А. М. ГУЛЯЕВЪ.

ОБЩІЯ УЧЕНІЯ

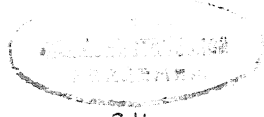
СИСТЕМЫ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

ВЪ ПРАКТИКѢ

Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената

ЗА ПЯТЬДЕСЯТЪ ЛѢТЪ.

ПЕТРОГРАДЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ
1914.



311
36

Напечатано въ Ноябрьской книгѣ Журнала Министерства Юстиціи за 1914 годъ.

ОБЩІЯ УЧЕНІЯ СИСТЕМЫ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА ВЪ ПРАКТИКѢ ГРАЖДАНСКАГО КАССАЦІОННАГО ДЕПАРТАМЕНТА ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩАГО СЕНАТА ЗА ПЯТЬДЕСЯТЪ ЛѢТЪ.

Non ambigitur senatum ius facere posse.
Ulpianus.

Истекающее полустолѣтіе дѣятельности Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената составитъ эпоху въ исторіи русскаго гражданскаго права, эпоху, которая никогда не повторится, потому что она началась и развивалась при такихъ условіяхъ, повтореніе которыхъ является уже немыслимымъ.

Подъ вліяніемъ освобожденія крестьянъ, величайшей изъ реформъ прошлаго вѣка, обусловившей и дальнѣйшія преобразованія Императора Александра II, гражданскій оборотъ получилъ необыкновенно сильный толчокъ. Появилась огромная масса новыхъ субъектовъ права, на которыхъ старый дворянскій законъ разсчитанъ не былъ; появились новые объекты права, новые виды зависимаго владѣнія; явилась необходимость въ такихъ юридическихъ отношеніяхъ, безъ которыхъ свободно могъ обходиться оборотъ предшествующей эпохи. И, несмотря на всѣ эти новыя условія гражданскаго оборота, для новыхъ формъ жизни оставался старый гражданскій законъ, тотъ Сводъ законовъ гражданскихъ, который, нужно думать, удовлетворялъ своему назначенію со времени

своего изданія и до реформъ Императора Александра II, но который теперь оказался совершенно недостаточнымъ, потому что онъ не могъ давать отвѣтовъ на тѣ вопросы, которые вовсе и не были предусмотрѣны при его послѣдовательныхъ изданіяхъ въ 1832, 1842 и 1857 г. г.

Конечно, дѣлу можно было бы помочь изданіемъ новыхъ законовъ, приспособленныхъ къ новымъ условіямъ гражданскаго оборота. Но, какъ извѣстно, гражданскій оборотъ всегда идетъ впереди закона, законодатель же даетъ направленіе развитію гражданскаго оборота своими нормами въ той мѣрѣ, въ какой обнаруживается потребность въ такихъ нормахъ въ явленіяхъ того же оборота. Не поспѣвая за быстро развивающимся оборотомъ, законодатель предоставляетъ подчиненнымъ органамъ примѣнять старый законъ къ новымъ условіямъ жизни, истолковывать старый законъ сообразно новымъ запросамъ оборота. И вотъ, между старымъ закономъ и способами его примѣненія слагается такое соотношеніе, какое въ исторіи наблюдается между Jus civile и Jus honorarium: нормы послѣдняго—не законъ въ строгомъ смыслѣ слова, но фактически онѣ даже сильнѣе закона, такъ какъ создаются—adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, въ интересахъ общаго блага,—propter utilitatem publicam.

Исторія не можетъ указать такого закона, который возлагалъ бы на претора или на иные подзаконные органы заботу о развитіи гражданскаго права: въ самую сущность претуры входило приспособленіе существующаго права къ новымъ явленіямъ жизни, и точно такъ же тѣ подзаконные органы, которые были призваны къ примѣненію права, получили обязанность истолковывать существующія нормы и такимъ путемъ развивать существующее право, обнаруживая тѣ положенія, которыя якобы присущи данному праву, но не выражены въ конкретныхъ формахъ.

Создавать законъ и творить право—не одно и то же.

Законъ есть источникъ права, но источникъ не единственный. По закону мы познаемъ право; но можно познавать право и по другимъ его проявленіямъ—по отношеніямъ права въ юридическихъ обычаяхъ и въ судебной практикѣ.

Создавать законъ—дѣло законодателя, и никогда законодательная власть не переносила и не перенесетъ функціи законодательства на подчиненные органы власти.

Законы—это установленныя законодателемъ вѣхи, по которымъ можно распознавать право. Создавать эти вѣхи и разставлять ихъ, включая ихъ въ существующую систему законодательства или образуя изъ нихъ особый спеціальный сборникъ—гражданское уложеніе,—это дѣло законодательной власти; но законодатель *можетъ* предоставить подзаконнымъ органамъ, по разставленнымъ вѣхамъ, распознавать право въ тѣхъ случаяхъ, на которые еще нѣтъ закона, но по поводу коихъ уже возникло въ жизни недоумѣніе: законодатель можетъ это сдѣлать, но можетъ этого и не дѣлать, какъ это видно, напримѣръ, изъ ст. 65 нашихъ старыхъ основныхъ законовъ, гдѣ было провозглашено положеніе, что законы примѣняются по буквальному ихъ смыслу, не измѣняя въ нихъ ни единой буквы, безъ доклада Императорскому Величеству, и изъ ст. 7 *учрежденія мѣстныхъ судебныхъ установленій прежняго устройства* (т. XVI ч. II изд. 1892 г.), устранявшей возможность, при отсутствіи на данный случай прямого закона, разрѣшать споры о правѣ гражданскомъ,—доколѣ не будетъ въ установленномъ порядкѣ созданъ новый законъ. При дѣйствіи нашего дореформеннаго законодательства существовалъ, слѣдовательно, взглядъ, что понятія закона и права взаимно покрываются: все право въ законѣ; нѣтъ закона,—нѣтъ и права.

Обходиться такимъ взглядомъ возможно было только при неразвитомъ гражданскомъ оборотѣ. Но, когда пульсъ жизни сталъ бить сильнѣе, подобный взглядъ на совпаденіе права съ закономъ оказался совершенно непригоднымъ и долженъ былъ по необходимости уступить мѣсто свое противоположному взгляду, признающему, что понятіе права не покрывается понятіемъ закона, что изъ закона право только познается, но можетъ познаваться и изъ другихъ своихъ проявленій.

И въ результатѣ этого новаго взгляда появилась 9 ст. уст. гражд. суд., которая, въ связи со ст. 10 того же устава,

возложила на судъ непремѣнную обязанность разрѣшать всякіе споры о гражданскомъ правѣ, безразлично—есть ли на данный случай законъ или нѣтъ: въ послѣднемъ случаѣ судъ обязанъ рѣшить дѣло по общему духу закона, сообразно тому праву, которое успѣло выразиться въ существующемъ законѣ.

Въ силу ст. 9 уст. гражд. суд. судъ вовсе не призванъ творить законы,—ибо эта функція принадлежитъ только законодательной власти; равнымъ образомъ, судъ не призванъ творить право,—ибо судъ только примѣняетъ существующее право къ конкретнымъ явленіямъ жизни: въ силу провозглашеннаго уставомъ гражданскаго судопроизводства новаго взгляда, судъ призванъ раскрывать положенія права и высказывать ихъ, руководясь тѣми юридическими положеніями, которыя облечены уже въ форму закона.

Слѣдовательно, неправильно утверждать, что на судъ возложена правотворческая дѣятельность. Можетъ-ли быть рѣчь о творческой дѣятельности суда, когда на судъ возложена по закону обязанность только разрѣшать всякій споръ о правѣ гражданскомъ? Вѣрнѣе сказать, что судъ призванъ къ правораспознавательной дѣятельности: quid juris? какъ смотритъ право на данный споръ?—такъ, какъ это предопредѣлено закономъ, а если существующимъ закономъ данный споръ вовсе не предусмотрѣнъ, то—такъ, какъ возможно объ этомъ догадаться по существующему закону, хотя бы таковой, по содержанію своему, и не имѣлъ прямого отношенія къ подлежащему разрѣшенію спору.

Несмотря однако на то, что судъ не призванъ къ созданію закона или права, несмотря на то, что суду, по закону, не принадлежатъ правотворческія функціи, все-же нельзя не признать, что судебная практика оказываетъ сильное вліяніе и на развитіе права, и на законодательную дѣятельность.

Только благодаря судебной практикѣ раскрываются такія юридическія положенія, о которыхъ, по всей вѣроятности, законодатель и не думалъ, когда сочинялъ существующій законъ. А когда затѣмъ высказанное однажды въ судебной практикѣ положеніе, путемъ неоднократнаго повторенія, пріі-

обрѣтетъ прочное признаніе въ гражданскомъ оборотѣ, то и законодатель не преминетъ фиксировать это положеніе, какъ точное выраженіе того права, которое можетъ отразиться въ законѣ. Въ подтвержденіе правильности этого взгляда можно сослаться на объяснительныя записки къ проекту гражданскаго уложенія, гдѣ цѣлый рядъ статей будущаго гражданскаго закона оказывается основаннымъ на разъясненіяхъ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента въ послѣдовавшихъ въ разное время рѣшеніяхъ.

9 и 10 ст. уст. гражд. суд. говорятъ о примѣненіи нормъ права судебными мѣстами, которыя оказываются призванными къ толкованію закона. Но толкованія, исходящія отъ судебныхъ мѣстъ, могутъ отличаться колебаніями. Въ цѣляхъ единообразнаго толкованія Правительствующему Сенату предоставлено законодателемъ создавать рѣшенія, имѣющія значеніе не только для даннаго дѣла, но и являющіяся образцомъ при истолкованіи аналогичныхъ споровъ. Благодаря ст. 813 и 815 уст. гражд. суд., рѣшенія Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента пріобрѣли у насъ, при массѣ пробѣловъ въ нашемъ гражданскомъ законѣ, чрезвычайно важное значеніе, такъ какъ благодаря этимъ рѣшеніямъ заполнены и заполняются существующіе въ законѣ пробѣлы и такимъ образомъ создается постепенно представленіе о системѣ нашего права, которая лишь скудно проявляется въ дѣйствующемъ законѣ.

По тѣмъ вѣхамъ, какими являются выраженныя законодателемъ велѣнія, Правительствующій Сенатъ дѣлаетъ свои выводы о томъ, что должно быть помѣщено между этими вѣхами.

Конечно, чѣмъ больше разставлено такихъ вѣхъ, тѣмъ меньше приходится Правительствующему Сенату прибѣгать къ толкованіямъ восполнительнаго характера. Наоборотъ, чѣмъ меньше указаній даетъ дѣйствующее законодательство, чѣмъ больше разстояніе между отдѣльными вѣхами, тѣмъ интенсивнѣе должна быть дѣятельность Правительствующаго Сената по заполненію пробѣловъ. И дѣйствительно, если въ конкретномъ случаѣ рѣчь идетъ о нормѣ juris publici, quod

pactis privatorum mutari non potest, то Правительствующему Сенату приходится лишь установить существованіе такой нормы и опредѣлить ея значеніе по ея словесному смыслу. Напротивъ, когда возникаетъ вопросъ о нормѣ гипотетической и въ особенности когда приходится примѣнять общія юридическія положенія, въ законѣ вовсе не выраженныя, тогда предъ Правительствующимъ Сенатомъ открывается широкій просторъ въ созданіи такой нормы, которая должна выражать взглядъ нашего права на подлежащій разрѣшенію вопросъ.

По самому происхожденію Свода законовъ гражданскихъ, въ немъ отсутствуетъ общая часть, или общія ученія любого гражданскаго уложенія. Такія общія ученія имѣютъ далеко не одно лишь теоретическое значеніе, да и не для теоріи пишутся законы. Безъ общихъ юридическихъ положеній не можетъ обойтись судебная практика, въ особенности тамъ, гдѣ, какъ у насъ, законы „особенныхъ частей“ скудны, а законы „общей части“ отсутствуютъ. И вотъ, оказывается, что наша кассаціонная практика была поставлена въ необходимость возвести частныя указанія отдѣльныхъ узаконеній къ ихъ общимъ началамъ и такимъ образомъ создать тѣ ученія общаго характера, которыя въ гражданскихъ кодексахъ и въ теоретическихъ изложеніяхъ права помѣщаются въ „общей части“.

Какимъ путемъ создавались такія общія положенія? Дѣйствительно ли они всегда представляютъ выраженіе того общаго смысла, общаго духа, который возможно распознать по существующимъ узаконеніямъ, или же Правительствующій Сенатъ, устанавливая извѣстное юридическое положеніе, только формально опирается на дѣйствующіе законы, тогда какъ, на самомъ дѣлѣ, проявляетъ рецептивную дѣятельность, пользуясь изъ теоріи права готовыми положеніями, составляющими въ настоящее время общее достояніе всѣхъ культурныхъ народовъ?

Уставъ гражданскаго судопроизводства о наукѣ права, о теоріи, ничего не говоритъ; онъ знаетъ только законъ въ отдѣльныхъ его проявленіяхъ или въ общемъ его смыслѣ. Поэтому, извѣстное рѣшеніе Гражданскаго Кассаціоннаго Де-

партамента 1891 г. № 62, гдѣ Правительствующій Сенатъ поставилъ судебной палатѣ на видъ неумѣстность ссылокъ на „такъ называемую теорію права“, вовсе уже не представляется чѣмъ-то вопіющимъ противъ существующаго закона. Юристы-судьи первой и апелляціонной инстанціи и сенаторы Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената не могутъ не пользоваться теоріей, а иначе они не были бы и юристами. Но изученіе теорій, которыя они теперь примѣняютъ при истолкованіи нормъ дѣйствующаго законодательства, должно было оставить у нихъ общіе пріемы научнаго отношенія къ нормамъ права, а вовсе не готовые афоризмы: не потому нашъ судья приходитъ къ извѣстному выводу, что по данному вопросу въ наукѣ сложился такой-то взглядъ, а потому, что на основаніи нашего закона, пользуясь освященными наукой права пріемами, можно прійти къ заключенію, что дѣйствующему закону не противорѣчитъ извѣстный выводъ. И, какъ въ рѣшеніи 1891 г. № 62 правильно было указано на неумѣстность въ судебномъ рѣшеніи ссылокъ на теорію, такъ и въ настоящее время представляется не заслуживающимъ ни одобренія, ни подражанія пріемъ, заключающійся въ томъ, что въ рѣшеніи дѣлаются ссылки не только на иностранныя законодательства, но и на отдѣльныя монографіи: рѣшенія, написанныя съ примѣненіемъ подобныхъ пріемовъ, утрачиваютъ характеръ, присущій судебному рѣшенію, и пріобрѣтаютъ характеръ теоретическаго изслѣдованія, освященнаго не высокимъ авторитетомъ кассаціонной инстанціи, а вызывающимъ сомнѣнія и недоумѣнія болѣе или менѣе спорнымъ авторитетомъ того писателя, на взглядъ котораго сдѣлана ссылка. Да, ссылки на мнѣнія отдѣльныхъ изслѣдователей, какимъ бы авторитетомъ ни пользовались они въ наукѣ, представляются въ судебныхъ рѣшеніяхъ неумѣстными, потому что судъ подобными ссылками подрываетъ авторитетность своего заключенія, разъ такое заключеніе, для своего значенія, должно быть обосновано еще на чьемъ либо авторитетѣ. Если по юридическимъ вопросамъ не можетъ быть истребовано заключеніе экспертовъ, то, очевидно, не можетъ быть и ссылокъ на научные авторитеты; иначе, въ опровер-

женіе взгляда того писателя, на котораго дѣлаетъ ссылку судъ, слѣдовало бы допустить возможность ссылки на писателей, поддерживающихъ противоположные взгляды, а такъ какъ въ нашихъ законахъ нѣтъ lex allegatoria, которая устанавливала бы различный удѣльный вѣсъ отдѣльныхъ юридическихъ писателей, то ссылка на авторитетъ отдѣльныхъ изслѣдователей приведетъ только къ неустойчивости авторитета самого кассаціоннаго рѣшенія.

