предпріятіе». Ср. l. 65 § 10 D. h. t. — Общность относительно лишь употребленія: ср. Штецель «über die Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Winkeln», Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. 1 (1877).

⁶ L. 57 D. h. t., l. 70 i. f. D. de fidei 46. 1. Зейфф. Arch. IX. 287 XIII. 257.

⁷ Но цѣлью можетъ быть и напр. удовольствіе, поученіе, или даже имущественная цѣль, но не выручка прибыли, см. напр. l. 52 pr. § 11. 12. 13 l. 65 § 2. 4. D. h. t.—О случаѣ, когда цѣль товарищества состоитъ въ достиженіи имущественной прибыли, трактуетъ сочиненіе Трейтшке: *die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen. Nach römischem Recht, mit Rücksicht auf neuere gesetzgebungen.* 1844.

⁸ Напр. чрезъ извлеченіе плодовъ (l. 52 § 2 D. h. t.), обученіе (l. 71 pr. D. h. t.), театральныя или другія публичныя представленія, чрезъ выставку предметовъ искусства.

⁹ L. 58 pr. D. h. t., l. 44 eod., l. 2 C. h. t., l. 13 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5; ср. l. 31—33 D. h. t. Тель Hande'sr. I § 48. Зейфф. Arch. X. 45.

¹⁰ L. 5 pr. l. 52 § 4. 5 D. h. t. Зейфф. Arch. XVIII. 36.

новѣйшее время разнообразно и своеобразно развилось торговое товарищество, отлично отъ римскаго права¹¹. Взносы контрагентовъ, дѣлающіе возможнымъ достиженіе общей цѣли, могутъ состоять въ вещахъ, тѣлесныхъ или безтѣлесныхъ, или въ работѣ¹². Если они заключаются въ вещахъ, то здѣсь опять возможно, что эти вещи становятся общими, или же что онѣ предоставляются лишь для употребленія, пользованія, затраты, отчужденія¹³. Не необходимо, чтобы вносимый въ товарищество трудъ имѣлъ денежную цѣнность¹⁴, хотя это обыкновенно бываетъ.

Изъ понятія товарищества вытекаетъ обязанность каждаго товарища сдѣлать взносъ и право на участіе въ общихъ выгодахъ. Въ случаѣ отсутствія того или другаго, товарищества нѣтъ, а есть скрытое дареніе подъ именемъ товарищества¹⁵. Съ другой стороны понятіе товарищескаго договора не исключается тѣмъ, что объемъ участія товарища не соотвѣтствуетъ размѣру сдѣланнаго имъ взноса¹⁶. Допускается при товариществѣ и условіе, что убытки отъ товарищескаго предпріятія, если таковыя окажутся въ результатѣ, распредѣляются по другому масштабу, чѣмъ могущая быть получена прибыль, даже, что убытки долженъ нести одинъ товарищъ¹⁷.

Заключается договоръ соглашеніемъ сторонъ относительно

¹¹ Для римскаго права см. Рёзлеръ *die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischen Recht*, Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 252—326. На уклоненія новѣйшаго права можно лишь указать въ слѣдующемъ. Подробное изложеніе должно быть предоставлено торговому праву. Ср. Тель *Handelsr.* 1 § 34—38, и, на счетъ новѣйшихъ законодательствъ, цитированное въ примѣч. 7 сочиненіе. Трейтшке *HGB.* Книга II.

¹² L. 2 l. h. t., l. 52 § 2. 7 l. 80 D. h. t., l. 1 C. h. t.

¹³ L. 58 pr. § 1 l. 52 § 2 D. h. t. Имѣлось ли въ виду то или другое, слѣдуетъ опредѣлить исключительно по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая. Ср. Гестердингъ *Irthümer* стр. 291 слѣд., Guyet *Abhandlungen* nr. 9, Трейтшке § 32. 33, Вангеровъ § 651 прим. 2, Синтенисъ прим. 24, Гольцшверъ III § 304 nr. 4, Рёзлеръ *Zeitschr. f. Handelsr.* IV. стр. 259—261. *HGB.* стр. 91.

¹⁴ См. § 4 прим. 3.

¹⁵ L. 29 § 2 D. h. t., l. 5 § 2 eod., l. 16 § 1 D. de min. 4. 4, l. 32 § 24 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Зейфф. *Arch.* XVI. 110).

¹⁶ Повидимому противорѣчитъ этому l. 29 pr. D. h. t., ср. § 1 eod. Но мѣсто это выражаетъ лишь то, что въ этомъ случаѣ договоръ имѣетъ дѣйствіе не исключительно договора товарищества, но и договора даренія (т. наз. *negotium mixtum donatione*). По крайней мѣрѣ нѣтъ основанія, чтобы соглашеніе сказаннаго вида дѣлало скорѣе недѣйствительнымъ весь товарищескій договоръ, чѣмъ слишкомъ низкая цѣна дѣлаетъ недѣйствительнымъ договоръ купли (l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 5 D. de den. i. v. e. u. 24. 1). Точно также и § 1 l. h. t. Трейтшке § 4, Унтергольцнеръ стр. 383 прим. t, Синтенисъ прим. 35 въ концѣ.

¹⁷ L. 29 § 2 l. 38 D. h. t. Вангеровъ § 651 прим. 1. Если условлена лишь доля въ прибыли, или только доля въ убыткѣ, то этотъ размѣръ принимается и для противоположнаго, § 3 l. h. t.

всѣхъ существенныхъ пунктовъ. Соглашеніе это не нуждается въ какой либо формѣ ¹⁸.

2. Правоотношенія.

а. Внутреннія, между самими товарищами.

§ 159. Взаимныя обязанности товарищей подлежатъ свободной судейской оцѣнкѣ. Главнѣйшіе пункты суть слѣдующіе.

1. Каждый товарищъ обязанъ сдѣлать обѣщанный взносъ, слѣдовательно, исполнить условленныя услуги, если таковой состоитъ въ работѣ ². При невозможности доставить обѣщанный взносъ, онъ отвѣчаетъ, кромѣ злаго умысла, и за ту небрежность, которой онъ обыкновенно не допускаетъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ ³. Если невозможность наступила безъ его вины, то хотя онъ не обязанъ къ вознагражденію, но за то не существуетъ и для товарищей обязанности къ доставленію взносовъ, за исключеніемъ того случая, когда съ ихъ стороны имѣется уже заявленіе объ отчужденіи ⁴.

¹⁸ Партикулярныя права требуютъ для торговаго договора письменной формы и публикаціи; торг. уст. (ст. 86—89, 151—154) требуетъ послѣдняго, но не ставитъ такое условіемъ дѣйствительности. — Предоставленіе третьему лицу или товарищу опредѣлять условія договора: l. 75—80, l. 6 D. h. t. Условіе и срокъ: l. 1 pr. D. l. 6 C. h. t. — Безмолвное заключеніе: Гольцшверъ III § 304 nr. 1.

¹ Actio изъ договора товарищества (actio pro socio) есть actio bonae fidei, § 28§ 159. I. de act. 4. 6, l. 52 § 1 D. h. t. Она есть «ab utraque parte directa», § 2 I. de roena tem. litig. 4. 16. — Слѣдуетъ замѣтить: есть лишь обязанности товарищей относительно другъ друга, но не обязанности товарищества предъ товарищами, или наоборотъ, такъ какъ товарищество не составляетъ юридическаго субъекта, отдѣльнаго отъ товарищей. Если говорить объ обязанностяхъ товарищества и противъ товарищей, то «товарищество» есть лишь сокращенное выраженіе для лица товарищей. Зейфф. Arch. XII. 271 (ср. III 198). — Иначе бываетъ только при акціонерномъ товариществѣ, которое есть дѣйствительно юридическое лицо. Ст. I § 58 прим. 5.

² При товариществѣ, основанномъ на общности всего имущества, должно быть вносимо и то, что товарищъ получилъ вслѣдствіе совершеннаго противъ него не дозволеннаго дѣянія, но не то, что онъ приобрѣлъ собственнымъ не дозволеннымъ дѣяніемъ. L. 52 § 16. 17 l. 53—55 D. h. t. — При заключеніи этого товарищества не требуется особенной передачи имѣющихся тѣлесныхъ вещей; передача считается совершившейся безмолвно (constitutum possessorium) См. I § 171 прим. 2. Трейтшке § 37, Спентинсъ прим. 20.

³ Источники то говорятъ въ общихъ выраженіяхъ о небрежности, за которую членъ отвѣчаетъ, то они подробно опредѣляютъ эту небрежность въ указанномъ въ текстѣ видѣ. L. 52 § 2. 3. 11 D. h. t., L. 72 D. h. t., § 9 J. h. t. Fasse Culpa § 69, Трейтшке § 21—24, Уббелодѣ Zeitschr. f. Handelsr. VII стр. 238—241. — Торг. уст. ст. 94.

⁴ См. l. 58 pr. § 1 D. h. t. п § 74 num. 3. Въ l. 58 pr. cit. обращаютъ на себя вниманіе слова: «sed id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur». Не требуется передачи для освобожденія товарища отъ страха гибели вносимой вещи. Ср. Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 143. 144; уклоняющіися воззрѣнія у Вехтера Arch. f. civil. pr. XV стр. 206—211, Моммзенъ Beiträge I § 33.

2. Товарищу вменяется въ вину, кромѣ злаго умысла, лишь указанная небрежность, даже въ томъ случаѣ, когда онъ своими дѣйствіями по товарищескимъ дѣламъ причиняетъ убытки товариществу ⁶. Если онъ смотрѣніе за этими дѣлами поручаетъ другому лицу, будучи обязанъ самъ это дѣлать, то онъ безусловно отвѣтственъ за возникающій отъ сего вредъ ⁶.

3. Товарищъ обязанъ выдать то ⁷, что онъ приобрѣлъ для товарищества ⁸ или изъ имущества онаго ⁹. Съ другой стороны онъ можетъ требовать возмѣщенія сдѣланныхъ имъ въ интересъ товарищества расходовъ ¹⁰, а также понесеннаго имъ ущерба при наблюденіи за товарищескими дѣлами ¹¹. При товариществѣ, основанномъ на соединеніи всего имущества отдѣльныхъ членовъ, товарищъ можетъ требовать уплаты всѣхъ долговъ изъ общаго имущества; на его отдѣльный счетъ зачисляются лишь доли его изъ проступковъ ¹².

4. Товарищъ вправе требовать выдачи ему соразмѣрной части товарищескихъ прибылей. Размѣръ оной опредѣляется условіями договора, при отсутствіи же таковыхъ, прибыли дѣлятся между товарищами по ровну ¹³. Сказанное относится какъ къ рас-

⁶ L. 52 § 2. 3. 11 D. h. t. въ связи съ сказаннымъ въ примѣчаніи 3.—Зейфф. Arch. IX. 28.

⁶ L. 23 pr. § 1 D. h. t. Ср. § 154 прим. 5, также § 10 прим. 4. Бурарди über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen стр. 46 слѣд., ср. Визъ die Haftung für fremde Culpa стр. 111 слѣд.; упоминается Уббелоде Zeitschr. f. Handelsr. VII стр. 285 слѣд.

⁷ Т. е. внести въ общее имущество (communicare), l. 67 pr. D. h. t.

⁸ L. 52 pr. l. 67 pr. l. 74 D. h. t. Ср. l. 52 § 5 D. h. t. Зейфф. Arch. VI. 194.

⁹ L. 38 § 1 D. h. t., l. 1 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 60 pr. D. h. t.; ср. l. 63 § 9 D. h. t. Сюда относятся въ особенности и польза, извлекаемая товарищемъ отъ того, что онъ товарищескія деньги или деньги, которыя онъ долженъ выдать товариществу употребляетъ въ собственную пользу, l. 1 § 1 cit. («si aut usua ea pecunia non sit, aut moram non fecerit»; начало этого мѣста выражено неудобно, р. Синтезисъ прим. 21, но и Моммзенъ Beiträge III стр. 238—239). Съ другой стороны онъ не обязанъ выдать проценты, полученные имъ отъ сказанныхъ денегъ чрезъ дачу въ заемъ (§ 80 прим. 20), такъ какъ онъ несетъ рискъ займа. Но если онъ противозаконно завладѣлъ товарищескими деньгами, то онъ платитъ проценты за тога ex re (§ 31 прим. 2), l. 1 § 1 cit. («quodrescuniam communem invaserit»). Равнымъ образомъ платитъ онъ проценты въ видѣ вознагражденія убытковъ, если онъ былъ обязанъ къ отдачѣ денегъ на проценты въ пользу товарищества. Торг. уст. ст. 95.

¹⁰ L. 38 § 1 l. 52 § 10. 12. 15 l. 67 pr. D. h. t., l. 2. C. h. t. Съ процентами, такъ какъ въ противномъ случаѣ онъ не имѣлъ бы полнаго вознагражденія: l. 67 § 2 D. h. t. Зейфф. Arch. IX. 30.—HGB. ст. 93.

¹¹ L. 52 § 4 l. 60 § 1 l. 61 D. h. t. По случаю; иначе при порученіи, l. 26 § 6. D. mand. 17. 1.

¹² L. 27 l. 73 l. 81 D. h. t., l. 39 § 3 D. fam. erg. 20. 2; l. 52 § 18 l. 59 D. h. t. Условные и срочные дѣла: l. 27. 28 D. h. t. (I § 89. 96).

¹³ § 1 J. h. t., l. 29 pr. D. h. t. Правда, неодноратно утверждали, что подѣ

предѣленію доходовъ отъ общаго имущества, т. е. текущей прибыли, такъ и къ распредѣленію самаго товарищескаго имущества по закрытіи товарищества и оказавшейся при этомъ прибыли ¹⁴.

5. Товарищи пользуются въ отношеніи другъ друга *beneficium'omъ competentiae* ¹⁵. Убытокъ, происшедшій отъ несостоятельности одного товарища распредѣляется между остальными ¹⁶.

в. *Внѣшнія, къ третьимъ лицамъ* *.

§ 160. Товарищество, не представляетъ ¹ отдѣльнаго отъ членовъ субъекта ни относительно ихъ самихъ, ни по отношенію къ третьимъ лицамъ ^{1а}; и для этихъ послѣднихъ существуютъ обязанности и права не товарищества, а членовъ ². Это въ особен-

«aequae, aequales partes» въ этихъ мѣстахъ разумѣются пропорционально одинаковыя части, но толкованіе это явно произвольно. Ср. Вангеровъ § 655 прим. и поименованныхъ тамъ писателей. Зейфф. Arch. VII. 175. Источники находят конечно вполне справедливымъ, чтобы доля въ товарищеской прибыли опредѣлялась по размѣру взносовъ, l. 6 l. 76=80 D. 6. t.; но изъ приведенныхъ мѣстъ необходимо заключить, что въ неопредѣленіи товарищескихъ долей они не видятъ соглашенія считать неравныя части въ дѣйствительности равными, такъ какъ при этомъ принимается въ соображеніе и личность товарищей (l. 80 i. f. D. h. t.), не находя въ этомъ и отъказа товарища, сдѣлавшаго большой взносъ. HGB. ст. 109. Прибыль или убытокъ распредѣляются, при отсутствіи другаго условія, между товарищами поголовно. Ср. ст. 268 (106).

¹⁴ По прекращеніи товарищества, направленного исключительно на установленіе общности отдѣльныхъ имущественныхъ предметовъ, имѣющееся имущество распредѣляется соразмѣрно участію товарищей, безъ всякаго отношенія къ величинѣ внесенныхъ каждымъ изъ нихъ вкладовъ. Напротивъ при товариществѣ, направленномъ на достиженіе прибыли, лишь существующая прибыль распредѣляется соразмѣрно участію товарищей въ прибыляхъ, а не и имѣющееся имущество. Но прибыль есть излишекъ противъ сдѣланныхъ взносовъ, поэтому каждый товарищъ получаетъ прежде свой вкладъ, а не часть онаго, соответствующую его доль въ прибыляхъ. Ср. объ этомъ Вангеровъ § 651 прим. 2 пг. 2. Зейфф. Arch. VII. 175 — Можно ли, по прекращеніи товарищества, требовать, на основаніи товарищескаго договора, и реального отдѣленія общаго имущества? Безъ сомнѣнія, хотя у римлянъ при *actio pro socio* судья не имѣлъ права *adjudicatio*. L. 43 D. h. t., l. 1 D. comm. div. 10. 3.

¹⁵ См. § 20 num. 6.

¹⁶ L. 63 § 5 l. 67 рг. D. h. t.

* Вангеровъ § 653 прим., Синтенсъ стр. 707—710, Трейтшке § 54 слѣд., Толь Handelsr. I § 37. 30.

¹ См. § 159 прим. I.

§ 160.

^{1а} Не говоря и здѣсь объ акционерномъ товариществѣ. — О римской *societas publicanorum* см. I § 57 прим. 2а.

² Это относится въ принципѣ и къ новѣйшему торговому товариществу, хотя въ немъ нельзя не замѣтить склонности къ образованію самостоятельнаго юридическаго субъекта. HGB. ст. III (ср. Зейфф. Arch. XIII. 57). 113. 119—122. Въ дѣйствительности, до и послѣ изданія торговаго устава, неоднократно оставались юридическую личность торговаго товарищества. См. въ особенности Гелке въ его Zeitschr. f. Handelsr. вып. 2, no 1, Ладенбургъ Zeitschr. f. Handelsr. I стр. 136—141 и Arch. f. Wechsler. X стр. 227 слѣд., Ронда тамъ же XV стр. 25 слѣд., Сальковскій въ указ. м. § 7, кромѣ того цитаты у Тега § 39 прим. 19. Попытки связать право торговаго товарищества съ римскимъ ученіемъ о *pecunia* или основывать на этомъ ученіи:

ности важно касательно обязательствъ. По обязательствамъ, возникшимъ изъ товарищескихъ дѣлъ, отвѣчаетъ не товарищество, а товарищи, отдѣльно или совокупно всѣмъ своимъ имуществомъ, какъ и по другимъ обязательствамъ. Они не могутъ ограничить кредиторовъ имуществомъ товарищества³, хотя могутъ, конечно, требовать обращенія сперва взысканія на товарищеское имущество⁴. Вопросъ о томъ, возникаютъ ли непосредственно⁵ и для товарищей права и обязанности изъ сдѣлокъ, заключенныхъ однимъ изъ нихъ по товарищескимъ дѣламъ, разрѣшается по общимъ началамъ, въ силу которыхъ подобное непосредственное приобрѣтеніе правъ и обязанностей имѣетъ мѣсто, если товарищъ дѣйствовалъ въ качествѣ уполномоченнаго представителя отъ остальныхъ⁶. При этомъ послѣдніе отвѣчаютъ за основанныя такимъ путемъ обязательства совокупно, въ качествѣ корреальныхъ должниковъ⁷. Если товарищъ не имѣлъ права представительства,

Дитцель Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 1 слѣд.; Резлеръ тамъ же IV стр. 300 слѣд., Беккеръ тамъ же стр. 537 (ср. § 240 прим. 20). Свообразное воззрѣніе у Бунтце Zeitschr. f. Handelsr. VI стр. 208 слѣд., который находитъ движущій принципъ торговаго товарищества въ нѣмецко-правовой идеѣ der gesamten Hand.

³ Такъ смотритъ HGB. ст. 112. ст. 85 Abs. 1.—Исключеніе встрѣчается при командитномъ товариществѣ, относящемся исключительно къ повѣренному праву (торг. уст. различаетъ между командитнымъ товариществомъ и на вѣрѣ). Въ этомъ товариществѣ негласный товарищъ или командитистъ отвѣчаетъ лишь своимъ вкладомъ, но онъ во внѣшнихъ отношеніяхъ товарищества не выступаетъ даже въ качествѣ члена, такъ что кредиторы имѣютъ право иска лишь противъ полнаго товарища, завѣдующаго дѣлами (по HGB. послѣднее имѣетъ примѣненіе только къ товариществу на вѣрѣ). Тель Handelsr. I § 40—43а. HGB. ст. 150—172. 250—265.

⁴ L. 65 § 14 D. h. t. Мѣсто это трактуетъ, правда, о случаѣ, въ которомъ кредиторъ есть товарищъ и съ своей стороны; но нѣтъ основанія ограничить содержащееся въ немъ право этимъ случаемъ.—HGB. ст. 122.

⁵ Непосредственно, безъ особенной юридической сдѣлки между товарищами.

⁶ Ср. Зейфф. Arch. XII. 60. Въ торговыхъ товариществахъ право представительства принадлежитъ тому, кто вправѣ подписывать фирму товарищества. Право такое, въ случаѣ сомнѣнія, принадлежитъ каждому изъ товарищей, въ силу безмолвнаго представленія сего. Тель къ § 38 пг. 3. Зейфф. Arch. II. 179, III. 195. 197. 360, IV. 115, XI. 287, XII. 270; ср. II. 287. 288, X. 46. (HGB. ст. 114—116). При другихъ товариществахъ члены, въ этомъ только качествѣ, не имѣютъ права представительства. Зейфф. Arch. XII. 270.

⁷ Въ полномочіи, даваемомъ товарищу, заключается отнесеніе товарищами на свой счетъ сдѣлокъ, заключаемыхъ имъ съ третьими лицами, и такое отнесеніе обязываетъ солидарно всѣхъ, отъ которыхъ полномочіе исходитъ; единство же обязательства, дѣлающее многихъ отвѣтственныхъ лицъ корреальными должниками, основывается на единствѣ основанія обязательства. См. § 238 прим. 16. 16а. При этомъ безразлично, вступалъ ли товарищъ въ сдѣлку въ качествѣ инстинтора (§ 238) или отъ имени остальныхъ товарищей. Ср. Тель Handelsr. I стр. 212. 221, Гензель Arch. f. prakt. RW. N. F. I. стр. 177 слѣд., а также рѣшеніе фиснебургскаго об. апел. суда Arch. XX. 127. Впрочемъ товарищъ пользуется, въ силу сказаннаго въ § 46 прим. 8, льготой раздѣленія долга между всѣми товарищами (beneficium divisionis). Согласенъ съ этимъ Синтенисъ прим. 98, др. мн. Вангеровъ въ указ. м. пг. II. 2. а, Тель въ указ. м.

прочіе товарищи отвѣчаютъ въ той мѣрѣ, въ какой товарищество обогатилось сдѣлкой⁸, и лишь за свою часть⁹. Вновь вступающіе члены несутъ отвѣтственность за прежнія обязательства товарищества, только если они приняли на себя такую¹⁰.

Начала, изложенныя въ этомъ параграфѣ о сущности товарищескихъ отношеній къ третьимъ лицамъ заслуживаютъ особеннаго вниманія нашихъ практиковъ. И наша практика, и наше законодательство не достаточно различаютъ отношеній, порождаемыхъ товарищескимъ договоромъ отъ таковыхъ же, возникающихъ изъ товарищества, какъ корпорации, какъ юридическаго лица.

Между тѣмъ отношенія эти, какъ относительно самихъ товарищей, такъ и третьихъ лицъ, существенно различны. Съ учрежденіемъ *товарищества* возникаетъ новое юридическое *) лицо; тогда какъ съ заключеніемъ товарищескаго договора не всегда возникаетъ юридическое лицо. Для этого послѣдняго требуется признаніе со стороны общественной власти или, по крайней мѣрѣ, публичное оповѣщеніе; тогда какъ для товарищескаго договора требуется только согласіе контрагентовъ, нотаріальнымъ порядкомъ удостовѣренное.

Послѣдствія этого различія достаточно разъяснены въ текстѣ.

А. Д.

3. ПРЕВРАЩЕНІЕ.

§ 161. Товарищество прекращается истеченіемъ срока¹ и наступленіемъ резолютивнаго условія^{2а}, подъ которымъ оно составлено было; достиженіемъ² цѣли, или когда цѣль эта сдѣлалась невозможной³; соглашеніемъ. Кроме того оно прекращается также

стр. 212, см. также Гельшверъ III. § 306 пр. 1. I. A., Зейфф. Arch. III, 360, XII. 13.—Если всѣ товарищи принимаютъ обязательство совокупно отъ своего имени, то каждый отвѣчаетъ лишь за свою товарищескую долю. L. 11 § 2 D. de aed. reis 45. 2, l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21. 1, l. 4 D. de excec. act. 14. 1. Вангеровъ въ указ. м. пр. 1, Снитенсъ прим. 91, Тель § 37 въ концѣ. См. впрочемъ и замѣчанія Гензеля въ указ. м. стр. 208 слѣд.

⁸ L. 82 D. h. t. Вангеровъ въ указ. м. II. 2. b. c., Снитенсъ въ указ. м. пр. 2 и прит. 92, Тель § 37 прим. 18. 19. По послѣднему товарищъ отвѣчаетъ и тогда, когда сдѣлка не заключена для товарищества. Ср. объ этомъ и противъ этого § 293 прим. 5.

⁹ L. 10 § 4 l. 13 D. de in rem verso 15. 3.

¹⁰ Каковое принатіе можетъ послѣдовать и чрезъ публичное оглашеніе. Зейфф. Arch. II. 178. Далѣе цдетъ HGB. ст. 113. Ср. Тель Handelsr. § 39. IV. пр. 4.

*) Но не всегда *экономическое*. Это послѣднее только тогда, когда дѣятельность общества имѣетъ цѣлью не интересы самихъ членовъ; напримѣръ: миссіонерское общество, общество для поданія помощи при кораблекрушеніяхъ и подобн., гдѣ общества преслѣдуютъ не *экономическіе* интересы самихъ членовъ. А. Д.

¹ L. 1. пр. D. h. t.

² L. 65 § 10 D. h. t. § 6 I. h. t. 207. Гельшверъ III & 20.

³ L. 63 § 10 D. h. t.

одностороннимъ отказомъ или смертью товарища, равно и потерей товарищемъ всего своего имущества.

1. Односторонний отказ ⁴. -Отказъ не долженъ послѣдовать несвоевременно, т. е. съ вредомъ для интересовъ товарищества, иначе отказывающійся отвѣчаетъ за вознагражденіе убытковъ ⁵. Равнымъ образомъ отказъ не долженъ послѣдовать съ злоумышленной цѣлью, т. е. въ намѣреніи извлечь для одного себя прибыль, которая въ противномъ случаѣ досталась бы товариществу. Въ этомъ случаѣ отказавшійся членъ отвѣчаетъ не только за неполученную прибыль, но и за убытокъ, если товарищество понесетъ при этомъ таковой ⁶. Если товарищество заключено на определенное время, то отказъ, до истеченія срока, допускается лишь по основательнымъ причинамъ ⁷; безъ сего отъ усмотрѣнія другаго товарища зависитъ считать товарищество существующимъ или закрытымъ ^{7а}. Равнымъ образомъ отъ усмотрѣнія его зависитъ опредѣлить и самый пунктъ времени, съ котораго товарищество должно считаться закрытымъ, если заявленіе объ отказѣ дошло до него позднѣе ⁸.

2. Смерть товарища ⁹. Товарищество не переходитъ къ наследникамъ умершаго ¹⁰, даже тогда, когда это положительно условлено ¹¹. Но наследникъ обязанъ пещись о начатыхъ наследодателемъ дѣлахъ, при чемъ онъ отвѣчаетъ лишь за злой умыселъ и грубую небрежность ¹². Сдѣлки, заключенныя товарищемъ для то-

⁴ L. 4 § 1 l. 63 § 10 D. h. t., l. 5 C. comm. div. 3. 37, § 6 J. h. t. Трейтшке § 67—69. Зейфф. Arch. XX. 44.

⁵ L. 14 l. 17 § 2 l. 65 § 5 D. h. t.—HGB. ст. 124 требуетъ шестимѣсячнаго предваренія.

⁶ L. 65 l. 3. 4 D. h. t., § 4 J. h. t.

⁷ L. 14 l. 15 l. 16 pr. l. 65 § 6 D. h. t. Вопросъ о томъ, имѣется ли уважительная причина, разрѣшаются въ каждомъ данномъ случаѣ судьей. Ср. Кируальфъ Entscheid любекскаго об. апп. суда 1866. нр. 42. HGB ст. 125.—Дѣйствительно ли товарищескій договоръ, заключенный на всю жизнь? Конечно, l. 1. pr. D. h. t; этому не противорѣчитъ l. 70 cod. Др. мн. Трейтшке § 67; Синтенисъ прим. 108; Зейфф. Arch. XVI. 45.

^{7а} L. 65 § 6 D. h. t.

⁸ Должно ли считатьъ товарищество закрытымъ со времени отказа, или съ того времени, когда къ нему дошло заключеніе объ отказѣ. L. 17 § 1 l. 65 § 8 D. h. t.

⁹ § 5 l. h. t.—«quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit». L. 60 pr. i. f. l. 63 § 10 l. 65 § 9 D. h. t. По римскому праву capitis deminutio имѣла такое же значеніе, какъ и смерть, l. 4 § 1 l. 63 § 10 D. h. t., Gai. III. 153.

¹⁰ L. 63 § 8 l. 65 § 11 D. h. t., l. 6 § D. de his qui not 3. 2.

¹¹ L. 35 l. 52 § 9 l. 59 pr. D. h. t. Не перемѣнилось ли это вслѣдствіе l. un. C. ut. act. et ab her. 4. 11 (§ 69 прим. 8)? Мнѣ кажется неосновательнымъ приписывать включеніе означенныхъ пандектныхъ мѣсть простому недосмотру компиляторовъ. Др. мн. Дитцель Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. стр. 435. 436; см. также Трейтшке стр. 196. 197, Гольцшверъ III § 307 нр. 2.—Иначе HGB. ст. 123 нр. 2.

¹² L. 40 l. 35 D. h. t. (ср. къ послѣдному мѣсту l. 68 pr. D. de contr. emt.

варищества, до получения имъ свѣдѣнія о смерти члена, считаются сдѣлками товарищескими ¹³.