Тотъ фактъ, что рѣшеніе исходитъ отъ Правительствующаго Сената, говоритъ за его авторитетность, и ни въ какихъ внѣшнихъ обоснованіяхъ, въ видѣ ссылки на литературные авторитеты, кассаціонное рѣшеніе не нуждается. Но это, конечно, не значитъ, чтобы Правительствующій Сенатъ не могъ воспользоваться, при изложеніи кассаціоннаго рѣшенія, тѣми выводами, къ какимъ въ настоящее время по данному вопросу пришла наука права: если бы выводы теоретиковъ, историковъ и догматиковъ права, были для кассаціонной инстанціи совершенно безразличными и между наукой и практикой оставалась бы непереходимая пропасть, то наука права утратила бы значеніе практическаго знанія, призваннаго вліять на жизнь. Судъ и кассаціонный Сенатъ неизбѣжно пользуются выводами юридической науки, тѣми ея выводами, которые въ кодексахъ дѣйствующаго права не показаны, но къ которымъ юристы, теоретики и практики, пришли въ своихъ изслѣдованіяхъ и въ своихъ заключеніяхъ по поводу частныхъ случаевъ. Но эти выводы, разъ ими воспользовался для своихъ заключеній судъ или кассаціонный Сенатъ, разсматриваются какъ выводы самого судебнаго мѣста, а не какъ положенія, высказанныя внѣ суда стоящимъ авторитетомъ, такъ же точно, какъ подсказанные суду тяжущимися сторонами доводы пріобрѣтаютъ въ судебномъ рѣшеніи авторитетное значеніе не потому, что они высказаны сторонами, а потому, что они усвоены судомъ. Тѣ „общія начала“ или „общія правила“, на которыя въ своихъ рѣшеніяхъ очень часто ссылается Правительствующій Сенатъ, ни въ какихъ дѣйствующихъ законахъ не выражены. Откуда же взяты эти „общія начала“? Очевидно,—оттуда, гдѣ эти общія начала

нашли свое выраженіе, т. е. изъ какихъ либо теоретическихъ руководствъ. И въ дѣйствительности, если разсматривать многія изъ положеній кассаціонной практики, въ особенности положенія общаго характера, то заимствованіе этихъ положеній изъ теоретическихъ руководствъ окажется не подлежащимъ сомнѣнію, хотя за матеріалъ, изъ котораго дѣлаются эти выводы, и выставляются тѣ или иныя статьи дѣйствующихъ законовъ.

Дѣятельность Правительствующаго Сената по Гражданскому Кассаціонному Департаменту отличается въ значительной мѣрѣ рецептивнымъ характеромъ. На нашихъ глазахъ происходитъ рецепція теоретическихъ положеній права, усвоеніе этихъ положеній нашимъ правосознаніемъ, усвоеніе столь прочное, что теряется самая возможность утверждать, будто бы рецепированное положеніе не вытекаетъ изъ дѣйствующаго у насъ закона. Положенія закона переплетаются съ положеніями кассаціонной практики, и такимъ путемъ создается та система права, которою мы пользуемся въ настоящее время, въ ожиданіи превращенія проекта гражданскаго уложенія въ законъ. Когда наступитъ этотъ моментъ, дѣятельность Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената перестанетъ быть столь интенсивной, какъ въ настоящее время, такъ какъ „общія начала“, которыя до сего времени Правительствующему Сенату приходилось и приходится съ большимъ напряженіемъ силъ выводить изъ дѣйствующаго закона, получатъ свое признаніе въ самомъ текстѣ будущаго уложенія, и кассаціонная инстанція освободится отъ необходимости заполнять ту массу пробѣловъ, какіе обнаруживаются въ нашемъ нынѣ дѣйствующемъ законѣ, такъ какъ въ уложеніи не только будутъ разставлены вѣхи, но и установлена опредѣленная система, опредѣленное между ними соотношеніе, благодаря чему гораздо легче и удобнѣе можно будетъ дѣлать выводы, соотвѣтствующіе „общему смыслу закона“.

Но, пока проектъ гражданскаго уложенія еще не превратился въ законъ, Правительствующему Сенату придется, какъ приходилось и ранѣе, высказывать тѣ юридическія положенія общаго характера, которыя якобы вытекаютъ изъ дѣйству-

щихъ у насъ законоположеній. Какими пріемами пользуется въ этомъ случаѣ Правительствующій Сенатъ и къ какимъ результатамъ приводитъ его пользованіе этими пріемами, это вопросы большой практической важности, такъ какъ, даже послѣ превращенія проекта уложенія въ законъ, кассаціонная инстанція не откажется отъ тѣхъ пріемовъ толкованія, которые постепенно слагались въ теченіе полустолѣтія въ практикѣ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента.

Большой интересъ представляетъ изученіе всѣхъ кассаціонныхъ толкованій; но въ особенности интересно прослѣдить, какимъ путемъ пришелъ Правительствующій Сенатъ къ установленію тѣхъ общихъ понятій, которыя въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ прямо не выражены, но установленіе которыхъ представляется въ высшей степени важнымъ, такъ какъ изъ этихъ общихъ понятій приходится дѣлать выводы, имѣющіе значеніе въ конкретныхъ случаяхъ.

Поэтому мы остановимъ вниманіе наше на тѣхъ положеніяхъ кассаціонной практики, которыя, по содержанію своему, относятся къ категоріи общихъ ученій или къ общей части системы гражданскаго права. Сюда относятся: установленіе границъ между правомъ публичнымъ и частнымъ, понятіе источниковъ права и въ особенности понятіе обычая, правила толкованія нормъ права; ученіе о субъектахъ права и въ особенности о юридическихъ лицахъ, ученіе объ объектахъ права; ученіе о юридическихъ актахъ, о свободѣ воли субъекта, о соотношеніи между волею и ея выраженіемъ въ актѣ, объ условіяхъ, о срокахъ; ученіе объ осуществленіи правъ, объ искахъ.

Одинъ перечень этихъ ученій показываетъ, что здѣсь мы имѣемъ дѣло со всею общею частью системы гражданскаго права. Чтобы отвѣтить на всѣ поставленные вопросы съ точки зрѣнія отечественнаго права, недостаточно самаго тщательнаго изученія дѣйствующаго законодательства, потому что между отдѣльными вѣхами, какими представляются статьи законовъ, оказываются огромныя ничѣмъ незаполненныя пространства, и никакой юристъ, если только онъ не облеченъ jus respondendi, не въ состояніи заполнить своимъ заключеніемъ эти пустыя мѣста, потому что нѣтъ у него соотвѣтствующаго матеріала

въ дѣйствующемъ правѣ. Чтобы заполнить эти пробѣлы юридическими выводами, нужна извѣстная смѣлость, смѣлость фантазіи, нуженъ полетъ мысли; но нужно еще нѣчто: нужно, чтобы эти выводы были внѣ критики и сомнѣнія, какъ положенія, выражающія непререкаемую истину. Такимъ характеромъ отличаются тезисы Правительствующаго Сената въ періодъ времени, пока позднѣйшимъ рѣшеніемъ не отмѣнено положеніе, высказанное въ болѣе раннихъ рѣшеніяхъ. Ст. 815 уст. гражд. суд. обезпечиваетъ кассаціоннымъ рѣшеніямъ силу положеній, дѣйствующихъ не параллельно съ велѣніями закона, а иногда даже въ разрѣзъ съ тѣми нормами, которыя даютъ содержаніе статьямъ Свода законовъ. Такое значеніе кассаціонныхъ рѣшеній привлекаетъ къ изученію ихъ вниманіе юриста, ищущаго въ кассаціонной практикѣ не однихъ лишь готовыхъ тезисовъ, но и пріемовъ мысли, приводящихъ къ этимъ тезисамъ.

I. Право гражданское и право публичное.

Вопросъ о границѣ между гражданскимъ и публичнымъ правомъ важенъ для практическаго юриста не по соображеніямъ юридической систематики, а въ виду ст. 1 уст. гражд. суд., относящей къ вѣдѣнію гражданскаго суда всякій споръ о правѣ гражданскомъ, между тѣмъ какъ споры, вытекающіе изъ примѣненія нормъ публичнаго права, не могутъ быть разрѣшаемы въ порядкѣ судебномъ. И вотъ, вопросу о подвѣдомственности того или иного спора и посвящено значительное число рѣшеній Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента и Общаго Собранія Кассаціонныхъ и Перваго Департаментовъ Правительствующаго Сената.

Чѣмъ руководствуется Правительствующій Сенатъ, относя данный споръ къ числу споровъ о правѣ гражданскомъ и, такимъ образомъ, признавая его подвѣдомственность гражданскому суду или, наоборотъ, не признавая его споромъ о гражданскомъ правѣ и, вслѣдствіе этого, отрицая его подсудность суду гражданскому? За неимѣніемъ въ дѣйствующемъ законѣ указаній на признаки различія между обѣими областями права, очевидно, Правительствующему Сенату приходится исходить

изъ формулированнаго Ульпіаномъ положенія: hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Конечно, это положеніе римскаго юриста не даетъ намъ точнаго отвѣта на вопросъ о границахъ между гражданскимъ, частнымъ, и публичнымъ правомъ. Возбуждать вопросъ объ utilitas publica или utilitas privata для установленія границы между обѣими областями права возможно лишь тогда, когда приходятъ въ соприкосновеніе имущественные интересы двухъ сторонъ, изъ коихъ одна—частное лицо, а другая—государственное установленіе.

Не всякое требованіе, въ коемъ стороною является государство или какое либо его установленіе, принадлежитъ къ числу такъ называемыхъ „безспорныхъ", не допускающихъ состязанія въ судебномъ порядкѣ. Вѣдь такъ называемыя „казенныя управленія" оказываются субъектами частнаго права, и вотъ иныя требованія казенныхъ управленій по отношенію къ частнымъ лицамъ или, наоборотъ, частныхъ лицъ по отношенію къ казеннымъ управленіямъ оказываются подвѣдомыми суду, а другія—нѣтъ. Спрашивается, въ чемъ же усматривать utilitas singulorum, въ чемъ видѣть utilitas publica. Если бы возможно было дать исчерпывающій отвѣтъ на этотъ вопросъ, то Правительствующему Сенату не было бы надобности создавать такую массу рѣшеній, посвященныхъ разграниченію права гражданскаго отъ права публичнаго.

Но именно то обстоятельство, что найти исчерпывающую формулу для признаковъ, характеризующихъ частныя и публичныя права, до сего времени никому еще не удалось, это-то обстоятельство и приводитъ Правительствующій Сенатъ къ необходимости разрѣшать вопросъ о разграниченіи обѣихъ областей права, такъ сказать, ощупью.

Можно замѣтить, что, разъ возникаетъ въ практикѣ сомнѣніе о примѣнимости въ конкретномъ случаѣ судебнаго порядка и вопросъ этотъ предлагаютъ на разрѣшеніе Правительствующаго Сената, то выводъ Сената оказывается не въ пользу судебнаго разсмотрѣнія дѣла.

Предшествовавшее Судебнымъ Уставамъ законодательство

знало противоположность между нормами права частнаго и публичнаго, но не проводило той рѣзко опредѣленной между ними границы, какая установлена въ уставѣ гражданскаго судопроизводства и постепенно выясняется практикой Правительствующаго Сената.

Отъ дореформеннаго законодательства въ уставѣ гражданскаго судопроизводства осталась терминологія: „дѣла безспорныя“ и противоположныя имъ „спорныя“; но въ эти термины внесено новое содержаніе.

Ст. 1 т. X ч. 2 (Свода законовъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ), изд. 1857 г., опредѣляетъ:

„Нарушенное право гражданское возстановляется: въ дѣлахъ *безспорныхъ* непосредственнымъ приложеніемъ закона и приведеніемъ его въ исполненіе; когда же дѣло *не безспорно*, тогда законъ прилагается и право возстановляется посредствомъ суда. Первый порядокъ возстановленія правъ гражданскихъ именуется порядкомъ исполнительнымъ, второй—порядкомъ судебнымъ“.

Этими словами намѣчается порядокъ дальнѣйшаго изложенія въ Сводѣ законовъ о судопроизводствѣ.

Въ производствѣ гражданскихъ дѣлъ было два порядка: спорный, судебный, и безспорный, полицейскій или исполнительный. Подлежавшія разсмотрѣнію въ этихъ порядкахъ дѣла въ одинаковой мѣрѣ относились къ гражданскому праву. Уставъ гражданскаго судопроизводства кореннымъ образомъ измѣняетъ это положеніе, относя къ вѣдомству судебныхъ установленій лишь дѣла спорныя, тогда какъ дѣла безспорныя подлежатъ вѣдѣнію правительственныхъ, а не судебныхъ установленій. Ст. 1 уст. гражд. суд. гласитъ:

„Всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій“.

Примѣчаніе. Такія требованія административныхъ мѣстъ и лицъ, коимъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ, не допускающихъ возраженій въ состязательномъ порядкѣ, подлежатъ вѣдѣнію правительственныхъ, а не судебныхъ установленій“.

Гражданскія дѣла производятся по уставу гражданскаго

судопроизводства въ порядкѣ состязательномъ, безспорнаго порядка для дѣлъ гражданскихъ уставъ не знаетъ [1]), и свойствомъ безспорныхъ отличаются съ точки зрѣнія устава не гражданскія, а публичныя дѣла.

Такимъ образомъ уставъ признаетъ противоположность между дѣлами гражданскими, спорными, и дѣлами административными, безспорными. Гдѣ же граница между дѣлами того и другого рода, гдѣ граница между правомъ гражданскимъ и правомъ публичнымъ?