3. Потеря всего имущества ¹⁴. Она можетъ послѣдовать вслѣдствіе контракта, конфискаціи ¹⁵ или инымъ образомъ ¹⁶.

При всѣхъ случаяхъ прекращенія товарищества оно считается существующимъ относительно приобретенной и потерянной, которыя, послѣ его прекращенія, вызываются прежде начатыми товарищескими дѣйствіями ¹⁷.

Если по выходѣ члена остальные соглашаются остаться, то этимъ обосновывается новое товарищество, которое не составляетъ продолженія прежняго ¹⁸. Такое пребываніе въ товариществѣ, не смотря на выходъ члена, можетъ быть обусловлено и ранѣе ¹⁹.

Г. Порученіе *.

1. Понятіе и заключеніе.

§ 162. Дачей и принятіемъ порученія ¹ заключается договоръ ², который порождаетъ обязанности для обоихъ контрагентовъ (§ 163). Дѣятельность, на которую направлено порученіе, не должна быть недозволенной ³, вообще же она можетъ быть разнородна, юридическаго и фактическаго свойства. Она можетъ быть, далѣе, болѣе или менѣе обширна; самая обширная — это завѣдываніе всѣми дѣлами поручителя ⁵.

18. 1, и вообще I. 1 pr. l. 4 pr. D. de fidei. tut. 27. 7). L. 36 I. 65 § 9 D. h. t. слѣдуетъ понимать о небрежности, допущенной наслѣдодателемъ.

¹³ L. 65 § 10 D. h. t.

¹⁴ Трейтшке § 70. 71.

¹⁵ L. 65 § 1. 12. D. h. t., § 7. 8 J. h. t. — Можетъ ли товарищъ, передающій свой участокъ конкурсной массѣ, вычестъ свои требованія къ товариществу? Трейтшке § 95. 96. HGB. ст. 126. Имѣютъ ли кредиторы товарищества сепарационное право? Толь стр. 225. «По общему праву имѣть партикулярнаго конкурса торговыхъ кредиторовъ». Трейтшке § 100; подробная литература выше § 25 прим. 7. HGB. ст. 122 даетъ кредиторамъ сепаративное право въ случаѣ несостоятельности товарищества.

¹⁶ L. 4 § 1 D. h. t. «Dissociamur... egestate».

¹⁷ L. 27. 28 I. 38 I. 63 § 8 I. 65 § 2. 9 D. h. t. Зейфф. Arch. IX. 30. ср. HGB. ст. 130 Abs. 2.

¹⁸ § 8 J. h. t. Ср. 58 § 3 D. h. t. HGB. ст. 128.

¹⁹ L. 65 § 9 D. h. t., § 5 J. h. t. — HGB. ст. 127.

* Inst. 3. 26 de mandato. Dig. 16. 1 Cod. 4. 35 mandati vel contra. — Критцъ Pandektenrecht ч. I т. 1 стр. 1—114. Глюк XV. стр. 239—370; Унтергольцнеръ II стр. 585—600; Снитенсъ II § 113, Гольцшуръ III § 273.

¹ Mandatum. Дающій порученіе называется въ источникахъ mandans или mandator; § 162. названіе mandatorius для принимающаго порученіе не согласно съ источниками.

² L. 1 pr. — § 2 D. h. t. Безмолвное заключеніе; l. 6 § 2 I. 18 I. 53 D. I. 6 C. h. t. Гольцшуръ въ указ. м. пр. 1. Зейфф. Arch. VIII. 254, XII. 269.

³ L. 6 § 3 .. 22 § 6 D. h. t., § 8 I. h. t.

⁴ Напр. заключеніе юридической сдѣлки, веденіе процесса.

⁵ L. 1 § 1 I. 63 D. de proc. 33, l. 25 § 1 D. de min. 4. 4. — Mandatum incertum: I. 46 D. h. t. Гольцшуръ въ указ. м. пр. 3.

По своей природѣ порученіе безвозмездно ⁶. Однако же съ нимъ совмѣстенъ гонораръ, не только добровольно даваемый, но и общаніе гонорара ⁷.

Порученіе, порождая между контрагентами права и обязанности, имѣетъ еще и другую сторону. Поколику оно направлено на дѣятельность юридическаго свойства, оно имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то, что дѣйствіе повѣреннаго имѣетъ по отношенію къ третьимъ лицамъ такую же юридическую силу, какъ бы оно было предпринято самимъ довѣрителемъ; другими словами въ этомъ случаѣ порученіе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и уполномочіе ⁸. Впрочемъ, полномочіе можетъ быть даваемо безъ порученія ⁹.

2. Обязанности.

§ 163. Обязанности изъ договора порученія подлежатъ свободной судейской оцннкѣ ¹. Главнѣйшіе пункты суть слѣдующіе.

1. Повѣренный обязанъ ² точно исполнить принятое имъ порученіе, отвѣчая при этомъ ³ не только за злой умыселъ, но и за всякую небрежность ⁴. Если онъ исполненіе порученія передаетъ другому, то слѣдуетъ различать, было ли ему это положительно

⁶ L. 1 § 4 D. h. t. «Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo (l. vero) est officio merces...» § 13 I. h. t.

⁷ L. 6 pr. 1. 7 D. l. C. h. t.

⁸ Нашъ языкъ богаче здѣсь римскаго, который для обоихъ понятій являлъ одно лишь выраженіе *mandatum*.

⁹ Ср. l. 42 § 2 D. de proc. 3. 3. «Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati; sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus, eoque nomine iudicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, cum fideiussor reum procuratorem dedit».

§ 163. ¹ Actio mandati est actio bonae fidei; § 28 I. de act. 4. 6, l. 2 § 3 I. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 10 § 3 D. h. t.

² Actio mandati directa.

³ Исполнилъ ли онъ порученіе дурно, или даже вовсе не исполнилъ. L. 5. 11 C. h. t., l. 5 § 1 l. 8 § 4. 10 l. 22 § 11 i. 27 § 2 D. h. t.

⁴ L. 23 D. de R. I. 50 ¶ 7, l. 11. 13. 21 C. h. t., l. 8 § 10 l. 10 § 1 l. 22 § 11 D. h. t. Отвѣтственность уполномоченнаго за небрежность, хотя бы онъ отъ сдѣлки не имѣлъ пользы, объясняется тѣмъ, что въ общаніи исполнить что либо за другаго заключается общаніе быть старательнымъ (на что указываетъ нѣмецкое слово: *besorgen*). Ср. объ этомъ пунктѣ Гассе *Сupra* § 94, Ветманъ—Гольбергъ тамъ же стр. 569, ф. д, Пфортенъ *Abhandlung* стр. 315, Гукше *Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F.* стр. 115 слѣд., Уббелоде *Zeitschr. f. Handelsr.* VII. стр. 225 слѣд., Йерингъ *Arch. f. prakt. RW. N. F.* IV. стр. 248 слѣд. *Schuldmoment* стр. 52. Относительно *Collat. X. 2 § 1—3* (ср. l. 8 § 10 *init.* l. 10 pr. D. h. t.) см. Гассе въ указ. м. § 94, Гукше въ указ. м. стр. 113 слѣд.—Ср. и § 158 прим. 4.—Значеніе данной уполномоченному инструкціи: Зейфф. *Arch.* II. 40. 41.—Обязанность доказывать: Кирхльффъ *Entscheid.* любекскаго об. ап. суда 1865 стр. 455; ср. § 184 прим. 5 въ концѣ, § 193 прим. 7.

или по смыслу договора дозволено, или нѣтъ ⁵. Въ послѣднемъ случаѣ онъ безусловно ^{5а} отвѣчаетъ за ошибки своего замѣстителя, въ первомъ тогда только, когда онъ зналъ или долженъ былъ знать его негодность ⁶. Повѣренный обязанъ, по прекращеніи порученія, выдать то, что ему дано было для цѣли исполненія онаго, по скольку онъ не все потребилъ согласно порученію. Равнымъ образомъ онъ обязанъ выдать полученное имъ въ свои руки на основаніи исполненія порученія ⁷.

Вмѣстѣ съ полученнымъ онъ обязанъ возвратить и извлеченные отъ онаго плоды или проценты ⁸; если онъ послѣднихъ не извлечетъ, то отъ содержанія порученія зависитъ, обязанъ ли онъ былъ это сдѣлать, или нѣтъ ⁹. Во всякомъ случаѣ платитъ онъ проценты за деньги, которыя онъ употребилъ въ свою пользу ¹⁰.

Довѣритель обязанъ ¹¹ возмѣстить повѣренному расходы ¹² по исполненію принятаго порученія ^{13 14}, и при томъ въ предѣлахъ

⁵ Унтергольцнеръ стр. 595 и Синтенисъ стр. 577 учатъ, что первое должно принимать въ видѣ общаго правила. Но оно не вытекаетъ ни изъ § 11 L. h. t., ни изъ I. 8 § 3 D. h. t., на которыя ссылаются эти писатели.

^{5а} Ср. I. 2 § 1 D. si mensur 11. 6.

⁶ Лишь за такъ назыв. culpa in eligendo: Ср. § 154 прим. 5 и цитированное тамъ сочиненіе Бурхарди стр. 42. 113, а также трактаты Убелода Arch. стр. 241—242. Zeitschr. стр. 247, ф. Висъ die Haftung für fremde Culpa стр. 91—92. Зейфф. Arch. III 46, XVIII. 240. Но во всякомъ случаѣ уполномоченный долженъ уступить давшему порученіе свои искъ къ замѣстителю, I. 8 § 3 D. h. t., ср. I. 21 § 3. D. de neg. gest. 3. 5.

⁷ Вообще: I. 20 pr. D. h. t. («Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet»), I. 8 § 9 cod. Въ частности: I. 8 pr. § 10 I. 10 § 6 I. 43 I. 45 pr. D. h. t., I. 40 § 4 D. de proc. 3. 3, I. 49 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, I. 9 pr. D. de edendo 2. 13. Зейфф. Arch. V. 12, IX. 153, X. 45, XI. 150, XXII. 40).— Возвращеніе акта полномочія? Зейфф. Arch. XIX. 40.

⁸ L. 10 § 2. 3. 8. 9 D. h. t. Но онъ по общимъ правиламъ (§ 80), не обязанъ выдавать полученныхъ процентовъ тогда, когда заемъ сдѣланъ на его рискъ, I. 10 § 8. i. f. D. h. t. При этомъ слѣдуетъ, конечно, имѣть въ виду и то, не обязанъ ли онъ былъ извлечь проценты. Въ этомъ случаѣ онъ, правда, платитъ не полученные проценты, а вознагражденіе за невыдачу имъ процентовъ.

⁹ L. 13 § 1 D. de usur. 22. 1. Ср. Зейфф. Arch. XVII. 33.

¹⁰ L. 10 § 3 D. h. t. Онъ платитъ обычные въ данной мѣстности проценты; (I. 10 § 3 D. h. t., ср. § 12 прим. 5), самые же высокіе дозволенные проценты онъ по принципу I. 38 D. de neg. gest. 3. 5 (§ 12 прим. 3), платитъ тогда, когда деньги употребленные имъ въ свою пользу, онъ долженъ былъ не выдать довѣрителю, а завѣдывать ими въ его интересъ.

¹¹ Actio mandati contraria.

¹² Будутъ ли они заключаться въ положительныхъ издержкахъ, или принятіи на себя обязательствъ, или въ лишеніи прибыли, или въ употребленіи вещей, или въ другомъ обезцѣненіи имущественныхъ предметовъ.

¹³ Съ процентами, если принявшій порученіе далъ собственныя деньги, I. 12 § 9 D. I. 1 C. h. t. Зейфф. Arch. III. 50, VI. 35, VIII. 46. При извѣстныхъ обстоятельствахъ онъ можетъ требовать и аванса, I. 12 § 18 D. h. t. Кто принялъ иррученіе произвести платежи, тотъ можетъ требовать возмѣщенія уже тогда, когда онъ былъ присужденъ къ

договора ¹⁵, если этимъ расходамъ поставлены извѣстные предѣлы; при отсутствіи же условія объ этомъ — тѣ расходы, которые были необходимы или должны были казаться повѣренному необходимыми по его добросовѣстному усмотрѣнію ¹⁶. Многіе довѣрители отвѣчаютъ при этомъ солидарно ¹⁷. Вредъ же, понесенный повѣреннымъ по случаю лишь исполненія порученія, возмѣщается ему тогда только, когда въ этомъ виновенъ довѣритель ¹⁸. Послѣдній обязанъ, далѣе, заплатить повѣренному условленный или безмолвно подразумеваемый гонораръ ¹⁹.

3. Прекращеніе.

§ 164. Порученіе достигаетъ своего естественнаго конца исполненіемъ, истеченіемъ времени и наступленіемъ резолютивнаго условія, подъ которымъ оно дано, соглашеніемъ сторонъ. Кромѣ того оно прекращается также отказомъ или смертью одной изъ сторонъ.

1. Отказъ. Ни довѣритель, ни повѣренный не связаны порученіемъ далѣе, чѣмъ они хотятъ: первый можетъ взять назадъ порученіе, а второй отказаться отъ него ¹. Но довѣритель, не смотря на отмѣну порученія, продолжаетъ нести отвѣтственность за тѣ дѣйствія повѣреннаго, которыя совершены имъ до полученія свѣдѣнія объ отмѣнѣ ²; равнымъ образомъ повѣренный не можетъ отказаться отъ порученія въ такое время, когда довѣритель не имѣетъ болѣе возможности инымъ образомъ устроить порученное дѣло, развѣ бы повѣренный имѣлъ уважительное основаніе къ отказу ³.

платежу, l. 45 § 4 D. h. t., l. 38 § 1 D. l. 6. 10 D. h. t. Срав. Тель Handelsr. I § 116. II.

¹⁴ Въ исполненіи порученія: порученіе было прямо направлено на производство какого нибудь расхода, напр. на покупку вещи на деньги уполномоченнаго или на принятіе имъ поручительства; l. 13 § 1 l. 10 § 11 l. 45 D. h. t., также l. 16 eod. Ср. Зейфф. Arch. XIV. 231. Интересное усложненіе этого случая у Кирульфа *Entscheid.* любекскаго об. апп. суда 1566 nr. 56. При исполненіи порученія: издержано что нибудь для приведенія порученія въ исполненіе, l. 10 § 9 D. l. 20 § 1. C. h. t.

¹⁵ L. 3 § 2 l. 4 l. 22 pr. l. 33 D. h. t., § 8 l. h. t.

¹⁶ L. 27 § 4 D. h. t. («*impensia bona fide facta*»), l. 56 § 4 eod. («*sumtus bona fide necessario factos*»), l. 4 C. h. t. («*sumtus quos probabili ratione feceras*»).

¹⁷ См. 51 прим. 16.

¹⁸ L. 26 § 6. 7 D. h. t., l. 61 § 5 D. de furt. 47. 2. О послѣднемъ имѣетъ сравни Гассе *Culpa* стр. 403, Моммзенъ *Beiträge I* стр. 369 прим. 16, Дернбургъ *Pfandrecht I* стр. 163.

¹⁹ Ср. § 157 прим. 7. Римское право давало по предмету гонорара *extraordinaria cognitio* (l. 7 D. l. 1 C. h. t.), что въ настоящее время не имѣетъ болѣе значенія.

§ 164. ¹ L. 12 § 16 l. 22 § 11 D. h. t. Гестердингъ *Irrthümer etc.* стр. 208 слѣд. *Zeitschr. f. Civilr.* u. Pr. XVII. Безмолвное уничтоженіе: Зейфф. Arch. X. 158. Ср. и Зейфф Arch. III. 46.

² L. 15 D. h. t., § 9 l. h. t.

³ D. 22 § 11 l. 23—25 l. 27 § 2. D. h. t.

2. Смерть. Порученіе не переходитъ къ наслѣдникамъ ни до вѣрителя, ни повѣреннаго ⁴. Впрочемъ можно условиться о противномъ ⁵. Независимо отъ сего наслѣдникъ повѣреннаго обязанъ пешись о начатыхъ послѣднимъ дѣлахъ ⁶, а наслѣдникъ довѣрителя—возмѣститъ повѣренному расходы, сдѣланные имъ въ безвинномъ невѣдѣніи о смерти довѣрителя ⁷.

Въ какомъ бы видѣ порученіе ни прекратилось, оно продолжаетъ дѣйствовать относительно пріобрѣтеній и потерь, которыя, послѣ превращенія порученія, вызываются прежде начатыми по оному дѣйствіями ⁸.

4. Особенные виды порученія.

1. Порученіе получить отъ третьяго лица имущественное исполненіе ¹. Порученіе доставить третьему лицу имущественное исполненіе ². Одно порученіе можетъ существовать безъ другаго;

⁴ L. 27 § 3 l. 57 D. h. t., l. 15 C. h. t., § 10 I. h. t. Гестердингъ Irrthümer etc. стр. 208 слѣд. Если въ поименованныхъ мѣстахъ сказано, что порученіе превращается лишь «*re integra*», «*integro mandato*», то этимъ выражается ничто иное какъ, что не прекращаются возникшія уже изъ порученія обязательства. Ср. впрочемъ Синтенисъ прим. 71 — Иначе HGB. ст. 297. «Предложеніе, порученіе или полномочіе, исшедшія отъ купца по торговому промыслу, не прекращаются его смертью, по скольку изъ его заявленія или изъ обстоятельствъ не явствуетъ противоположная воля».

⁵ L. 12 § 17 l. 13 D. h. t. Но это мѣсто говорить лишь о порученіи, которое должно быть приведено въ исполненіе послѣ смерти давшаго такое; вправѣ ли мы на основаніи онаго принимать, что порученіе можетъ быть дѣлаемо обязательнымъ и для наслѣдниковъ *уполномоченнаго*? Разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ того, слѣдуетъ ли, на основаніи l. un. C. ut. act. et ab her. 4. 11. принимать интерполяцію, или нѣтъ. Это не несомнительно; но первое кажется мнѣ болѣе вѣроятнымъ вслѣдствіе Gai. III. 158 и l. 108 D. de solut. 46. 3 (предложенная Куаціемъ поправка (Вангеровъ § 662 въ концѣ) есть все таки не болѣе какъ поправка, которая не вносится въ это мѣсто никакой связи). Можно оставить въ сторонѣ вопросъ о томъ, какъ значительна вставка. L. 27 § 1 D. h. t. не говоритъ о мандатѣ, а о передачѣ собственности подъ извѣстною обязанностью. Ср. Циммеръ Arch. f. civ. Pr. IV. 19, Мюленбрухъ Fortsetzung von Glück XLIII стр. 396—399, Детцель Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 13; также Гольцшверъ III § 273 nr. 10.

⁶ Arg. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro soc. 17. 2.

⁷ D. 26 pr. § 1 l. 58 pr. D. h. t., § 10 J. h. t., l. 19 § 1 D. de den. 39. 5.

⁸ D. 14 pr. D. h. t., Gai. III. 117.

¹ Такъ напр. отъ должника дающаго порученіе (напр. l. 12 § 16 l. 17 D. l. 11 C. h. t., l. 5 C. de novot. 8. 42); но также отъ того лица, которое хочетъ сдѣлать послѣднему даръ (l. 12 D. si quid in fr. petr. 38. 5) или заемъ, или дать что нибудь по другому основанію. Ср. прим. 9. — Имущественное удовлетвореніе, которое должно быть получено отъ третьяго лица, можетъ быть самаго разнороднаго содержанія. Важнѣйшими случаями представляются тѣ, гдѣ оно имѣетъ своимъ содержаніемъ доставленіе собственности или обѣщаніе, а изъ этихъ случаевъ важнѣйшій, — когда оно имѣетъ своимъ предметомъ наличныя деньги. О порученіи получить обѣщаніе трактуяютъ напр. l. 10 § 6 l. 59 pr. D. h. t. Ср. Тель Handelsr. I § 119 («*das Eincassirungsmandat*»), § 132 (порученіе получить обѣщаніе).

² Такъ въ особенности кредитору дающаго порученіе (напр. l. 12 § 5 l. 45 § 4 D. h. t.); но также тому, кому послѣдній хочетъ дарить (напр. l. 19 § 3 i. f. D. de don.

но можно также поручить кому нибудь получить имущественное удовлетворение от третьего лица, а последнему выдать первому такое удовлетворение ³. Особенным случаемъ представляется тотъ, когда поручение сдѣлать имущественное удовлетворение вручается, для передачи, тому, который такое имѣеть получить. Сюда относится приказъ (Amocilung) современнаго права ⁴. Въ частности обращаютъ здѣсь на себя вниманіе слѣдующіе пункты.

а. Поручение получить имущественное удовлетворение можетъ быть даваемо и на тотъ конецъ, чтобъ косвеннымъ путемъ доставить принявшему поручение то, что довѣритель съ своей стороны хочетъ ему дать ⁵. Равнымъ образомъ, поручение осуществить имущественное удовлетворение, можетъ быть даваемо въ томъ nam̄реніи, чтобъ этимъ доставить поручение давцу косвеннымъ путемъ то, что принявшій поручение съ своей стороны хотѣлъ ему дать ⁶. Въ первомъ случаѣ изъ дѣйствія порученія устраняется обязанность уполномоченнаго къ выдачѣ полученнаго имъ на основаніи порученія; во второмъ — обязанность порученія давца къ возмѣщенію понесенныхъ по случаю порученія расходовъ. Вообще въ этихъ случаяхъ поручение, какъ таковое, отступаетъ на задній планъ ⁷, и на первый вступаетъ выданное порученіемъ давцемъ уполномоченному, или послѣднимъ первому имущественное удовлетворение; поручение есть средство для косвеннаго осуществленія имущественнаго удовлетворенія ⁸. Впрочемъ, можно косвенно доста-

39, 5) или дать взаймы (напр. 1. 9 § 8 D. de R. C. 12, 1), или оказать услугу по какому либо другому основанію. Ср. прим. 9.—Что сказано въ предъидущемъ примѣчаніи о возможномъ содержаніи имущественнаго удовлетворенія, то относится и сюда. Поручение освободить другое лицо отъ долга. 1. 36. 38 D. de I. D. 23, 3.—Тамъ Handlsr I § 114—118 («Zahlungsmandat»). § 128—132 («Delegation»).

³ Поручение получить удовлетвореніе имѣеть смыслъ тогда, когда дающій поручение имѣеть основаніе принимать, что третье лицо дастъ таковое по его приказу. Точно также поручение выдать удовлетвореніе третьему лицу имѣеть основаніе принимать, что третье лицо не отвергнетъ таковаго. Такое основаніе въ томъ и другомъ случаѣ оны имѣеть тогда, когда третье лицо, которому дано поручение дать или получить, принялъ оное.

⁴ См. ниже lit. b.

⁵ Получи платежъ, вмѣсто меня, отъ такого-то. Получи 100, которые я тебѣ долженъ, отъ такого-то. Получи обѣщаніе, вмѣсто меня, отъ такого-то. Получи обѣщаніе отъ такого-то, вмѣсто платежа отъ меня.

⁶ Уплати, вмѣсто меня, такому-то. Уплати такому-то 100, которые ты мнѣ долженъ. Вмѣсто платежа мнѣ, обѣщай такому-то.

⁷ Хотя въ обоихъ случаяхъ не исключается *actio mandati directa* относительно старательнаго исполненія даннаго порученія (ср. Зейфф. Arch. XIII. 220), но она болѣею частью устраняется самимъ исполненіемъ.

⁸ Уполномоченный получаетъ удовлетвореніе отъ третьяго лица въ качествѣ удовлетворенія давшаго порученіе. Послѣдній принимаетъ сдѣланное уполномоченнымъ третьему лицу удовлетвореніе за удовлетвореніе, сдѣланное имъ самимъ. Это принятіе заключается не въ самомъ порученіи, какъ таковомъ, а въ сопровождающемъ порученіе. Отношеніе, возникающее отсюда, слѣдующее. Въ первомъ случаѣ говорить дающій порученіе: 1) получи удовлетвореніе отъ третьяго лица (порученіе), и 2) это удовле-

вить имущественное удовлетворение и без дачи поручения получателю или получателемъ, чрезъ простой приказъ ^{8a} или разрѣшеніе ^{8b}. Еще болѣе: для оказанія косвеннаго имущественнаго удовлетворенія нѣтъ даже надобности въ уговорѣ между получателемъ и тѣмъ лицомъ, отъ котораго таковое исходить; удовлетво-

твление третьяго пускай имѣть значеніе, какъ бы оно дано было мной. Исполненіемъ порученія, въ томъ видѣ, въ какомъ оно дано, уполномоченный подчиняется и этому второму изъясненію воли. Во второмъ случаѣ говоритъ дающій порученіе: 1) давая удовлетвореніе третьему лицу (порученіе), и 2) это удовлетвореніе третьему лицу будетъ имѣть значеніе, какъ бы оно дано было мнѣ. Инициатива въ изъясненіи сопровождающей порученіе воли исходить отъ того, противъ котораго оно должно имѣть свое дѣйствіе.

^{8a} Приказъ отличается отъ порученія тѣмъ, что онъ не направленъ на установленіе обязанности къ исполненію; предполагается само собою, что онъ будетъ исполненъ. Римляне употребляютъ для того, что мы теперь называемъ приказомъ, выраженія *iussus* и *delegatio*, послѣднее только для приказа о выдачѣ удовлетворенія, первое же и для приказа получить таковое. Ср. § 106 прим. 9 и ниже прим. 9. Но приказъ, какъ таковой, столь же мало, какъ и порученіе, содержитъ въ себѣ волю, чтобъ тотъ, въ чью пользу дается приказъ (*Angewiesene*), сохранилъ полученное за собой, чтобы данное разсматривалось какъ бы оно дано было приказателю. Мнѣніе сторонъ можетъ заключаться и въ томъ, что полученное должно быть выдано приказателю, чтобы удовлетвореніе было возмѣщено имъ. Въ этомъ случаѣ приказъ есть порученіе, и хотя изъ него не возникаетъ *actio mandati directa* объ исполненіи, но возникаетъ *actio mandati directa* о выдачѣ, или наоборотъ *actio mandati directa* о возмѣщеніи. Выраженіе *iussus*, если оно относится къ выдачѣ удовлетворенія, имѣетъ, конечно, главнымъ образомъ отношеніе къ случаю, когда удовлетвореніе должно возмѣщаться не *iubens* оми, а быть разсматриваемо какъ бы оно дано было ему (*iubetur aliquis alii solvere, promittere, quod mihi solvere, promittere paratus est*); о *iussus* же, относительно полученія удовлетворенія, неоднократно говорится въ источникахъ въ смыслѣ, что полученное имѣетъ быть выдано не *iubens* у, а удержано, какъ бы оно было дано имъ (ср. напр. *Gai. II. 38, l. 34 pr. D. mand. 17. 1*). Но при *iussus* не необходимо то и другое отношеніе, см. напр. *l. 36. 39 D. de J. D. 23. 3, l. 34 pr. D. de nov. 46. 2*. Слѣдуетъ даже утверждать, что *iussus*, какъ таковой, не исключаетъ *actio mandati directa* о выдачѣ и *actio mandati contraria* о возмѣщеніи, а обособливаетъ ее. Если судья предлежитъ лишь тотъ фактъ, что по порученію другого получено или дано удовлетвореніе, то онъ не вправѣ принимать, что намѣреніе сторонъ направлено на присвоеніе той или другой сторонѣ полученнаго ею имущества, см. въ особенности *l. 38 D. de I. D. cit.* Въ этомъ отношеніи другого мнѣнія ф. Сальвиусъ *Novation und Delegation* § 9. 10. 11. 58, заслуги котораго вообще важны относительно выясненія имъ противоположности между *mandatum* и *iussus*. Противъ ф. Сальвиуса и Витте *Krit. VJ. Sch. VIII. Стр. 350* слѣд. — Приказъ теряетъ свою силу, какъ и порученіе, уничтоженіемъ и смертью приказателя. *L. 32 l. 38 § 1 l. 138 D. de sol. 46. 3, cr. l 1 § 2 D. quod iussu 15. 4.*

^{8b} *L. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.* «*Vir uxori cum pecuniam donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur . . .*». *L. 106 D. de sol. 46. 3.* «*Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere*». Если въ другихъ мѣстахъ (напр. *l. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 33 § 3 D. de don. 39. 5 l. 15 § 1 D. de statulib. 40. 7*) говорится, вмѣсто *permissus*, о *voluntas*, то эта *voluntas* можетъ также быть понимаема въ смыслѣ приказа. Припомнить слѣдуетъ и случай послѣдующаго одобренія, см. напр. *l. 12 § 4 D. de sol. 46. 3, l. 12 C. eod. 8. 43.*

рение это можетъ быть достигнуто и тѣмъ путемъ, что третьему лицу, чрезъ которое или въ лицѣ котораго оно имѣетъ быть доставлено, дается прямо порученіе ^{8c}, приказъ или дозволеніе ^{8d} для осуществленія таковаго. Что касается юридическаго дѣйствія косвеннаго имущественнаго удовлетворенія, что характеръ его опредѣляется той побудительной причиной, которая вызвала оказаніе оной, и которая можетъ быть весьма различна, независимо отъ самаго способа осуществленія ^{8e}. Отъ побудительной причины зависитъ также недѣйствительность косвенно оказаннаго имущественнаго удовлетворенія или возможность требовать имущества обратно. Эта недѣйствительность или возможность требованія дѣйствуютъ, по общему правилу, лишь между субъектами удовлетворенія ¹⁰, не имѣя никакого вліянія на отношеніе между дав-

^{8c} Ср. напр. l. 56 D. de sol. 46. 3. «Qui mandat solvi, ipse videtur solvere». См. еще напр. l. 12 § 5 D. si quid in fr. patr. 38. 5, l. 19 § 3 i. f. D. de don. 39. 5 и мн. др.