Если сказано, что нѣкоторымъ требованіямъ административныхъ мѣстъ и лицъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ, то отсюда возможно было бы сдѣлать выводы, что неподлежащими разсмотрѣнію въ судебномъ порядкѣ являются только требованія административныхъ мѣстъ и лицъ, тогда какъ требованія частныхъ лицъ непремѣнно должны быть разсматриваемы въ порядкѣ судебномъ. Но такой выводъ былъ бы неправильнымъ какъ относительно требованія административныхъ мѣстъ и лицъ, такъ и относительно требованій частныхъ лицъ, потому что не всякое требованіе административныхъ мѣстъ и лицъ обладаетъ свойствомъ безспорнаго и не всякое требованіе, исходящее отъ частнаго лица, можетъ быть облечено въ исковую форму. Отъ административнаго мѣста или лица могутъ исходить какъ требованія безспорныя, такъ и такія, которыя подлежатъ разрѣшенію только въ порядкѣ состязательномъ; точно такъ же и не всякая претензія частнаго лица можетъ быть осуществлена въ порядкѣ предъявленія иска. Чтобы обратиться къ содѣйствію судебной власти по вопросу объ осуществленіи своего права, для этого нужно обладать правомъ гражданскимъ, частнымъ, субъектомъ же гражданскаго права можетъ быть не только частное лицо (физическое или юридическое), но и публичное юридическое лицо.

---

[1]) Рѣш. 1879 г. № 246: „Съ введеніемъ въ дѣйствіе устава гражданскаго судопроизводства уничтожилось существовавшее прежде раздѣленіе гражданскихъ дѣлъ на безспорныя и спорныя, изъ коихъ первыя подлежали производству въ полиціи и административныхъ установленіяхъ, а вторыя—судебному разсмотрѣнію, и гражданскія дѣла вообще предоставлены нынѣ исключительно вѣдѣнію судебныхъ установленій, согласно 1 ст. уст. гражд. суд.“.

Возможность прибѣгать къ содѣйствію гражданскаго суда для защиты правъ, принадлежащихъ административнымъ мѣстамъ и лицамъ, разъяснена Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1878 г. № 162 такимъ образомъ:

„Въ ст. 1 и 2 уст. гражд. суд. выражено одно изъ главныхъ началъ, положенныхъ въ основаніе Судебныхъ Уставовъ 1864 г., а именно: начало отдѣленія судебной власти отъ административной. Основаніемъ къ сему послужило то соображеніе, что всякое право, каждому въ особенности принадлежащее, можетъ быть названо гражданскимъ правомъ, и, когда оно приходитъ въ столкновеніе съ частнымъ правомъ другого гражданина или съ правомъ, принадлежащимъ государству, какъ лицу юридическому, оно подлежитъ вѣдѣнію суда. Но административныя мѣста и лица въ требованіяхъ своихъ къ частному лицу не всегда являются лицомъ юридическимъ, защищающимъ интересы казны, а иногда дѣйствуютъ въ качествѣ представителей власти государственной, на которыхъ возложено охраненіе установленнаго законами порядка въ различныхъ частяхъ административнаго управленія въ видахъ пользы общественной.

„Эти послѣднія требованія имѣютъ характеръ безусловный, въ противоположность къ требованію чисто гражданскому, отъ лица къ лицу предъявляемому. Поэтому въ примѣчаніи къ 1 ст. уст. гражд. суд. постановлено, что такія требованія административныхъ мѣстъ и лицъ, коимъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ, не допускающихъ возраженія въ состязательномъ порядкѣ, подлежатъ вѣдѣнію правительственныхъ, а не судебныхъ мѣстъ. Изъ сего слѣдуетъ, что каждое правительственное учрежденіе, имѣя опредѣленный кругъ власти и соединенныхъ съ нею обязанностей, имѣетъ и двоякій характеръ: главное его назначеніе—служить общественнымъ цѣлямъ управленія; но оно въ то же время есть и юридическое лицо, владѣющее и распоряжающееся извѣстнымъ имуществомъ, и въ этомъ послѣднемъ качествѣ оно можетъ вступать въ имущественныя и договорныя сдѣлки съ частными лицами. Споры, возникающіе изъ отношеній между частными

лицами и казеннымъ вѣдомствомъ, какъ защитникомъ имущественныхъ интересовъ казны, не могутъ быть разрѣшаемы иначе, какъ судомъ; но этого невозможно допустить въ тѣхъ случаяхъ, когда правительственное учрежденіе дѣйствуетъ въ предѣлахъ предоставленной ему дѣятельности по управленію общественными дѣлами.

„Конечно, и въ этихъ послѣднихъ случаяхъ можетъ быть нарушено законное право частнаго лица; а такъ какъ по общему правилу всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому либо вредъ или убытки производятъ, съ одной стороны, право требовать, а съ другой—налагаютъ обязанность доставлять вознагражденіе, то посему частныя лица или общества могутъ требовать возстановленія ихъ правъ, на законѣ основанныхъ, и въ случаѣ нарушенія оныхъ распоряженіями правительственныхъ мѣстъ или лицъ, дѣйствующихъ въ качествѣ органовъ правительственной власти. Но, въ виду указаннаго двойственнаго характера правительственныхъ учрежденій,—путь, которымъ можетъ быть достигнуто возстановленіе всякаго нарушеннаго ими права, также различенъ. Судебному охраненію подлежатъ только имущественныя или договорныя права частныхъ лицъ, т. е. гражданскія права въ тѣсномъ смыслѣ слова. Когда же какое либо правительственное учрежденіе принимаетъ извѣстныя мѣры или распоряженія въ видахъ общественной пользы или безопасности, то, хотя бы этими распоряженіями и нарушались гражданскіе интересы частныхъ лицъ или обществъ, сіи послѣднія въ правѣ принести на сіе распоряженіе жалобу по начальству въ установленномъ порядкѣ постепенности административныхъ инстанцій, но не могутъ прибѣгать къ суду съ требованіемъ о возстановленіи ихъ интересовъ, до тѣхъ поръ пока публичное отношеніе ихъ къ спорному предмету не обратится въ гражданское право, т. е. въ право, принадлежащее лично тому лицу, которое его отыскиваетъ“.

Приведенное рѣшеніе даетъ наиболѣе полную [1]) мотивировку разграниченія вѣдомства административныхъ и судеб-

[1]) Рѣш. 1876 г. № 216, на которое встрѣчаются ссылки во многихъ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената, отличается краткостью мотивовъ.

ныхъ мѣстъ, и ссылки на это рѣшеніе находятся во всѣхъ послѣдующихъ рѣшеніяхъ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента, данныхъ въ разъясненіе ст. 1 и примѣчанія къ ней, вплоть до послѣднихъ лѣтъ [1]). Поэтому рѣшеніе 1878 г. № 162, какъ выражающее ту точку зрѣнія, отъ которой Правительствующій Сенатъ не отклоняется въ послѣдующей своей практикѣ, подлежитъ болѣе внимательному изученію.

Во-первыхъ, рѣшеніе это дѣлаетъ попытку опредѣлить понятіе гражданскаго права. Правда, это опредѣленіе не отличается ни точностью, ни глубиной. „Всякое право, каждому въ особенности принадлежащее, можетъ быть названо гражданскимъ правомъ“. Это опредѣленіе ничего не говоритъ о содержаніи того права, которое можетъ принадлежать каждому въ особенности. Ограничиваться же только указаніемъ на связь субъекта съ принадлежащимъ ему правомъ—это вовсе не значитъ создавать опредѣленіе этого права, такъ какъ вѣдь вообще всякое право, даже завѣдомо публичное, можетъ принадлежать отдѣльному лицу („каждому“) въ особенности. Нужно стать, очевидно, на другую точку зрѣнія для опредѣленія понятія права гражданскаго, что́ и сдѣлано въ томъ же самомъ рѣшеніи: „судебному охраненію подлежатъ только имущественныя или договорныя права частныхъ лицъ, т. е. гражданскія права въ тѣсномъ смыслѣ слова“.

Конечно, и это опредѣленіе не можетъ быть признано точнымъ. Что такое „имущественныя права“ при сопоставленіи ихъ съ „правами договорными“? Вѣдь и предметомъ договора могутъ быть имущества (ст. 1528, 1543). „Договоры“ въ Сводѣ законовъ гражданскихъ смѣшиваются съ обязательствами, и, если подъ „договорными правами“ понимать права обязательственныя, то „имущественныя права“ должны, очевидно, означать права вещныя: значитъ, по взгляду Правительствующаго Сената, гражданскими правами въ тѣсномъ смыслѣ слова оказываются права вещныя и обязательственныя. Но вѣдь этими двумя категоріями правъ не исчерпываются еще

[1]) 1881 г. № 10; 1884 г. № 21; 1886 г. № 32; Общ. Собр. 1887 г. № 3; 1888 г. № 31; 1889 г. № 80; 1891 г. № 97; 1892 г. № 43; 1894 г. № 1; Общ. Собр. 1909 г. № 23.

всѣ гражданскія права: куда отнести права семейственныя и наслѣдственныя? Нельзя же не признать ихъ гражданскими правами, когда и въ Сводѣ законовъ права эти отнесены къ гражданскимъ правамъ [1]) и когда для этихъ правъ признается судебный порядокъ ихъ осуществленія, чѣмъ несомнѣнно отличаются гражданскія права отъ не-гражданскихъ (ст. 1 уст. гражд. суд.).

И все-же попытка Правительствующаго Сената опредѣлить понятіе гражданскаго права не можетъ быть названа удачной.

Не находя точно опредѣленнаго признака для установленія границы между правомъ гражданскимъ, частнымъ, и правомъ публичнымъ, Правительствующій Сенатъ указываетъ, что центръ тяжести вопроса не въ томъ, кому именно принадлежитъ извѣстное право, а въ томъ, въ какомъ качествѣ субъектъ осуществляетъ данное правомочіе. Къ такому указанію Правительствующій Сенатъ приходитъ вслѣдствіе того, что одинъ и тотъ же субъектъ можетъ дѣйствовать различно, то какъ частное лицо, то какъ лицо, облеченное публичными правомочіями. Въ какомъ именно качествѣ дѣйствуетъ въ данномъ случаѣ лицо, это вопросъ, который очень часто привлекалъ къ себѣ вниманіе Правительствующаго Сената, конечно, не по теоретическимъ основаніямъ, а по соображеніямъ практическаго свойства, именно по соображеніямъ о томъ, кому разсматривать возникшій споръ—суду или административнымъ мѣстамъ и лицамъ.

„Правительствующій Сенатъ, какъ по Гражданскому Кассаціонному Департаменту (1875 г. № 214, 1876 г. № 216, 1878 г. № 162 и др.), такъ и по Общему Собранію Перваго и Кассаціонныхъ Департаментовъ (1906 г. № 23), по дошедшимъ до него частнымъ случаямъ, неоднократно оста-

---

[1]) Въ обозрѣніи историческихъ свѣдѣній „Сводъ законовъ“ (стр. 123) читаемъ: „Законы гражданскіе дѣлятся такъ же, какъ и государственные, на два разряда. Къ *первому разряду* принадлежатъ всѣ законы, коими опредѣляются права гражданскія, т. е., во-первыхъ, законы, коими установляется порядокъ правъ и обязанностей семейственныхъ, во-вторыхъ, законы, коими установляется порядокъ пріобрѣтенія и закрѣпленія правъ въ имуществѣ“.

навливался на вопросѣ о разграниченіи вѣдомства гражданскаго суда отъ власти административной и, какъ на основную черту для такого разграниченія, неизмѣнно указывалъ на невозможность оспариванія требованій административныхъ мѣстъ и лицъ въ состязательномъ порядкѣ, который предполагаетъ наличность двухъ спорящихъ сторонъ. Такимъ образомъ, тамъ, гдѣ административное установленіе не составляетъ стороны, тамъ нѣтъ мѣста гражданскому суду, и требованіе администраціи не подлежитъ его сужденію. Хотя такія требованія законъ называетъ безспорными, но лишь въ сравненіи съ судебною процедурою; въ дѣйствительности же они подлежатъ оспариванію въ порядкѣ жалобы высшему начальству, а не суду, а къ таковымъ принадлежатъ распоряженія административной власти въ порядкѣ управленія, т. е. такія распоряженія, которыя, съ одной стороны, имѣютъ въ виду осуществленіе опредѣленныхъ въ кругу вѣдомства государственныхъ или общественныхъ задачъ, а съ другой — составляютъ не только право, но и обязанность даннаго установленія".

„Тамъ, гдѣ административное установленіе не составляетъ стороны" — говоритъ Правительствующій Сенатъ. А гдѣ же, т. е. въ какихъ именно случаяхъ, можно съ увѣренностью сказать, что административное установленіе не является стороной? Если бы этотъ вопросъ поддавался простому и безошибочному рѣшенію, то не было бы надобности нашему кассаціонному суду постоянно возвращаться къ разъясненію тѣхъ сомнѣній, которыя возникаютъ на практикѣ по пререканіямъ между судебными и административными мѣстами и по отводамъ тяжущихся.

Относящіяся сюда рѣшенія Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента и Общаго Собранія Перваго и Кассаціонныхъ Департаментовъ могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ категоріямъ: въ рѣшеніяхъ первой группы Правительствующему Сенату приходится останавливаться на выясненіи вопроса, относится ли данный споръ между правительственнымъ мѣстомъ и частнымъ лицомъ къ разряду споровъ о правѣ гражданскомъ, тогда какъ въ рѣшеніяхъ второй группы

возникаетъ тотъ же вопросъ касательно споровъ между частными лицами.

Споръ между публичными юридическими лицами и частными лицами можетъ возникнуть прежде всего вслѣдствіе незаконом'ѣрности той нормы, которая лежитъ въ основаніи требованія юридическаго лица. Р'ѣчь идетъ, конечно, не о законѣ, а объ обязательномъ постановленіи.

Вопросъ о томъ, возможно ли въ порядкѣ исковомъ обжаловать обязательное постановленіе (городскою управою), былъ разр'ѣшенъ Правительствующимъ Сенатомъ въ отрицательномъ смыслѣ: „обжалованіе обязательныхъ постановленій не можетъ составлять предмета иска“ [1]). Если бы допустить противное, то нарушено было бы основное начало устава— раздѣленіе власти административной и судебной.

Но, хотя судъ не можетъ отм'ѣнить, по предъявленному частнымъ лицомъ иску, обязательное постановленіе городского управленія или иной публичной организаціи, которой предоставлено издавать такія постановленія, т'ѣмъ не менѣе судъ *не лишенъ права* входить въ обсужденіе вопроса о законом'ѣрности обязательнаго постановленія, не для отм'ѣны такового, а лишь для оцѣнки правом'ѣрности образа дѣйствія частнаго лица, уклонившагося отъ исполненія обязательнаго постановленія.