^{8d} Ср. напр. l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 49 D. eod. (прим. 9).

^{8e} Вслѣдствіе возможности давать косвенное удовлетвореніе различными способами, не легко отвести ученію о немъ надлежащее мѣсто въ системѣ. Настоящее его мѣсто было бы гдѣ нибудь въ общей части, но я не думаю, чтобы это послужило интересомъ учебнаго курса. Я поэтому, а также въ виду того, что во многихъ случаяхъ непрямого удовлетворенія встрѣчается порученіе (по крайней мѣрѣ одно — если не двойное, то простое), думаю, трактовать о немъ вообще въ отдѣлѣ о порученіи, въ частности же при отдѣльныхъ возможныхъ мотивахъ имущественнаго отчужденія (ср. напр. § 95 num. 6, § 118 въ концѣ, § 123 прим. 10. 12). Ф. Сальвиусъ Novation und Delegation стр. 61 слѣд. Стр. 472 того мнѣнія, что единственное мѣсто въ системѣ, гдѣ надлежащимъ образомъ можетъ быть помѣщено это ученіе, это — ученіе о реальныхъ договорахъ въ ихъ общемъ видѣ и примыкающая къ нему теорія кондикцій. Выраженіе «реальные договоры въ ихъ общемъ видѣ» есть ничто иное, какъ другое выраженіе для имущественнаго отчужденія. А развѣ понятіе объ имущественномъ отчужденіи проявляетъ свое дѣйствіе лишь въ ученіи о кондикціяхъ?

⁹ Обыкновенный и очень важный мотивъ — это погашеніе долга: l. 56 D. de sol. 46. 3 (прим. 8c). L. 180 D. de R. I. 50. 17. «Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset». Объ этомъ случаѣ безконечно часто говорится въ источникахъ; ср. напр. и l. 12 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 12 C. eod. 8. 43, l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 33 D. de nov. 46. 2, l. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1. Если въ этомъ случаѣ порученіе направлено на обѣщаніе, то погашеніе долга можетъ послѣдовать и чрезъ новачію (ср. § 95 прим. 15. 38a, § 106 прим. 7). — Другіе возможные мотивы суть: дареніе напр. l. 59 pr. D. mand. 17. 1; l. 77 § 6 D. de leg. 11. 31, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5, l. 21 § 1 eod., l. 34 § 7 D. de sol. 46. 3; l. 9 pr. D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4, l. 15 § 2 D. de contr. enit. 18. 1, l. 21 pr. de don. 39. 5, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 2 § 2 l. 33 § 3 D. de don. 30. 5. Назначеніе приданнаго, напр. l. 45 § 1 l. 56 pr. D. J. D. 23. 3, l. 11 § 21 D. de doli exc. 44. 4 l. 19 l. 59 pr. D. de J. D. 23. 3, l. 14 pr. D. de fundo dotali 22. 5. Доставленіе займа, напр. l. 15. 32 l. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1; l. 19 § 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 § 5 D. ad SC. Vell. 16, 1; l. 59 pr. D. mand. 17. 2; l. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1. Обязательство доставить эквивалентъ, l. 27 § 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Ср. еще l. 49 D. de sol. 46. 3. «Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, vel creditori vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat, absolvi debet». Также l. 65 § 4 D. ad SC. Treb. 36. 1.

¹⁰ Безъ вліянія: l. 12. 13. 19 D. de nov. 46. 2, l. 4 § 20. D. de doli exc.

шимъ удовлетвореніе и получавшимъ оное, или только въ исключительныхъ случаяхъ ¹¹.

б. Въ частности о приказѣ (Anweisung) современнаго права ¹². Приказъ въ современномъ смыслѣ есть приказъ дать, а не получить, и приказъ заплатить, а не общать ¹³. 1) Тотъ, которому данъ приказъ, имѣеть, въ случаѣ производства платежа, право требовать отъ давшаго приказъ возмѣщенія онаго по правиламъ порученія. Если давшій приказъ утверждаетъ, что тотъ, на имя котораго данъ приказъ, акцептовалъ таковой на тотъ конецъ, чтобы въ лицѣ третьяго оказать самому себѣ имущественную услугу, то онъ обязанъ это доказать ¹⁴. 2) Права того, которому данъ приказъ, противъ давшаго оный, возникаютъ лишь изъ платежа третьему лицу, а не изъ даннаго послѣднему общанія ¹⁵.

44. 4, 1 1 § 10 D. quar. rer. actio 44. 5, 1. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, 1. 78 § 5 D. de I. D. 23. 3, 1. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4; 1. 1 § 11 D. quar. rer. actio 44. 5. Всѣ эти случаи трактуютъ о погашеніи посредствомъ общанія несуществующаго долга отъ приказоприемателя приказателю или тому лицу, которому поручено принять общаніе. Такъ какъ въ основаніи этого случая установленія новаго обязательства можетъ лежать и намѣреніе новировать, то упомянутыя мѣста приняты въ соображеніе выше (§ 108 прим. 8. 12) при разсмотрѣніи вопроса о томъ, предполагаетъ ли договоръ новации, для своей дѣйствительности, существованіе обязательства. Но см. далѣе: 1. 59 i. f. D. de solut. 46. 3 (приказоприематель *уплачиваетъ* третьему лицу то, что онъ считаетъ себя должнымъ приказодателю); 1. 66 eod. 1) тождественный случай, 2) приказоприематель уплачиваетъ третьему лицу, чтобы освободиться отъ дѣйствительно существующаго долга порученіе-давцу, но не достигаетъ этого намѣренія); 1. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4 (приказоприематель даетъ удовлетвореніе съ цѣлью исполнить чрезмѣрное дареніе приказодателю); 1. 21 § 1 D. de don. 39. 5 (чрезмѣрное дареніе третьему лицу, которому удовлетвореніе должно быть дано); 1. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (приказатель хочетъ удовлетвореніемъ приказоприемателя доставить приданое третьему лицу, которому удовлетвореніе это дается, а между тѣмъ бракъ не осуществляется; иначе бываетъ, когда и приказоприематель объявляетъ третьему лицу, что онъ даетъ удовлетвореніе dotis nomine, 1. 7 pr. eod.).

¹¹ а) L. 2 § 3. 4 D. de don. 39. 5, 1. 7 pr. § 1 D. de doli exc. 44. 4, см. § 108 прим. 9. 13; б) при дареніи между супругами, 1. 3 § 12. 13, 1. 4 l. 5 § 3. 4 l. 39. 56 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; ср. § 120 прим. 8, также I § 172 прим. 16.

¹² Тель Handelsr. I § 21—127 а. Ср. и Гольцшверъ III § 277 и Кунце тамъ же стр. 667. 668.

¹³ Приказъ можетъ быть даваемъ словесно или письменно; послѣднее представляетъ собою общее правило, въ особенности между купцами. Въ обыкновенной своей формѣ онъ представляетъ собою документъ, вручаемый, для передачи, получателю платежа, отличающійся въ этой формѣ отъ переводнаго векселя лишь отсутствіемъ слова «вексель». — Въмѣсто приказа говорится очень часто «ассигновка»; тотъ, на имя котораго приказъ дается, называется «ассигнаторомъ», а то лицо, которому платежъ долженъ быть произведенъ — «ассигнатаріемъ».

¹⁴ См. прим. 8а и сравни къ цитированнымъ тамъ источникамъ изъ сочиненія ф. Сальмюса еще § 74. Ср. Зейфф. Arch. I 56, XIV. 105 (XXI. 424); иначе VII. 352, XX. 224.

¹⁵ Права ассигната: онъ имѣеть actio mandati contraria, и удовлетвореніе, даваемое третьему лицу, считается удовлетвореніемъ порученіе-давца. Ср. 1. 10. 21. 25 D.

Но давший приказ не может его взять назад, коль скоро получившей таковой общалъ третьему лицу заплатить¹⁶. 3) Равнымъ образомъ, удовлетвореніе, которое дающій приказъ желаетъ этимъ способомъ доставить третьему лицу, считается исполненнымъ съ дѣйствительнымъ производствомъ платежа со стороны того, на имя котораго данъ приказъ, а не съ общаніемъ только¹⁷. 4) Третье лицо вправѣ, но не обязано реализовать приказъ^{17а}.

2. Порученіе въ качествѣ договора ручательства (Garantievertrag). Договоръ ручательства—это договоръ, въ силу котораго кто либо принимаетъ на себя предъ третьимъ лицомъ гарантію въ томъ, что для него, третьяго лица, не возникнетъ никакого вреда отъ дѣйствія, которое оно хочетъ предпринять. Мы не имѣемъ надобности подводить такой договоръ подъ другую, а не ту категорію, къ которой онъ дѣйствительно принадлежитъ. Рим-

de nov. 46. 2, l. 8 C. cod. 8. 42, l. 10 C. mand. 4. 35, l. 19 § 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Actio mandati считается возникшей чрезъ одно лишь присужденіе къ платежу (§ 165 прим. 15).

¹⁶ Давая предварительно производства платежа общаніе и ставя себя такимъ образомъ въ необходимость платить, онъ дѣлаетъ то, что онъ по смыслу даннаго ему порученія долженъ былъ сдѣлать. Кроппъ въ Гейза и Кроппа Abhandlungen II стр. 354—357. 392—395, Тель въ указ. и. § 123. Унгеръ Inhaberpapiere стр. 73 слѣд. Лицо, на имя котораго данъ приказъ, общаетъ предъявителю онаго тѣмъ, что онъ его «принимаетъ», «акцептируетъ». Есть ли это общаніе чистое общаніе (т. наз. формальный договоръ)? Отрицательный отвѣтъ даетъ ф. Сальпиусъ Novation und Delegation § 75, положительный, вмѣстѣ съ другими, Тель § 125, который вслѣдствіе сего оспариваетъ дѣйствительность этого общанія по общему праву (ср. § 71 прим. 3. 4). Положительно признана дѣйствительность онаго въ HGB. ст. 300. 301. Ср. еще Зейфф. Arch. XVIII. 135 (XXI. 232, XXII. 41).

¹⁷ Начало, что «приказъ не есть платежъ» (Тель § 124) примѣняется и къ случаю акцепта приказа; ф. Сальпиусъ Novation und Delegation § 76 считаетъ это обычнымъ правомъ новѣйшаго времени, утверждая (§ 18—20), что римское право «въ силу объективной юридической необходимости» засчитывало въ наличныя деньги обязательство, доставленное другому посредствомъ делегациі (а также совершенное для него чрезъ делегацию). Это значить слѣдовательно: по римскому праву, обязательство, возникшее вслѣдствіе делегациі, не считалось для той и другой стороны наличными деньгами тогда только, когда это было положительно условлено. Это положеніе ф. Сальпиусъ подтверждаетъ мѣстами въ родѣ l. 187 D. de V. S. 50. 16, l. 18 D. de fidei. 46. 4, l. 26 § 2 D. h. t. и др. Между тѣмъ эти мѣста нисколько не исключаютъ взгляда, что въ нихъ предполагается уговоръ стороны считать обязательство наравнѣ съ деньгами, или уговоръ о новациі (ср. l. 26 § 2 cit.: «qui admittit debitorem delegatum», l. 68 § 1 D. de evict. 21 2: «qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit», l. 96 § 2 D. de solut. 46. 3: «transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret»). Другія же мѣста, говорившія прямо противъ него, какъ l. 18 § 1 l. 31 § 3 D. de m. c. don. 39. 6 и цитированныя на стр. 117, Сальпиусъ устраняетъ съ замѣчаніемъ, что въ нихъ «видоизмѣняется основное начало» (стр. 113). Противъ ф. Сальпиуса и Витте Krit. VJ. Schr. VIII стр. 362 слѣд. Впрочемъ подобное же воззрѣніе встрѣчается уже у Гассе Culpa стр. 436 и ф. Мейерфельдъ Rhein. Mus. VII стр. 123 слѣд. Ср. § 5000 прим. 9.

^{17а} Въ приказѣ, какъ таковомъ, не заключается кассоваго мандата, хотя послѣдній можетъ быть съ нимъ соединенъ. Ср. Ладенбургъ Zeitschr. f. Hand. XI стр. 79.

ляне подводили его под категорию мандата, такъ какъ иначе онъ былъ бы недѣйствителенъ безъ стипуляціонной формы¹⁸. Договоръ ручательства имѣетъ свое главнѣйшее примѣненіе тамъ, гдѣ на основаніи его поручитель принимаетъ на себя рискъ кредита, оказываемаго другимъ лицомъ (кредитное порученіе¹⁹). Въ этомъ примѣненіи договоръ ручательства есть форма поручительства²⁰. Но естественно, что въ дачѣ совѣта не заключается еще принятія гарантіи²¹.

3. Важнѣйшее примѣненіе, которое порученіе находитъ себѣ въ коммиссіонныхъ и экспедиціонныхъ дѣлахъ, относится къ торговому праву²².

Г. Договоры съ цѣлью юридическаго упроченія чего либо.

1. Признание *.

§166. Признать (сознаться) значить: объявить вѣрнымъ что либо невыгодное для объявляющаго. Признать въ юридическомъ смы-

¹⁸ Другими словами: потому, что иначе онъ не могъ бы быть заключенъ между отсутствующими. L. 32 D. h. t.:—«neque enim multum reterre, praesens quis interrogatus fideiubeat, an absens mandet». Мандатъ въ этомъ примѣненіи допускаетъ собственный интересъ порученіедавца въ исполненіи, но не предполагаетъ его. L. 6 § 5 D. h. t., о мандатѣ этого рода слѣдуетъ понимать и L. 12 § 14 D. h. t., гдѣ сказано, что мандатъ уничтожается по исполненіи порученія.

¹⁹ Б. 6 § 4 I. 10 § 8 I. 12 § 13. 14 I. 56 pr. I. 59 § 5 D. I. 6 C. h. t. Ср. Тезъ Handelsr. § 108. 109. Другое примѣненіе даетъ l. 32 D. h. t. «Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et in hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem».

²⁰ Ср. l. 32 D. h. t. (прим. 18). Также l. 60 § 1 l. 62 § 1 D. h. t. Новѣйшіе писатели называютъ mandatum въ этомъ примѣненіи—mandatum qualificutum, ограничивая этимъ случаемъ (неправильно, ср. напр. l. 22 § 11 l. 46. 49. D. h. t) выраженіе mandator для обозначенія порученіедавца.

²¹ Положеніе этого такъ выражено въ § 6 I. h. t., l. 2 § 6 l. 5 D. h. t.: «mandatum», данное исключительно въ интересѣ уполномоченнаго, напр., чтобъ послѣдній помѣстилъ свои деньги лучше въ недвижности, чѣмъ въ займѣ, не есть въ дѣйствительности мандатъ, а лишь совѣтъ, необязательный поэтому для давшаго таковой (§ 6 I cit., l. 2 § 6 D. cit.). Онъ обязателенъ въ томъ только случаѣ, еслибы безъ мандата получившій оный не предпринималъ бы никакихъ дѣйствій. Последнее выражено не точно. Юристъ сказалъ бы: мандатъ обязателенъ тогда только, когда бы безъ гарантіи, принятой на себя въ мандатъ давшимъ оный, уполномоченный не предпринялъ бы никакихъ дѣйствій. См. о различныхъ воззрѣніяхъ, высказанныхъ относительно этихъ жѣстъ, Вангеровъ III § 659 прим., Синтенсъ II § 113 прим. 16 и цитированныхъ у него писателей, далѣе Гольцшверъ III § 275 пр. 1. 2, и трактатъ Tewes Arch. f. civ. Pr. LI. 2 (1864). Ср. Зейфф. Arch. XII. 26.

²² HGB. Ст. 360—378. 379—389.

* Ученіе о признаніи не установилось еще; но оно въ настоящее время настолько разработано, что авторъ учебника не можетъ, по моему мнѣнію, уклониться отъ уложенія онаго, какъ таковаго. Изъ литературы слѣдуетъ прежде всего указать на сочиненіе Бера, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1855 изд. 2, 1867. Рецензія

слѣдъ значитъ: объявить вѣрнымъ то, на чемъ можно основывать требованіе или возраженіе противъ объявителя. Признать можно какъ фактъ, такъ и правоотношеніе, равно какъ существованіе или несуществованіе факта или правоотношенія. Признаніе имѣетъ во всякомъ случаѣ силу свидѣтельства противъ самаго себя и, какъ таковое, есть доказательство. Но не въ этомъ смыслѣ понимается здѣсь признаніе. Признаніе, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь, есть признаніе, сдѣланное съ намѣреніемъ обязать себя и принятое въ этотъ видъ противникомъ, признаніе въ качествѣ *договора признанія*. Обязательство, принимаемое этимъ договоромъ, имѣетъ своимъ содержаніемъ не оспаривать того, что признано

этого труда: Дернбурга *Heid. Krit. Jahrb.* III стр. 496 слѣд. (1856), Арндтсъ *Krit. Ueberschau* IV стр. 1. 219 слѣд. (1857). Возраженіе Бера: *Jahrb. f. Dogm.* II. 6. 8 (1858). Далѣе: трактатъ Унгера: *Jahrb. f. Dogm.* VIII. 7 (1866). См. кромѣ того: Шлезингеръ *Zur Lehre von den Formalcontracten*, отд. 1, въ особ. § 11 (1858). Виндшейдъ *Krit. VJ. Schr.* I стр. 106 слѣд. (1859). Брунсъ *Zeitschr. f. KGesch.* I стр. 94—97. 118—130 (1861). Верцелль *Lyst. d. Civilproc.* § 22 (изд. 2, 1864). Ф. Сальпиусъ *Novation und Delegation* § 49. 79 (1864). Веккеръ *Krit. V JSchr.* IX стр. 378 слѣд. (1867). Спитценъ II § 96 прим. 25b и стр. 273—276. (*Gesce über das Wesen und die Arten der Beiträge des heutigen römischen Rechts*, 2 Abschn. (1868). Вангеровъ 7 изд. III § 612a 669a (1869). По этому предмету разработаны были, далѣе, 8 и 9 сѣзда юристовъ, мнѣнія Кохомъ, Гетце, Дугге, Эккъ и Циммерманомъ, которыя напечатаны въ *Verhandlungen des Juristentages VIII.* 1 стр. 283 слѣд. 309 слѣд. IX. 2 слѣд. 426 слѣд. 445 слѣд. 455 слѣд. 0 преніяхъ самаго 8 сѣзда (докладъ Йеринга) см. VIII стр. 94 слѣд. 321).

§ 166.

Савинни (*System VII* стр. II) замѣтилъ уже, что въ признаніи можетъ заключаться договоръ; подробно это развито и доказано въ цитированномъ сочиненіи Бера. До того времени господствующее мнѣніе видѣло въ признаніи одно лишь показаніе противъ самого себя (въсудебное признаніе). Правильность этого мнѣнія не подвергалась сомнѣнію тѣмъ болѣе, что въ пользу его можно было сослаться на свидѣтельство источниковъ. См. I. 26 § 2 *D. de p. 16. 3, l. 5. 6. C. si cert. 4. 2, l. 4. C. de sampens. 4. 31.* Но мѣста эти вполнѣ объясняются тѣмъ, что у римлянъ договоръ признанія не былъ освобожденъ отъ формы и не могъ быть заключенъ въ формѣ стипуляціи. Такимъ образомъ для римлянъ признаніе должно было упасть до степени доказательства, по скольку принятое по нему обязательство не могло быть заявлено въ порядкѣ возраженія (*l. 40 pr. D. de pact. 2. 14, l. 6. 21. C. da solut. 8. 43*), или по скольку нельзя было помочь дѣлу нетолкованіемъ признанія въ смыслѣ *constitutio* (*l. 24. 26 D. de pec. cens. 13. 5, l. 616 pr. D. de O. et A. 44. 7*). — Въ признаніи можетъ заключаться договоръ, но онъ не заключается въ немъ необходимо. Договоръ не имѣется вѣрно тогда, когда онъ сдѣлано предъ третьимъ лицомъ. Но въ немъ можетъ не заключаться договора, хотя бы оно сдѣлано было предъ тѣмъ лицомъ, для котораго признаніе выгодно. «Когда на вопросъ, можетъ ли онъ отрицать долгъ, отвѣчаетъ просто «нѣтъ», тотъ признаетъ свой долгъ, но въ этомъ не заключается особеннаго общанія». Брунсъ стр. 95. Другой примѣръ у Бера стр. 272 (284): обвиняемый, противъ котораго уликой служитъ то, что онъ въ извѣстное время досталъ себѣ денегъ, признаетъ, послѣ первоначальнаго отрицанія, на очной ставкѣ съ свидѣтелемъ, что онъ отъ послѣдняго получилъ таковыя займы. Поэтому для того, чтобы въ признаніи можно было видѣть договоръ необходимо, чтобы оно сдѣлано было противнику съ цѣлью дать ему возможность употребить таковое противъ признающаго. Но даже въ этомъ случаѣ возможно еще, что признаніе сдѣлано не съ цѣлью при-

существующим², не утверждать того, что признано несуществующим³. Если однакоже сдѣлавшій признаніе оспариваетъ то,

нѣтъ на себя обязательство, а дать противнику процессуальное противъ себя доказательство. См. объ этомъ слѣдующее примѣчаніе. (Предсмертное признаніе: III § 634 прим. 1а.

² Такъ Савиньи, Беръ, Унгеръ, ф. Сальпиусъ; см. также А. Е. Зейфф. въ Pand. Зейфферта § 284 прим. 10. Иначе Брунсъ и Шлезингеръ. Эти послѣдніе писатели выдаютъ въ договорѣ признанія лишь принятіе на себя обязанности считать признанное доказаннымъ, съ отказомъ отъ требованія дальнѣйшихъ доказательствъ (т. назыв. договоръ доказательства). Согласно сему и договорное признаніе было бы не болѣе какъ способъ доказательства. Различіе обоихъ взглядовъ проявляется практически въ томъ, что, по послѣднему, сила признанія можетъ быть сломана простымъ доказательствомъ противнаго, по первому лишь споромъ противъ дѣйствительности признанія (прим. 8), а также въ томъ, что лицо, въ пользу котораго сдѣлано признаніе, освобождается по первому возрѣнію, отъ обязанности доказать основательность признанія, но не по второму (прим. 4). Въ первомъ изданіи этого учебника я самъ прикнулъ къ послѣднему возрѣнію (§ 284а), будучи къ этому побужденъ рѣшеніями нашихъ источниковъ, присвоивающихъ лишь доказательную силу признанію относительно размѣра должной суммы (квитованіе). См. I. 19 § 1 D. de accept. 46. 4, l. 5. 13. C. de solut. 8. 43. По настоящему же моему убѣжденію, мѣста эти заставляютъ лишь признать, что въ основаніи признанія, сдѣланнаго противной стороной съ цѣлью воспользоваться имъ со стороны послѣдняго, можетъ лежать лишь намѣреніе доставить ему доказательство, но намѣреніе это не лежитъ въ немъ необходимо. Съ этимъ согласна и l. 40 pr. D. de pact. 2. 14, въ которой объявлено: profiteor te non teneri придаетъ значеніе pactum a de non petendo. См. также l. 35 eod. Такимъ образомъ вопросъ о томъ, въ какомъ смыслѣ послѣдовало признаніе, есть вопросъ толкованія для каждаго даннаго случая, а отъ этого ученіе о признаніи бесконечно теряетъ въ практической годности. Но для насъ дѣло идетъ не о lege ferenda, а о томъ, чтобы вѣрно передать смыслъ источниковъ. Я не могу также одобритъ того соособа, коимъ, какъ Беръ, прилагающій признанію во всѣхъ случаяхъ сильнѣйшее дѣйствіе, стараются устранить поименованныя мѣста (стр. 237 (261), равно и ту попытку разрѣшить этотъ вопросъ, которая встрѣчается у Э. А. Зейфферта въ Pand. Зейфф. § 291 прим. 1b и § 341 прим. 3а.— Но нельзя ли добыть по крайней мѣрѣ точки опоры для разрѣшенія въ каждомъ данномъ случаѣ? Ветцелъ Civilproc. § 22 различаетъ по предмету признанія (внѣ судебного признанія). Если предметъ онаго составляетъ фактъ, то оно имѣетъ лишь значеніе доказательства; если же предметъ составляетъ правоотношеніе, то оно «по общему правилу имѣетъ характеръ распоряженія.» Я бы хотѣлъ и это «по общему правилу» вычеркнуть, присвоивъ безусловно распорядительную силу признанію, направленному на правоотношенія, такъ какъ доказательство не имѣетъ примѣненія къ правоотношеніямъ и потому, что признаніе дѣлается для практической цѣли; правоотношеніе же, безъ свѣдѣнія его къ фактамъ, не можетъ быть употреблено въ дѣло (verwerthel), если этому не помогаетъ признаніе (прим. 4). Съ другой стороны я не вполне увѣренъ въ томъ, чтобы признанію, направленному на факты, можно было всегда присвоить лишь слабѣйшее дѣйствіе. Унгеръ еще сдержаннѣе Ветцеля, считая открытымъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли даже признаніе долга диспозитивную или доказательную силу. — Въ предвидущемъ я имѣлъ въ виду тотъ только случай, когда признаніе сдѣлано изъ убѣжденія въ справедливости признаннаго. Какъ же будетъ въ томъ случаѣ, когда оно послѣдовало при убѣжденіи въ несправедливости онаго или при сомнѣніи въ справедливости? Признаніе должно тогда считаться послѣдовавшимъ въ диспозитивномъ смыслѣ, исключая тотъ случай, когда оно сдѣлано въ ожиданіи осуществленія признаннаго (квитованіе въ ожиданіи платежа, признаніе полученія въ ожиданіи выдачи займа).

³ Тѣ, которые въ положительномъ признаніи (признаніи существованія) выдаютъ

что имъ признано существующимъ ⁴, то споръ его считается какъ бы невозпослѣдовавшимъ на основаніи его обязательства ⁵; если онъ объявляетъ существующимъ то, что признано имъ не существующимъ, то такое его объясненіе устраняется по недопустимости онаго ⁶.

Мотивъ, побуждающій кого либо къ признанію, можетъ быть весьма различенъ. Главнѣйшій случай признанія тотъ, когда таковое дѣлается изъ убѣжденія въ справедливости признаннаго. Въ этомъ случаѣ цѣль его—доставленіе большей обеспеченности. Но признаніе можетъ послѣдовать и при отсутствіи убѣжденія въ справедливости признаннаго, или при наличности убѣжденія въ несправедливости признаннаго. Въ этомъ случаѣ признаніе заключается въ себѣ имущественное отчужденіе, мотивъ котораго можетъ быть столько же различенъ, какъ мотивъ имущественнаго отчужденія вообще ⁷. Особенное примѣненіе признанія послѣдняго рода представляетъ собою признаніе, которое заключается или можетъ заключаться въ договорахъ—соглашенія (Vergleich), о третейскомъ разбирательствѣ и въ договорѣ о рѣшеніи спора присягой, о которыхъ будетъ подробно говорено въ § 168 и слѣд. Если признаніе дѣлается изъ убѣжденія въ справедливости признаннаго, то послѣдняя составляетъ его предположеніе, и по сему, при невѣрности признаннаго, признаніе можетъ быть опорочено по отсутствію предположенія. Но при этомъ недостаточно доказать только несправедливость признаннаго, а должно доказать и извинительность заблужденія, въ силу котораго несправедливое признано справедливымъ ⁸.

лишь договоръ доказательства въ указанномъ смыслѣ, должны и отрицательному признанію (признаніе несуществованія) придавать лишь ту силу, что оно служитъ возраженіемъ противъ доказанности какого либо обстоятельства.

⁴ Оспариваніе есть желаніе, чтобы въ процессѣ были доказаны тѣ факты, на которыхъ основывается признанное правоотношеніе. Ибо оспариваніе имѣетъ значеніе защиты; отъ защиты же отказался сдѣлавшій признаніе самымъ признаніемъ.

⁵ Обязательство его не оспаривать исполняется тѣмъ, что предъявленный споръ считается какъ бы непослѣдовавшимъ, точно также, какъ обязательство изъяснить волю исполняется такимъ образомъ, что воля считается заявленной, хотя бы это и не послѣдовало (ср. I § 173 прим. 5). Можно поэтому сказать: (договорное) признаніе есть антиципация судебного признанія, данное вперед неотъемлемое судебное признаніе. И Савиньи въ указ. въ прим. 1 мѣстѣ такъ сопоставляетъ «договоръ признанія» съ судебнымъ признаніемъ какъ «договоръ, направленный на одинаковую цѣль». См. и Беръ стр. 168—169 (183—184). Унгеръ указываетъ на другую аналогію, аналогію съ судебнымъ рѣшеніемъ. «Договоръ признанія есть суррогатъ судебного рѣшенія: стороны представляются судьями въ собственномъ дѣлѣ; они сами произносятъ себѣ рѣшеніе.» (стр. 180).

⁶ И вслѣдствіе этого онъ не допускается вовсе къ представленію доказательствъ.

⁷ Такъ именно дареніе (I. 6 C. de solut. 8. 43), ожиданіе исполненія (I. 21. 23 cod). Ср. I. 29 § 1 D. de donat. 39. 5, I. 1 § 7 D. si quid in fraud patr. 38. 5.

⁸ Ср. вообще § 179 num. 3. 5, и въ частности I. 2 D. de conf. 42. 2, с. 3. X. de conf. 2. 18. с. 2 de rest. in VI^o 1. 21. (Зейфф. Arch. XXII. 200).

Дѣйствіе признанія не ограничивается контрагентами; оно простирается на ихъ преемниковъ, общихъ и частныхъ⁹, а также на соучастниковъ, по общимъ правиламъ¹⁰.

§ 167. Особенный видъ признанія есть признаніе долга. Оно дѣлается обыкновенно письменно, и тогда говорятъ о долговой роспискѣ. Признаніе долга подлежитъ само по себѣ дѣйствию правилъ о признаніи вообще, давая тому, въ пользу котораго оно сдѣлано письменно, право взыскать признанный долгъ, безъ обязанности доказывать факты, на коихъ оно основывается¹. Тѣмъ

⁹ Первое разумѣется само собою; за второе l. 8 D. de iurei. 12. 2. Не слѣдуетъ говорить, что здѣсь присяга дѣйствуетъ какъ присяга (какъ источникъ объективной истины), а не въ силу содержащагося въ ней отчужденія; ибо см. l. 14 D. de iure patr. 37. 14.

¹⁰ Ср. l. 28 pr. l. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2. Указанныя правила сохраняютъ вполнѣ характеръ признанія какъ отчужденія, въ противоположность къ объективному разрѣшенію.

¹ Иначе господствующее мнѣніе, усматривающее въ признаніи долга, какъ въ признаніи вообще, лишь способъ доказательства. Для него признаніе долга само по себѣ, т. е. независимо отъ указанного въ немъ фактическаго основанія долга, потому уже не имѣетъ значенія (въ частности см. прим. 2), что лицо, признанное кредиторомъ, не можетъ этого вовсе доказывать. Утвержденіе его, что противникъ состоитъ его должникомъ, какъ не обоснованное фактически, не допустимо въ процессъ и будетъ отвергнуто. Если же онъ фактически обосновываетъ существованіе долга, то доказательство сего онъ не имѣетъ въ признаніи. Были дѣлаемы разныя попытки для устраненія этого затрудненія. 1) Брунсъ (въ указ. м. стр. 129—130) и Шлезингеръ (въ указ. м. 146. 156) стараются пособить тѣмъ, что толкуютъ признаніе долга или передачу этого признанія въ смыслъ обѣщанія исполненія (*constitutum debiti*), такъ что послѣднее будетъ, слѣдовательно, основаніемъ иска. Въ пользу такого исхода высказался и я въ первомъ изданіи этого учебника, и во всякомъ случаѣ вѣрно то, что такое толкованіе вполнѣ согласно съ источниками, см. l. 31 D. de res. const., 13. 5, l. 61 pr. D. de O. et. A. 44. 7 (гдѣ разрѣшено, что признаніе долга не обязательно для третьяго лица), Ср. также l. 34 D. de res. const. Но сомнительно, чтобы эта интерпретація пособила дѣлу; ибо все-таки можно спросить, и дѣйствительно спрашивали (Беръ стр. 188 изд. 2. Унгеръ стр. 211), не должно ли и по современному процессу фактически обосновывать въ *actio constitutoria* долгъ, существованіе котораго составляетъ условіе для существованія *constitutum'a*. 2) Другой путь избрали Беръ и Унгеръ, а послѣ Бера и Брицъ (прежде и я, *Krit. V. Ischr.* I стр. 106 слѣд.). Писатели эти видятъ въ признаніи долга не обѣщаніе исполненія, а основаніе обязательства вновь. Признаніе долга есть лишь форма для простаго обѣщанія; «я признаю себя должнымъ 100», значитъ то же, что «я обѣщаю дать 100»; въ виду чего признаніе долга ставится означенными писателями параллельно съ стипуляціей (т. наз. придаточная стипуляція). Возрѣніе это я считаю и теперь еще, какъ въ первомъ изданіи, неправильнымъ, не думая, чтобы оно могло завербовать новыхъ приверженцевъ ученію о юридическомъ дѣйстви признанія долга. Признаніе долга *можетъ* быть формой для обѣщанія исполненія, и бываетъ его во всякомъ случаѣ тогда, когда долгъ признанъ въ сознаніи его несуществованія. А что признаніе послѣдовало въ этомъ смыслѣ, долженъ въ данномъ случаѣ доказать тотъ, кто утверждаетъ это. До представленія такого доказательства признаніе долга должно быть толкуемо по его буквальному смыслу, и выраженіе «я признаю себя должнымъ» не значитъ то же, что я дѣлаюсь должникомъ оттого, что признаю себя должникомъ, чѣмъ предоставляю противъ себя право трактовать меня какъ должника, — а:

не менѣе, въ противность этому, положительное постановленіе римскаго права отказывало признанію долга въ обязательной силѣ, если оно хоть въ общихъ чертахъ не содержитъ въ себѣ указанія фактическаго основанія признаннаго долга ².

признаю, что я теперь, при признаніи, *есмы* должникъ, следовательно прежде сдѣлаю должникомъ вследствие какого-нибудь факта. 3) Конструкція, которую я считаю правильной, указана въ предъидущемъ § прим. 4. Признавшій долгъ отказался тѣмъ самымъ отъ права ссылаться на недостатки онаго, какъ и отъ права прямо его оспаривать. Относительно практики см. цитаты изъ Archivio Зейфферта въ слѣдующемъ примѣчаніи; кромѣ того тамъ же IX. 49.

² Мѣста, принимаемыя здѣсь въ соображеніе, суть: I. 25 § 4 D. de prob. 22. 3 (постановленіе которой повторено въ с. 14. X. de fide instr. 2. 22) и I. 13 C. de pop. num. res. 4. 30. Эти несчастныя мѣста поглотили уже много труда и по всей вѣроятности проглотятъ еще безъ достиженія какаго либо чистаго результата. Ср. объ нихъ: Кроппъ въ jur. Abhandlungen Гейза и Кронна I стр. 349 слѣд. (1827), Синтенисъ въ Jahrb. Seia I стр. 292 слѣд. (1841), Гнейстъ *formelle Verträge*. Стр. 198—219 (1845), Виндшейдъ *Lehre von der Voraussetzung* стр. 196—202 (1850) и *Krit. VI* Schr. I стр. 109. 126. 437 (1859), Беръ *Anerkennung* § 38. 63—66 (1855. 1867), Дернбургъ *Nied. Krit. Zeitschr.* III стр. 508—510 (1856), Шлезингеръ *Zur Lehre von den Formalcontr.* Стр. 39—63. 100 слѣд. 145 слѣд. (1858), Гиртаннеръ *Stipulation* стр. 297—325 (1859), Г. Витте *Bereicherungsklagen* стр. 201—211. 245 слѣд. (1859), ф. Сальпиусъ *Novation und Delegation* стр. 278—310; Вангеровъ III § 625 прим. 2 нр. 3, Рудорфъ *su Puchta* § 257. h, Синтенисъ § 96 прим. 48, Брицъ стр. 430, А. Е. Зейффертъ въ *Pand. Зейфферта* § 247 прим. 7, Арндтъ § 233 прим. 7. Господствующее въ теоріи и практикѣ мнѣніе признаетъ, на основаніи приведенныхъ мѣстъ, юридически не дѣйствительнымъ всякое признаніе долга, въ которомъ фактическое основаніе признаннаго долга обозначено не столько не точно, что невозможно предъявить искъ изъ этого именно основанія (т. наз. *cautio discreta*, въ противоположность къ *indiscreta*). Мѣста эти повидному дѣйствительно и неопровержимо доказываютъ общее мнѣніе. Но если сообразить, что они трактуютъ не о долговыхъ роспискахъ вообще, а о стипуляціонныхъ актахъ, которые выданы на долгъ, признанный существующимъ (ср. къ этому почти безспорному положенію Гнейстъ въ указ. м. стр. 200 слѣд.), то окажется по крайней мѣрѣ возможнымъ вопросъ, разумѣютъ ли указанныя мѣста подъ «*cautio quae indiscrete loquitur*,» т. е. въ которой должникъ не «*specialiter... causas explanavit, pro quibus eandem conseripsit*» (I. 25 § 4 cit., I. 14 C. cit. говорить о «*specialiter causam edicere*»), въ дѣйствительности такую *cautio*, въ которой не указано основаніе *долга*, или напротивъ *cautio*, въ которой не указано основаніе *общанія* (именно существованіе долга). Въ пользу этого толкованія высказался Шлезингеръ, также Дернбургъ и Виндшейдъ въ *VI* Schr., Арндтъ *Krit. Ueberschau* IV. Стр. 274 не противъ него. Я все еще считаю это объясненіе возможнымъ относительно мѣста изъ пандектовъ, но не мѣстъ изъ кодекса. Приведенныя въ немъ слова «*eamque causam specialiter promissor edixerit*» я понимаю въ смыслъ указанія *debitum*'а, а не *antecedens causa debiti*. Съ другой стороны I. 13 C. cit. не требуетъ безъ сомнѣнія спеціальнаго обозначенія *causae*, а обозначенія таковой какъ *antecedens* (показанное въ актѣ не должно быть полученіемъ займа); а нельзя ли «*specialiter*» въ I. 25 § 4 cit. понимать такимъ же образомъ? (По моему мнѣнію, одно мѣсто должно быть объясняемо другимъ, взято ли пандектное мѣсто изъ кодекса, или наоборотъ: одно изъ двухъ вѣрно). Отсюда открывается указанное въ текстѣ среднее мнѣніе. Признаніе долга, коимъ должникъ признаетъ лишь, «что онъ долженъ 100», будетъ конечно необязательнымъ; но не признаніе, въ которомъ онъ признаетъ напримѣръ, «что онъ состоятъ должень 100 за сдѣланные расходы». Принявъ

Квитованіе долга (признаніе въ полученіи платежа) само по себѣ не содержитъ обязательнаго признанія, договора признанія, а есть лишь доказательство³. Но оно, смотря по обстоятельствамъ дѣла, можетъ дѣйствительно заключать въ себѣ обязатель-

зотъ взглядъ, мы бы получили примиреніе съ другими мѣстами компиляцій, признающими юридически обязательнымъ признаніе долга указанного рода (l. 47 § 1 D. de pact. 2. 14. l. 61 pr. D. de O. et A. 44. 7. o l. 20 D. de inst. act. 14. 3. См. § 237 прим. 17), и въ которыхъ выражается общее воззрѣніе компиляторовъ на этотъ предметъ. См. также Брунсъ въ указ. м. стр. 129. — Гиртаннеръ въ указ. м. (согласно съ Фиттингомъ Zeitschr. f. Handelsr. III стр. 293) дѣлаетъ другое различіе. Онъ разумѣетъ подъ cautio quae indilcrete loquitur стипуляціонный актъ, въ которомъ признаніе долга сдѣлано не *отдѣльно* (отдѣльно отъ стипуляціонной формулы), находя въ l. 25 § 4 cit. тотъ смыслъ, что такая cautio, для силы доказательства, должна указывать основаніе долга («C. quae debes dare spondes? — C. quae debes ex testamento dare spondes?»). Въ другомъ, но, какъ мнѣ кажется, совершенно произвольномъ направленіи, старается Беръ устранить l. 25 § 4 cit., и Брицъ присоединился однако же къ нему. См. также Регельсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 154 прим. 1. Витте находитъ правду въ l. 25 § 4 тотъ смыслъ, которой придается ей общимъ мнѣніемъ, полагая однакоже, что она не заслуживаетъ вниманія, какъ находящаяся въ противорѣчій «съ правомъ *supra iuris* вообще. — И практика проявляетъ рѣшительную склонность освободиться отъ общаго мнѣнія. Она старалась по-собить себѣ тѣмъ, что признала расчетъ (Abrechnung) самостоятельнымъ основаніемъ долга, хотя несомнѣнно, что въ самомъ расчетѣ, который есть не болѣе какъ чистая операція, не содержится новаго обѣщанія исполненія, а по большей мѣрѣ самое признаніе долга, которое дѣлается на основаніи этой счетной операціи. Съ другой же стороны расчетъ есть указаніе, хотя и не специальное, на *causa antecedens*, (ср. выше и упомянутыя мѣста: «*ex ratione moneae*», *ex contractibus plurimis*, «*religia*»). Расчетъ признается основаніемъ долга въ рѣшеніи кассельскаго об. ап. суда. какъ это доказано трактатомъ Пфейфера въ *prakt. Ausführungen* VIII. 2 и Зейфф. Arch. VII. 246, XII. 17, XIV. 16; см. далѣе VII. 302 (Биль), XII. 17 (Ромтокъ), XIII. 247 и XIV. 17 (Штуттгартъ); иначе въ III. 105 (Дармштадтъ), гдѣ требуется, чтобы въ искѣ было обозначено родовыми по крайней мѣрѣ признаками та сдѣлка или юридическое отношеніе, которое лежитъ въ основаніи расчета (подробнѣе въ Arch. f. prakt. NW. V. стр. 116 слѣд.). Ср. далѣе II. 326 (Дрезденъ: признаніе долга безъ указанія основанія возникновенія онаго достаточно, въ связи съ обѣщаніемъ платежа, для обоснованія иска), XII. 260 (Вольфенбюттель: признаніе составляетъ самостоятельное исковое основаніе), XX. 115 ср. XVIII. 233. 240 (Целле: такимъ же образомъ). Съ другой стороны: XVIII. 137 (Висбаденъ: признаніе не составляетъ самостоятельнаго исковаго основанія), III. 105, XIII. 24 (Дармштадтъ: признаніе составляетъ самостоятельное исковое основаніе тогда, когда въ искѣ обозначено по крайней мѣрѣ родовыми признаками лежащее въ его основаніи юридическая сдѣлка или отношеніе), VI. 178 (Ольденбургъ: долговой документъ составляетъ исковое основаніе, если въ немъ специально обозначена *causa debendi*), VII. 252 (Кассель) и VIII. 180 (Ена): *cautio indiscreta* не составляетъ полнаго доказательства, но она можетъ имѣть значеніе въ отношеніи размѣра долга и времени платежа. (Зейфф. Arch. XXI. 30. 31). — Торгуетъ. положительно признаетъ ненужнымъ указаніе въ долговыхъ обязательствахъ, о которыхъ говорится въ ст. 301, основаніе долга и признанія въ полученіи.

³ См. мѣста, цитированныя въ предыдущемъ примѣчаніи 2. Др. мн. Беръ стр. 232 слѣд. (255 слѣд.), Брицъ стр. 638, также ф. д. Пфортенъ *Abhandl.* стр. 300 и Е. А. Зейффертъ въ *Pand.* Зейфф. § 284 прим. 10. — При этомъ слѣдуетъ обратить прежде всего вниманіе на случай, когда выраженіемъ «получить или равно значущимъ квитуется долгъ. По моему мнѣнію, нельзя разрѣшить иначе даже при упо-

ное признаніе; что бываетъ тогда, когда оно сдѣлано при знаніи о послѣдовавшемъ платежѣ и не въ ожиданіи такового ⁴.

2. Мировая сдѣлка. *.

а. Понятіе и правоотношеніе.

§ 168. Мировая сдѣлка есть договоръ, въ силу котораго два контрагента устраняютъ, путемъ взаимныхъ уступокъ, неизвѣстность, существующую между ними относительно какой либо претензіи. Претензія эта можетъ быть вещная ¹, изъ обязательства ², или же она можетъ относиться къ области семейнаго права ³. Незвѣстность можетъ имѣть свое основаніе въ спорности притязанія, что и бываетъ въ большей части случаевъ ⁴, а также въ недостоверности будущаго существованія ⁵, объема или существенности ⁶ а притязанія. Взаимныя уступки могутъ состоять отчасти въ удовлетвореніи притязанія, отчасти въ отказѣ отъ него, другими словами въ признаніи его частью существующимъ, частью несуществующимъ ⁷, а также въ совершенномъ удовлетвореніи или полномъ отказѣ, за что противная сторона даетъ или обѣщаетъ дать эквивалентъ ⁸. Этотъ эквивалентъ можетъ быть различнаго содержанія, какъ и всякое другое имуще-

требленія выраженія «квитовать», квитанція». Допустимъ, что выраженіе это, по своей этимологій, означаетъ не признаніе въ полученіи, а прощеніе долга; но я не думаю, чтобы оно въ настоящее время употреблялось въ этомъ смыслѣ. Впрочемъ, это вопросъ факта, подлежащій можетъ быть различному разрѣшенію въ различныхъ нѣмецкихъ земляхъ.

⁴ Въ этомъ случаѣ квитованіе есть видъ договора прощенія долга, и вполнѣ однородно съ римской *acertilatio*. Ср. I. 6. 21. 23 C. de solut. 8. 43; о случаѣ же квитованія въ ожиданіи платежа см. Е. А. Зейффертъ въ *Pand. Зейфф.* § 291 прим. 1б.

* *Dig. 2. 15 Cod. 2. 4 de transactionibus*. Рядъ *die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses* (1855). Глюкъ V стр. 1—98; Унтергольцинеръ I стр. 658—660, Ситеникъ II стр. 483—489.

§ 168. ¹ Примѣры мировыхъ сдѣлокъ по вещнымъ требованіямъ въ I. 2. 9. 11. 15. 33. C. h. t. Къ вещнымъ требованіямъ относятся также и требованія по наслѣдству, стр. 1. 3 pr. 1. 14 D. h. t., 1. 2. 6. 10. 15. C. h. t.

² Напр. I. 1. 3. 4. C. h. t.

³ Напр. оно можетъ быть направлено на признаніе отчества. Стр. 1. 10. (также о. 43) C. h. t. Ринъ стр. 71. 72.

⁴ См. напр. I. 1. D. 1. 2. 12. 17. B. h. t., 1. 65 § 1. D. de cond. ind. 12. 6.

⁵ Напр. I. 11. C. h. t., изъ двухъ сонаслѣдниковъ долженъ уплатить другому отказъ тотъ, который умретъ бездѣтнымъ. См. также I. 1. 16 C. de pact. 2. 3.

⁶ Требованіе простирается напримѣръ на ежегодную пожизненную выдачу въ пользу лица, имѣющаго также право. L. 8. D. h. t.

⁷ а Напримѣръ имѣющій право знаетъ, что слѣдствіемъ взысканія имъ съ обязаннаго лица будетъ открытіе его несостоятельности, при которой претензія его будетъ исключена, при чемъ неизвѣстно, приобрететъ ли лицо это когда нибудь имущество, или нѣтъ. Стр. § 169 прим. 9.

⁸ См. напр. I. 6. C. h. t.

⁹ Напр. I. 9. 33. D. h. t.

ственное удовлетворение⁹. Если уступка дѣлается одной только стороной, то нѣтъ мировой сдѣлки, а имѣется замаскированное дарение¹⁰.

Правоотношенія между контрагентами опредѣляются вообще по началамъ обоюдныхъ договоровъ¹¹, въ частности—по содержанію заключеннаго уговора¹². Мировая сдѣлка не порождаетъ необхо-

⁹ Онъ можетъ напримѣръ имѣть своимъ содержаніемъ доставленіе собственности, установленіе или отказъ отъ права на чужую вещь, установленіе или отказъ отъ права по обязательству и проч.

¹⁰ L. 38. C. h. t. «*Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime pro- credit*». L. 1 D. h. t. «*Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero paciscitur, donations causa rem certam et indubitam liberalitate remittit*».

¹¹ См. § 74. Въ частности: а) ни одна сторона не можетъ требовать исполненія мировой сдѣлки, не исполнивъ ее сама или не предлагая исполненія съ своей стороны, l. 21 i. f. C. de pact. 2. 3. б) Исполнившій мировую сдѣлку или предлагающій исполненіе можетъ требовать исполненія отъ противной стороны. У римлянъ могъ требованіе исполненія по *actio praescriptis verbis*, l. 6. 33 (34) C. h. t., или чрезъ предъявленіе требованія, отъ котораго послѣдовалъ отказъ, l. 28. 36 C. h. t. см. ниже у С. лишь тотъ, кто самъ исполнилъ сдѣлку, а не тотъ, кто предлагалъ только исполненіе, такъ какъ мировое соглашеніе не было у римлянъ консенсуальнымъ договоромъ. l. 21. C. de pact. 2. 3, l. 17. 28 C. h. t. в) Исполнившій сдѣлку можетъ требовать отъ противника лишь исполненія, а не возвращеніе полученнаго. Такъ было уже у римлянъ (хотя противъ принципа, что *actio praescriptis verbis* не исключаетъ сама по себѣ *condictio ob causam daterum*, l § 99 примѣч. 1—); это доказывается l. 36 C. h. t. («*ne quid amplius ap ipsos exigi possit, exceptionis proficitur equitas*»), т. е. отказавшійся отъ своего требованія можетъ заявить его вновь въ размѣръ эквивалента, но не болѣе, для вынужденія онаго, ср. Римъ стр. 209), l. 28 C. h. t. («*poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere*). д) Если для одной стороны дѣлается безъ ее вины невозможнымъ исполненіе принятаго ею на себя обязательства, то и другая сторона не связана мировой сдѣлкой. Иначе тогда лишь, когда невозможность касается исполненія заявленія объ отчужденіи (§ 74 прим. 16—19).

¹² Въ частности слѣдуетъ замѣтить: а) отказъ по мировой сдѣлкѣ отъ требованія есть прощеніе долга и притомъ прямое. При оспариваніи требованія отказъ можетъ быть понимаемъ не въ смыслѣ отказа отъ права, которое не признается противной стороной, а отказа отъ новыхъ заявленій объ основательности права, слѣдовательно въ смыслѣ *pactum de non petendo*. Но это съ точки зрѣнія противной стороны. Что же касается отказывающагося, то онъ прямо отказывается отъ права, а не отъ одного возобновленія заявленій о его основательности; онъ слѣдовательно имѣетъ въ виду прямое прощеніе долга (§ 110 Abs. 2), каковую волю принимаетъ эвентуально противникъ. У римлянъ прощеніе долга по мировой сдѣлкѣ, порождало, какъ и всякое другое прощеніе, прямое дѣйствіе лишь при облеченіи его въ форму *assortilatio*, ср. l. 2. 4. 15. D. h. t., l. 3. 4. 32. 40 C. eod.), въ противномъ случаѣ оно давало только *exceptio* по правиламъ *pactum de non petendo* (ср. l. 17. 24 C. h. t.). б) Если мировая сдѣлка заключаетъ въ себѣ признаніе, то такое подлежитъ обсужденію по правиламъ § 166. в) Эквивалентъ можетъ быть осуществленъ тотчасъ, или же можно принять обязательство осуществить его. Последнее имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда соглашеніе хотя и направлено на немедленное полученіе (*Haben*) противникомъ эквивалента, но самое полученіе не можетъ быть осуществлено однимъ соглашеніемъ (наприм. передача собственности безъ *traditio*). д) Если эквивалентъ состоитъ въ дачѣ вещи, то контрагентъ отвѣтствуетъ не только за эвнцію, но и непосредственно тогда, когда доказано будетъ, что получателю не передано собственности

димо обязательства, а лишь въ той мѣрѣ, въ какой она прямо содержитъ въ себѣ обѣщаніе, или объявленіе, что правосостояніе, которое имѣетъ установиться послѣ соглашенія, не должно осуществиться, тотчасъ ¹³. Нарушеніе мировой сдѣлки, подтвержденной присягой, наказывается тѣмъ, что нарушитель лишается приобрѣтенныхъ имъ по этой сдѣлкѣ правъ, оставаясь самъ обязаннымъ по оной ¹⁴.

Сама по себѣ мировая сдѣлка не имѣетъ силы для третьихъ лицъ ¹⁵. Исключенія ¹⁶ допускаются: а) для переемниковъ правъ— универсальныхъ и сингулярныхъ ¹⁷; в) для соучастниковъ, по правиламъ изложеннымъ въ § 132 прим. 4—6 ¹⁸. с) Кредиторы наслѣдства могутъ ссылаться ¹⁹ на мировую сдѣлку о дѣйствительности духовнаго завѣщанія.

или прочнаго права на удержаніе вещи (§ 145). Но естественно, что не отвѣчаетъ отказавшійся отъ требованія, если предметъ онаго былъ послѣ отказа отнятъ у protivника въ силу другаго права. I. 33 C. h. t. Ришъ стр. 203—205, Беккеръ Jahrb. d. gem. R. VI стр. 238. 230, Спитенненъ стр. 488 прим. 46.

¹³ См. предыдущее примѣчаніе подъ с. — Изъ сказаннаго вытекаетъ трудность расположенія въ системѣ ученія о мировой сдѣлкѣ. Здѣсь представляется та же трудность, которая указана относительно даренія. Собственно говоря, о мировой сдѣлкѣ слѣдовало бы трактовать въ такомъ отдѣлѣ, гдѣ излагаются конкретные факты, на которыхъ основывается имущественный оборотъ, какъ таковые, независимо отъ того, порождаютъ ли они обязательства, или нѣтъ. По отсутствію же такого отдѣла, самое удобное мѣсто для мировой сдѣлки есть, по моему мнѣнію, какъ и для даренія, обязательственное право, и притомъ въ его особенной части. Другіе помѣщаютъ ее въ общей части обязательственного права, въ отдѣлѣ о прекращеніи обязательствъ. ср. § 119 прим. 6. Но мировая сдѣлка не заключаетъ въ себѣ необходимо прекращенія, ни обязательствъ, ни требованія. Нѣкоторые думали помѣстить ее въ общей части системы права по разнообразію содержанію условій (Leistungen), входящихъ въ сдѣлку. Такъ Унтергольцнеръ I стр. 658. а) ср. Ришъ стр. 24. 33. Дѣйствительно, если остановиться на разнообразіи возможнаго содержанія сдѣлки, то ее нельзя не помѣстить въ общей части, какъ и дареніе. Но дѣйствительно ли послѣднему мѣсто въ общей части (§ 118 прим. 18)? Ришъ (стр. 12—34) желаетъ помѣстить мировое соглашеніе въ общей части рядомъ съ рѣшеніемъ, такъ какъ и мировая сдѣлка есть способъ прекращенія спора; но въ такое расположеніе я считаю менѣе цѣлесообразнымъ, чѣмъ то, которое дано мировой сдѣлкѣ здѣсь. Я конечно далекъ отъ утвержденія, что при расположеніи системы не должно обращать вниманія на значеніе, которое юридическіе институты имѣютъ для интересовъ и потребностей жизни и оборотъ (ср. I § 13 прим. 2, II § 115 прим. 1); но я не думаю, чтобъ уясненію сущности мировой сдѣлки могло содѣйствовать поставленіе оной рядомъ съ рѣшеніемъ. Ученіе о ней основывается исключительно на томъ, что она договоръ, а не на томъ, что она представляетъ собой прекращеніе спора. При томъ же мировое соглашеніе не необходимо предполагаетъ споръ (прим. 5 b. ba.), чего не скрываетъ и Ришъ (стр. 13 прим. 13).

¹⁴ L. 41 C. h. t.

¹⁵ L. 3 pr. § 2 C. h. t., I. 29 § 2 D. de inoff. test. 5. 2.

¹⁶ Ср. Ришъ стр. 192 слѣд.

¹⁷ Ср. I. 8 D. de iurei. 12. 2 и § 164 прим. 9.

¹⁸ Ср. I. 28 pr. I. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2 и § 164 прим. 10.

¹⁹ L. 14 D. h. t. Ср. I § 132 прим. 9.

2. Причины недействительности.

§ 169. Недействительность мировой сделки определяется по общим началам; именно она может быть оспариваема по причинам принуждения¹, обмана², несуществования того предположения, на основании которого она состоялась. В отношении последнего слѣдуетъ въ частности замѣтить слѣдующее: 1) Предположеніемъ мировой сделки о содержаніи притязанія служить основательность этого притязанія³. 2) Предположеніемъ мировой сделки по спорному притязанію служить вѣрность тѣхъ фактовъ, которые приняты за вѣрные при заключеніи оной и невѣрность которыхъ устранила бы споръ, равно какъ отсутствіе другихъ фактовъ, вѣрность которыхъ устранила бы споръ⁴. 3) Предпо-

§ 169.

¹ L. 13 C. h. t.

² L. 9 § 2 D. l. 4. 19. 30 C. h. t., l. 65 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Ср. Зейфф. Arch. XV 128. — L. 35 D. de pact. 2. 14 не говорить о мировой сделкѣ, а о признаніи Унгеръ Jahrb. f. Dogm. VIII. Стр. 194 прим. 18а.

³ Напримѣръ кто нибудь соглашается уплатить одну общую сумму вмѣсто ежегодныхъ выдачъ по отказу, который онъ считаетъ обременительными для себя, но засимъ оказывается, что на него не было возложено никакого отказа. Кто нибудь входитъ въ мировое соглашеніе относительно возложеннаго на него легата, впоследствии легатъ оказывается недействительнымъ. Въ этихъ случаяхъ имѣется *condictio indebiti*. Зейфф. Arch. III. 323. (Въ случаѣ, приведенномъ у Зейфф. Arch. XIII. 142, сделка отнеслась не къ одному содержанію требованія).