Право уголовнаго суда входить въ оцѣнку законом'ѣрности обязательнаго постановленія городского управленія разъяснено было Правительствующимъ Сенатомъ какъ въ ц'ѣломъ рядѣ р'ѣшеній Уголовнаго Кассаціоннаго Департамента [2]), такъ и въ р'ѣшеніи Общаго Собранія Перваго и Кассаціонныхъ Департаментовъ 1877 г. № 3: „Судебныя м'ѣста, при разсмотр'ѣніи дѣлъ по обвиненіямъ въ неисполненіи обязательныхъ постановленій распорядительныхъ м'ѣстъ и лицъ, не только им'ѣютъ право, но и обязаны входить въ обсужденіе того непрем'ѣннаго условія, чтобы постановленія этого рода, за неисполненіе которыхъ обвиняемыя лица преслѣдуются по

[1]) Р'ѣшеніе Общаго Собранія 1898 г. № 26.

[2]) Р'ѣшенія Уголовнаго Кассаціоннаго Департамента 1869 г. № 606, 1870 г. № 1635, 1871 г. № 943, 1872 г. № 1365, 1893 г. № 36, 1896 г. № 14.

суду, не проитиворѣчили существующимъ узаконеніямъ; согласно сему, судебныя мѣста въ правѣ обсуждать законность обязательныхъ постановленій городскихъ общественныхъ управленій, хотя бы и не обжалованныхъ обвиняемыми лицами при самомъ изданіи ихъ, если возникаетъ противъ сихъ послѣднихъ обвиненіе въ неисполненіи ими этихъ постановленій, какъ требованій и распоряженій общественной и правительственной власти".

Что же касается суда гражданскаго, то право его входить въ разсмотрѣніе законом'ѣрности обязательныхъ постановленій получило окончательное свое разъясненіе въ рѣшеніи Общаго Собранія 1909 г. № 24, гдѣ разсматривался вопросъ, можетъ ли гражданскій судъ входить въ оцѣнку законом'ѣрности обязательнаго постановленія, изданнаго губернаторомъ.

Поводомъ къ постановкѣ этого вопроса послужило то обстоятельство, что мировой съѣздъ отказалъ въ искѣ комиссіи по благоустройству курорта Усть-Нарова (Гунгербургъ, Шмецке) о взысканіи съ Вѣры Шкотъ 65 р. 20 к., израсходованныхъ на постановку фонарей, признавъ, что обязательное постановленіе губернатора объ установкѣ фонарей не соотвѣтствуетъ ст. 421 общ. учр. губ.

Войдя въ разсмотрѣніе вопроса, можетъ ли судъ гражданскій оцѣнивать законом'ѣрность обязательныхъ постановленій, Правительствующій Сенатъ слѣдующимъ образомъ устанавливаетъ связь своихъ разъясненій по Уголовному Кассаціонному Департаменту съ аналогичными вопросами, возникающими въ практикѣ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента.

„Хотя по различію предметовъ вѣдомства судебная власть и проявляетъ свою дѣятельность либо въ порядкѣ уголовнаго, либо въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства, но въ обоихъ порядкахъ эта въ существѣ своемъ единая власть дѣйствуетъ на основаніи одного и того же основного начала. Это основное начало, котораго неотступно долженъ держаться судъ, выражено въ ст. 12 уст. угол. суд. и въ ст. 9 уст. гражд. суд. и состоитъ въ томъ, что всѣ судебныя установленія обязаны

БИБЛІОТЕКА

рѣшать какъ уголовныя, такъ и гражданскія дѣла по точному разуму существующихъ законовъ.

„Поэтому, когда какая либо общественная, полицейская или иная административная власть предъявляетъ суду какое либо требованіе, основывая его на положительномъ законѣ, то на всякомъ судѣ, какъ уголовномъ, такъ и гражданскомъ, лежитъ прежде всего обязанность удостовѣриться въ дѣйствіи закона, служащаго основаніемъ означеннаго требованія; въ тѣхъ же случаяхъ, когда требованіе основывается на постановленіи самой власти, считающей себя уполномоченною закономъ къ его изданію, на обязанности суда лежитъ удостовѣриться, не выходитъ ли означенное постановленіе изъ круга вѣдомства, предоставленнаго этой власти. Эти соображенія имѣютъ примѣненіе и въ томъ случаѣ, когда предъявленное гражданскому суду требованіе основывается на обязательномъ постановленіи, изданномъ губернаторомъ... Гражданскій судъ, при предъявленіи ему требованія, основаннаго на обязательномъ постановленіи губернатора, въ силу ст. 9 уст. гражд. суд., прежде всего обязанъ выяснить степень законности означеннаго постановленія, т. е. соотвѣтствія законному полномочію губернатора на его изданіе; если гражданскій судъ установитъ, что обязательное постановленіе губернатора, на основаніи котораго предъявлено обращенное къ суду требованіе, издано губернаторомъ внѣ предѣловъ предоставленнаго ему полномочія, то судъ обязанъ отказать въ такомъ требованіи, какъ не оправдываемомъ закономъ. Такой выводъ находитъ себѣ полное подтвержденіе въ цѣломъ рядѣ рѣшеній Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената, которыя могутъ быть сведены къ слѣдующему положенію: утвержденные министромъ, согласно предоставленной ему власти, правила, тарифы и т. п., а равно распоряженія министра, распубликованныя во всеобщее свѣдѣніе посредствомъ припечатанія въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства (1879 г. № 300), имѣютъ силу закона для всѣхъ лицъ и административныхъ и судебныхъ установленій, которыя уже не имѣютъ права входить въ обсужденіе закон-

ности такого распоряженія; внѣ этихъ условій вышеозначенныя распоряженія не имѣютъ обязательной силы".

Такимъ образомъ, правила и тарифы, министромъ утвержденные, имѣютъ обязательную силу, когда они соотвѣтствуютъ предоставленнымъ министру полномочіямъ: значитъ, степень соотвѣтствія даннаго обязательнаго постановленія компетенціи министра или иного администратора подлежитъ критическому изслѣдованію суда, если только это постановленіе не опубликовано въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства; напротивъ, опубликованныя надлежащимъ порядкомъ постановленія тѣхъ же лицъ критикѣ суда не подлежатъ, очевидно, потому, что помѣщеніе этихъ постановленій въ издаваемомъ при Правительствующемъ Сенатѣ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства ручается уже за закономѣрность этихъ постановленій. Такая точка зрѣнія установлена въ рѣшеніи Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1879 г. № 300, гдѣ, между прочимъ, изложено, что Правительствующій Сенатъ по Первому Департаменту, предварительно распубликованія въ установленномъ порядкѣ распоряженія министра, входитъ въ повѣрку того, послѣдовало ли это распоряженіе въ предѣлахъ предоставленной министру власти.

Послѣ такой повѣрки, произведенной Правительствующимъ Сенатомъ въ качествѣ верховнаго установленія, которому ввѣрено общее храненіе законовъ и обнародованіе ихъ, и послѣ распубликованія Правительствующимъ Сенатомъ въ порядкѣ, установленномъ для обнародованія законовъ, распоряженіе министра объ измѣненіи устава кредитнаго установленія пріобрѣтаетъ обязательную силу закона, въ надлежащемъ порядкѣ обнародованнаго, какъ для частныхъ лицъ и обществъ, такъ и для всѣхъ административныхъ и судебныхъ установленій и должностныхъ лицъ, которыя уже не имѣютъ права входить въ обсужденіе законности распоряженія, распубликованнаго Первымъ Департаментомъ Правительствующаго Сената въ Собраніи узаконеній и тѣмъ самымъ признаннаго со стороны Правительствующаго Сената исходящимъ отъ надлежащей власти".

Такимъ образомъ отпадаютъ основанія къ утвержденію

того, что постановленія административной власти не подлежатъ вовсе контролю суда: напротивъ, если судъ, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ входить въ обсужденіе вопроса о законо-мѣрности обязательнаго постановленія, а слѣдовательно, и приходить къ выводу о незаконо-мѣрности этого постановленія, то, значитъ, въ конкретномъ случаѣ обязательное постановленіе судомъ не будетъ признано за объективную норму, иначе говоря, отмѣнено будетъ для даннаго дѣла. Но такой взглядъ судебнаго мѣста на обязательное постановленіе административной власти не уничтожаетъ силы обязательнаго постановленія вообще; таковое остается въ силѣ до тѣхъ поръ, пока не будетъ отмѣнено въ установленномъ порядкѣ, во всякомъ случаѣ не опредѣленіемъ суда. Возникающіе между судебной и административной властью на этой почвѣ конфликты отличаются, такъ сказать, только теоретическимъ характеромъ: до тѣхъ поръ пока обязательное постановленіе не отмѣнено въ надлежащемъ порядкѣ, судъ можетъ не признавать законо-мѣрности обязательнаго постановленія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Конечно, такое отношеніе суда къ обязательному постановленію административной власти не содѣйствуетъ усиленію престижа послѣдней. Очевидно, обязательное постановленіе, для своей силы, должно быть облечено въ форму, которая неуязвима для судебной критики. Но вѣдь опубликованіе обязательнаго постановленія въ Собраніи узаконеній и распоряженій правительства возможно не для всѣхъ обязательныхъ постановленій, а только лишь для такихъ, которыя исходятъ отъ „центральнаго правительства“ (ст. 318 прил. ст. 7 учр. Правительствующаго Сената), между тѣмъ какъ обязательныя постановленія подчиненныхъ органовъ управленія оказываются всегда подлежащими критикѣ судебныхъ мѣстъ.

Такъ какъ административное установленіе является въ одно и то же время и органомъ власти, и субъектомъ частнаго права, то въ столкновеніяхъ административнаго установленія съ частными лицами, очевидно, нужно различать, въ какомъ именно качествѣ выступаетъ административное установленіе—какъ органъ власти или какъ субъектъ частнаго права: въ пер-

вомъ случаѣ судебный порядокъ не допустимъ, во второмъ— споръ можетъ быть разрѣшенъ только въ порядкѣ судебномъ. Практика Правительствующаго Сената иллюстрируетъ это общее положеніе многочисленными примѣрами. Въ рѣшеніи Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1889 г. № 129 изображено: „По неоднократнымъ разъясненіямъ Правительствующаго Сената (рѣшеніе Общаго Собранія Перваго и Кассаціонныхъ Департаментовъ 1885 г. № 33; рѣшенія Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1873 г. № 1716, 1875 г. № 276, 1877 г. № 260, 1878 г. № 162 и 178, 1880 г. № 8, 1881 г. № 10, 1886 г. № 32) законъ признаетъ безспорными, не допускающими возраженій въ состязательномъ порядкѣ и потому подлежащими вѣдѣнію правительственныхъ, а не судебныхъ установленій (прим. къ ст. 1 уст. гражд. суд.), лишь такія требованія административныхъ мѣстъ и лицъ, которыя исходятъ отъ нихъ въ качествѣ органовъ общественной власти; сюда относится, напр., взысканіе разныхъ податей, пошлинъ, повинностей и т. п. сборовъ, коимъ могутъ быть нарушены не гражданскія права частнаго лица, а лишь права его, какъ плательщика налога, подлежащія огражденію и возстановленію исключительно путемъ жалобы по начальству. Напротивъ, всѣ тѣ требованія и распоряженія правительственныхъ установленій, которыя предъявляются или предпринимаются ими отъ имени казны, какъ юридическаго лица, владѣющаго и распоряжающагося извѣстнымъ имуществомъ и вступающаго въ договоръ и сдѣлки съ частными лицами, всегда признавались могущими нарушать гражданскія права частныхъ лицъ и потому подлежащими оспариванію со стороны послѣднихъ путемъ предъявленія къ казнѣ иска (ст. 1 уст. гражд. суд.), не исключая и тѣхъ случаевъ, когда казенное взысканіе, имѣющее въ основаніи своемъ договорное или обязательственное правоотношеніе между казною и частнымъ лицомъ, производится, въ силу того или другого спеціальнаго закона, порядкомъ безспорнымъ или полицейскимъ“.

Въ рѣшеніяхъ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента за послѣднее десятилѣтіе вопросъ о судебномъ и о безспор-

номъ порядкахъ производства выдвигался очень часто. Такъ, въ рѣшеніи 1904 г. № 13 разсматривался вопросъ, подлежатъ ли оспариванію въ судебномъ порядкѣ постановленія пропинаціонной комиссіи, и разрѣшенъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что „никакое ходатайство о признаніи за владѣльцемъ имѣнія права на полученіе изъ казны пропинаціоннаго вознагражденія, никакой споръ съ казною о такомъ правѣ не можетъ быть предметомъ гражданскаго иска, подлежащаго вѣдѣнію судебныхъ установленій". Напротивъ, споры между нѣсколькими совладѣльцами имѣнія о размѣрѣ причитающагося каждому изъ нихъ дохода пропинаціоннаго, подлежатъ разрѣшенію въ судебномъ порядкѣ: „но, чтобы владѣльцы одного какого либо имѣнія, въ которомъ существовало пропинаціонное право, признанное пропинаціонной комиссіей и выкупленное казною, не могли представлять на разрѣшеніе судебныхъ установленій ихъ споровъ о томъ, кому изъ нихъ и въ какомъ размѣрѣ причитается вознагражденіе, назначенное комиссіей, и правильно ли одинъ изъ нихъ удержалъ всю полученную отъ казны сумму, о томъ не только не сказано въ означенномъ законѣ, но, наоборотъ, сказано совершенно противное".

Въ рѣшеніи 1905 г. № 75 обсужденію Правительствующаго Сената подлежалъ слѣдующій вопросъ: „искъ о возвратѣ городскимъ общественнымъ управленіемъ части патентнаго сбора, внесеннаго за содержимые истцомъ въ предѣлахъ города ренсковые погреба, какъ превышающей установленный закономъ размѣръ сбора, подлежитъ ли вѣдѣнію суда, если общественное управленіе свое право на взиманіе сбора въ повышенномъ размѣрѣ оправдываетъ состоявшимся по сему предмету между нимъ и истцомъ соглашеніемъ". Выводъ Правительствующаго Сената, сообразно поставленному вопросу, двоякій: „требованіе истца о возвращеніи ему податного сбора, взысканнаго съ него въ чрезмѣрномъ размѣрѣ городскимъ управленіемъ въ качествѣ органа общественной власти, имѣло бы въ виду возстановленіе публичныхъ правъ просителя, какъ плательщика установленнаго въ пользу города сбора, и потому, какъ не содержащее въ себѣ иска о правѣ граждан-

скомъ, не подлежало бы вѣдѣнію суда. Но въ правоотношенія тяжущихся введенъ элементъ договорный: городская управа опровергаетъ искъ Г., между прочимъ, ссылкою на его добровольное согласіе уплачивать дополнительный патентный сборъ, истецъ же отрицаетъ силу этого добровольнаго соглашенія по его незаконности, и, такимъ образомъ, имущественный споръ сторонъ о переборѣ патентнаго сбора ставится ими въ зависимость отъ разрѣшенія вопроса о силѣ и значеніи упомянутаго соглашенія. Споръ же контрагентовъ о силѣ и дѣйствительности ихъ сдѣлки, хотя бы таковая касалась установленнаго въ пользу города сбора, является споромъ о правѣ гражданскомъ, подлежащимъ, по силѣ 1 ст. уст. гражд. суд., разрѣшенію суда, а не администраціи".

Въ рѣшеніи того же 1905 г. № 99 въ отрицательномъ смыслѣ разрѣшенъ вопросъ о томъ, возможно ли въ судебномъ порядкѣ требовать отъ волостного общества уплаты назначеннаго имъ пособія: „Изъ того, что назначаемое бѣднымъ пособіе имѣетъ имущественную цѣнность, еще не слѣдуетъ, чтобы таковое могло быть предметомъ судебнаго иска, ибо подсудность имущественнаго требованія суду зависитъ отъ того, можетъ ли оно быть признано споромъ о правѣ гражданскомъ (рѣшеніе Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1891 г. № 97 и др.), общественная же повинность призрѣнія волостными обществами своихъ бѣдныхъ членовъ не можетъ быть предметомъ такого спора".

Ссылаясь на рѣшенія 1878 г. № 162 и 1886 г. № 32, Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи 1906 г. № 63 повторяетъ, что „гражданскимъ правомъ можетъ быть названо всякое право, каждому въ особенности принадлежащее", — „принадлежащее лично тому лицу, которое его отыскиваетъ". Къ этой характеристикѣ гражданскаго права Правительствующій Сенатъ возвращается для разрѣшенія вопроса о томъ, возможно ли въ порядкѣ судебномъ защищать дарованное потомственнымъ дворянамъ право получать ссуды изъ Дворянскаго земельнаго банка. Вопросъ этотъ разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ, по слѣдующимъ основаніямъ: „Дворянскій банкъ, какъ показываетъ его полное названіе („Государствен-

ный Дворянскій земельный банкъ"), какъ видно изъ 1 ст. его устава („Государственный Дворянскій земельный банкъ имѣетъ цѣлью поддержаніе землевладѣнія потомственныхъ дворянъ"), есть государственное учрежденіе, преслѣдующее извѣстныя цѣли публичнаго права,—„политическія". Создаваемое уставомъ банка право лицъ дворянскаго сословія получать ссуды изъ банка при наличности указанныхъ въ уставѣ условій точно такъ же, какъ и устанавливаемое Высочайшимъ повелѣніемъ 1897 г. право, не есть право, принадлежащее кому либо въ особенности, оно даровано цѣлому сословію. Для того, чтобы право это стало правомъ гражданскимъ, необходимо, чтобы публичное право всего потомственнаго дворянства обратилось въ право, принадлежащее извѣстному опредѣленному потомственному дворянину. Только тогда, когда договоръ займа, полученіе ссуды изъ Дворянскаго банка посредствомъ перевода залога изъ Особаго отдѣла въ Дворянскій банкъ, будетъ заключенъ между Дворянскимъ банкомъ и опредѣленнымъ дворяниномъ, только тогда Дворянскій банкъ и этотъ дворянинъ вступятъ въ гражданскія правоотношенія, только тогда этотъ дворянинъ будетъ имѣть извѣстное гражданское право по отношенію къ банку. До выдачи ссуды, до заключенія договора Дворянскій банкъ дѣйствуетъ по отношенію къ лицамъ, ходатайствующимъ о ссудѣ, въ качествѣ правительственнаго учрежденія, служащаго общественнымъ цѣлямъ управленія, въ качествѣ органа власти, а не уполномоченнаго казны по ея имуществамъ". Вообще признаніе даннаго притязанія за гражданское или же за публичное „зависитъ отъ того, въ какомъ качествѣ дѣйствуетъ государственное или общественное установленіе: если оно дѣйствуетъ какъ власть въ предѣлахъ, предоставленныхъ ему закономъ по управленію государственными или общественными дѣлами, то возникающія по поводу такихъ распоряженій или дѣйствій по осуществленію власти дѣла подлежатъ вѣдѣнію административныхъ установленій; если же государственное или общественное установленіе является представителемъ имущества, принадлежащаго казнѣ или обществу, и дѣйствуетъ въ интересахъ этого имущества, то дѣло подвѣдомственно суду. При

взысканіи налоговъ, повинностей, сборовъ и т. п., подвѣдомственность возникающихъ изъ такихъ взысканій дѣлъ зависитъ отъ характера сбора или взысканія, ибо характеромъ сбора или взысканія объясняется то значеніе, въ какомъ дѣйствуетъ государственное или общественное установленіе; если сборъ имѣетъ характеръ налога, то, очевидно, взыскивающее этотъ сборъ установленіе дѣйствуетъ какъ власть, а не какъ представитель интересовъ казеннаго имущества, а если сборъ имѣетъ своимъ источникомъ договорное соглашеніе, то правоотношенія сторонъ относятся къ области гражданскаго права, хотя бы сборъ взыскивался и безспорнымъ порядкомъ (рѣшенія Общаго Собранія 1892 г. № 43, 1900 г. № 22, 1902 г. № 28, 1903 г. № 34, 1904 г. № 21 и Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1905 г. № 75)". Такъ говоритъ Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1907 г. № 58 по поводу мірскихъ повинностей.

Вообще, рѣшеніе вопроса, какого рода данное притязаніе,—зависитъ отъ содержанія искового прошенія: „если изъ содержанія исковыхъ требованій явствуетъ, что возбуждается споръ о правѣ гражданскомъ, то по основному правилу ст. 1 уст. гражд. суд. дѣло признается подвѣдомственнымъ судебнымъ установленіямъ, даже если отвѣтчикъ впослѣдствіи возразитъ, что онъ дѣйствовалъ на основаніи опредѣленнаго правительственнаго распоряженія либо это имущество ему передано было на этомъ основаніи, ибо въ подобномъ случаѣ судъ можетъ отказать въ искѣ по существу, но самая подвѣдомственность дѣла суду такимъ возраженіемъ не прекращается",—рѣшеніе 1907 г. № 88.

Если бы во всѣхъ случаяхъ безошибочно можно было рѣшить, къ области какого права—частнаго или публичнаго—относится данное притязаніе, то осуществленіе его въ порядкѣ судебномъ или административномъ не вызывало бы сомнѣній; но въ томъ-то и дѣло, что отношенія, касающіяся публичныхъ юридическихъ лицъ, даютъ поводъ къ сомнѣніямъ—какого рода данное притязаніе, публичное или гражданское. Поэтому, преподанная въ рѣшеніи 1908 г. № 86 формула

въ сущности вовсе не разрѣшаетъ вопроса, а только воспроизводитъ положеніе закона: „если правоотношенія между сторонами, на почвѣ которыхъ возникъ споръ, входятъ въ сферу права гражданскаго, споръ этотъ, какъ споръ о правѣ гражданскомъ, подвѣдомъ суду, если же, наоборотъ, правоотношенія эти относятся къ сферѣ права публичнаго, споръ подлежитъ разрѣшенію администраціи (рѣшеніе Общаго Собранія 1903 г. № 34 и мн. др.)".

Если бы руководствоваться такимъ соображеніемъ, то какъ слѣдовало бы разрѣшить вопросъ, напримѣръ, о подвѣдомственности требованія служащаго къ городскому общественному управленію о возвратѣ, въ виду увольненія его отъ службы, не по его винѣ,—всѣхъ взносовъ въ пенсіонный капиталъ, произведенныхъ имъ на основаніи утвержденнаго городскою думою устава о пенсіяхъ городского общественнаго управленія? Конечно, если бы впередъ знать, какого рода эта претензія, то всякія сомнѣнія о подвѣдомственности дѣла отпали бы. Не разъ доходилъ этотъ вопросъ до Кассаціоннаго Департамента, и Правительствующимъ Сенатомъ „выработаны рѣшенія (Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1884 г. № 21, 1881 г. № 148, 1876 г. № 216; Общаго Собранія Перваго и Кассаціонныхъ Департаментовъ Правительствующаго Сената 7 мая 1904 г.; Перваго Департамента (опредѣленіе 21 апрѣля 1897 г. и 7 декабря 1904 г.), Перваго Общаго Собранія (отъ 1 декабря 1906 г.) въ руководство при разрѣшеніи споровъ между служащими въ правительственныхъ установленіяхъ и сими послѣдними о недоплаченномъ содержаніи, а также по расчетамъ о пенсіяхъ, и сводящіяся къ тому, что подобнаго рода требованія не могутъ быть предметомъ гражданскаго иска, а могутъ быть осуществляемы лишь путемъ жалобы по начальству. Эти указанія признаны Правительствующимъ Сенатомъ подлежащими распространенію и на такія же претензіи также и всѣхъ лицъ, служащихъ въ земскихъ установленіяхъ; наконецъ Правительствующій Сенатъ признаетъ, что „нѣтъ основанія не примѣнять тѣ же начала и къ лицамъ, служащимъ въ городскомъ общественномъ управленіи",—рѣшеніе 1909 г. № 68.

Исходя изъ того общаго положенія, что „служебныя права не могутъ быть предметомъ спора въ гражданскомъ судѣ“, Правительствующій Сенатъ приходитъ къ выводу, что „съ прекращеніемъ службы агентовъ, состоящихъ на государственной службѣ, само собою прекращается и право ихъ на занятіе квартиры, такъ что никакого спора въ гражданскомъ судѣ возникнуть не можетъ“. Сила этого вывода распространяется, впрочемъ, и на служащихъ на частныхъ желѣзныхъ дорогахъ: и по отношенію къ нимъ „требованіе объ очищеніи квартиры, по увольненіи агента отъ службы, является требованіемъ начальства въ порядкѣ управленія. . . , а при такомъ свойствѣ требованія эти, само собою разумѣется, не могутъ быть предметомъ спора въ гражданскомъ судѣ и должны быть осуществлены по распоряженіямъ подлежащей власти, приводимымъ въ исполненіе черезъ жандармскую полицію“,— рѣшеніе Общаго Собранія 1909 г. № 23.

И не только вопросъ объ очищеніи предоставленной по должности квартиры можетъ быть разрѣшенъ только въ порядкѣ административномъ; въ этомъ же порядкѣ разсматриваются всѣ вопросы, касающіеся вознагражденія по договору найма служащихъ на желѣзной дорогѣ и въ земскихъ учрежденіяхъ: такъ разрѣшенъ этотъ вопросъ въ рѣшеніяхъ Общаго Собранія 1909 г. № 38 относительно кондуктора и учителя, со ссылками на рѣшенія Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1876 г. № 216, 1881 г. № 148, 1884 г. № 21, 1887 г. № 14, 1889 г. № 129, 1892 г. № 43, 1905 г. № 75, и рѣшенія Общаго Собранія 1903 г. № 30 и 34, 1906 г. № 23, 1907 г. № 18 и 19 и 1908 г. № 11 и 34. „Право на пенсіи и единовременныя пособія служащихъ на казенныхъ желѣзныхъ дорогахъ такъ же, какъ и право ихъ на содержаніе, вытекаетъ изъ служебныхъ правъ, а потому споры, возникающіе въ области этихъ правъ, также не подлежатъ вѣдѣнію судебныхъ установленій“,—говорится въ рѣшеніи 1911 г. № 97.

Въ кассаціонной практикѣ послѣдняго времени замѣтна тенденція, ограничивающая примѣненіе судебнаго порядка къ спорамъ съ публичными юридическими лицами. Такъ, въ рѣ-

шеніи Общаго Собранія 1910 г. № 32 говорится: „Всѣ дѣла, касающіяся предмета пользованія улицами и площадями, возбуждаемыя самими-ли городскими общественными управленіями или частными лицами, а равно правительственными, земскими и сословными установленіями, подлежатъ разрѣшенію въ порядкѣ административныхъ инстанцій". Однако столь категорически выраженное положеніе уже въ рѣшеніи Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1912 г. № 116 подверглось очень серьезному ограниченію: „... разъясненіе, преподанное въ рѣшеніи Общаго Собранія 1910 г. № 32, о томъ, что всѣ дѣла, касающіяся предмета пользованія улицами и площадями, подлежатъ разрѣшенію въ порядкѣ административныхъ инстанцій, *не распространяется* на дѣла, возникшія вслѣдствіе производства правительственнымъ установленіемъ на улицахъ и площадяхъ города сооруженій, какъ наружныхъ, такъ и подземныхъ, безъ согласія на то городского общественнаго управленія, и когда сіе послѣднее находитъ, что такими сооруженіями нарушаются и стѣсняются права города, какъ собственника земли, занятой такими сооруженіями".

Слишкомъ широкія обобщенія оказываются не всегда вѣрными и требуютъ затѣмъ ограниченій. Подобно только-что приведеннымъ двумъ тезисамъ, и въ рѣшеніи Общаго Собранія 1912 г. № 24 наблюдается несоотвѣтствіе между установившеюся кассаціонной практикою и новымъ взглядомъ Правительствующаго Сената. Рѣчь идетъ о томъ, что попечитель Варшавскаго учебнаго округа въ 1907—1908 учебномъ году пріостановилъ выдачу стипендіи, учрежденной завѣщателемъ и въ свое время назначенной опредѣленному ученику, а отецъ послѣдняго предъявилъ въ окружномъ судѣ искъ, въ коемъ просилъ обязать попечителя Варшавскаго учебнаго округа выдать стипендію съ процентами. Представитель учебнаго вѣдомства заявилъ отводъ о неподсудности настоящаго требованія судебнымъ мѣстамъ. Но искъ былъ удовлетворенъ обѣими инстанціями, а Общее Собраніе Перваго и Кассаціонныхъ Департаментовъ признало въ данномъ дѣлѣ наличность спора о правѣ гражданскомъ, исходя изъ слѣдующихъ

соображеній: „Подсудность судебнымъ мѣстамъ въ порядкѣ судопроизводства гражданскихъ исковъ, предъявляемыхъ къ должностнымъ лицамъ, по рѣшеніямъ Правительствующаго Сената, зависитъ отъ того, въ какомъ качествѣ дѣйствуетъ должностное лицо: въ качествѣ ли органа публичной власти по управленію государственными или общественными дѣлами, или въ качествѣ представителя или защитника имущественныхъ интересовъ въ сферѣ гражданскаго права (рѣшенія Общаго Собранія 1892 г. № 49, 1904 г. № 21 и мн. др.); при чемъ подсудность такихъ дѣлъ опредѣляется точнымъ содержаніемъ искового прошенія, а не возраженіемъ отвѣтной стороны. Поэтому, для разрѣшенія постановленнаго вопроса надлежитъ остановиться на существѣ правоотношенія правительственнаго или общественнаго учрежденія по отношенію къ жертвователю. На основаніи этихъ соображеній Правительствующій Сенатъ приходитъ къ выводу, что попечитель учебнаго округа въ дѣлѣ назначенія стипендій является исполнителемъ распоряженій завѣщателя, такъ какъ „не можетъ подлежать сомнѣнію, что отношенія между жертвователемъ и учрежденіемъ, принявшимъ пожертвованіе, въ предѣлахъ соглашенія, суть отношенія по имуществу въ сферѣ гражданскаго права, а не публичнаго, осуществленіе котораго органомъ власти не можетъ быть поставлено въ зависимость отъ согласія или несогласія частнаго лица“. Едва-ли правильно отождествлять представителя учебнаго вѣдомства съ душеприказчикомъ: вѣдь попечитель учебнаго округа не механически исполняетъ предначертанія жертвователя, а входя въ оцѣнку условій, имѣющихъ значеніе не только съ точки зрѣнія жертвователя, но и съ точки зрѣнія учебнаго начальства, и, если эта послѣдняя точка зрѣнія побуждаетъ попечителя отказать въ выдачѣ стипендіи, то, конечно, въ этомъ случаѣ попечитель, какъ органъ власти, не можетъ быть отвѣтчикомъ по претензіи, хотя и покрывающей частью интересы, но сталкивающейся съ задачами публичнаго права.