⁴ Наприм. мировое соглашеніе о завѣщаніи, оспариваемомъ по несоблюденію формы и оказавшемся впоследствии подложнымъ (*untergeschoben*) сделка относительно требованія, которому противопоставляется *exceptio SCi Velleiani*; впоследствии оказывается, что юридическая сделка, послужившая основаніемъ къ соглашенію, была вынуждена. Мировое соглашеніе по требованію собственности, оспариваемому потому, что предшественникъ истреца не былъ собственникомъ; впоследствии оказывается, что истрецъ былъ назначенъ наследникомъ со стороны действительнаго собственника Ср. прим. 10. Сказанное здѣсь не доказывается l. 12 i. f. D. t. h. (накое мѣсто говорить не объ оспариваніи мирового соглашения, а просто о томъ, что послѣднее должно относиться лишь къ требованію, которое имѣлось въ виду сторонами), ни l. 3 § 1 D. h. t. (какъ бы ни было трудно истолкованіе этого мѣста, ср. объ этомъ Ринъ § 14 прим. 15), ни l. 36 D. fem. ere. 10. 2 (не говорящая вовсе о мировомъ соглашеніи). Но оно подтверждается l. 24 C. h. t. Въ этомъ мѣстѣ соглашеніе признается необязательнымъ потому, что оно составлено на основаніи подложныхъ документовъ. Документы эти не могутъ относиться къ самому спорному пункту, такъ какъ иначе не имѣло бы мѣста соглашеніе; слѣдовательно они должны относиться къ предположенію спора. Съ сказаннымъ согласенъ цѣлый рядъ писателей (см. въ особенности Пухта § 294. h, Арндтсъ § 269. m, далѣе Беръ *Anerkennung* § 32 и цитаты у Ринъ § 25 прим. 17) въ томъ смыслѣ, что, по ихъ ученію, мировое соглашеніе можетъ быть оспариваемо по невѣрности того, что предположено въ немъ достовернымъ. Писатели эти не принимаютъ необходимаго дополненія, что мировое соглашеніе можетъ быть оспариваемо по действительности фактовъ, отсутствіе которыхъ предполагалось при немъ. Противъ всего ученія высказались Ринъ § 26 (ср. ниже прим. 10), Брицъ стр. 139, Регельсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 160 слѣд. Ринъ полагаетъ, что рассматриваемымъ здѣсь спорнымъ случаямъ можно помочь истолкованіемъ мирового соглашения, которое должно отнести къ тому лишь спорному пункту, на счетъ котораго послѣдовало соглашеніе, но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы заключенная мировая сделка

женіе мировой сдѣлки по спорному притязанію заключается да-
дѣе въ томъ, что споръ еще не рѣшенъ ⁵. Поэтому мировая сдѣлка
подлежитъ оспариванію, если по дѣлу имѣется рѣшеніе, вошедшее
въ законную силу ⁶.

Также бываетъ въ томъ случаѣ, когда споръ улаженъ преж-
ней мировой сдѣлкой, присягой или третейскимъ рѣшеніемъ ⁷.

была ничтожна. Кто поэтому вошелъ въ соглашеніе относительно завѣщанія, которое
оспаривается имъ по несоблюденію формы, тотъ не лишается вслѣдствіе сего права
требовать наслѣдства, если завѣщаніе оказывается подложнымъ мировое же соглашеніе
остаётся въ силѣ. Но изъ этого слѣдовало бы, что онъ можетъ удержать и то, что
ему дано за отказъ отъ права по мировому соглашенію, при чемъ противникъ лишился
бы одновременно даннаго имъ и наслѣдства. А какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда
наслѣдство передано ему за эквивалентъ: какимъ образомъ получить онъ назадъ этотъ
эквивалентъ, не оспаривая мировой сдѣлки? Или когда кто нибудь, вошедши въ миро-
вое соглашеніе по выставленному имъ возраженію, открываетъ впоследствии другое
возраженіе? См. и Зейфф. Arch. III 323.

⁵ Ср. о слѣдующемъ: Тибо Arch. f. civ. Pr. VIII. 12. IX. 22, Гольдшмидтъ тамъ
же IX. 5, Селль въ Jahrb. Seils II стр. 53—64, Рудорфф Zeitschr. f. gesch. RW.
XIV. стр. 334 — 347, Ришъ стр. 74 — 95, Вагнеровъ III § 668 прим., Синтенисъ
стр. 484—485.

⁶ L. 7 pr. § 1 l. 11 D. l. 32 V. h. t., l. 23 §. 1 D. de cond. ind. 12. 6;
Paul. S. R. I. 1 § 5, Cod. Greg. II. 11 c. 1. 3. 4, Cod. Hermog. tit. 4 c. 3,
Consult. c. 4. 7. 9. — Писатели несогласны на счетъ основанія этого положенія.
Весьма распространенное въ прежнее время и оправдавшееся на l. 32 C. h. t. и Paul.
S. R. I. 19 §. 2 мнѣніе о томъ, что оно имѣетъ свое основаніе въ необязательности
iudicium'a pactum'a по римскому праву, не примѣнимо по сему къ современному праву,
не раздѣляется теперь никакъ. ср. объ этомъ Ришъ стр. 77 — 81, Вагнеровъ въ
указ. м. Воззрѣніе Тибо (въ указ. м.), что положеніе это слѣдуетъ понимать въ
смыслѣ постановленія положительнаго права, установленнаго въ интересъ публичнаго
порядка, не нашло сочувствія. Оно опровергается тѣмъ, что послѣдовавшее по миро-
вой сдѣлкѣ удовлетвореніе не недѣйствительно, а подлежитъ лишь оспариванію l. 32
C. h. t. (гдѣ отрицается недѣйствительность, а предполагается возможность оспари-
ванія). Господствующее мнѣніе считаетъ положеніе непосредственнымъ выводомъ изъ
понятія мирового соглашенія, по которому для такой сдѣлки требуется неизвѣстность.
Но при этомъ не различаютъ должнымъ образомъ между субъективной и объективной
неизвѣстности. Последняя не подлежитъ оспариванію, такъ какъ рѣшеніе можетъ быть
неизвѣстно одной изъ сторонъ, участвующихъ въ соглашеніи. Кто отрицаетъ первую,
тотъ другими словами утверждаетъ, что всякое мировое соглашеніе можетъ быть оспари-
ваемо, если только впоследствии сторонѣ можно будетъ доказать, что она была
права въ спорѣ. Но субъективная невозможность, достаточная сама по себѣ для ми-
роваго соглашенія, можетъ по исключенію оказаться недостаточной тогда, когда она
имѣла свое основаніе въ невѣдѣніи о существующемъ рѣшеніи, вошедшемъ въ закон-
ную силу. Исключеніе это находитъ себѣ оправданіе, но лишь въ томъ смыслѣ, какъ
сказано въ текстѣ: мировая сдѣлка заключается съ цѣлью разрѣшенія спора будучи
по сему заключаема въ предположеніи, что рѣшеніе не послѣдовало еще. Ришъ, ко-
нечно, того мнѣнія (стр. 88 прим. 22), что мировая сдѣлка, заключенная при нез-
наніи о воспослѣдовавшемъ рѣшеніи, дѣйствительна тѣмъ не менѣе. Но тогдаложе-
ніе наше получаетъ такой же тривиальный смыслъ, какъ то, что дареніе не есть ми-
ровая сдѣлка. См. объ этомъ прим. 8.

⁷ Это не высказано положительно въ источникахъ, но вытекаетъ изъ природы
вещей. Ришъ стр. 91—94. Др. мн. Рудорффъ въ указ. м. стр. 348 слѣд.

Но при этомъ естественно требуется: а) чтобы не было спора⁸; о самомъ фактѣ воспослѣдованія рѣшенія, в) чтобы оспаривающій сдѣлку не зналъ о существованіи рѣшенія⁹. Съ другой стороны, само собою разумѣется, что для силы мировой сдѣлки не необходимо отсутствіе для стороны возможности доказывать впоследствии, что она была права въ спорѣ¹⁰.

По положительному постановленію римскаго права заключеніе мировой сдѣлки о замѣнѣ алиментовъ, оставляемыхъ на случай смерти, одной общей суммой, допускается не иначе, какъ съ утвержденія суда; безъ чего сдѣлка эта не обязательна для лица, имѣющаго право на алименты¹¹. О положеніи, поддерживаемымъ многими, будто мировая сдѣлка по завѣщательнымъ претензіямъ недействительна, если не имѣлся въ виду самый завѣщательный актъ, см. примѣчаніе¹².

По русскому праву предметомъ мировой сдѣлки права семейственныя не могутъ быть. (Arg. т. X ч. 1 ст. 1529 и 1545). А. Д.

⁸ L. 11 D. h. t. «Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interposita, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest». L. 23 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Смыслъ l. 11 cit. слѣдующій: мировое соглашеніе, не смотря на res iudicata, возможно тѣмъ не менѣе, если существованіе рѣшенія не было прямо оспорено, или если о существованіи онаго можно быть различнаго мнѣнія. Что и въ послѣднемъ случаѣ можетъ отклонить ссылку на рѣшеніе, какъ на рѣшительный моментъ, тотъ, противъ котораго рѣшеніе заявляется, предполагаетъ этотъ законъ («quia adhuc lis subesse possit»). Рѣшь видѣть въ этомъ мѣстѣ доказательство въ пользу выставленнаго имъ положенія (прим. 6 въ концѣ), что мировое соглашеніе дѣйствительно, если стороны вовсе не знали о послѣдовавшемъ окончательномъ рѣшеніи. Но здѣсь говорится: si ignorari potest, а не: si ignoratur.

⁹ Кто вступаетъ въ мировое соглашеніе, зная о благопріятномъ для него рѣшеніи, тотъ называетъ мировую сдѣлкой то, что въ дѣйствительности есть дареніе, развѣ бы была неизвѣстна исполнимость рѣшенія. Въ этомъ случаѣ имѣется конечно мировое соглашеніе не въ томъ смыслѣ, что существуетъ неизвѣстность права, а въ томъ, что неизвѣстно возможно ли будетъ привести рѣшеніе въ исполненіе. Ср. § 168 прим. 6а и трактатъ Гольдшмидта, цитированный въ 5 примѣчаніи, а также трактатъ Тибо.

¹⁰ Что факты, на которые сторона ссылалась вѣрны, факты оспоренные невѣрны, что квалификация вѣрныхъ фактовъ такая, какъ сторона утверждала. L. 2. 19. 23. 29 C. h. t. l. 65 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Зейфф. Arch. XIII. 42. Рѣшь полагаетъ, что изъ l. 23 cit можно вывести прямое доказательство противъ сказаннаго въ текстѣ въ 2; но ничто въ этомъ мѣстѣ не заставляетъ принять, что сдѣлка не относится къ вопросу о наследствѣ.

¹¹ L. 8. D. h. t. l. 8 C. eod. Рѣшь § 13, Сянтенисъ прим. 43, Гольцшверъ III § 316 nr. 7. Зейфф. Arch. V. 285, X. 263, XI. 39, XVIII. 244.

¹² Положеніе это опирается на l. 6 D. h. t. «De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti». Между тѣмъ безспорно, что мѣсто это тождественно съ l. 1 § 1 D. test. quemadmodum 29. 3, сопоставленіе же послѣдняго мѣста показываетъ, что составитель онаго желалъ признать соглашеніе не недействительнымъ, а хотѣлъ лишь сказать, что разумный человѣкъ не станетъ вступать въ мировыя сдѣлки, не

2. Договоръ третейскаго разбирательства.

а. Понятіе и дѣйствіе.

§ 170. Договоръ о третейскомъ разбирательствѣ есть договоръ, въ силу котораго контрагенты соглашаются разрѣшить¹ существующій между ними споръ о правѣ при посредствѣ частнаго лица—третейскаго судьи (или нѣсколькихъ подобныхъ лицъ). Договоръ третейскаго разбирательства заключаетъ въ себѣ: 1) заявление сторонъ о томъ, что они подчиняются третейскому рѣшенію. По этому такое рѣшеніе устанавливаетъ между сторонами право, какъ и рѣшеніе судебное²; но это дѣйствіе такое рѣшеніе имѣетъ не на основаніи собственной силы его, а на основаніи той силы, которою оно облачено самими сторонами. Слѣдствіемъ этого бываетъ, что въ случаѣ воспослѣдованія рѣшенія въ пользу истца, послѣдній не можетъ требовать немедленнаго исполненія онаго³, а долженъ предъявить искъ объ исполненіи⁴. Если рѣшеніе со-

зная словъ завѣщанія. Вопросъ можетъ состоять лишь въ томъ, не вставили ли компиляторы это мѣсто, которое они въ первоначальномъ смыслѣ помѣстили въ главѣ *testamenta quemadmodum aperiatur*, въ главу *de transactionibus* въ другомъ смыслѣ. Утвердительное разрѣшеніе сего кажется мнѣ слишкомъ рискованнымъ, тѣмъ болѣе, что компиляторы должны были бы употребить тогда слово *potest* дважды въ различномъ смыслѣ, во первыхъ въ смыслѣ юридическаго невѣдѣнія, а во вторыхъ невѣдѣнія фактическаго (*neque exquiri veritas aliter potest*). Такъ и Ришъ § 14. Во всякомъ случаѣ положеніе о недействительности мирового соглашения, при незнаніи словъ завѣщанія, не находитъ себѣ оправданія, какъ полагаютъ Пухта § 294, д., Арндтъ § 269 прим. 2, Сянтенисъ прим. 37, въ отсутствіи требованія неизвѣстности. Еслибъ положеніе это считалось постановленіемъ юстиніановаго права, но я бы могъ оправдать его не иначе, какъ запрещеніемъ *alea*. Ср. и Гельшперъ III § 316 nr. 6 (Зейфф. Arch. V. 304).

* Dig. 4. 8 de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Cod. 2. 56 de receptis arbitris. — W. André *gemeinrechtliche Grunzüge der Schiedsgerichte* (1860). Глюк VI стр. 61—105; Унтергольцнеръ I стр. 650—656, Сянтенанъ II стр. 492—500. О законодательномъ значеніи института: В. Г. Пухта *das Institut der Schiedsrichte nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit* (1823), Пѣйферъ *Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F.* III. 2 (1847), Андре въ указм. стр. 59—66.

§ 170. Выраженіе «Schiedsvertrag», собственно говоря, не точно, такъ какъ *Schiedsvertrag*омъ будетъ и договоръ о разрѣшеніи дѣла присягой (*Schiedsridtervertrag*). Его слѣдовало бы назвать «Schiedsrichtervertrag». Но эта неточность дозволительна въ интересѣ краткости. Римское выраженіе есть *compromissum*, см. прим. 10. Третейскій посредникъ называется по римски *arbitrator*.

¹ L. 1 D. h. t. «*Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur. et ad finiendus lites pertinet*». Ср. § 173 прим. 1а.

² L. 1 C. h. t.

³ Римское право давало искъ лишь при обѣщаніи исполненія посредствомъ стипуляцій, l. 5 пр. C. h. t., l. 27 §. 7 l. 28 D. h. t. Но уже Юстиніанъ давалъ искъ изъ безформеннаго договора третейскаго разбирательства въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: а) когда договоръ этотъ или договоръ съ третейскимъ судьей былъ заключенъ подъ присягой; б) когда стороны подкрѣпили третейское рѣшеніе своею подписью, или не протестовали противъ него въ теченіи ближайшихъ десяти дней. L. 4. 5. C. h. t. Но

стоялось противъ истца, то противъ признаннаго неуважительнымъ притязанія имѣется тотчасъ возраженіе ⁵. Если третейское рѣшеніе имѣло своимъ предметомъ не признаніе или отрицаніе притязанія, а установленіе существованія или несуществованія какого либо другаго правоотношенія или факта, то на основаніи третейскаго рѣшенія можно предъявить или устранить всякое требованіе, вытекающее изъ этого правоотношенія или факта ⁶. Договоръ третейскаго разбирательства содержитъ въ себѣ: 2) со стороны истца—обѣщаніе не передавать этого дѣла обыкновенному суду съ обходомъ третейскаго, и 3) обѣщаніе обоимъ контрагентомъ все сдѣлать съ своей стороны, чтобы дать третейскому посреднику возможность постановить рѣшеніе. Первое обѣщаніе порождаетъ возраженіе противъ заявленнаго, вопреки этого обѣщанія, въ публичномъ судѣ иска ⁷; второе служитъ для истца основаніемъ для реплики противъ возраженія ⁸, причемъ возможно также требовать исполненія онаго ⁹. Въ договоръ третейскаго разбирательства можно включить условіе о неустойкѣ, или въ томъ смыслѣ, что, при неисполненіи этого договора, кредиторъ вправе требовать исполненія и неустойки, или же въ томъ, что требовать можно одной только неустойки ¹⁰. Третейское рѣшеніе не имѣетъ силы относительно третьихъ лицъ, исключая правопреемниковъ и соучастниковъ ¹¹.

первое постановленіе онъ опять отмѣнилъ въ Nov. 82 с. 11. Исключеніе допускалось также въ отношеніи договоровъ о третейскомъ разбирательствѣ между евреями, l. 8 C. de Iudaeis l. 9. Андре Стр. 3. 17.

⁵ По правиламъ о признаніи, а также по правиламъ прошенія долга. Но кажется, что эта категория, на которую я главнѣйшимъ образомъ наиралъ во первомъ изданіи не такъ близко подходитъ сюда. Ср. l. 13 §. 1 D. h. t., l. 5 pr. C. h. t.

⁶ Ср. § 173 прим. 1. с.

⁷ Андре стр. 19—24. Этому не противорѣчитъ l. 30 D. h. t.; см. прим. 10.

⁸ Истецъ можетъ сказать, что онъ не абсолютно отказался отъ обращенія къ помощи судебной власти, а лишь въ пользу третейскаго рѣшенія, и что послѣднее не состоялось по винѣ отвѣтчика. Андре стр. 24.

⁹ Исполненіе осуществляется угрозой судебнымъ и штрафомъ (§ 4 прим. 3), а также постановленіемъ предварительнаго рѣшенія, что на исполненіе могущаго послѣдовать третейскаго рѣшенія не должно вліять неповиновеніе стороны. За третейскими посредниками не признается права принудить стороны денежными штрафами повиноваться ихъ распоряженіямъ l. 39 pr. D. h. t. Андре стр. 43—44.

¹⁰ У римлянъ было въ обыкновеніи включать въ третейскую записку условіе о штрафѣ. Отсюда и выраженіе *compromissum*. При этомъ это обѣщаніе штрафа имѣло указанный въ текстѣ смыслъ. Нарушеніе третейскаго договора давало право на взысканіе штрафа, при чемъ безразлично, заключалось ли нарушеніе въ неповиновеніи рѣшенію или въ томъ, что послѣднее не могло состояться. l. 2 D. h. t. «*Ex compromisso placet exceptio nem non nasei, sed poena e petitionem*». L. 30 eod., l. 1 C. h. t., Nov. 82 с. 11. Относительно воспрепятствованія тому, чтобы рѣшеніе состоялось см. напр. l. 27 § 4. G. l. 39 D. l. 2 C. h. t.

¹¹ Ср. §. 166 прим. 9 и 10.

в. Условія обязательности распоряженій третейскаго судьи. Неподлинность договора о третейском разбирательствѣ.

§ 171. Распоряженія ¹ третейскаго судьи, не смотря на обязательность третейскаго договора, необязательны, если судья выходитъ изъ поставленныхъ ему границъ по существу или временныхъ ². Въ частности третейское рѣшеніе необязательно, если имъ не опредѣляется или не вполнѣ разрѣшается споръ сторонъ ³, если оно направлено на что либо недозволенное ⁴, если оно было добыто злымъ умысломъ противника или явно пристрастно ⁵, если оно провозглашено не въ присутствіи обѣихъ сторонъ ⁶. Разъ послѣдовавшее рѣшеніе третейскій судья не можетъ измѣнить ⁷. При назначеніи нѣсколькихъ посредниковъ дѣло разрѣшается по большинству голосовъ ⁸, при равенствѣ голосовъ перевѣсъ даетъ голосъ избраннаго между третейскими судьями общаго посредника ⁹.

§ 171. ¹ Окончательное рѣшеніе или частныя опредѣленія. Руководство производствомъ предоставлено разумному усмотрѣнію судьи. Мнѣніе, будто онъ обязанъ руководствоваться судопроизводственными правилами данной стороны, неосновательно. Андре стр. 43—59. Ср. также Зейфф. Arch. XVI. 46.

² Важныя границы: I. 32 § 15. 18. 19 l. 46 D. h. t. Временныя границы: I. 32 § 21. I. 33 l. 20. § 7 l. 21. § 8 l. 25. 26 l. 50 D. l. 1 C. h. t.

(^{2a} Ср. къ сѣздающему Кирульѣ *Entscheid* любекскаго об. апп. суда 1867 Nr. 61).

³ L. 19 § 1 l. 21 § 3 (ср. § 1) l. 32 § 16. 17 D. h. t., l. 21. pr. eod.

⁴ L. 21 § 7 D. h. t.

⁵ L. 3 C. h. t. Простое неодобреніе рѣшенія не есть основаніе для его необязательности. L. 27 § 2 D. h. t. «Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et. D. Pii rescripto adiicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet». L. 1 C. h. t. «Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse. saepe rescriptum est» См. также l. 32 § 14 i. f. D. h. t. Ср. Андре стр. 52—56, Гольцшверъ III § 317 Nr. 8; Зейфф. Arch. I. 217. Нельзя вывести изъ с. 11. X. de arbitr. l. 43 ничтожность третейскаго рѣшенія, если оно противорѣчитъ рѣшенію, вошедшему въ законную силу (ср. Сентеніеъ прим. 33). Въ случаѣ предумышленнаго въ этомъ мѣстѣ, третейскій судья не переступилъ предѣловъ своей власти. См. еще Глюкъ VI. Стр. 99, Сентеніеъ въ указ. м., Андре стр. 55—56.

⁶ L. 28 § 4. 5 D. h. t.

⁷ L. 19 § 2 l. 20 l. 21 pr. D. h. t.

⁸ L. 17 § 6. 7 l. 18 l. 27 § 3 D. h. t. Что касается с. 2 de arbitr. in VI^o l. 22, то см. Глюкъ VI. Стр. 80, Андре стр. 46—47; Зейфф. Arch. V, 283, XVIII. 245.

⁹ D. 17 § 6 cit. Въ мнимоъ противорѣчій съ этимъ мѣстомъ говорить l. 17 § 5 eod. «Si in duos fuerit sic compromissum. ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere; nam in assumendo possunt dissentire». Почему же сторонамъ нельзя по договору присвоить третейскому посреднику такую власть, которая принадлежитъ ему уже въ силу закона? L. 17 § 5 cit. выражаетъ лишь, что такой компромиссъ не влечетъ за собой необходимо рѣшенія. О различныхъ воззрѣніяхъ см. Андре стр. 33 — 38. Андре самъ выставляетъ новый взглядъ, говоря что въ l. 17 § 6 cit. третейскимъ посредникамъ не дано права избрать общаго посредника, а на нихъ возложена обязанность допустить лицо, назначенное отъ суда. Объясненіе это рунится

На подлинномъ Собственною Его Императорскаго Величества рукою
написано: Въ С.-Петербургѣ. *Быть по сему.*
17-го апрѣля 1874 года.

УСТАВЪ О ГЕРБОВОМЪ СБОРѢ.

ГЛАВА I.

Общія положенія.

Ст. 1. Гербовый сборъ устанавливается двоякаго рода: а) простой и б) по суммѣ акта (пропорціональный).

Ст. 2. Простой гербовый сборъ устанавливается двухъ размѣровъ: въ сорокъ копѣекъ и въ пять копѣекъ.

Ст. 3. Пропорціональный гербовый сборъ устанавливается двухъ видовъ: а) для актовъ и документовъ по личнымъ долговымъ обязательствамъ и б) для актовъ и документовъ по другимъ имущественнымъ сдѣлкамъ. Размѣры, опредѣленные для каждого изъ этихъ видовъ гербоваго сбора, показаны въ приложенномъ къ сей статьѣ росписаніи.

Ст. 4. Давность на взиманіе гербоваго сбора не распространяется.

Ст. 5. Министръ финансовъ, по соглашенію съ подлежащими министрами и главноуправляющими отдѣльными частями, составляетъ алфавитный перечень актовъ, документовъ и другихъ бумагъ, подлежащихъ гербовому сбору и отъ сего сбора изъятыхъ. Этотъ перечень обнародуется во всеобщее свѣдѣніе, чрезъ правительствующій сенатъ.

ГЛАВА II.

О простомъ гербовомъ сборѣ.

Ст. 6. Простому гербовому сбору въ 40 копѣекъ на каждый листъ подлежатъ:

1) Подаваемая должностнымъ лицамъ и правительственнымъ, какъ судебнымъ, такъ и административнымъ, установленіямъ, частными лицами, равно обществами, товариществами и компаніями, по ихъ частнымъ дѣламъ, прошенія, объявленія, жалобы, отвѣты, возраженія, опроверженія и отзывы, а также представляемые при означенныхъ бумагахъ, по желанію просителей или

по требованію закона, копіи: а) съ самыхъ этихъ бумагъ и б) съ прилагаемыхъ при нихъ документовъ и вообще съ приложенийъ.

Примѣчаніе. Подлинныя документы и приложения, при представленіи ихъ въ присутственныя мѣста и къ должностнымъ лицамъ, гербовому сбору не подлежатъ.

2) Выдаваемые означенными въ п. 1 установленіями и должностными лицами: а) копіи съ разрѣшеній, опредѣленій и другихъ бумагъ; б) официальные справки изъ всякаго рода дѣлъ, какъ производящихся, такъ и оконченныхъ, и в) свидѣтельства и удостовѣренія разнаго рода, какъ-то: акты, касающіеся гражданскаго состоянія и личности, свидѣтельства о принадлежности или состояніи имущества, свидѣтельства на право пользованія имуществомъ, свидѣтельства и документы таможенные, дозвоительныя свидѣтельства на производство разнаго рода промысловъ и занятій.

3) Всякія удостовѣренія и свидѣтельства, выдаваемые земскими, городскими и сословными учрежденіями, по просьбамъ частныхъ лицъ, для представленія по ихъ частнымъ дѣламъ, въ правительственныя установленія.

4) Акты о передачѣ выкупныхъ свидѣтельствъ и права на получение $5\frac{1}{2}$ процентнаго непрерывнаго дохода, а также о передачѣ непрерывно-доходныхъ билетовъ крестьянскаго поземельнаго банка лфляндской губерніи.

5) Вѣрющія письма всякаго рода, не исключая и кредитныхъ довѣренностей (уст. торг. ст. 722)

6) Духовныя завѣщанія, а въ остзейскихъ губерніяхъ и другіе соотвѣтствующіе имъ акты (фиденкомиссы и легаты).

7) Обратные счеы, которыми сопровождаются обратныя требованія съ векселедателя платежа по переводному векселю, неуплаченному въ срокъ (уст. торг. ст. 670).

8) Ассигновки на с.-петербургскій монетный дворъ, выдаваемые золотопромышленникамъ на причитающееся имъ золото (уст. частн. золотопром.) (особое прил. къ т. VII св. зак., по прод. 1871 г.).

9) Выдаваемая частнымъ лицамъ межевыя книги.

10) Тѣ паспорта, билеты, виды и кратковременныя отсрочки, которыя, по уставу о паспортахъ или по другимъ узаконеніямъ, пишутся на гербовой бумагѣ (уст. пасп. ст. 54, 57, 63, 89 п. 2, 118, 128, 129, 130, 137, 139, 194, 195 (прод. 1863 г.), 197 (прод. 1863 г.), 203, 205, 211, п. 2, 280 прим. 3 (прод. 1868 г.), 307 и допол. по прод. 1863 г., п. 8 прил. къ примѣч. ст. 436 (прод. 1863 г.), уст. горн. ст. 471 (прод. 1864 г.) уст. пош. ст. 464 (прод. 1863 г. прим. IV п. 3), за исключеніемъ исчисленныхъ въ ст. 43 п. 5 настоящаго устава;

и 11) Акты судебно-медицинскіе и медико-полицейскіе, выдаваемые по требованію частныхъ лицъ.

Ст. 7. Простому гербовому сбору въ 40 копѣекъ за каждый документъ, независимо отъ числа заключающихся въ немъ листовъ, подлежатъ извѣщенія и объявленія, выдаваемые правительственными установлениями и должностными лицами просителямъ, въ отвѣтъ на ихъ просьбы.

Ст. 8. Выписи, кромѣ тѣхъ, которыя, по существующимъ правиламъ, выдаются на простой бумагѣ (ст. 51 п. 2) или на актовой гербовой бумагѣ (полож. нотар. ст. 195 и 196, св. зак. т. X ч. I, прил. къ ст. 708, по прод. 1868 г.), а также копии съ контрактовъ, договоровъ, условій или обязательствъ, какъ выдаваемые договаривающимся лицамъ, такъ и предъявляемыя къ засвидѣтельствуванію, подлежатъ простому гербовому сбору: въ 40 к. за каждый листъ въ тѣхъ случаяхъ, когда подлинныя акты или документы оплачны гербовою пошлиною не менѣе 40 к. съ листа, и въ 5 к. за листъ, когда самыя акты оплачены пошлиною менѣе 40 к. съ листа.

Ст. 9. Слѣдующіе акты и документы подлежатъ простому гербовому сбору: а) въ 40 к. за каждый листъ—когда выдаются на суммы не менѣе 50 р. и б) въ 5 к. за каждый листъ—когда выдаются на суммы менѣе 50 рублей:

1) Купчія крѣпости, данныя, регуляціонныя акты или владѣнія записи на приобретаемыя крестьянами въ собственность земли, состоящія въ ихъ пользованіи.

2) Акты на земли, обмѣниваемыя землевладѣльцами, вслѣдствіе поземельнаго устройства водворенныхъ на этихъ земляхъ крестьянъ.

3) Купчія крѣпости и данныя на имѣнія, обращаемыя изъ частнаго владѣнія на государственную или общественную пользу.

4) Акты на приобретение необходимыхъ желѣзнымъ дорогамъ земель и строеній, въ случаѣ приобретения оныхъ тѣми желѣзными дорогами, которыя, по положеніямъ о нихъ или по уставамъ обществъ, для ихъ устройства образованныхъ, должны, по истеченіи опредѣленнаго срока, бесплатно перейти въ собственность казны.

5) Поручительства, когда они совершаются въ формѣ отдѣльнаго акта;

и 6) сохранныя и задаточныя росписки.

Ст. 10. Простому гербовому сбору—въ 40 к., когда выдаются на суммы не менѣе 50 р. и въ 5 к., когда выдаются на суммы менѣе 50 р.—подлежатъ:

1) Акціи, паи, облигаціи и закладныя листы русскихъ всякаго рода торговыхъ промышленныхъ и кредитныхъ обществъ и товариществъ, писанныя на русскую, либо на иностранную валюту, за каждый номеръ таковыхъ бумагъ, какъ при первоначальномъ выпускѣ ихъ, такъ и при замѣнѣ впоследствии бумагъ на предъ-

явителя именными, и обратно, а также бумагъ старыхъ новыми. Такому же сбору подлежатъ возобновляемые купонные къ симъ бумагамъ листы, при выдачѣ ихъ отдѣльно отъ самыхъ бумагъ.