Конечно, нельзя не признать, что „не всякій имущественный споръ между должностнымъ лицомъ и правительственнымъ учрежденіемъ имѣетъ публичноправовой характеръ, изъемлющій

его изъ вѣдѣнія суда“ (рѣш. 1912 г. № 90). Какія же права отличаются публичнымъ характеромъ? Этотъ вопросъ, по связи его со ст. 1 уст. гражд. суд., снова всталъ предъ Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи 1913 г. № 52: „Вѣдомству судебныхъ установленій законъ (ст. 1 уст. гражд. суд.) предоставилъ споръ *только о правахъ гражданскихъ*, подразумѣвая подъ этимъ именемъ лишь тѣ права, которыя вытекаютъ изъ сферъ семейственныхъ или хозяйственныхъ отношеній гражданъ между собою и къ тѣмъ правительственнымъ установленіямъ, которыя дѣйствуютъ въ качествѣ представителей казны, т. е. совокупности всѣхъ имущественныхъ правъ государства. Тѣ права, *именуемыя правами публичными*, которыя вытекаютъ изъ сферы отношеній государства, какъ политическаго союза, къ его подданнымъ, вѣдѣнію судебной власти не предоставлены, вслѣдствіе чего никакое судебное установленіе не въ правѣ принять и войти въ разсмотрѣніе спора о такомъ правѣ, кѣмъ бы онъ ни былъ возбужденъ, т. е. частнымъ ли лицомъ, предъявляющимъ къ государству свои претензіи, или представителемъ государства къ частнымъ лицамъ объ обязаніи ихъ исполнять то, что они должны исполнять въ пользу государства. Къ публичнымъ правамъ, очевидно, должны быть относимы и права частныхъ лицъ на возмѣщеніе убытковъ, причинившихъ ущербъ въ ихъ имуществѣ такими дѣйствіями и распоряженіями органовъ правительственной власти, которыя вызываются необходимостью принятія чрезвычайныхъ мѣръ для охраненія общественнаго порядка и устраненія всего, что грозитъ извнѣ или внутри государства опасностью его спокойствію, достоинству и цѣлости, ибо, поступая такъ, органы власти дѣйствуютъ не какъ защитники имущественныхъ правъ государственной казны, а какъ охранители жизненныхъ интересовъ государства, какъ такового, т. е. въ смыслѣ не субъекта гражданскихъ правъ, а въ смыслѣ политической организаціи, имѣющей свои задачи, и, притомъ, исключительно публичноправового характера“. Это описаніе публичнаго права не напоминаетъ ли римскаго опредѣленія: publicum jus est quod ad statum rei publicae pertinet?

Такимъ образомъ, предусмотрѣнный въ ст. 1 уст. гражд. суд. процессуальный вопросъ о подсудности приходится разрѣшать соображеніями, рецепированными изъ римскихъ источниковъ и изъ основанной на нихъ теоріи. Очевидно, и впредь Правительствующему Сенату придется въ конкретныхъ случаяхъ разрѣшать вопросъ, какого именно рода право имѣется на лицо—публичное или частное; но, вѣроятно, и на будущее время не устранены будутъ наблюдаемыя нынѣ колебанія въ разрѣшеніи этого вопроса, столь тонкаго по своей природѣ и потому породившаго столько разнообразныхъ теорій, въ концѣ концовъ сводящихся къ римской формулировкѣ.

II. Источники права. Обычай.

Понятіе права въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ берется Правительствующимъ Сенатомъ какъ готовое понятіе изъ теоретическихъ положеній. Эти теоретическія положенія, конечно, не противорѣчатъ матеріалу дѣйствующаго права, которое отводитъ главное мѣсто закону, а затѣмъ въ границахъ, опредѣляемыхъ закономъ, предоставляетъ дѣйствовать и обычаю. Давать опредѣленіе понятію закона Правительствующій Сенатъ не имѣлъ надобности въ виду ст. 53 законовъ основныхъ изд. 1892 г. и предшествующихъ годовъ, ибо въ этой статьѣ были перечислены отдѣльные виды законовъ. Да и въ настоящее время надобности въ этомъ не представляется, такъ какъ въ основныхъ законахъ 1906 г. понятіе закона опредѣлено и установлено вполнѣ точно. Иное дѣло—обычай. Законъ опредѣляетъ, въ какихъ случаяхъ и при какихъ условіяхъ допускается дѣйствіе обычая, но нигдѣ не говоритъ, что̀ такое обычай, какъ онъ возникаетъ, какъ познается, каково соотношеніе между обычаемъ и закономъ.

Входя въ обсужденіе этихъ вопросовъ, имѣющихъ столь важное значеніе въ ученіи объ обычаѣ, и не имѣя въ дѣйствующемъ законѣ для отвѣта на эти вопросы никакихъ точекъ отправленія, Правительствующій Сенатъ воспроизводитъ тѣ положенія, которыя были формулированы нѣмецкой исторической школой.

Обычай составляетъ норму права неписаннаго въ техни-

ческомъ смыслѣ сего слова и выражаетъ собою то правосознаніе, которое присуще всему народу или извѣстной его части. „Подъ мѣстнымъ обычаемъ, говорится въ рѣшеніи Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1878 г. № 225, слѣдуетъ понимать такое юридическое правило, которое не выражено въ законѣ, но которому постоянно подчиняются жители извѣстной мѣстности, признавая его для себя обязательнымъ. Такимъ образомъ обычай живетъ въ сознаніи народа какъ законъ, но законъ неписанный".

Это опредѣленіе „обычая" совпадаетъ почти буквально съ опредѣленіемъ этого понятія въ Пандектахъ Виндшейда, гдѣ, въ § 15, значится: „Unter Gewohnheitsrecht versteht man dasjenige Recht, welches, ohne vom Staate gesetzt worden zu sein, thatsächlich geübt wird. In der Uebung tritt hervor die Ueberzeugung der Uebenden, dass das, was sie üben, Recht sei, und in dieser Ueberzeugung liegt der Grund der verbindenden Kraft des Gewohnheitsrechts".

Отъ такого опредѣленія, имѣющаго въ виду и opinio necessitatis, Правительствующій Сенатъ не отказывается и въ послѣдующей своей практикѣ: такъ, въ рѣшеніи 1880 г. № 63 Правительствующій Сенатъ подъ обычаемъ понимаетъ „такія правила, которыя постоянно соблюдаются при заключеніи и исполненіи извѣстныхъ договоровъ и вслѣдствіе сего признаются обязательными", а въ рѣшеніи за тотъ же 1880 г. № 174 сказано: „обычай слагается путемъ частаго и однообразнаго примѣненія извѣстнаго юридическаго правила, и потому естественно, что въ тѣхъ юридическихъ отношеніяхъ, которыя представляются въ извѣстной общественной средѣ исключительными и потому не могутъ подать случая къ частому и единообразному примѣненію какого либо правила, обычай установиться не можетъ".

Соблюденіе обычной нормы должно быть постояннымъ, т. е. извѣстный юридическій взглядъ долженъ проявляться всегда при наличности однихъ и тѣхъ же условій.

Для того чтобы получить значеніе нормы юридической, необходимо, чтобы данное положеніе примѣнялось продолжительное время. Но при этомъ нѣтъ основанія требовать, чтобы

продолжительность примѣненія соотвѣтствовала сроку давности: это и понятно, ибо срокъ давности устанавливается закономъ, который связываетъ съ извѣстнымъ фактическимъ положеніемъ опредѣленныя юридическія послѣдствія, между тѣмъ вопросъ объ обычаѣ стоитъ вообще внѣ опредѣленій закона, который ограничивается лишь тѣмъ, что упоминаетъ о допустимости дѣйствія обычая (ст. 130 уст. гражд. суд. и др.).

Условія примѣненія мѣстнаго обычая указаны Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніяхъ 1878 г. № 225, 1884 г. № 105, 1904 г. № 16; изъ нихъ въ послѣднемъ сказано: „для допустимости примѣненія обычая необходимо, чтобы или въ самомъ законѣ содержалось дозволеніе руководствоваться въ данномъ дѣлѣ обычаемъ, несмотря на существованіе въ законѣ такихъ постановленій, на основаніи которыхъ дѣло также могло бы быть разрѣшено, или же, напротивъ, въ случаѣ отсутствія въ законѣ всякаго постановленія, на основаніи котораго могло бы быть разрѣшено дѣло".

Естественно поэтому, что въ законѣ не найти намъ указанія на соотношенія между нормами права писаннаго и неписаннаго.

Въ источникахъ римскаго права, а вслѣдъ за ними и въ теоріи гражданскаго права, твердо установлено то положеніе, что нормы обычнаго права не могутъ отмѣнять нормъ права писаннаго: non usque ad eo sui valitura momento ut aut rationem vincat aut legem.

Въ этомъ вопросѣ практика Правительствующаго Сената не стала на точку зрѣнія ученія юриспруденціи и признала, что обычай можетъ противорѣчить закону, такъ что нормы послѣдняго должны уступать обычнымъ нормамъ, но, разумѣется, лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ вообще допущено дѣйствіе обычая. Въ этихъ предѣлахъ слѣдуетъ различать, допущено-ли дѣйствіе обычая параллельно съ закономъ или же исключительно: въ послѣднемъ случаѣ вовсе не возникаетъ вопросъ о замѣнѣ закона обычаемъ, наоборотъ, въ первомъ случаѣ обычаю должно быть предпочтеніе предъ закономъ.

Относительно наслѣдованія крестьянъ практика Прави-

тельствующаго Сената признаетъ, что „мѣстные обычаи примѣняются и въ томъ случаѣ, когда они противорѣчатъ закону“ (рѣш. 1884 г. № 105), и примѣненіе въ дѣлахъ о наслѣдованіи у крестьянъ допускается и въ томъ случаѣ, если въ числѣ сонаслѣдниковъ состоятъ лица, къ крестьянскому сословію не принадлежащія (рѣш. 1902 г. № 37).

Но такое соотношеніе между обычаемъ и закономъ, а именно, что обычаю отдается предпочтеніе предъ существующимъ закономъ, кассаціонной практикой устанавливается только въ дѣлахъ о наслѣдованіи у крестьянъ. Въ другихъ случаяхъ допускаемаго закономъ примѣненія обычая вопросъ о соотношеніи обычая и закона разрѣшается Правительствующимъ Сенатомъ согласно ученію теоріи: „не подлежитъ сомнѣнію, что обычай не можетъ имѣть силы и значенія болѣе, чѣмъ законъ, а потому, если бы тотъ обычай, который пытается установить проситель, и существовалъ, то все-же онъ, такъ же, какъ и законъ, не могъ бы служить основаніемъ для принудительнаго, путемъ судебнаго рѣшенія, обязанія нанимателя выдать просимый слугою аттестатъ“ (рѣш. 1912 г. № 91).

Вопросъ о способахъ установленія существованія обычая или о доказываніи обычая разрѣшается Правительствующимъ Сенатомъ соотвѣтственно ст. 409 уст. гражд. суд.: обычная норма, хотя и юридическая по своему существу, есть прежде всего фактъ, не успѣвшій еще отразиться въ писанномъ законѣ, а потому и не подлежащій доказыванію единственно ссылкой на документы. Свидѣтельскими показаніями фактъ этотъ можетъ быть установленъ во всѣхъ своихъ подробностяхъ, о чемъ закону не было надобности упоминать, и за отсутствіемъ подобнаго указанія Правительствующій Сенатъ имѣлъ полное основаніе признать, что матеріалъ свидѣтельскихъ показаній представляется достаточнымъ для установленія существованія обычая [1]). Мыслимо было бы допущеніе

---

[1]) Рѣш. 1876 г. № 25, 295, 1880 г. № 263, 1885 г. № 3, 1891 г. № 86: „Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніяхъ своихъ уже высказалъ, что въ подтвержденіе существованія обычая могутъ быть допускаемы свидѣтельскія показанія... Но кромѣ свидѣтельскихъ показаній судъ можетъ удостовѣряться

въ этихъ цѣляхъ дознанія чрезъ окольныхъ людей: но по ст. 412 уст. гражд. суд. дознаніе чрезъ окольныхъ людей является способомъ доказыванія въ точно опредѣленныхъ въ въ законѣ случаяхъ, „для установленія продолжительности, пространства и свойства поземельнаго владѣнія“. По новой редакціи устава гражданскаго судопроизводства (ст. 10^1) дознаніе чрезъ окольныхъ людей сдѣлано и способомъ доказыванія обычая, и совершенно правильно, потому что при томъ опредѣленіи обычая, какое установлено Правительствующимъ Сенатомъ, конечно, лучше всего существованіе обычая можетъ быть извѣстно именно окольнымъ людямъ, мѣстнымъ старожиламъ, проникнутымъ мѣстными юридическими нормами.

Дознаніе чрезъ окольныхъ людей по существу своему,—это то же удостовѣреніе чрезъ свидѣтелей, только своеобразно допущенныхъ къ производству дѣла. Но, разъ въ законѣ вообще не говорится, какимъ порядкомъ можетъ быть доказываемо существованіе обычая, то нѣтъ основанія не допускать къ установленію того факта, что обычай существуетъ, и другихъ доказательствъ.

И въ практикѣ Правительствующаго Сената мы находимъ рядомъ съ показаніями свидѣтелей, какъ доказательствомъ существованія обычая, и доказательства посредствомъ ссылки на тѣ акты, изъ содержанія коихъ можно заключить о существованіи обычая: такъ, изъ рѣшеній волостного суда, а слѣдовательно, и изъ рѣшеній высшихъ для этого суда инстанцій можно усмотрѣть, что извѣстный обычай существуетъ.

Разъ для конкретнаго случая примѣненіе обычая представляется допустимымъ, то судъ не можетъ ужъ не примѣнять обычая. Въ какихъ именно случаяхъ примѣненіе обычая возможно, этотъ вопросъ разрѣшается закономъ, напр., въ ст. 130 уст. гражд. суд., въ ст. 1539 и 2112 п. 3 т. X ч. 1. Значеніе обычая въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣненіе

въ существованіи мѣстнаго обычая и изъ всякихъ письменныхъ документовъ, представленныхъ тяжущимися; изъ числа такихъ письменныхъ документовъ нѣтъ основаній исключать удостовѣренія должностныхъ лицъ и приговоры сельскихъ сходовъ“.