Примѣчаніе. По тѣмъ предпріятіямъ, по которымъ выдаются временныя свидѣтельства на полученіе акцій и облигацій при окончательной оплатѣ таковыхъ срочными взносами, гербовый сборъ взимается съ сихъ свидѣтельствъ по числу писанныхъ въ нихъ акцій или облигацій. За симъ, при обмѣнѣ уже оплаченныхъ гербовымъ сборомъ свидѣтельствъ на окончательные документы, послѣдніе не подлежатъ гербовому сбору; но акціи и облигаціи, выдаваемые взаменъ временныхъ свидѣтельствъ, выпущенныхъ до изданія настоящаго устава, безъ оплаты сборомъ, подлежатъ ему на общемъ основаніи;

и 2) иностранные фонды, акціи, облигаціи, временныя свидѣтельства на таковыя бумаги, за каждый номеръ этихъ бумагъ, равно купонные къ нимъ листы, отдѣльные отъ самыхъ бумагъ, при поступленіи ихъ въ обращеніе въ Имперіи. Безъ оплаты гербовымъ сборомъ обращеніе таковыхъ бумагъ въ Имперіи не допускается.

Ст. 11. Страховые полисы, равно замѣняющіе ихъ счета или росписки и всякаго рода сдѣлки по страхованію фондовъ, акцій и процентныхъ бумагъ подлежатъ простому гербовому сбору въ 40 коп. за каждый листъ—когда сумма страховыхъ премій не менѣе 15 р. и въ 5 к. за листъ—когда сумма сихъ премій менѣе 15 р.

Ст. 12. Счета, составляемые маклерами (уст. торг. ст. 2475) и браковщиками, подлежатъ простому гербовому сбору: въ 40 к. за каждый листъ—когда сумма куртажныхъ денегъ не менѣе 15 р. и въ 5 к. за листъ—когда сумма сихъ денегъ менѣе 15 р.

Ст. 13. Простому гербовому сбору въ 5 к. за каждый листъ подлежатъ:

1) Росписки или квитанціи, выдаваемые по желанію просителей присутственными мѣстами и отъ должностныхъ лицъ въ принятіи прошеній, денегъ, документовъ и другихъ предметовъ.

2) Краткія маклерскія записки по траттамъ и ремессамъ, составляемыя на основаніи ст. 2469 и 2505 уст. торг., и краткія записки по фрагтамъ.

Акты и документы, освобождающіе отъ выполненія обязательства, или удостовѣряющіе исполненіе обязательства въ полномъ его составѣ или въ части (какъ-то: платежныя росписки, счета, удостовѣряющіе полученіе денегъ, товаровъ или инаго имущества и т. п.), когда суммы сихъ актовъ и документовъ составляютъ болѣе 5 р. и когда при томъ эти бумаги выдаются, или по обязательствамъ словеснымъ, или по обязательствамъ письменнымъ, но на отдѣльномъ отъ самаго обязательства листѣ.

4) Манифесты, коносаменты и накладныя, подаваемые въ та-

можий при деклараціяхъ отъ шкиперовъ и фурмановъ, а равно коносаменты при морскихъ отправленіяхъ за границу и въ другіе русскіе порты и накладныя при внутреннихъ рѣчныхъ и сухопутныхъ перевозкахъ;

в) и 5) слѣдующіе паспорта, билеты, виды и кратковременныя отсрочки;

а) паспорта лицамъ духовнаго званія, увольняемымъ какъ по собственнымъ, такъ и по церковнымъ и монастырскимъ надобностямъ (уст. пасп. ст. 68, 75, 77 и 80);

б) мѣсячныя билеты на отлучки мѣщанамъ, крестьянамъ, поселенцамъ бессарабской губерніи и башкирамъ (уст. пасп. ст. 118 и 130; положенія о башкирахъ ст. 61 (особое прил. къ т. IX св. зак., по прод. 1868 г., прил. II къ ст. 1, общаго положенія о крестьянахъ);

в) отсрочки, до двухъ мѣсяцевъ, сибирскимъ поселенцамъ, причисленнымъ къ волостямъ, выдаваемыя по распоряженію начальства надъ ссыльными (уст. пасп. ст. 209);

г) виды, выдаваемыя нагайцамъ на отлучки въ сосѣдственныя и внутреннія губерніи, срокомъ до четырехъ мѣсяцевъ (уст. пасп. ст. 299 и 300);

д) билеты, выдаваемыя трухменамъ, отправляющимся во всѣ губерніи, кромѣ ставропольской и архангельской (уст. пасп. ст. 310);

е) билеты на жительство иностранцамъ, принадлежащимъ къ экипажамъ купеческихъ кораблей, кои зимуютъ въ нашихъ портовыхъ городахъ (уст. пасп. п. 18, прил. къ ст. 436, прим., по прод. 1863 г.);

ж) билеты на отлучки, выдаваемыя золотопромышленниками рабочимъ на сибирскихъ золотыхъ промыслахъ (правила о наймѣ рабочихъ на сибирскіе золотые промыслы, примѣч. къ ст. 13) особое прил. къ т. VII св. зак., по прод. 1871 г., уст. частн. золотопр., прил. къ прим. 2 ст. 110);

з) паспорта для увольненія ссыльно-поселенцевъ на золотые промыслы (правила о наймѣ ссыльно-поселенцевъ на сибирскіе золотые промыслы ст. 1 (уст. част. золопром., прил. къ прим. ст. 111);

и) волостныя виды сибирскимъ крестьянамъ, отлучающимся для найма въ работы на суда, барки, лодки и плоты (св. зак. т. X ч. 1 ст. 2273).

Ст. 14. Простому гербовому сбору въ 5 к. за каждый листъ подлежатъ акты и документы:

1) по всѣмъ вообще имущественнымъ сдѣлкамъ, какъ между частными лицами, такъ и съ казною, если такія акты и документы совершаются на суммы менѣе 50 р.

2) по условіямъ о неустойкѣ на суммы менѣе 50 р. (ст. 26);

3) по договорамъ о передачѣ заключаемыхъ частными лицами между собою контрактныхъ обязанностей если таковая передача совершается особымъ актомъ, а не передаточною надписью на самомъ контрактѣ, и если сумма остающихся къ исполненію обязательствъ передаваемого контракта составляетъ менѣе 50 р.

и 4) по сдѣлкамъ о личномъ наймѣ, если онѣ совершаются на суммы менѣе 50 р.

Примѣчаніе. Всѣ означенные въ настоящей статьѣ акты и документы на суммы не менѣе 50 р. подлежатъ, по ст. 20 сего устава, пропорціональному сбору.

ГЛАВА III.

О гербовомъ сборѣ по суммѣ акта (пропорціональномъ).

ОТДѢЛЕНІЕ I.

О пропорціональномъ гербовомъ сборѣ съ актовъ и документовъ по личнымъ долговымъ обязательствамъ.

Ст. 15. Пропорціональному гербовому сбору подлежатъ: векселя, заемныя письма, безъ доклада движимаго имущества, подписанные должниками счета и вообще акты и документы по личнымъ долговымъ обязательствамъ (не обезпеченнымъ залогомъ имуществомъ).

Ст. 16. Для актовъ и документовъ, исчисленныхъ въ ст. 15, устанавливается 25 разборовъ вексельной гербовой бумаги, цѣною отъ 5 к. до 36 р. за листъ, соразмѣрно написаннымъ въ такихъ актахъ и документахъ суммахъ, по приложенному къ ст. 3 росписанію.

Ст. 17. Когда акты и документы, исчисленные въ ст. 15, выдаются на суммы, превышающія, тѣ которыя назначены по росписанію для высшаго разбора бумаги, то акты и документы сѣи должны быть писаны отдѣльно на нѣсколькихъ листахъ, соразмѣрно количеству всей вообще суммы.

Ст. 18. При выдачѣ векселя въ нѣсколькихъ образцахъ, каждый изъ нихъ долженъ быть писанъ на гербовой бумагѣ соответственно суммѣ векселя; но образецъ векселя, отправляемый единственно для акцептаціи, можетъ быть писанъ на простой бумагѣ, съ тѣмъ однако, чтобы оборотная сторона его была перечеркнута такъ, чтобы на ней не оставалось мѣста для надписей, и чтобы вверху, на лицевой сторонѣ векселя, сдѣлана была надпись: «выданъ единственно для акцептаціи».

Ст. 19. При обозначеніи суммы векселя на финляндскую или на иностранную монету, размѣръ гербоваго сбора рассчитывается по суммѣ векселя, на основаніи цѣнности сей монеты, определенной въ приложенной при семъ табели.

ОТДѢЛЕНІЕ II.

О пропорціональномъ гербовомъ сборѣ съ актовъ и документовъ по имущественнымъ и другимъ сдѣлкамъ, кромѣ личныхъ долговыхыхъ обязательствъ.

Ст. 20. Пропорціональному гербовому сбору подлежатъ акты и документы:

1) по всѣмъ вообще имущественнымъ сдѣлкамъ, какъ между частными лицами, такъ и съ казною, кромѣ исчисленныхъ въ предъидущихъ статьяхъ сего устава, когда такіе акты и документы совершаются на суммы не менѣе 50 р.;

2) по условіямъ о неустойкѣ на суммы не менѣе 50 р. (ст. 26);

3) по договорамъ о передачѣ заключаемыхъ частными лицами между собою контрактныхъ обязанностей, если таковая передача совершается особымъ актомъ, а не передаточною надписью на самомъ контрактѣ, и если сумма остающихся къ исполненію обязательствъ по контракту составляетъ не менѣе 50 р.

и 4) по сдѣлкамъ о личномъ наймѣ, если онѣ совершаются на суммы не менѣе 50 р.

Ст. 21. Для актовъ и документовъ, исчисленныхъ въ ст. 20, устанавливается 23 разбора актовой гербовой бумаги, цѣною отъ 1 р. до 660 р. за листъ, соразмѣрно написанныхъ въ такихъ актахъ и документовъ суммамъ, по приложенному къ ст. 3 росписанію.

Ст. 22. Когда акты и документы исчисленные въ ст. 20, выдаются на сумму свыше 300,000 р., то они должны быть писаны на двухъ или болѣе листахъ, вкладываемыхъ одинъ въ другой; цѣна сихъ листовъ въ совокупности должна соответствовать всей суммѣ акта или документа.

ОТДѢЛЕНІЕ III.

Объ опредѣленіи цѣны гербовой бумаги для актовъ и документовъ по личнымъ долговымъ обязательствамъ, имущественнымъ и другимъ сдѣлкамъ.

Ст. 23. Цѣна гербовой бумагѣ для актовъ документовъ по личнымъ долговымъ обязательствамъ, равно имущественнымъ и другимъ сдѣлкамъ, подлежащимъ пропорціональному гербовому сбору (ст. 15—20), опредѣляется по суммѣ, на какую актъ или документъ сего рода заключается, за все время, въ которое должно продолжаться его дѣйствіе.

Ст. 24. Когда по какому либо акту или документу платежъ извѣстной суммы долженъ производиться періодически (ежегодно, ежемѣсячно и т. п.), въ продолженіи опредѣленнаго времени, то цѣна гербовой бумагѣ для такого акта или документа опредѣляется по сложности суммъ, въ ономъ выговоренныхъ, но за время не свыше 12 лѣтъ; если же актъ или документъ, по которому производятся періодическіе платежи, безсрочный, то цѣна гербо-

вой бумаги опредѣляется по 12-ти лѣтней сложности выговоренныхъ суммъ.

Примѣчаніе. Цѣна гербовой бумаги для контрактовъ, заключаемыхъ, безъ обозначенія срока, на счетъ суммъ государственнаго земскаго сбора;—опредѣляется по 3-хъ лѣтней сложности выговоренныхъ въ нихъ платежей.

Ст. 25. Если при заключеніи договора нельзя опредѣлить впередъ слѣдующей по оному суммы (напримѣръ, если въ немъ предположено только ставить матеріалы по договорной цѣнѣ въ такомъ количествѣ, какое въ послѣдствіи потребуется, или производить работы по назначенію мѣста или лица, оными распоряжающаго), то взыскивается лишь простой гербовой сборъ въ 40 к. съ тѣмъ, чтобы при производствѣ окончательнаго разсчета по договору былъ уплаченъ пропорціональный гербовый сборъ, за вычетомъ изъ него суммы уплаченнаго простаго сбора.

Ст. 26. Относительно оплаты гербовымъ сборомъ условій о неустойкахъ соблюдаются слѣдующія правила: 1) при самомъ написаніи условія о неустойкѣ, если только условіе это не включено въ другой актъ, уплачивается лишь простой гербовой сборъ: въ 40 к.—когда сумма опредѣляемой неустойки составляетъ не менѣе 50 р. и въ 5 к.—когда сумма эта менѣе 50 р., и 2) при исполненіи условія о неустойкѣ, составленнаго въ какой бы то ни было формѣ, вносится пропорціональный актовъ или простой 5-ти копѣечный сборъ (ст. 14 п. 2 и ст. 20 п. 2), сообразно суммѣ дѣйствительно уплачиваемой неустойки, за вычетомъ изъ сей пошлины той суммы гербоваго сбора, которая уплачена при написаніи условія.

Ст. 27. Если предметъ договора, по своему свойству не подлежитъ денежной оцѣнкѣ и, вообще, если въ актѣ или документѣ не можетъ быть во всѣ опредѣлена сумма его, то такой актъ или документъ пишется на гербовой бумагѣ въ 40 к.

Ст. 28. Суммою акта или документа, имѣющаго предметомъ переходъ права собственности на имущества недвижимыя или движимыя, признается цѣна переходящаго имущества, объявляемая лицами, участвующими въ сдѣлкѣ, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда цѣна эта ниже законной оцѣнки, установленной въ ст. 38; въ этихъ случаяхъ цѣна гербовой бумаги опредѣляется по суммѣ законной оцѣнки имущества. Въ частности, суммою акта, при соблюденіи изложеннаго выше правила, признаются: 1) по актамъ о продажѣ имущества—цѣна, за которую приобретается имущество; 2) по актамъ о мѣнѣ—показанная въ актѣ стоимость того изъ обмѣниваемыхъ имуществъ, которое имѣетъ большую цѣнность; 3) по актамъ о раздѣлѣ, дареніи, выдѣлѣ или отдачѣ имущества въ приданое—показанная въ актѣ цѣна имущества, подвергаемаго раздѣлу, даримаго, или отдаваемаго въ

приданое; 4) по актамъ о продажѣ имущества съ публичнаго торга—цѣна, въ которой имущество укрѣплено за приобретателемъ, и 5) по актамъ о переходѣ капиталовъ—одна капитальная сумма

Примѣчаніе. При опредѣленіи цѣны переходящаго по акту имущества, въ составъ ея включаются тѣ долги одной изъ участвующихъ въ актѣ сторонъ, или накопившіяся недоимки, платежи которыхъ принимаетъ на себя другая сторона, за исключеніемъ актовъ, поименованныхъ въ п. 3 настоящей статьи, по которымъ изъ стоимости имущества исключается сумма, лежащихъ на нихъ долговъ и недоимокъ.

Ст. 29. Суммою акта о перескупкѣ и продажѣ поіезуитскаго имѣнія признается сумма, условленная за передачу имѣнія, вмѣстѣ съ суммою, съ которой платится въ казну шестипроцентныя деньги, если объ эти суммы въ совокупности не менѣе законной оцѣнки, установленной въ ст. 38; въ противномъ же случаѣ сумма, соответствующая законной оцѣнкѣ.

Ст. 30. Суммою акта или документа о за продажѣ имущества признается цѣна, за которою имущество продается.

Ст. 31. Суммою акта или документа объ отдачѣ имущества въ арендное содержаніе или наемъ признается итогъ платежей, выворенныхъ въ актѣ или документѣ за владѣніе и пользованіе имуществомъ, съ соблюденіемъ правила, изложеннаго въ ст. 24.

Ст. 32. Суммою акта или документа объ отдачѣ имущества въ безвозмездное владѣніе и пользованіе признается опредѣленная въ актѣ или документѣ сумма дохода, который можетъ быть полученъ съ имущества, съ соблюденіемъ правила, изложеннаго въ ст. 24. Доходъ, указываемый въ актѣ для опредѣленія размѣра причитающагося гербоваго сбора, долженъ быть не ниже 6% законной оцѣнки имущества (ст. 38), а по гарантированнымъ процентнымъ бумагамъ не ниже того количества процентовъ, на которое дарована гарантія. Если въ безвозмездное владѣніе и пользованіе отдается имущество, которое не можетъ приносить ни какого дохода, то актъ или документъ пишется на гербовой бумагѣ въ 40 к.

Ст. 33. Суммою актовъ и документовъ по договорамъ о подрядахъ и поставкахъ признается сумма всѣхъ условленныхъ платежей, съ соблюденіемъ правила, указаннаго въ ст. 24.

Ст. 34. Суммою актовъ и документовъ по займамъ и всякимъ долговымъ обязательствамъ (векселямъ, заемнымъ письмамъ, вкладнымъ, обязательствамъ по ссудамъ подъ залогъ, долговымъ роспискамъ, подписаннымъ счетамъ и проч.), признается сумма, на которую выданъ актъ или документъ.

Ст. 35. Суммою акта или документа о наличномъ наймѣ признается сумма вознагражденія за все время, на которое совер-

щается наемъ, а если срокъ найма не опредѣленъ, то годовая плата.

Ст. 36. Суммою акта или документа товарищества, въ которомъ опредѣленъ основной капиталъ, признается сумма сего капитала; въ договорѣ съ вкладчикомъ по товариществу на вѣрѣ—сумма вклада.

Ст. 37. Суммою актовъ или документовъ о передачѣ заключаемыхъ частными лицами между собою контрактныхъ обязанностей признается сумма остающихся къ исполненію обязательствъ передаваемого контракта.

Ст. 38. Законною оцѣнкою имущества, составляющаго предметъ акта или документа, признаются:

1) для земель—цѣны, показанныя въ приложенной присемѣ таблицы;

2) для прочихъ недвижимыхъ имуществъ, какъ въ городскихъ поселеніяхъ, такъ и внѣ оныхъ—цѣны, показанныя въ оцѣнкахъ для взиманія сборовъ земскихъ или городскихъ, или налога государственнаго, принимая изъ этихъ оцѣнокъ ту, которая выше; а за неимѣніемъ такихъ оцѣнокъ—цѣна, показанная въ актѣ о послѣднемъ приобрѣтеніи имущества, или же страховая, съ прибавленіемъ, на стоимость мѣста, фундамента и проч., $\frac{1}{3}$ части оцѣночной суммы;

3) для акцій, облигацій и прочихъ денежныхъ бумагъ (кромя государственныхъ кредитныхъ билетовъ и билетовъ государственнаго казначейства)—цѣны, показанныя въ таблицы, составляемой министерствомъ финансовъ, по которой бумаги эти принимаются въ залоги по казеннымъ подрядамъ и поставкамъ.

и 4) для недвижимыхъ имѣній Курляндской, Лифляндской и Эстляндской губерній—цѣна сихъ имѣній, показанная въ оцѣнкѣ, сдѣланной по установленнымъ для нея правиламъ.

Ст. 39. При опредѣленіи цѣны гербовой бумаги для актовъ, имѣющихъ предметомъ земли въ уѣздахъ, полудесятина считается за пѣлюю, а количество меньшее полудесятины не принимается въ расчетъ.

Ст. 40. Въ актахъ, касающихся земель, состоящихъ въ разныхъ уѣздахъ одной и той же или различныхъ губерній, количество десятинъ и цѣны земель должны быть показываемы по каждому уѣзду отдѣльно.

Ст. 41. Запрещается писать на одномъ листѣ нѣсколько различныхъ актовъ или документовъ совокупно, равно включать въ одинъ и тотъ же актъ или документъ нѣсколько статей различныхъ, составляющихъ предметъ отдѣльныхъ договоровъ; по каждому такому договору долженъ быть написанъ и особенный актъ или документъ, съ оплатою его узаконеннымъ гербовымъ сборомъ.

Ст. 42. Если актъ или документъ, который по ст. 15 и 20, узаконено писать на гербовой бумагѣ, не упишется на одномъ листѣ, то одинъ первый листъ долженъ имѣть цѣнность, сообразную цѣнѣ означеннаго въ актѣ или документѣ имущества или договора, а прочіе листы плачиваются каждый гербовымъ сборомъ: въ 40 к.—если самый актъ или документъ подлежитъ сему сбору въ размѣрѣ не менѣе 40 к. и въ 5 коп.—если документъ подлежитъ гербовому сбору менѣе 40 к.

ГЛАВА IV.

Объ извѣтїяхъ отъ гербоваго сбора.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

Извѣтїя отъ гербоваго сбора вообще.

Ст. 43. Освобождаются отъ гербоваго сбора по дѣламъ, актамъ и документамъ разнаго рода, а также при совершенїи должговыхъ обязательствъ и другихъ сдѣлокъ: кочующіе и бродячіе инородцы въ Сибири, киргизы въ областяхъ Акмолинской, Тургайской, Семипалатинской и Уральской и самоѣды, обитающіе въ Мезенскомъ уѣздѣ Архангельской губерніи, за исключенїемъ дѣлъ по искамъ между сими инородцами и другими лицами.

ОТДѢЛЕНІЕ II.

Извѣтїя отъ простаго гербоваго сбора.

1) *Извѣтїя для некоторыхъ дѣлъ во всѣхъ или отдѣльныхъ вѣдомствахъ и установленїяхъ.*

Ст. 44. Не подлежатъ гербовому сбору: письменныя сношенїя, которыя частныя лица и учрежденїя обязаны, на основанїи общихъ законовъ и особыхъ уставовъ, вести съ правительственными установленїями по дѣламъ сихъ установленїй; требуемыя этими установленїями и должностными лицами отъ частныхъ лицъ и учреждений свѣдѣнїя подписки и отчеты, а также копии съ разрѣшенїй, опредѣленїй и другихъ документовъ, препровождаемыя правительственными установленїями и должностными лицами къ частнымъ лицамъ, независимо отъ желанїя частныхъ лицъ.

Ст. 45. Освобождаются отъ гербоваго сбора прошенїя и другія бумаги, означенныя въ ст. 6 п. 1, а также разрѣшительныя бумаги:

- 1) во всѣхъ вѣдомствахъ по дѣламъ о преступленїяхъ и проступкахъ (уст. угол. суд. 20 ноября 1864 г. ст. 984);
- 2) по дѣламъ о воинской повинности;
- 3) по дѣламъ о возвратѣ какихъ бы то ни было, не подлежаще поступившихъ въ казенныя кассы сборовъ;
- 4) по дѣламъ объ опредѣленїи на мѣста лицъ духовнаго зва-

нія и о построеніи храмовъ и молитвенныхъ домовъ всѣхъ вѣроисповѣданій;

5) по дѣламъ, касающимся устройства быта крестьянъ и ихъ общественнаго управления, производящимся какъ у мировыхъ посредниковъ, въ сѣздахъ ихъ и въ губернскихъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіяхъ, такъ и въ министерствахъ: императорскаго двора, удѣловъ, внутреннихъ дѣлъ, государственныхъ имуществъ, финансовъ и военномъ, съ подвѣдомственными имъ учрежденіями, въ главномъ выкупномъ учрежденіи и въ главномъ комитетѣ объ устройствѣ сельскаго состоянія;

6) въ учебныхъ заведеніяхъ всѣхъ вѣдомствъ по дѣламъ, не относящихся до хозяйства тѣхъ заведеній, или опредѣленія на службу въ нихъ;

7) въ государственномъ банкѣ, его отдѣленіяхъ и конторахъ, въ государственной комиссіи погашенія долговъ, а также въ государственныхъ сохранныхъ и ссудныхъ казнахъ по дѣламъ, касающимся операций этихъ установлений;

и 8) по дѣламъ о генеральномъ размежеваніи дачъ, состоящихъ въ общемъ владѣніи, а равно по дѣламъ о добровольныхъ раздѣлахъ и уступкахъ земель.

Примѣчаніе. Сіе изытіе распространяется и на вѣрюшія письма, выдаваемые для присутствованія при спеціальному полюбовному размежеваніи, но не распространяется на дѣла апелляціонныя и на полюбовныя сказки объ уступкѣ земель (зак. меж. ст. 348 и 414, св. зак. т. X ч. III).

Ст. 46. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

1) въ судебныхъ установленіяхъ, образованныхъ по уставамъ 20 ноября 1864 г. — казенныя управленія (уст. гражд. суд. ст. 879 и 1232),

и 2) въ губерніяхъ, гдѣ еще не введены въ дѣйствіе судебныя уставы 20 ноября 1864 г., казенныя управленія, удѣльное и придворное вѣдомства, монастыри, архіерейскіе дома и другія духовныя управленія, городскія и сельскія мірскія общества по дѣламъ, производящимся порядкомъ, установленнымъ для казны.

Ст. 47. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

1) бумаги, подаваемые по дѣлу о несостоятельности лицомъ, которое объявлено несостоятельнымъ должникомъ, впредь до окончанія дѣла о его несостоятельности и присяжнымъ попечителемъ; разрѣшительныя бумаги по ходатайствамъ объявленнаго несостоятельнымъ должникомъ и по представленіямъ присяжнаго попечителя, а также донесенія, представленія и сообщенія конкурснаго управленія и разрѣшительныя по нимъ бумаги,

и 2) прошенія, заявленія и другія бумаги, подаваемые кредиторами въ конкурсное управленіе, равно выдаваемые имъ изъ сего управленія разрѣшительныя бумаги.

Примѣчаніе. По искамъ, предъявляемымъ конкурсами управленіями, а равно по искамъ, предъявляемымъ къ симъ управленіямъ, управленія эти не освобождаются отъ гербоваго сбора.

2) *Изъятія для некоторыхъ установленій по всемъ ихъ дѣламъ.*

Ст. 48. Освобождаются отъ гербоваго сбора прошенія и другія бумаги, означенныя въ п. 1 ст. 6, а также разрѣшительныя бумаги по дѣламъ, производящимся:

- 1) въ російскихъ посольствахъ, миссіяхъ и консульствахъ;
- 2) въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ;
- 3) въ опекунскихъ установленіяхъ;
- 4) въ мѣстныхъ крестьянскихъ учрежденіяхъ (волостныхъ и сельскихъ),
- и 5) въ мѣстныхъ инородческихъ учрежденіяхъ.

Изъятія для отдѣльныхъ бумагъ и документовъ.

Ст. 49. Освобождаются отъ гербоваго сбора свидѣтельства и копія, облагаемыя особыми разными наименованій сборами въ пользу государственнаго казначейства.

Ст. 50. Освобождаются отъ гербоваго сбора объявленія и платежныя свидѣтельства, при которыхъ частными лицами вносятся платежи въ казенныя кассы, а также росписки или квитанціи въ принятіи денегъ, прошеній, документовъ и другихъ бумагъ, выдаваемыя присутственными мѣстами и отъ должностныхъ лицъ обязательно, независимо отъ желанія на то частныхъ лицъ.

Ст. 51. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

- 1) довѣренности на веденіе дѣлъ у мировыхъ судей и въ сѣздахъ сихъ судей;
- 2) выписи изъ крѣпостной книги нотаріальнаго архива, выдаваемыя по актамъ, совершеннымъ прежнимъ порядкомъ у крѣпостныхъ дѣлъ, взаимѣнъ подлинныхъ актовъ, оставаемыхъ въ нотаріальномъ архивѣ (Высоч. утвержд. 27 іюня 1867 г. правила о порядкѣ приведенія въ дѣйствіе полож. о нотар. части, ст. 9);
- и 3) третейскія записки.

Ст. 52. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

- 1) прошенія о выдачѣ заслуженнаго содержанія или пенсіи, не распространяя сего на просьбы о назначеніи содержанія или пенсіи вновь, или о прибавкѣ оныхъ,
- и 2) довѣренности на полученіе содержанія, наградъ, пенсій, пособій и другихъ суммъ, предназначенныхъ къ выдачѣ по службѣ должностнымъ лицамъ гражданскимъ, военнымъ и морскимъ, равно какъ и вдовамъ и сиротамъ ихъ.

Ст. 53. Изъемятся отъ гербоваго сбора:

- 1) акты и документы, освобождающіе отъ выполненія обязательства, или удостоверяющіе исполненіе онаго въ полномъ его составѣ или въ части, когда сумма актовъ составляетъ не болѣе 5 р.

и 2) счета, представляемые прислугою по произведеннымъ ею домашнимъ расходамъ.

Ст. 54. Освобождаются отъ гербоваго сбора непрерывно-ходные билеты крестьянскаго поземельнаго банка Лифляндской губерніи.

Ст. 55. Освобождаются отъ гербоваго сбора, при первоначальномъ выпускѣ, облигаціи желѣзно-дорожныхъ обществъ, оставленныя правительствомъ по опредѣленной цѣнѣ за собою, для выпуска ихъ за свой счетъ, по своему усмотрѣнію.

Ст. 56. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

1) билеты на вырубку лѣса и заготовленіе издѣлій изъ казенныхъ дачъ и на сухопутную перевозку лѣсныхъ издѣлій и матеріаловъ, кромѣ перевозки ихъ съ одной рѣки въ другую;

2) билеты на разнаго рода побочныя пользованія казенными лѣсами (какъ-то: на сборъ грибовъ, ягодъ, орѣховъ, желудей, лишай, на добываніе мха, на постановку ульевъ и т. п.), за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда на таковыя пользованія заключаются особые договоры;

3) документы, относящіеся къ добыванію сѣрнаго колчедана и сѣры изъ пластовыхъ мѣсторожденій;

4) провозные документы: по акцизу съ соли (пропуски, ярлыки, накладныя, ассигновки на полученіе соли, свидѣтельства на провозъ соли), по акцизу питейному (свидѣтельства на провозъ вина, акты о вывозѣ спирта за границу) и по акцизу съ табаку (свидѣтельства на провозъ табаку русскаго и закавказскаго);

5) пропуски, выдаваемые солепромышленникамъ для вывоза соли изъ озеръ, находящихся въ областяхъ: Уральской, Акмолинской, Тургайской и Семипалатинской.

6) дубликаты и копіи декларацій, коносаментовъ, накладныхъ и объявленій по таможенному вѣдомству подлинники коихъ уже оплачены гербовымъ сборомъ;

7) заявленія о погрузкѣ и другіе таможенные документы, относящіеся къ беспошлиннымъ отпускнымъ товарамъ, а также таможенные ярлыки на товары, привозимые на мелкихъ судахъ для мѣстнаго потребленія;

8) записки объ освидѣтельствованіи въ таможенныхъ вещей, выдаваемые на основаніи устава таможеннаго (ст. 1226, примѣч. 3);

9) накладныя, предъявляемыя начальникамъ судоводнымъ дистанцій, при взиманіи ими $\frac{1}{4}$ % судоводнаго сбора.

и 10) накладныя, выдаваемые отъ казенныхъ учреждений и должностныхъ лицъ на отправляемые чрезъ подрядчиковъ и возчиковъ грузы.

Ст. 56 Освобождаются отъ гербоваго сбора:

1) просьбы и заявленія частныхъ лицъ и учреждений относительно корреспонденціи, подаваемые въ почтовый департаментъ и

другія почтовые учрежденія, разрѣшительныя по симъ просьбамъ и заявленіямъ бумаги, а также страхованіе посылаемыхъ по почтѣ писемъ, денегъ, документовъ, и посылокъ и довѣренности на полученіе корреспонденціи.

и 2) жалобы на неисправную передачу телеграфическихъ депешъ, требованія о возвратѣ за нихъ денегъ, равно разрѣшительныя по симъ жалобамъ и требованіямъ бумаги.

Ст. 58. Освобождаются отъ гербоваго сбора страховые документы, вывааемые при обязательномъ взаимномъ страхованіи имущества.

Ст. 59. Освобождаются отъ гербоваго сбора объявленія и свидѣтельства, при которыхъ препровождается въ цензурные комитеты узаконенное число экземпляровъ изданія, а также удостовѣренія цензурныхъ комитетовъ въ пріемъ означенныхъ экземпляровъ и билеты сихъ комитетовъ, дозволяющіе выпускъ изданія въ свѣтъ.

Ст. 60. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

1) тѣ паспорта, билеты и виды, которые по дѣйствующимъ узаконеніемъ облагаются особыми установленными съ нихъ сборами (уст. пасп. ст. 187, 362, 415, 475; уст. пошл. по прод. 1863 г. ст. 464, примѣч. IV п. 2.).

2) разнаго рода виды на отлучки мѣщанамъ, поселянцамъ и инородцамъ въ случаѣ, означенныхъ въ уст. о пасп. (ст. 115 п. 2, п. 3 прил. въ ст. 117 (прод. 1868 г.), 135, 136 и примѣч. по прод. 1864 г., 191, 253, 259, 299, 300, 303, 304 примѣч. (прод. 1863 г.), 305, 311) и въ правилахъ о порядкѣ увольненія во временные отлучки крестьянъ остзейскихъ губерній 9 іюля 1863 г. (полн. собр. зак. № 39849) §§ 1, 2, 5, 7 и 15;

3) прошенія и требованія о выдачѣ паспортовъ, кромѣ заграничныхъ, а также прилагаемыя при сихъ прошеніяхъ и требованіяхъ списки съ документовъ;

4) свидѣтельства на отлучки, выдаваемыя отпускнымъ солдатамъ.

5) виды и паспорта на жительство солдатскимъ женамъ.

6) паспорта вдовамъ и сиротамъ, офицеровъ, на инвалидномъ содержаніи находившихся, а также чиновниковъ гражданскаго вѣдомства, получавшихъ пенсіи изъ суммъ комитета призрѣнія заслуженныхъ чиновниковъ;

7) билеты на отлучки мастеровымъ казенныхъ горныхъ заводовъ, остающимся безъ работы вслѣдствіе закрытія завода или уменьшенія заводскаго дѣйствія;

8) виды на отлучки горнозаводскимъ людямъ, уволеннымъ отъ обязательной службы съ правомъ отставныхъ, на основаніи Выс. утвержд. 8 марта 1861 г. Полож. о горнозав. насел. каз. гор. зав. вѣд. мин. фин. (особые прил. къ т. IX. св. зак. прод. 1863 г.);

9) легитимационные билеты и книжки или другія свидѣтельства этого рода, выдаваемые пограничнымъ жителямъ Россіи и тѣхъ государствъ, съ которыми, заключены объ этомъ предметѣ конвенціи:

10) полицейскія свидѣтельства о самоличности;

11) рабочіе книжки и тетради;

12) патенты здравія, выдаваемые при выпускѣ изъ карантина, свидѣтельство о привитіи оспы и свидѣтельство о смерти,

и 13) медицинскія свидѣтельства о болѣзни, выдаваемые лицамъ, призываемымъ для исполненія на судѣ обязанностей, присяжныхъ засѣдателей, свѣдущихъ людей и свидѣтелей.

Ст. 61. Освобождаются отъ гербоваго сбора одобренія, даваемые обществами священно и церковно-служителямъ.

Ст. 62. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

1) жалобы и прошенія, приносимыя Его Императорскому Величеству (учр. ком. прош. ст. 12 св. зак. т. I. ч. 2);

2) жалобы, подаваемые начальствующимъ лицамъ во время обзорнія ими губерній, областей и уѣздовъ,

и 3) заявленія о злоупотребленіяхъ во вредъ казеннаго или общественнаго интереса.

4) *Изъятія для отдѣльныхъ учреждений и лицъ,*

Ст. 63. Освобождаются отъ гербоваго сбора по бумагамъ и документамъ, исчисленнымъ въ ст. 6, п. п. 1—3 и ст. 7:

1) всѣ заведенія богоугодныя, благотворительныя и общественнаго призрѣнія, разрѣшенныя въ установленномъ порядкѣ,

и 2) лица, за которыми судомъ признано право бѣдности, — по тѣмъ дѣламъ, по которымъ это право за ними признано, и до тѣхъ поръ, пока лицо, которому выдано свидѣтельство на право бѣдности, съ переменною обстоятельствомъ, не сдѣлается обстоятельнымъ (уст. гражд. суд. 20 ноября 1864 г. ст. 880 и 886).

Ст. 64. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

1) удостовѣренія или свидѣтельства отъ служебнаго начальства или общественнаго управленія о недостаточности средствъ лица на веденіе дѣла, представляемыя въ судѣ лицами, желающими воспользоваться правомъ бѣдности, и вообще свидѣтельства о бѣдности, а равно и прошенія о выдачѣ этихъ удостовѣреній и свидѣтельствъ;

2) прошенія лицъ, кои, бывъ постигнуты какими либо бѣдствіями, какъ-то: пожарами, наводненіями, неурожаями и т. п., или по бѣдности, просятъ о пособіи, а также лицъ, ходатайствующихъ о приѣмъ ихъ на бесплатное общественное призрѣніе, и разрѣшительныя по сямъ прошеніямъ бумаги;

3) прошенія, подаваемыя въ комитетъ о раненыхъ отъ лицъ, подлежащихъ его покровительству, и въ комитетъ призрѣнія за-

служенныхъ чиновниковъ—отъ лицъ, ходатайствующихъ о назначеніи пенсіи изъ суммъ онаго, а также разрѣшительныя по симъ прошеніямъ бумаги;

4) метрическія свидѣтельства: а) о рожденіи и крещеніи младенцевъ, приносимыхъ въ воспитательные дома опекунскаго совѣта учреждений Императрицы Маріи, и б) о рожденіи и крещеніи дѣтей нижнихъ воинскихъ чиновъ, нижнихъ служителей военной и морской службы, почтоваго вѣдомства и другихъ командъ или мѣстъ и прошенія о выдачѣ таковыхъ свидѣтельствъ;

5) подаваемые вышепоименованными нижними чинами и служителями прошенія объ опредѣленіи на службу, объ увольненіи въ отпускъ или отставку, о выдачѣ въ томъ свидѣтельствъ или аттестатовъ, о водвореніи, о выдачѣ пособій и объ удовлетвореніи жалованьемъ или пенсіею, а равно прошенія ихъ женъ, вдовъ и дочерей сиротъ о выдачѣ пособій или пенсій и разрѣшительныя по симъ прошеніямъ бумаги.

Примѣчаніе. Изъятіе это не распространяется на канцелерскихъ служителей и на вольноопредѣляющихся въ войскахъ.

6) просьбы солдатскихъ женъ объ отысканіи ихъ мужей, и

7) прошенія о пенсіяхъ, о вдовьемъ и сиротскомъ жалованьи и о принятіи дѣтей въ службу, подаваемые вдовами и сиротами офицеровъ, на инвалидномъ содержаніи находившихся, и чиновниковъ гражданскаго вѣдомства, получавшихъ пенсіи изъ суммъ комитета призрѣнія заслуженныхъ чиновниковъ, а также разрѣшительныя по симъ прошеніямъ бумаги.

Ст. 65. По предъявленнымъ, дипломатическимъ путемъ, требованіямъ австрійскихъ начальствъ, или по сношеніямъ пограничныхъ властей, свидѣтельства о крещеніи; бракосочетаніи и смерти разныхъ лицъ и другія подобныя свидѣтельства выдаются, изъ російскихъ присутственныхъ мѣстъ, для австрійскихъ поданныхъ безъ оплаты гербовымъ сборамъ. Сіе изъятіе не должно, однако, распространяться на тѣхъ австрійскихъ поданныхъ, которые имѣютъ пребываніе въ предѣлахъ російской Имперіи и могутъ сами просить о выдачѣ нужныхъ имъ свидѣтельствъ установленнымъ порядкомъ, а также и на обоюдныхъ поданныхъ. Во взаимство сего, выданныя въ Австріи на простой бумагѣ свидѣтельства должны быть принимаемы и у насъ за дѣйствительныя, если тамошнее правительство освободитъ ихъ отъ гербоваго сбора.

ОТДѢЛЕНІЕ III.

Изъятія отъ гербоваго сбора (простаго или пропорціональнаго) по имущественнымъ сдѣлкамъ.

Ст. 66. Освобождаются отъ гербоваго сбора:

1) дарственные акты всякаго рода, совершаемые въ пользу, государственной казны и заведеній, содержимыхъ на казенный

счетъ или при пособіи изъ казны, а равно заведеній, содержимыхъ обществами, сословіями или частными лицами, но управляемыхъ назначаемыми отъ правительства лицами;

2) выкупные и дарственные договоры между временно-обязанными крестьянами и помѣщиками, на земляхъ коихъ они водворены, а также договоры о взносѣ дополнительнаго выкупнаго платежа;

3) данныя на земли, состоявшія въ пользованіи бывшихъ оружейниковъ и мастеровыхъ заводовъ тульскаго, ижевскаго, сестрорѣцкаго и райволовскаго;

4) договоры о наймѣ крестьянами, какъ каждымъ отдѣльно, такъ и цѣлыми обществами, земельныхъ участковъ у помѣщиковъ, на земляхъ коихъ они водворены;

5) договоры о наймѣ въ сельскія рабочія или служительскія по сельскому хозяйству должности;

6) акты о размѣнѣ земель при специальномъ полюбовномъ размежеваніи, а также о размѣнѣ въ Остзейскихъ губерніяхъ, черезполосныхъ крестьянскихъ земель,

и 7) условія, заключаемыя фабрикантами съ крестьянами объ отдачѣ имъ матеріаловъ для обработки.

ОТДѢЛЕНІЕ IV.

Изъятія отъ пропорціональнаго гербоваго сбора съ актовъ и документовъ по личнымъ долговымъ обязательствамъ.

Ст. 67 Пропорціональному гербовому сбору установленному ст. 15, не подлежатъ свидѣтельства на вклады, срочные и безсрочные, также кассовые ордера и вообще тѣ денежные переводы, писанные внутри Имперіи, по которымъ платежъ назначенъ не позже 5 дней по предъявленіи.

ГЛАВА V.

О взиманіи гербоваго сбора.

ОТДѢЛЕНІЕ I.

О способахъ взиманія гербоваго сбора.

Ст. 68. Взиманіе гербоваго сбора производится:

1) продажей установленныхъ гербовыхъ марокъ;

2) продажей гербовой бумаги,

и 3) принятіемъ гербоваго сбора, въ извѣстныхъ случаяхъ (ст. 70—74, 79—83), наличными деньгами.

Ст. 69. Подлежащіе оплатѣ гербовымъ сборомъ прошенія, объявленія, жалобы, отзывы и другія дѣлопроизводственныя бумаги, подаваемые въ присутственныя мѣста и должностнымъ лицамъ, а также бумаги, выдаваемые частнымъ лицамъ изъ присутственныхъ мѣстъ или отъ должностныхъ лицъ въ отвѣтъ на письменныя или словесныя съ ихъ стороны просьбы (ст. 6, п. п. 1—3, ст. 7 и 8), могутъ быть оплачиваемы гербовымъ сборомъ, какъ по-

средствомъ приложенія къ этимъ бумагамъ гербовыхъ марокъ, такъ и посредствомъ употребленія гербовой бумаги для написанія ихъ. Сообразно съ симъ, при письменной или словесной просьбѣ или объявленіи, если онѣ содержатъ въ себѣ требованіе отвѣта объ имѣющемъ послѣдовать разрѣшеніи, должны быть представлены марка или листъ гербовой бумаги въ 40 к. для отвѣта (ст. 7); если проситель не требуетъ, кромѣ отвѣта, выдачи документовъ, актовъ, или копій; а если требуетъ оныхъ, то еще столько такихъ марокъ или листовъ, сколько опредѣлено для таковыхъ документовъ или актовъ на основаніи ст. 6 п. 2 и ст. 8.

Ст. 70. Присутственные мѣста и должностныя лица могутъ принимать отъ частныхъ лицъ, живущихъ въ Имперіи, а также выдавать имъ всякаго рода акты и документы на простой бумагѣ и безъ марокъ: 1) когда просителемъ представлена будетъ квитанція казначейства въ полученіи денегъ за требованныя просителемъ бумагу или марки; квитанція эта выдается въ томъ только случаѣ, когда, по какимъ либо причинамъ, въ казначействѣ нѣтъ требуемой бумаги или марокъ, и 2) когда выдаваемые просителю документы, извѣщенія или объявленія, равно какъ и подаваемое имъ вторичное прошеніе, оплачены уже посредствомъ излишнихъ марокъ, наклеенныхъ на первомъ поданномъ имъ прошеніи о выдачѣ означенныхъ документовъ (ст. 88).

Ст. 71. Бумаги, присылаемые изъ великаго княжества финляндскаго въ присутственныя мѣста и къ должностнымъ лицамъ Имперіи, должны быть оплачиваемы гербовымъ сборомъ въ размѣръ, опредѣленномъ настоящимъ уставомъ, при чемъ для оплаты этихъ бумагъ гербовымъ сборомъ дозволяется, вмѣсто употребленія гербовыхъ марокъ или гербовой бумаги, по общимъ правиламъ (ст. 69) прилагать къ нимъ причитающійся по сему уставу сборъ наличными деньгами.

Ст. 72. Бумаги, присылаемыя къ должностнымъ лицамъ и въ присутственныя мѣста лицами, находящимися за границею, могутъ быть оплачиваемы гербовымъ сборомъ посредствомъ приложенія къ нимъ квитанціи російскаго консула или дипломатическаго агента о внесеніи соотвѣтствующей размѣру гербоваго сбора суммы, или посредствомъ приложенія наличныхъ денегъ.

Ст. 73. Въ случаѣ подачи прошеній и другихъ, исчисленныхъ въ ст. 6 п. 1, бумагъ безъ оплаты или съ неполною оплатою гербоваго сбора, а также въ случаѣ непредставленія, при требующемъ отвѣта прошеніи, надлежащаго количества марокъ или гербовой бумаги, производство по такимъ прошеніямъ въ административныхъ мѣстахъ и у должностныхъ лицъ приостанавливается, впродъ до взноса причитающагося сбора присылкою объявленія съ приложеніемъ марокъ, гербовыхъ листовъ или квитанціи въ уплатѣ сбора. О таковой приостановкѣ мѣсто или лицо, полу-

чившее прошеніе, немедленно извѣщаетъ просителя, съ указаніемъ количества сбора, слѣдующаго ко взысканію. Затѣмъ, съ полученіемъ добавочнаго сбора, дѣлопроизводство по установленному порядку.

Примѣчаніе 1-е. Судебныя установленія, при несоблюденіи просителями правилъ о простомъ гербовомъ сборѣ, поступаютъ на основаніи ст. 269, 270 и 756 уст. гражд. суд. 20 ноября 1864 г. и ст. 53, 60, 267 п. п. 11 и 13, ст. 268 и прил. къ 2 прим. ст. 14 (по прод. 1868 г.) т. х. ч. II св. зак.

2-е. Министрамъ, главноуправляющимъ отдѣльными частями, а также генераль-губернаторомъ, губернаторамъ, начальникамъ областей и градоначальникамъ, предоставляется давать законный ходъ тѣмъ изъ означенныхъ въ настоящей статьѣ прошеній, которыя, по содержанію своему, будутъ признаны ими подлежащими немедленному производству, съ тѣмъ, что бы причитающійся гербовый сборъ былъ взысканъ съ просителей при сообщеніи имъ письменнаго отвѣта.

Ст. 74. Взиманіе гербоваго сбора съ акцій, паевъ, облигацій, временныхъ свидѣтельствъ и закладныхъ листовъ русскихъ обществъ и товариществъ (ст. 10 п. 1) производится подъ наблюденіемъ лицъ, уполномоченныхъ правительствомъ для повѣрки числа и суммы сихъ бумагъ, выпускаемыхъ въ обращеніе, и удостоверяется посредствомъ наложенія штемпеля на каждую изъ нихъ. На бумагахъ, не подлежащихъ сбору, уполномоченныхъ налагается особый, удостоверяющій такое изъятіе, штемпель.

Ст. 75. Оплата гербовымъ сборомъ иностранныхъ процентныхъ бумагъ (ст. 10 п. 2) лежитъ на обязанности перваго получателя ихъ въ Россіи и производится посредствомъ наложенія гербовыхъ марокъ.

Ст. 76. Акты, совершаемые домашнимъ порядкомъ и при томъ подлежащіе, на основаніи сего устава, простому гербовому сбору въ 5 к. оплачиваются посредствомъ наложенія на нихъ соотвѣтственной марки, съ наблюденіемъ правила, въ ст. 92 установленнаго; оплата же домашнихъ актовъ, подлежащихъ простому гербовому сбору въ 40 к., можетъ производиться, по желанію оплачивающихъ актъ, посредствомъ гербовой бумаги или гербовыхъ марокъ; при чемъ, въ послѣднемъ случаѣ, также соблюдается правило, въ ст. 92 установленное.

Ст. 77. Акты, совершаемые домашнимъ порядкомъ и при томъ подлежащіе, на основаніи сего устава, пропорціональному гербовому сбору (какъ вексельному, такъ и актовому), оплачиваются сборомъ посредствомъ написанія ихъ на соотвѣтствующей гербовой бумагѣ.

Примѣчаніе. Подписанные должниками счета могутъ быть оплачиваемы гербовымъ сборомъ и посредствомъ приложенія со

отвѣтствующаго количества марокъ, съ соблюденіемъ правила установленнаго въ ст. 92.

Ст. 78. Оплата гербовымъ сборомъ актовъ, совершаемыхъ крѣпостнымъ или нотаріальнымъ порядкомъ и являемыхъ къ засвидѣтельствуванію, можетъ производиться посредствомъ гербовой бумаги или гербовыхъ марокъ, по желанію оплачивающихъ актъ.

Ст. 79. Подлежащіе исполненію въ Имперіи акты, совершенные въ великомъ княжествѣ финляндскомъ, оплачиваются определеннымъ симъ уставомъ гербовымъ сборомъ при предъявленіи ихъ къ засвидѣтельствуванію; если же они не предъявляются къ засвидѣтельствуванію, то ранѣе какого либо по акту исполненія въ предѣлахъ Имперіи. Въ послѣднемъ случаѣ уплата гербоваго сбора производится, или взносомъ причитающихся денегъ въ казначейство, которое дѣлаетъ на документъ надпись о количествѣ внесеннаго сбора и времени его уплаты, или приложеніемъ соотвѣтствующаго количества марокъ, погашаемыхъ порядкомъ указаннымъ въ ст. 89.

Ст. 80. Акты, писанные внѣ предѣловъ Россіи, оплачиваются, гербовымъ сборомъ, при предъявленіи ихъ къ засвидѣтельствуванію въ Россіи, посредствомъ приобщенія къ симъ актамъ гербовой бумаги; или приложенія къ нимъ марокъ. Если означенные акты не предъявляются къ засвидѣтельствуванію, то гербовый сборъ уплачивается, до какого либо по нимъ исполненія, или наличными деньгами, вносимыми въ казначейство, которое дѣлаетъ на документъ надпись о количествѣ внесеннаго сбора и времени его уплаты, или приложеніемъ марокъ, погашаемыхъ по правиламъ ст. 89.

Примѣчаніе. При оплатѣ акта сборомъ посредствомъ приобщенія гербовой бумаги, на первой страницѣ сей бумаги дѣлается должностнымъ лицомъ, принимающимъ актъ къ засвидѣтельствуванію, надпись о томъ, къ какому акту принадлежитъ бумага, съ означеніемъ года, мѣсяца и числа засвидѣтельствуванія самаго акта.

Ст. 81. Правило, предшедшею статьею (80) установленное, распространяется и на акты, писанные въ армію во время походовъ, или на корабляхъ во время кампаній.

Ст. 82. По актамъ и документамъ, подлежащимъ оплатѣ гербовымъ сборомъ при окончательномъ по нимъ разчетѣ (ст. 25 и 26) сборъ этотъ вносится наличными деньгами, не позже мѣсяца со дня окончательнаго разчета, въ казначейство, которое дѣлаетъ на актъ надпись о количествѣ внесенныхъ денегъ и времени ихъ уплаты.

Ст. 83. По выданнымъ за границую и присылаемымъ для оплаты въ Россіи векселямъ, другимъ торговымъ денежнымъ обязательствамъ; заемнымъ письмамъ и всякимъ инымъ личнымъ дол-

говымъ обязательствамъ, подлежащимъ, по правиламъ настоящаго устава, оплатѣ пропорціональнымъ гербовымъ сборомъ, этотъ сборъ оплачивается: 1) по переводнымъ векселямъ—пріобщеніемъ къ нимъ одного или нѣсколькихъ гербовыхъ листовъ, стоимость которыхъ, соответствуетъ означенной въ векселя суммѣ и на которыхъ должна быть написана акцептація (пріятіе) векселя; 2) по простымъ векселямъ, заемнымъ письмамъ и другимъ личнымъ долговымъ обязательствамъ — представленіемъ при явкѣ ихъ къ засвидѣтельствуванію въ Россіи гербоваго сбора въ размѣрѣ, соответствующемъ стоимости того разбора гербовой бумаги, на которой слѣдовало бы, по правиламъ сего устава, написать документъ; а если документъ не является къ засвидѣтельствуванію, то вносимъ гербоваго сбора въ означенномъ размѣрѣ въ казначейство, или приложеніемъ гербовой бумаги надлежащаго достоинства, прежде совершенія въ Россіи передачи документа, протеста или иного какого либо по документу дѣйствія; количество внесеннаго сбора и время его уплаты отмѣчаются на самомъ документѣ. Когда по упомянутымъ документамъ причитается не болѣе одного рубля гербоваго сбора, то, вмѣсто примѣненія упомянутаго выше способа оплаты ихъ гербовымъ сборомъ, разрешается оплачивать документъ посредствомъ наложенія на оный гербовыхъ марокъ, съ тѣмъ, чтобы марки были наклеены: по переводнымъ векселямъ — до предьявленія къ акцептаціи, а по прочимъ документамъ — не позже явки ихъ къ засвидѣтельствуванію или совершенія въ предѣлахъ Россіи передачи документа, протеста или иного какого либо по документу дѣйствія.

Примѣчаніе. При оплатѣ гербовымъ сборомъ документовъ по долговымъ обязательствамъ, упомянутымъ въ пунктѣ 2 настоящей статьи, посредствомъ приложенія гербовой бумаги, лицо, оплачивающее документъ сборомъ, дѣлаетъ на первой страницѣ приложенной гербовой бумаги надпись о томъ къ какому документу она принадлежитъ.

ОТДѢЛЕНИЕ II.

О ГЕРБОВЫХЪ МАРКАХЪ И ИХЪ УПОТРЕБЛЕНІИ.

Ст. 84. Марки гербоваго сбора имѣютъ въ верхней своей части: а) государственный гербъ и б) штемпель, означающій цѣну марки; нижняя часть состоитъ изъ небольшого пространства чистой бумаги, на которой дѣлается установленная ст. 86 надпись.

Ст. 85. Марки наклеиваются одна возлѣ другой, на первой страницѣ бумаги или документа, и тотчасъ послѣ наклейки погашаются.

Ст. 86. Погашеніе марокъ производится слѣдующимъ образомъ: одинъ изъ подписавшихъ бумагу или документъ, или руко-

прикладчиковъ, или же переписчиковъ, означаетъ на нижней части каждой изъ приклеенныхъ марокъ время написанія документа, т. е. годъ, мѣсяцъ и число. На волю подающихъ бумаги или документы предоставляется приписывать на маркахъ свое имя и фамилію, а также родъ бумаги или документа. Въ надписи не допускается никакихъ помарокъ, перечиркиванія и приписокъ.

Ст. 87. Присутственное мѣсто или должностное лицо производить, при самомъ приѣмѣ бумаги или документа, дополнительное погашеніе марокъ, посредствомъ перекрещиванія каждой марки такимъ образомъ, что бы концы креста переходили на самую бумагу, и выставляетъ на нижней части каждой марки время получения документа, если это не обозначено самимъ подающимъ бумагу.

Ст. 88. Оплата гербовымъ сборомъ посредствомъ марокъ окончательныхъ исходящихъ бумагъ по поступившимъ отъ частныхъ лицъ прошеніямъ, объявленіямъ и т. п. замѣняется наклеиваніемъ марокъ на самыхъ сихъ прошеніяхъ и объявленіяхъ. Если прошеніе или объявленіе почему-либо возвращается просителю безъ выдачи ему просимыхъ имъ документовъ, то при подачѣ новаго прошенія по тому же предмету засчитываются просителю марки, наклеенныя имъ на первое прошеніе, кромѣ одной; при чемъ къ новому прошенію или объявленію должно быть приложено прежнее, въ доказательство того, что оно было надеждающимъ образомъ оплачено, а исполненія по оному не послѣдовало.

Ст. 89. Для оплаты марками бумагъ и документовъ, выдаваемыхъ изъ присутственныхъ мѣстъ и отъ должностныхъ лицъ безъ письменныхъ о томъ прошеній со стороны частныхъ лицъ, а равно и росписокъ, выдаваемыхъ присутственными мѣстами и должностными лицами въ принятіи прошеній и т. п. (ст. 13 п. 1), отъ просителя требуется установленное число марокъ надлежащаго достоинства, наглядываемыхъ и погашаемыхъ въ присутствіи просителя самимъ присутственнымъ мѣстомъ или должностнымъ лицомъ, которое при этомъ производитъ вышеустановленную надпись на нижней части марки и перекрещиваетъ верхнюю часть ея. Такимъ же порядкомъ погашаются: маклерами и браковщиками—марки на составляемыхъ ими счетахъ и краткихъ запискахъ (ст. 12 и 13 п. 2); первыми получателями иностранныхъ процентныхъ бумагъ (ст. 75) и документовъ по долговымъ обязательствамъ (ст. 83 и 91), а также лицами, въ рукахъ коихъ находятся документы, составленные въ великомъ княжествѣ финляндскомъ, или внѣ предѣловъ Россіи (ст. 79 и 80)—марки на сихъ бумагахъ и документахъ.

Ст. 90. Наблюденіе за употребленіемъ марокъ для актовъ крѣпостныхъ, явочныхъ (нотаріальныхъ) и являемыхъ къ засви-

дѣтельствующихъ лицъ свидѣтельствующихъ или совершающихъ сіи акты (ст. 106).

Ст. 91. Въ тѣхъ случаяхъ, когда выданныя за границу и присланныя для платежа въ Россію документы по личнымъ долговымъ обязательствамъ, по коимъ размѣръ гербоваго сбора не превышаетъ 1 руб. (ст. 83), оплачиваются этимъ сборомъ посредствомъ наложенія гербовыхъ марокъ—марки эти должны быть наклеиваемы и погашаемы порядкомъ, установленнымъ въ ст. 89, немедленно, первымъ получателемъ, до передачи документа другому лицу и до предъявленія векселя къ акцептаціи. Онѣ наклеиваются на оборотной сторонѣ документа и при томъ, если на этой сторонѣ ничего еще не написано, то на верхнемъ краю листа; въ противномъ же случаѣ непосредственно подъ послѣднею надписью индоссаціею и т. п.), такъ, чтобы надъ маркою не оставалось мѣста для какой либо новой надписи. Первый получатель документа, неклеивающій марку, пишетъ свою индоссацію или иного рода надпись подъ маркою. Пространство оставшееся свободнымъ по одной или по обѣимъ сторонамъ марокъ, перегибается въ высоту сихъ послѣднихъ такимъ образомъ, чтобы не было возможности сдѣлать индоссацію или иную надпись возлѣ марки.