его разрѣшается закономъ, Правительствующій Сенатъ опредѣляетъ въ рѣшеніи 1878 г. № 225 такъ: „мѣстные обычаи въ указанныхъ въ ст. 130 уст. гражд. суд. случаяхъ замѣняютъ собою законы. Вслѣдствіе сего должно прійти къ тому заключенію, что примѣненіе мѣстнаго обычая въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ оно дозволено закономъ, столь же обязательно для мирового судьи, какъ и примѣненіе самого закона".

III. Толкованіе нормъ права.

Разъ дореформенное наше законодательство вполнѣ отрицательно относилось къ толкованію закона, то естественно, что никакихъ правилъ толкованія въ законѣ и не было указано. Но и послѣ того, какъ новый процессуальный законъ сталъ на противоположную точку зрѣнія и толкованіе закона вмѣнено было въ обязанность судебныхъ мѣстъ, все-же въ нашемъ законодательствѣ не появилось какихъ либо правилъ толкованія. Въ области толкованія судъ во всѣхъ своихъ инстанціяхъ былъ предоставленъ самому себѣ. Практика Правительствующаго Сената рецепировала тѣ правила толкованія, которыя были формулированы въ tit. Dig. De regulis juris, а оттуда перешли въ современную теорію.

Практика Правительствующаго Сената понимаетъ подъ толкованіемъ закона выясненіе истиннаго смысла той воли, которую выразилъ законодатель въ своемъ велѣніи.

Выраженная законодателемъ воля можетъ быть изложена настолько ясно, что при примѣненіи закона никакихъ сомнѣній и возникнуть не можетъ. Въ такомъ случаѣ, „если смыслъ закона ясенъ самъ по себѣ, то судъ обязанъ лишь примѣнить этотъ законъ", говоритъ Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи 1879 г. № 16; и позже, въ рѣшеніи 1903 г. № 75, Правительствующій Сенатъ учитъ, что „ясное изложеніе закона... устраняетъ, въ силу ст. 9 уст. гражд. суд., всякую необходимость въ какихъ бы то ни было изслѣдованіяхъ по законодательнымъ источникамъ, умѣстныхъ только при неполнотѣ, неясности, недостаткѣ или противорѣчіи законовъ". На самомъ дѣлѣ, всякій законъ требуетъ толкованія, только въ одномъ случаѣ истинная воля законодателя познается безъ

особенныхъ затрудненій, тогда какъ въ другомъ для выясненія истинной воли приходится прибѣгнуть къ сложнымъ изслѣдованіямъ.

Въ цѣляхъ выясненія этой воли Правительствующій Сенатъ обращается прежде всего къ истолкованію смысла тѣхъ словъ, коими воспользовался законодатель при выработкѣ своей воли. Это—толкованіе словесное, грамматическое. Къ этому способу толкованія можно обратиться, когда подлежащій толкованію текстъ закона не вызываетъ никакихъ сомнѣній. Но можетъ быть и такъ, что сомнительнымъ представляется самый текстъ. Тогда, слѣдовательно, прежде всего нужно установить, каковъ долженъ быть текстъ, т. е. какой текстъ соотвѣтствуетъ волѣ законодателя. Въ дѣйствующихъ нашихъ законахъ такого рода несоотвѣтствія между текстомъ закона и волей законодателя представляются довольно рѣдкими, но все-же встрѣчаются. Извѣстно, напримѣръ, что въ оффиціальномъ изданіи устава гражданскаго судопроизводства въ 1 ч. XVI т. изд. 1892 г. ст. 533 о значеніи заключенія свѣдущихъ лицъ изложена была такъ: „судъ обязанъ подчиняться мнѣнію свѣдущихъ лицъ, несогласному съ достовѣрными обстоятельствами дѣла“. Этотъ текстъ закона напечатанъ въ оффиціальномъ изданіи неправильно, пропущено между „судъ“ и „обязанъ“ отрицаніе „не“, и въ результатѣ получилась безсмыслица, сразу бросающаяся въ глаза и заставляющая юриста признать, что законодатель не могъ выразить той воли, какая изображена въ разсматриваемомъ текстѣ. Справка съ Полнымъ собраніемъ законовъ и съ Собраніемъ узаконеній и распоряженій правительства дѣйствительно подтвердитъ предположеніе юриста, и такимъ образомъ будетъ возстановленъ правильный текстъ статьи.

Въ приведенномъ случаѣ исправленіе текста статьи вызвано явнымъ его извращеніемъ. Но бываютъ и такіе случаи, гдѣ текстъ самъ по себѣ ничего абсурднаго не заключаетъ, а между тѣмъ волѣ законодателя не соотвѣтствуетъ. Въ подобныхъ случаяхъ слѣдуетъ обращаться къ оригинальному тексту закона, а не къ воспроизведенію его въ Сводѣ законовъ или въ иномъ дѣйствующемъ сборникѣ. Правительствующій Сенатъ

неоднократно указываетъ, что отъ перемѣщенія извѣстной статьи въ кодификаціонномъ порядкѣ изъ одного тома Свода законовъ въ другой статья эта не теряетъ своего значенія и силы [1]). Значитъ, имѣетъ значеніе законъ въ томъ видѣ и смыслѣ, въ какомъ онъ вышелъ изъ рукъ законодателя, а не въ томъ, въ какомъ онъ помѣщенъ въ Сводѣ.

По поводу законовъ, написанныхъ не на русскомъ языкѣ, Правительствующему Сенату пришлось высказать то положеніе, что за подлинный текстъ закона долженъ быть признанъ иностранный его текстъ, а не русское изложеніе. Такой взглядъ высказанъ Правительствующимъ Сенатомъ именно по поводу дѣйствующаго въ Бессарабской губерніи Шестикнижія Арменопуло и вызванъ тѣмъ, что между греческимъ текстомъ этого сборника и тѣмъ русскимъ переводомъ, который принятъ въ нашей судебной практикѣ, наблюдается иногда столь явное несоотвѣтствіе, что тамъ, гдѣ въ греческомъ текстѣ нѣчто выражено положительно, въ русскомъ переводѣ дается какъ-разъ обратная отрицательная формулировка оригинальнаго текста. Нужно принять въ соображеніе оригинальный текстъ, а не переводъ его, говоритъ Правительствующій Сенатъ [2]). Разумѣется, такой взглядъ могъ быть высказанъ

[1]) Рѣшеніе 1880 года № 142: „Вслѣдствіе одного кодификаціоннаго соединенія въ 800 и 801 ст. уст. гражд. суд. изд. 1876 г. какъ прежнихъ 800 и 801 ст. въ ихъ первоначальномъ видѣ, такъ и различныхъ двухъ дополнительныхъ къ нимъ законовъ 10 апрѣля 1867 г. и 1 іюля 1868 г., означенныя законоположенія не могли получить новый смыслъ и значеніе, ибо означеннымъ кодификаціоннымъ, а не законодательнымъ, путемъ не могло быть произведено перемѣны въ законоположеніи“; 1880 г. № 200: „На основаніи 65, 72 и 73 ст. Св. зак. осн., законъ не можетъ быть перемѣняемъ и сохраняетъ свое дѣйствіе, доколѣ не будетъ отмѣненъ силою новаго закона; при чемъ отмѣна закона совершается тѣмъ же порядкомъ, какой означенъ для составленія закона. Поэтому, изъ кодификаціоннаго перемѣщенія законоположеній изъ одного тома Свода законовъ въ другой или изъ одной части тома въ другую перемѣны закона выводить нельзя“; 1881 г. № 40—id.; 1881 г. № 98: „Очевидно, что значеніе каждаго законоположенія зависитъ отъ его содержанія, а не отъ мѣста, какое оно занимаетъ въ Сводѣ законовъ, и, слѣдовательно, перенесеніе какой либо статьи изъ одного тома Свода законовъ въ другой, безъ всякаго измѣненія его содержанія, не можетъ превратить ее изъ правила процессуальнаго въ постановленіе матеріальнаго права, или наоборотъ“. 1882 г. № 128—id.

[2]) Рѣшеніе 1909 г. № 73: „Такъ какъ такой искъ (querela inofficiosi testamenti) могъ подлежать удовлетворенію со стороны судебной палаты лишь при условіи

Правительствующимъ Сенатомъ потому, что переводъ Шестикнижія лишенъ оффиціальной санкціи. Въ такомъ же положеніи, слѣдовательно, находится и вопросъ о текстѣ Кодекса Наполеона. Но совершенно иное приходится сказать о Сводѣ гражданскихъ узаконеній губерній Прибалтійскихъ, оффиціальнымъ текстомъ коего по закону признается русскій, а не нѣмецкій текстъ.

По установленіи подлежащаго примѣненію текста закона судъ приступаетъ къ грамматическому его истолкованію, выясняя смыслъ отдѣльныхъ словъ закона и грамматическую между ними связь. Установить смыслъ слова въ конкретномъ случаѣ приходится не только тогда, когда одно и то же слово можетъ имѣть различныя значенія (напр., слово „состояніе“ въ значеніи „сословіе“ и въ значеніи средствъ къ жизни— рѣшеніе 1882 г. № 152), но и въ тѣхъ даже случаяхъ, когда слово имѣетъ только одно значеніе: въ рѣшеніи 1903 г. № 101 возникъ вопросъ о значеніи слова „море“, такъ какъ представилась необходимость отвѣтить на вопросъ, распространяется-ли ст. 683 1 ч. X т. и на событія, происходящія въ водахъ Каспійскаго моря. Вопросъ разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ, но не по тѣмъ соображеніямъ, какія почерпаются изъ географическаго понятія „море“, а путемъ обращенія къ общепринятому взгляду, признающему Каспійское море за море, а не за озеро.

Истолковывая словесный смыслъ закона въ тѣхъ случаяхъ, когда какое либо слово имѣетъ двоякое значеніе, Правительствующій Сенатъ исходитъ изъ того положенія, что „въ каждомъ данномъ случаѣ значеніе выраженія можетъ съ достовѣрностью быть установлено по общему смыслу всей статьи закона, по логическому отношенію выраженія къ тому положенію, которое высказывается въ данномъ законѣ, по сравненію однородныхъ статей закона, въ которыхъ употребляется одно и

правильности перевода Шестикнижія Арменопуло въ той его части, которая изложена на 173 страницѣ, то палата, не обративъ вниманія на подлинникъ Арменопуло на древне-греческомъ языкѣ, указывающій на ошибочность русскаго перевода, нарушила какъ ст. 9 уст. гражд. суд., такъ и общій смыслъ изложенныхъ выше правилъ, содержащихся въ русскомъ переводѣ Арменопуло и Донича“.

то же выраженіе“ (рѣшеніе 1882 г. № 152). Изученіе словесной формы закона должно оставить у судьи убѣжденіе, что законодатель сознательно употребилъ каждое выраженіе и слово въ законѣ и каждымъ отдѣльнымъ словомъ выразилъ обособленныя понятія, „иначе пришлось бы допустить, что законъ для выраженія одной и той же мысли употреблялъ два однозначащихъ выраженія; законъ не повторяется, по крайней мѣрѣ сего не предполагается, и при интерпретаціи закона слѣдуетъ толковать его въ его естественномъ смыслѣ, устраняя мысль о выраженіяхъ излишнихъ, однозначащихъ или ничего не значащихъ“ (тамъ же).

Толкованіе по словесному смыслу, толкованіе грамматическое, есть одно изъ средствъ, направленныхъ на уясненіе истинной воли законодателя. Къ этой же цѣли направленъ и другой способъ толкованія—толкованіе логическое, толкованіе не отдѣльныхъ словъ, а общей ихъ связи и связи даннаго закона съ другими. Правила этого толкованія нигдѣ Правительствующимъ Сенатомъ не преподаны; но въ рѣшеніи Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента 1879 г. № 26 указывается, что „судебныя установленія обязаны руководствоваться точнымъ разумомъ закона, который, очевидно, долженъ быть выведенъ изъ смысла тѣхъ выраженій, въ которыхъ изложенъ законъ“. „Если же, продолжаетъ Правительствующій Сенатъ, редакція закона представляетъ неясности, если между отдѣльными постановленіями закона усматривается противорѣчіе, если наконецъ въ законѣ оказывается неполнота или недостатокъ, т. е. если случай, подлежащій разрѣшенію суда, въ законѣ не предусмотрѣнъ, то судъ долженъ руководствоваться общимъ смысломъ закона. Для опредѣленія общаго смысла закона судъ, кромѣ соображенія относящихся къ данному вопросу постановленій, можетъ обратиться къ разсмотрѣнію тѣхъ источниковъ, изъ которыхъ заимствованы эти постановленія, а равно къ уясненію цѣли, которую имѣлъ законодатель при ихъ изданіи. Но, если смыслъ закона ясенъ самъ по себѣ, то судъ обязанъ лишь примѣнять этотъ законъ. Судъ не въ правѣ, относясь къ закону критически и находя, что извѣстное постановленіе не соот-

вѣтствуетъ общему духу законодательства, что оно не достигаетъ той цѣли, которую законодатель имѣлъ въ виду, ставить на мѣсто яснаго закона другой, лучшій, по мнѣнію суда, законъ. Однимъ словомъ, при истолкованіи законовъ, задача суда заключается единственно въ уясненіи смысла закона, а не въ исправленіи закона".

Конечно, здѣсь еще далеко до исчерпывающаго изложенія правилъ логическаго толкованія, здѣсь только намѣчаются нѣкоторые пріемы толкованія. Какимъ путемъ Правительствующій Сенатъ приходитъ къ установленію „точнаго разума" толкуемаго закона,—это познается по всѣмъ вообще рѣшеніямъ Правительствующаго Сената, которыя имѣютъ значеніе образца, какъ для конкретнаго случая, такъ и для случаевъ подобныхъ (ст. 813 и 815 уст. гражд. суд.).

Правительствующій Сенатъ поставленъ въ необходимость истолковывать не только нормы отечественнаго законодательства, но также и иностранные законы, такъ какъ и въ силу общихъ законовъ, и въ силу конвенціи съ иностранными государствами на нашей территоріи могутъ дѣйствовать и иностранные законы.