Ст. 92. На оплачиваемыхъ гербовымъ сборомъ посредствомъ наложенія марокъ: 1) домашнихъ актахъ и документахъ, подлежащихъ простому гербовому сбору, и 2) счетахъ, подписанныхъ должниками, подпись—на первыхъ одного изъ участвующихъ въ сдѣлкѣ, а на послѣднихъ должника—должна проходить чрезъ всѣ наклеенныя марки. Въ случаѣ несоблюденія сего правила, подобный документъ считается вовсе непоплатеннымъ гербовымъ сборомъ.

Ст. 93. Подробности порядка употребленія и погашенія гербовыхъ марокъ, на изложенныхъ въ семь уставѣ началахъ, опредѣляются особою инструкціею министра финансовъ, которая публикуется во всеобщее свѣдѣніе, чрезъ правительствующій сенатъ.

ГЛАВА VI.

О заготовленіи, и храненіи, разсылкѣ, продажѣ и уничтоженіи гербовой бумаги и гербовыхъ марокъ.

Ст. 94. Гербовая бумага всѣхъ наименованій и видовъ и гербовыя марки заготавливаются и штемцелуются въ экспедиціи заготовленія государственныхъ бумагъ.

Примѣчаніе. Бланки векселей, заемныхъ писемъ и другихъ денежныхъ обязательствъ могутъ быть изготовляемы только на гербовой бумагѣ, приготовленной экспедиціею заготовленія государственныхъ бумагъ.

Ст. 95. Всѣ распоряженія по заготовленію, храненію, разсылкѣ, продажѣ и уничтоженію гербовой бумаги и гербовыхъ марокъ

производятся чрезъ департаментъ неокладныхъ сборовъ, при которомъ состоитъ, для пріема, храненія и отпуска гербовой бумаги и марокъ, гербовое казначейство.

Ст. 96. Въ казначействахъ и таможахъ гербовая бумага и марки продаются по установленнымъ цѣнамъ, не иначе, какъ за наличныя деньги, и отпускаются немедленно по предъявленіи требованія.

Ст. 97. Кромѣ казначействъ и таможенъ, гербовая бумага и марки могутъ быть продаваемы въ городскихъ управахъ или думахъ, земскихъ управахъ, волостныхъ правленіяхъ, у нотариусовъ, биржевыхъ маклеровъ и въ другихъ мѣстахъ и установленіяхъ, по соглашенію министерства финансовъ съ подлежащими вѣдомствами, а также у частныхъ лицъ, на основаніи правилъ, какія установлены будутъ особою инструкціею.

Ст. 98. Мѣста и лица, продающія гербовую бумагу и марки, не могутъ обращать ихъ чрезъ надписи изъ одного разряда, по стоимости, въ другой и принимать дополнительную плату, но обязываются отпускать бумагу и марки того самаго разбора, какого отъ нихъ требовать будутъ.

Ст. 99. Отвѣтственность за цѣлость гербовой бумаги и марокъ возлагается непосредственно на тѣ мѣста и лица, коимъ поручено храненіе оныхъ.

Ст. 100. Подробности порядка заготовленія, храненія, разсылки продажи и уничтоженія гербовой бумаги и марокъ, а также замѣны испорченныхъ листовъ гербовой бумаги новыми, опредѣляются особою инструкціею министра финансовъ.

Ст. 101. Порядокъ счетоводства и отчетности въ заготовленіи и употребленіи гербовой бумаги и марокъ устанавливается, до изданія общаго счетнаго устава, по взаимному соглашенію между министромъ финансовъ и государственнымъ контролеромъ.

ГЛАВА VII.

О взысканіяхъ по нарушенію правилъ о гербовомъ оборѣ.

Ст. 102. Правила, изложенныя въ ст. 579—581, 588, 590 улож. о наказ. (изд. 1866 г.) примѣняются въ случаяхъ злоупотребленій какъ по гербовой бумагѣ, такъ и по гербовымъ маркамъ.

Ст. 103. Виновный въ завѣдомомъ употребленіи или продажѣ марокъ, уже бывшихъ въ употребленіи, подвергается наказаніямъ, опредѣленнымъ за мошенничество.

Ст. 104. Должностныя лица, завѣдывающія продажей гербовыхъ бумагъ и марокъ и допустившія, худымъ распорядкомъ или небезпечностью, недостатокъ въ оныхъ въ продажѣ, подвергаются вычету третнаго жалованья.

Ст. 105. Должностныя лица, виновныя въ принятіи къ производству прошеній и приложеній къ онымъ, съ нарушеніемъ пра-

виль о гербовомъ сборѣ, а также въ выдачѣ бумагъ, вовсе неоплаченныхъ гербовымъ сборомъ, или не вполне имъ оплаченныхъ, исключая лишь тѣ случаи, въ коихъ сіе именно допускается правилами настоящаго устава, обязаны возмѣстить приченный казнѣ таковыми ихъ дѣйствіями убытокъ и, сверхъ того, подвергаются въ первый разъ—замѣчанію; во второй—строгому замѣчанію; въ третій—выговору, а въ четвертый разъ—удаленію отъ должности.

Ст. 106. По актамъ крѣпостнымъ, явочнымъ или нотаріальнымъ, либо явленнымъ къ засвидѣтельствуванію, должностныя лица, совершившія или засвидѣтельствовавшія актъ съ нарушеніемъ правилъ о гербовомъ сборѣ, подвергаются:

1) если гербовый сборъ вовсе не внесенъ въ надлежащее время или если актъ, вопреки требованію закона, написанъ на простой бумагѣ—взысканію въ 10 разъ противъ установленнаго размѣра сбора, или противъ стоймости гербовой бумаги, на которой слѣдовало написать актъ,

и 2) если гербовый сборъ въ надлежащее время внесенъ, но въ размѣрѣ меньшемъ противу причитающагося по закону, или если актъ написанъ на гербовой бумагѣ низшаго противъ надлежащаго достоинства—взысканію въ 10 разъ противъ разности между оплаченнымъ и установленнымъ размѣрами гербоваго сбора, или противъ разности между цѣною бумаги, на которой написанъ актъ и цѣною той бумаги, на которой слѣдовало написать оный.

Ст. 107. Лица, какъ выдавшія обязательство домашнее съ нарушеніемъ правилъ гербоваго сбора, такъ и принявшія оное, а равно всѣ тѣ, къ которымъ такой актъ переходилъ по передаточнымъ надписямъ и другимъ сдѣлкамъ, подвергаются каждое штрафу: за неоплату вовсе гербоваго сбора—въ 10 разъ противъ установленнаго размѣра сбора; а за неполную оплату сбора въ 10 разъ противъ разности между оплаченнымъ и установленнымъ размѣрами сбора.

Примѣчаніе. Исключеніе изъ сего общаго правила допускается въ отношеніи лицъ, какъ выдавшихъ, такъ и принявшихъ, съ нарушеніемъ правилъ гербоваго сбора, упомянутые въ ст. 13 п. 3 акты и документы, освобождающее отъ выполненія обязательства, или удостовѣряющее исполненіе онаго въ полномъ его составѣ или въ части. Означенныя лица подвергаются штрафу: за неоплату вовсе гербоваго сбора—въ 3 раза противъ установленнаго размѣра сбора, а за не полную оплату сбора—въ 3 раза противъ разности между оплаченнымъ и установленнымъ размѣрами сбора.

Ст. 108. Когда откроется, что заемныя письма или же векселя и другія торговыя денежныя обязательства на имя лицъ, пребывающихъ въ Россіи или въ иностранныхъ государствахъ, писаны безъ оплаты гербоваго сбора, или не съ полною оплатою устано-

вленного сбора, или же, что документы сего рода, по полученіи въ Россіи, не оплачены вовсе, или оплачены не вполне гербовымъ сборомъ, то виновные въ семъ: по документамъ, писаннымъ въ Россіи на имя лицъ въ Россіи же пребывающихъ—выдаватели, получатели и лица, къ которымъ документы эти переходили по передаточнымъ надписямъ или инымъ способомъ; по документамъ, писаннымъ въ Россіи на имя лицъ, находящихся за границею—одни выдаватели, а по документамъ, писаннымъ за границею—первые получатели, акцептанты и лица, къ которымъ обязательства эти переходили по передаточнымъ надписямъ или инымъ способомъ подвергаются денежному взысканію: за неоплату вовсе гербового сбора—въ 10 разъ противъ установленнаго размѣра сбора, а за не полную оплату сбора—въ 10 разъ противъ разности между оплаченнымъ и установленнымъ размѣрами сбора.

Ст. 109. Лица, какъ выдавшія, такъ и принявшія образецъ векселя, посланный единственно для акцептаціи, безъ соблюденія правилъ, въ ст. 18 установленныхъ, подвергаются штрафу въ 10 разъ противъ того размѣра сбора, который причитался бы по суммѣ векселя.

Ст. 110. Взысканію штрафа въ 10 разъ противъ установленнаго размѣра сбора, или противъ разности между установленнымъ и оплаченнымъ размѣрами сбора подвергаются:

1) лица, выдавшія и принявшія сохранную росписку вмѣсто заемнаго письма, а также лица, къ которымъ росписка эта переходила по передаточнымъ надписямъ или инымъ способомъ;

2) лица, какъ должностныя, такъ и частныя, за нарушеніе правила объ уплатѣ пропорціональнаго сбора при окончательномъ расчетѣ по договору, сумма котораго не могла быть опредѣлена при его совершеніи (ст. 25), и при окончательномъ расчетѣ по условію о неустойкѣ (ст. 26),

и 3) лица, виновныя въ выпускѣ въ обращеніе безъ установленной оплаты гербовымъ сборомъ процентныхъ бумагъ, поименованныхъ въ ст. 10.

Ст. 111. Взысканіе съ частныхъ лицъ штрафовъ, опредѣленныхъ въ ст. 107—110, по нарушеніямъ, обнаруженнымъ общими судебными или мировыми установленіями, производится самими этими установленіями, на общемъ основаніи; административныя же присутственныя мѣста или должностныя лица, обнаружившія такія нарушенія, обращаются къ судебному преслѣдованію виновныхъ въ тѣхъ только случаяхъ, когда послѣдніе не представляютъ, въ теченіе двухъ недѣль со дня объявленія имъ о замѣченномъ нарушеніи, квитанціи казначейства, о взносѣ причитающагося съ нихъ взысканія.

Ст. 112. Начальства должностныхъ лицъ, совершившихъ указанные въ ст. 105, 106 и 110 п. п. 2 и 3 нарушенія правилъ гер-

боваго сбора, обращаются къ судебному преслѣдованію виновныхъ въ тѣхъ только случаяхъ, когда послѣднее не представляютъ, въ теченіе двухъ недѣль со дня объявленія имъ о замѣченномъ нарушеніи, квитанціи казначейства о взносѣ причитающагося въ нихъ взысканія.

Ст. 113. Если нарушеніе правилъ о гербовомъ сборѣ, влекущее за собою взысканіе денежнаго штрафа, обнаружится по смерти лица, виновнаго въ этомъ нарушеніи, или самое распоряженіе о взысканіи этого штрафа должно быть сдѣлано по смерти этого лица, то съ наслѣдниковъ сего лица взыскивается лишь та сумма, которая соотвѣтствуетъ размѣру гербоваго сбора, подлежавшаго уплатѣ.

Подписаль: предсѣдатель государственнаго совѣта Константинъ.

Приложеніе къ ст. 3-й.

РОСПИСАНІЕ.

РАЗБОРЪ ГЕРБОВОЙ БУМАГИ.

Вексельной (ст. 16).

Разборы бумаги.	Сумма актовъ.	Цѣна листа.
1 До	50 р.	— 5 к.
2 Свыше	50 до	100 — 10 »
3 »	100 »	200 — 15 »
4 »	200 »	300 — 25 »
5 »	300 »	400 — 35 »
6 »	400 »	500 — 45 »
7 »	500 »	600 — 50 »
8 »	600 »	700 — 60 »
9 »	700 »	800 — 70 »
10 »	800 »	900 — 75 »
11 »	900 »	1 000 — 80 »
12 »	10,00 »	1,500 — 1 р. 30 »
13 »	10,50 »	2,000 — 1 » 70 »
14 »	20,00 »	3,200 — 2 » 50 »
15 »	3,200 »	4,000 — 3 » 50 »
16 »	4,000 »	6,400 — 4 » 50 »
17 »	6,400 »	8,000 — 6 » —
18 »	8,000 »	10,000 — 7 » 50 »
19 »	10,000 »	12,000 — 9 » —
20 »	12,000 »	15,000 — 10 » 50 »
21 »	15,000 »	20,000 — 14 » —
22 »	20,000 »	25,000 — 18 » —
23 »	25,000 »	30,000 — 22 » —
24 »	30,000 »	40,000 — 28 » —
25 »	40,000 »	50,000 — 36 » —

Актвой (ст. 21).

Отъ	Сумма актовъ.		Цѣна листа.
	50 до	300 р.	1 р.
Свыше	300 —	900 —	2 »
»	900 —	1,500 »	3 » 50 к.
»	1,500 —	2,000 »	4 » 50 »
»	2,000 —	3,000 »	7 » —
»	3,000 —	4,500 »	10 » —
»	4,500 —	6,000 »	13 » —
»	6,000 —	7,500 »	17 » —
»	7,500 —	9,000 »	20 » —
»	9,000 —	10,000 »	23 » —
»	10,000 —	12,000 »	26 » —
»	12,000 —	13,000 »	30 » —
»	13,000 —	15,000 »	33 » —
»	15,000 —	18,000 »	40 » —
»	18,000 —	21,000 »	45 » —
»	21,000 —	30,000 »	65 » —
»	30,000 —	45,000 »	100 » —
»	45,000 —	60,000 »	135 » —
»	60,000 —	90,000 »	200 » —
»	90,000 —	120,000 »	265 » —
»	120,000 —	150,000 »	330 » —
»	150,000 —	225,000 »	500 » —
»	225,000 —	300,000 »	660 » —

Подписаль: председатель государственнаго совѣта Константинъ.

Приложеніе къ ст. 19-й.

Т А Б Е Л Ь.

Цѣнности финляндскихъ и иностранныхъ монетъ для опредѣленія гербовой пошлины съ актовъ, писанныхъ на сіи монеты.

Равными одному русскому рублю признаются:

- 4 марки (400 пенни) финляндскихъ,
- 400 сантимовъ французскихъ,
- 38 пенсовъ англійскихъ,
- 160 крейцеровъ австрійскихъ,
- 112 крейцеровъ южно-германскихъ,
- 33 зильбергроша (396 пфениговъ) прусскихъ,
- 190 центовъ голландскихъ,
- 34 шиллинга банко-гамбургскихъ,
- 37 шиллинговъ спеціесъ шведскихъ,
- 90 шиллинговъ банко-шведскихъ,
- 70 ёровъ шведскихъ,
- 9 марокъ (144 шиллинга) датскихъ.

Подписаль: Председатель государственнаго совѣта Константинъ.

Приложение къ ст. 38 п. 1.

Т А Б Е Л Ъ,

ОПРЕДЛЯЮЩАЯ ЗАКОННУЮ ОЦѢНКУ ЗЕМЛЯМЪ ВЪ РАЗНЫХЪ ГУБЕРНІЯХЪ И УѢЗДАХЪ.

НАЗВАНІЕ ГУБЕРНІИ И УѢЗДОВЪ.	Цѣна десятины земли	НАЗВАНІЕ ГУБЕРНІИ И УѢЗДОВЪ.	Цѣна десятины земли
	Р. К.		Р. К.
1. Архангельская.		Бобровскій и Богучарскій и Остро-гожскій	12 —
Всѣ уѣзды	80	Новохоперскій	10 —
2. Астраханская.		10. Вятская.	
Всѣ уѣзды	1	Сарапульскій, Елабужскій и Мал-мыжскій	8 —
3. Бессарабская.		Яранскій и Уржумскій	6 —
Хотинскій	15	Нолинскій	4 —
Кишиневскій, Сорокскій, Яскій и Оргѣвскій	10	Вятскій, Глазовскій, Орловскій, Ко-тельническій и Слободскій	80 —
Бендерскій	5	11. Гродненская.	
Аккерманскій	4 50	Всѣ уѣзды	7 50
4. Витебская.		12. Енатинославская	
Витебскій, Лепельскій, Невельскій и Себежскій	5	Ростовскій	15 —
Рѣжницкій, Динабургскій, Дрисенскій и Люцинскій	4 50	Вахмутскій, Верхнедѣпровскій, Енатинославскій, Новомосков-скій, Павлоградскій и Славяно-сербскій	10 —
Городецкій и Полоцкій	4	Александровскій	8 50
Велижскій	2 50	13. Енисейская.	
5. Виленская.		Всѣ уѣзды	1 50
Всѣ уѣзды	7 50	14. Занавказскій край.	
6. Владимірская.		Во всѣхъ губерніяхъ	1 50
Владимірскій и Александровскій	9	15. Иркутская.	
Переяславскій, Судогодскій, Шуй-скій и Муромскій	6 75	Всѣ уѣзды	1 50
Гороховецкій, Меленковскій, Вязни-ковскій, Ковровскій, Покровскій, Суздальскій и Юрьевскій	5 50	16. Казанская.	
7. Вологодская.		Ядринскій	15 —
Вологодскій и Грязовецкій	5 50	Козьмодемьянскій, Овляжскій, Те-тюшскій и Цивильскій	12 —
Кадниковскій	1 20	Спаскскій и Чистопольскій	10 —
Сольвычегодскій, Вельскій, Устюг-скій, Яренскій, Устьсысольскій, Никольскій и Тотемскій	1	Чебоксарскій	9 —
8. Волинская.		Ланшевскій и Мамадышскій	6 75
Старокопнтинговскій	18 75	Казанскій и Царевококшайскій	6 —
Кременецкій	12	17. Налужная.	
Владимірскій, Дубенскій, Ровенскій, Новоградъ-Волинскій, Житомир-скій, Заславскій и Острогожскій	9	Бобровскій, Калужскій, Козельскій, Лихвинскій, Малоярославскій, Мещовскій, Перемышльскій и Та-рускій	11 —
Овручскій, Ковельскій и Луцкій	8 25	Жизинскій, Мединскій и Масаль-скій	6 75
9. Воронежская.		18. Кіевская.	
Брянченскій, Задонскій, Землянскій, Коротоякскій, Нижнедѣвицкій и Павловскій	16	Каневскій, Черкасскій, Чигиринскій и Звенигородскій	20 —
Валуйскій и Воронежскій	14		

НАЗВАНИЕ ГУБЕРНІЙ И УѢЗДОВЪ.	Цѣна	НАЗВАНИЕ ГУБЕРНІЙ И УѢЗДОВЪ.	Цѣна
	деся- тины земли		деся- тины земли
	К. Р.		К. Р.
Бердичевскій, Липовецкій, Таращанскій и Уманскій	16 25	27. Олонецкая.	
Сквирскій и Васильковскій	12 —	Всѣ уѣзды	80
Радомысльскій и Кіевскій	9 75	28. Оренбургская.	
19. Ковенская.		Троицкій и Челябинскій	7 50
Всѣ уѣзды	7 50	Оренбургскій	3 —
20. Костромская.		Верхнеуральскій и Орскій	2 —
Черехтскій, Кинешемскій, Костромской и Юрьевецкій	5 50	29 Орловская.	
Буйскій и Галичскій	4 50	Елецкій, Ливенскій, Малоархангельскій и Орловскій	16 —
Чухломскій, Солигаличскій, Кологривскій, Ветлужскій, Макарьевскій и Варнавинскій	1 20	Болховскій, Кромскій и Мценскій	9 —
21. Курская.		Дмитровскій и Карачевскій	6 75
Грайворонскій, Корочанскій, Львовскій, Путивльскій, Рыльскій, Бѣлгородскій, Курскій, Новооскольскій, Староскольскій, Суджанскій, Щигровскій и Фатежскій	18 —	Сѣвскій и Трубчевскій	6 —
Обоянскій	16 —	Брянскій	5 —
Тимскій	14 —	30. Пензенская.	
Дмитріевскій	12 —	Саранскій	18 —
22. Минская.		Инсарскій, Керенскій и Наровчатскій	16 —
Всѣ уѣзды	7 50	Мокшанскій	14 —
23. Могилевская.		Краснослободскій, Нижнедомовскій и Пензенскій	12 —
Мстиславскій	6 —	Чембарскій	10 —
Гомельскій, Каминовскій, Горецкій, Могилевскій, Оржанскій, Сѣвинскій, Чаусскій и Чериковскій	5 —	Городищенскій	6 —
Быховскій и Рогачевскій	2 50	31. Пермская.	
24. Московская.		Ирбитскій, Осинскій и Шадринскій	7 50
Богородскій, Бронницкій, Коломенскій и Московскій	15 —	Красноуфимскій	4 —
Подольскій и Серпуховскій	12 —	Пермскій и Екатеринбургскій	2 75
Верейскій, Волоколамскій, Дмитровскій, Звенигородскій, Клинскій, Можайскій и Рузскій	10 —	Кунгурскій, Чердынскій и Оханскій	1 20
25. Нижегородская.		Камышловскій, Верхотурскій и Соликанскій	1 —
Сергачевскій и Лукояновскій	14 —	32. Полтавская.	
Горбатовскій, Княгининскій и Арзамаскій	6 75	Вся губернія, кромѣ Константиноградскаго уѣзда	15 —
Нижегородскій, Балахнинскій и Ардатовскій	5 50	Константиноградскій уѣздъ	12 —
Семеновскій, Васильскій и Макарьевскій	4 50	33. Подольская.	
26. Новгородская.		Всѣ уѣзды, кромѣ Балтскаго	20 —
Боровичскій, Валдайскій, Бѣстеецкій, Новгородскій, Старорусскій, Тихвинскій и Череповскій	2 75	Балтскій уѣздъ	15 —
Устюженскій и Демьянскій	1 20	34. Псковская.	
Бѣлозерскій и Кирилловскій	1 —	Великоруцкій и Псковской	5 —
		Порховской	4 50
		Новоржевскій, Опочецкій и Островскій	4 —
		Торопецкій	2 50
		Холмскій	1 —
		35. Рязанская.	
		Данковскій, Михайловскій, Раменбургскій и Ряжскій	18 —
		Пронскій и Скопинскій	16 —
		Зарайскій	13 50
		Егорьевскій и Сапожковскій	11 —
		Рязанскій	9 —
		Касимовскій и Спасскій	6 75

НАЗВАНІЕ ГУБЕРНІЙ И УѢЗДОВЪ.	Цѣна десятины земли	НАЗВАНІЕ ГУБЕРНІЙ И УѢЗДОВЪ.	Цѣна десятины земли
	Р. К.		Р. К.
36. С.-Петербургская.		и Тверской Бѣжецкій, Весьегонский, Новоторжскій и Вышневолоцкій.	6 75
Петергофскій, С.-Петербургскій и Царскосельскій.	8	Осташковскій.	5 50
Ямбургскій.	6		4 50
Шансесальбургскій и Новоладожскій.	5	45. Тобольская.	
Лужскій и Гдовскій.	3	Всѣ уѣзды.	1 50
37 Самарская.		46. Томская.	
Самарскій, Бугульминскій, Бугурусланскій и Старополдскій.	7 50	Всѣ уѣзды.	1 50
Бузулукскій.	4	47. Тульская.	
Николаевскій.	3	Богородицкій, Епифанскій, Ефремовскій и Тульскій.	18
Новоузенскій.	1	Веневскій, Каширскій, Крапивенскій, Новосильскій и Чернскій.	16
38. Саратовская.		Алексинскій, Бѣлевскій и Одоевскій.	12
Кузнецкій и Саратовскій.	10	48. Уфимская.	
Аткарскій, Балашовскій, Вольскій, Петровскій, Сердобскій и Хвалынскій.	8 75	Уфимскій и Мензелинскій.	8 50
Камышинскій.	4	Белебеевскій, Вирскій, Златоустовскій и Стерлитамакскій.	7 50
Царицынскій.	3 50	49. Харьковская.	
39. Симбирская.		Ахтырскій, Богодуховскій, Валковскій, Лебединскій, Сумскій и Харьковскій.	15
Алатырскій, Ардатовскій и Курмышскій.	14	Волчанскій.	12
Бунинскій и Корсунскій.	12	Змievскій и Изюмскій.	10
Сенгилеевскій, Симбирскій и Сызранскій.	10	Купянский и Старобѣльскій.	8 50
40. Смоленская.		50. Херсонская.	
Смоленскій.	8	Александрійскій и Елисаветградскій.	8 50
Вяземскій, Гжатскій, Сычевскій и Юхновскій.	6 75	Анапьевскій и Тираспольскій.	5
Ельнинскій, Краснинскій и Рославльскій Бѣльскій, Дорогобужскій, Духовщинскій и Порѣчьскій.	5	Одесскій и Херсонскій.	4 50
41. Ставропольская.		51. Черниговская.	
Всѣ уѣзды.	1 50	Копотскій.	15
42. Таврическая.		Борзенскій, Нѣжинскій, Козелецкій, Гауховскій, Кролевецкій, Городнянскій, Сосницкій, Новотордѣверскій, Стародубскій, Черниговскій и Остерскій.	9 75
Бердянскій.	5	Мглинскій, Суражскій и Новозыбковскій.	8 50
Дивуровскій, Евпаторійскій, Мелитопольскій, Перекопскій, Симферопольскій, Феодосійскій и Ялтинскій.	3 75	52. Ярославская.	
43. Тамбовская.		Ростовскій и Ярославскій.	10
Боздовскій, Лебяжанскій, Липецкій и Моршанскій.	16	Даниловскій, Любимскій, Мологскій, Мышкинскій, Рыбинскій и Угличскій.	7 50
Тамбовскій и Усманскій.	14	Романово-Борисоглѣбскій.	6
Елатомскій, Спасскій, Темниковскій, Шацкій, Борисоглѣбскій и Кирсановскій.	12	Похомонскій.	3
44. Тверская.		53. Область Войска Донскаго.	
Зубовскій, Кашинскій, Казяинскій, Корчевскій, Ржевскій, Старицкій		Миускій, Черкасскій и Доноцкій округа.	9 75
		Хоперскій и Усть-Медвѣдкскій.	8
		1-й и 2-й Донскіе округа.	7

Подписалъ: Предѣдатель Государственнаго Совѣта Константинъ.

Его Императорское Величество воспользовавшееся мнѣніе въ общемъ собраніи государственнаго совѣта, по проекту новаго устава о гербовомъ сборѣ, Высочайше утвердить соизволилъ и повелѣлъ исполнить.

Подписалъ: Предсѣдатель государственнаго совѣта Константинъ.

17-го апрѣля 1874 г.

Выписано изъ журналовъ: соединенныхъ департаментовъ государственной экономіи, законовъ и гражданскаго 5, 10, 17, 24 и 31 октября и 7 ноября 1873 г. и общаго собранія 18 марта 1874 г.

МНѢНІЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО СОВѢТА.

Государственный совѣтъ, въ соединенныхъ департаментахъ государственной экономіи, законовъ и гражданскомъ и въ общемъ собраніи, рассмотрѣвъ представленіе министра финансовъ по проекту новаго устава о гербовомъ сборѣ, мнѣніемъ положилъ:

I. Проектъ новаго устава о гербовомъ сборѣ представить на Высочайшее Его Императорское Величества утвержденіе.

II. Вънѣнать въ обязанность министру финансовъ: по воспользованіи Высочайшаго утвержденія означеннаго устава, распорядиться изготовленіемъ и разсылкою по губерніямъ вновь устанавливаемыхъ гербовыхъ бумагъ и марокъ и по приведеніи этихъ распоряженій въ исполненіе, представить въ Правительствующій сенатъ, для распубликованія о томъ, съ какого именно времени новый гербовый уставъ долженъ быть введенъ въ дѣйствіе по Имперіи, не исключая и прибалтійскихъ губерній.

III. Съ введеніемъ въ дѣйствіе сего устава:

1) Отмѣнить статьи 1—207 и 230—362 устава о пошлинахъ (св. зак. т. V) со всѣми къ нимъ дополненіями, а также всѣ тѣ, заключающіяся какъ въ сводѣ законовъ, такъ и въ особыхъ положеніяхъ, изъятія отъ гербоваго сбора, которыя въ новый уставъ не включены, равно какъ всѣ вообще не согласныя съ правилами сего устава узаконенія.

2) Отмѣнить установленный въ 1862 г., въ видѣ опыта, сборъ за штемпельную бумагу для врачебныхъ актовъ,

и 3) не подвергать гербовому сбору дѣлопроизводства въ судебныхныхъ и административныхъ присутственныхъ мѣстахъ и у должностныхъ лицъ, за исключеніемъ бумагъ, исчисленныхъ въ новомъ о семъ сборѣ уставѣ.

IV Сохранить, впредь до времени изъятія отъ гербоваго сбора для тѣхъ частныхъ обществъ и учреждений, а также для тѣхъ городовъ и мѣстностей, которые на основаніи особыхъ о нихъ уставовъ и положеній пользуются нынѣ льготою отъ употребленія гербовой бумаги по разнымъ дѣламъ и актамъ, если только объ отменѣ этихъ льготъ не выражено положительно въ новомъ гербовомъ уставѣ. Затѣмъ, принять на будущее время общимъ правиломъ недопущеніе никакихъ изъятій отъ гербоваго сбора въ пользу вновь учреждаемыхъ частныхъ обществъ, товариществъ и компаній.

Подлинное мнѣніе подписано въ журналахъ предсѣдателями и членами.

С176Гу

СПбГУ



08093224

ЮФ СПбГУ