Вопросъ о томъ, какія нормы—наши или иностранныя—должны быть примѣнены въ данномъ случаѣ, разрѣшается Правительствующимъ Сенатомъ по соображеніямъ, заимствованнымъ изъ современной теоріи частнаго международнаго права. Положеніе теоріи о дѣйствіи нормы той территоріи, на которой возникъ юридическій актъ,—locus regit actum, воспроизводится съ буквальной точностью кассаціонной практикой [1]), при чемъ на это положеніе дѣлаются Правительству-

[1]) Рѣш. 1884 г. № 140. Проситель указывалъ, что „споры, возникающіе изъ договора, заключеннаго въ одномъ мѣстѣ и приводимаго въ исполненіе въ другомъ мѣстѣ, должны быть разрѣшаемы на основаніи законовъ той изъ этихъ двухъ мѣстностей, которыми взаимныя права и обязанности контрагентовъ болѣе подробно нормированы и гдѣ постановленія закона по данному предмету находятся въ болѣе усовершенствованномъ положеніи". Но „Правительствующій Сенатъ находитъ, что объясненія эти, не подкрѣпленныя ссылкою на законоположенія, изъ которыхъ можно было бы вывести указываемое просителемъ начало, не могутъ быть признаны заслуживающими уваженія. При отсутствіи въ уставѣ гражданскаго судопроизводства положительнаго указанія на то, по какимъ зако-

ющимъ Сенатомъ ссылки [1]) даже въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ для нашего права должно быть сдѣлано исключеніе,—именно въ вопросѣ о законѣ, по которому совершается бракъ русскаго

намъ и въ какихъ предѣлахъ подлежатъ обсужденію акты и договоры, совершенные въ такихъ мѣстностяхъ Россійской Имперіи, въ которыхъ дѣйствуютъ особые для нихъ законы, не вошедшіе въ составъ общаго Свода законовъ этой Имперіи, необходимо, въ силу ст. 9 уст. гражд. суд., обратиться для разрѣшенія этого вопроса къ правилу, установленному въ ст. 707 уст. гражд. суд., относительно договоровъ и актовъ, совершенныхъ за границею. На основаніи этого узаконенія, договоры и акты эти обсуждаются на основаніи законовъ того государства, въ предѣлахъ коего они совершены, и признаются дѣйствительными, если только заключающіяся въ нихъ сдѣлки не противны общественному порядку и не воспрещены законами Имперіи.... Договоры и акты, заключенные въ Остзейскихъ губерніяхъ, могутъ быть обсуждаемы по мѣстнымъ узаконеніямъ лишь въ отношеніи порядка ихъ совершенія и для опредѣленія взаимныхъ правъ и обязанностей, вытекающихъ изъ выраженныхъ въ нихъ сдѣлокъ для участвовавшихъ въ заключеніи оныхъ сторонъ, но споры по исполненію такихъ договоровъ, возникающіе въ мѣстностяхъ Россійской Имперіи, въ которыхъ дѣйствуютъ общіе для Имперіи законы, должны быть разрѣшаемы на основаніи этихъ послѣднихъ законовъ". 1886 г. № 91 (id.), 1889 г. № 97 (id.); 1890 г. № 12: „По смыслу ст. 707 уст. гражд. суд. договоры и акты, совершенные за границею, должны обсуждаться на основаніи законовъ того государства, въ предѣлахъ коего они совершены, во всемъ ихъ объемѣ, слѣдовательно, какъ въ отношеніи обряда ихъ совершенія, такъ и въ отношеніи правъ и обязанностей, устанавливаемыхъ ими для сторонъ, а также и въ отношеніи всѣхъ послѣдствій ихъ неисполненія, а въ томъ числѣ и въ отношеніи давности или сроковъ, въ теченіе которыхъ обязавшаяся сторона подлежитъ по онымъ отвѣтственности". Хотя въ рѣшеніи 1895 г. № 89 Правительствующій Сенатъ и пришелъ къ выводу, что „при обсужденіи въ русскихъ судахъ споровъ по договорамъ, совершеннымъ за границею, иностранные законы примѣняются только къ тѣмъ договорамъ, исполненіе которыхъ назначено въ иностранномъ государствѣ или мѣсто исполненія коихъ не указано въ договорѣ, къ тѣмъ же договорамъ, мѣстомъ исполненія которыхъ назначена Россія, должны быть примѣняемы русскіе законы, а слѣдовательно, и русскіе законы о давности", но уже въ рѣшеніи 1906 г. № 57 Правительствующій Сенатъ возвратился къ прежнему своему ученію, что „договоры и акты, совершенные за границею (въ томъ числѣ и вексельныя обязательства), въ отношеніи какъ формы ихъ совершенія, такъ и правъ и обязанностей, ими установленныхъ, подлежатъ, вопреки рѣшенію 1895 г. № 89, дѣйствію иностранныхъ законовъ мѣста ихъ совершенія безотносительно къ мѣсту ихъ исполненія.... Это оправдывается общимъ юридическимъ началомъ „locus regit actum", примѣнимымъ вообще ко всякимъ юридическимъ дѣйствіямъ, въ силу котораго упомянутыя дѣйствія, имѣя вполнѣ самостоятельное значеніе, должны подчиняться законамъ мѣста ихъ совершенія".

[1]) Рѣш. 1904 г. № 42: „относительно формы духовныхъ завѣщаній въ частномъ международномъ правѣ принято начало „locus regit actum", которое выражено также въ 464 и 707 ст. уст. гражд. суд."; рѣш. 1906 г. № 108: „Правитель-

подданнаго [1]). Наше право знаетъ единственную форму совершенія брака въ видѣ религіознаго обряда, но не въ видѣ гражданскаго акта: поэтому для дѣйствительности бракосочетанія русскаго подданнаго за границей необходимо, чтобы бракъ совершенъ былъ въ формѣ церковнаго вѣнчанія,—и этого будетъ достаточно для дѣйствительности такого брака въ предѣлахъ Россіи. Если же стать на точку зрѣнія locus regit actum, то нужно будетъ признать, что бракъ русскаго подданнаго за границей будетъ дѣйствителенъ вездѣ, даже и въ Россіи, и въ томъ случаѣ, если онъ будетъ совершенъ, согласно закону мѣста, только въ формѣ гражданской. Привлекать къ разрѣшенію даннаго вопроса положеніе locus regit actum совершенно излишне было въ томъ частномъ случаѣ, который подлежалъ разрѣшенію Правительствующаго Сената въ рѣшеніи 1899 г. № 39; между тѣмъ примѣненіе начала locus regit actum даже и къ бракосочетаніямъ русскихъ подданныхъ за границей, при отсутствіи регламентаціи вопроса о смѣшанныхъ бракахъ въ законѣ и при томъ авторитетѣ, какимъ пользуются кассаціонныя рѣшенія, можетъ имѣть самыя нежелательныя послѣдствія для русскихъ подданныхъ, которыя вступили въ бракъ за границей. Въ другихъ случаяхъ совершенія юридическихъ актовъ за границей положеніе locus regit actum примѣняется Правительствующимъ Сенатомъ вполнѣ умѣстно, соотвѣтственно тѣмъ выводамъ, какіе даетъ теорія.

Очень часто при толкованіи законовъ Правительствующій Сенатъ пользуется формулой, гласящей, что законы спеціаль-

---

ствующій Сенатъ находитъ, что по общему правилу, признаваемому и нашимъ законодательствомъ, формальная или обрядовая сторона актовъ и сдѣлокъ опредѣляется закономъ мѣста ихъ совершенія (locus regit actum)"; рѣш. 1909 г. № 21 (id.).

[1]) Рѣш. 1899 г. № 39: „Подданные одного государства, вступающіе въ бракъ въ другомъ государствѣ, должны руководствоваться не только мѣстными территоріальными законами государства, гдѣ совершается обрядъ бракосочетанія, по общему правилу подчиненія совершенія юридическихъ дѣйствій законамъ мѣста ихъ совершенія (locus regit actum), но и отечественнымъ законамъ, въ особенности относительно личныхъ правъ и условій, при которыхъ возможно вступленіе въ бракъ (status personalis)".

ные не подлежатъ распространительному толкованію [1]). Нигдѣ, конечно, въ законѣ подобной формулы мы не встрѣтимъ. Къ установленію такой формулы возможно было бы прійти путемъ постояннаго примѣненія того положенія, что ограничительные законы подлежатъ примѣненію въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ это установлено законодателемъ: но теоріей уже установлено правило, гласящее, что leges speciales sricte sunt interpretandae, и потому едва-ли будетъ большой смѣлостью признать, что правило объ ограничительномъ толкованіи спеціальныхъ законовъ заимствовано Правительствующимъ Сенатомъ какъ готовое изъ юридической теоріи.

IV. О лицахъ юридическихъ.

Раздѣленіе субъектовъ права на лица физическія и лица юридическія усвоено практикою Правительствующаго Сената очень прочно.

Конечно, и въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ имѣется достаточно матеріала для установленія этихъ двухъ категорій субъектовъ, въ особенности слѣдуетъ принять во вниманіе ст. 698 т. X ч. 1, гдѣ дается перечень субъектовъ гражданскаго права и гдѣ изъ десяти пунктовъ этой статьи только два говорятъ о такъ называемыхъ лицахъ физическихъ (п. 1—члены Императорской фамиліи и п. 9—частныя лица), тогда какъ всѣ остальные пункты этой статьи имѣютъ въ

[1]) Рѣш. 1880 г. № 86: „Означенное постановленіе не можетъ быть понимаемо въ иномъ смыслѣ, какъ только изъятіе изъ общихъ правилъ, а потому не представляется основаній распространять дѣйствіе сего постановленія на случаи, въ немъ не предусмотрѣнные“. Рѣш. 1881 г. № 6: „Статьями общаго гражданскаго закона не можетъ быть ограничиваемо точное примѣненіе правилъ спеціальнаго закона“; рѣш. 1881 г. № 142: „Уставъ общества, какъ законъ спеціальный, исключаетъ примѣненіе общаго закона“; рѣш. 1908 г. № 52: „Какъ законъ исключительный, статья эта (131[4]) должна быть понимаема въ томъ самомъ смыслѣ и въ тѣхъ предѣлахъ, которые установлены закономъ, безъ всякаго распространенія на случаи, прямо въ немъ не предусмотрѣнные“; рѣш. 1908 г. № 62: „Законы спеціальные и исключительные не подлежатъ распространительному толкованію“; рѣш. 1910 г. № 102: „Спеціальный законъ, устанавливающій для извѣстнаго рода дѣлъ или случаевъ изъятіе изъ общаго закона, долженъ быть примѣняемъ исключительно къ тѣмъ дѣламъ и случаямъ, для которыхъ онъ изданъ“; рѣш. 1911 г. № 71: „Ст. 683 т. X ч. 1, какъ законоположеніе исключительное, не поддается распространительному толкованію“.

виду такихъ носителей гражданскаго права, которые въ теоріи именуются юридическими лицами.

Терминъ „юридическое лицо“, благодаря практикѣ Правительствующаго Сената, принятъ въ проектѣ гражданскаго уложенія, закону же этотъ терминъ не былъ извѣстенъ до изданія основныхъ законовъ 1906 г., гдѣ въ ст. 81 впервые употребленъ этотъ терминъ.

Итакъ, благодаря практикѣ Правительствующаго Сената, нашъ оборотъ усвоилъ принятую нѣмецкой юриспруденціей терминологію, отдавъ ей предпочтеніе предъ терминологіей французской. Но этого мало: практика Правительствующаго Сената восприняла не только терминологію, но и существо теоріи, посвященной юридическимъ лицамъ.

Уже рѣшеніе 1874 г. № 597 говоритъ о лицахъ физическихъ и юридическихъ, какъ о понятіяхъ точно извѣстныхъ нашему законодательству. Но ближайшее опредѣленіе понятія „юридическое лицо“ дается въ рѣшеніи 1880 г. № 246, на каковое рѣшеніе дѣлаются ссылки во всѣхъ позднѣйшихъ рѣшеніяхъ, касающихся юридическаго лица. „Юридическое лицо есть субъектъ права, не подходящій подъ понятіе физическаго лица. Юридическія лица возникаютъ искусственно, съ разрѣшенія надлежащей власти, для достиженія извѣстныхъ цѣлей. Слѣдовательно, юридическому лицу не могутъ принадлежать всѣ тѣ права, которыя принадлежатъ лицамъ физическимъ, а только такія, которыя ему необходимы для достиженія его спеціальной цѣли существованія, и вслѣдствіе того эти права опредѣляются тѣмъ актомъ, который создаетъ и признаетъ существованіе юридическаго лица. Всякое дѣйствіе юридическаго лица, клонящееся къ достиженію цѣли, выходящей за предѣлы той цѣли, для которой оно существуетъ, не можетъ почитаться законнымъ, такъ какъ оно составляетъ присвоеніе себѣ права, ему не принадлежащаго“. Таковы основныя положенія ученія Правительствующаго Сената о юридическомъ лицѣ. Отступать отъ этихъ положеній въ послѣдующей практикѣ Правительствующему Сенату не приходилось; напротивъ, эти положенія лежатъ въ основѣ всѣхъ послѣдующихъ рѣшеній. Такъ, въ рѣшеніи 1907 г. № 61

читаемъ: „Законъ нашъ, допуская искусственное возникновеніе разныхъ субъектовъ правъ, отличныхъ отъ физическихъ лицъ, допускаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, въ начертанныхъ имъ предѣлахъ, и разнообразное ихъ устройство, сообщая однимъ изъ нихъ значеніе самостоятельныхъ юридическихъ лицъ (рѣш. 1880 г. № 246), а другимъ—значеніе самостоятельныхъ сословій лицъ, имѣющихъ свои имущественныя права, независимыя отъ физическихъ лицъ, составляющихъ эти сословія".

Всякій субъектъ гражданскаго права, не подходящій подъ понятіе лица физическаго, есть лицо юридическое. И не только тѣ отвлеченные комплексы, которые перечислены въ ст. 698 т. X ч. 1, но и другіе, въ законѣ прямо не указанные, признаются за юридическія лица,—но на какомъ основаніи? Для бытія юридическаго лица недостаточно одного матеріальнаго субстрата, а необходимо еще, чтобы за этимъ субстратомъ законъ признавалъ характеръ самостоятельнаго субъекта права. Поэтому никакъ нельзя признать правильнымъ проводившійся во многочисленныхъ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената [1]) взглядъ на крестьянскій дворъ, какъ на юридическое лицо, ибо ни въ какомъ законѣ за крестьянскимъ дворомъ не былъ признанъ характеръ юридическаго лица. Правда, и другіе комплексы, за которыми признается въ практикѣ Правительствующаго Сената характеръ юридической личности, не указаны въ ст. 698 т. X ч. 1; но Правительствующій Сенатъ неоднократно вполнѣ правильно замѣчаетъ [2]), что ст. 698 не даетъ исчерпывающаго перечня юридическихъ лицъ, а что существуютъ и такія юридическія лица, которыя здѣсь и не упоминаются: для того, чтобы признать юридическую личность за не упоминаемыми въ ст. 698 комплексами, необходимо имѣть соотвѣтствующее основаніе

[1]) Рѣш. Общаго Собранія 1892 г. № 42 и др.

[2]) Рѣш. 1909 г. № 84: „Хотя въ ст. 414 и 698 т. X ч. 1 не содержится указаній на право крестьянской волости пріобрѣтать имущества, но, какъ уже обнаружилось изъ практики Правительствующаго Сената, перечень, сдѣланный въ этихъ законоположеніяхъ, не исчерпываетъ тѣхъ общественныхъ организацій, коимъ законъ усвоиваетъ право на обладаніе имуществами, а слѣдовательно, и право пріобрѣтенія таковыхъ".

въ какомъ либо спеціальномъ законѣ или въ утвержденномъ законодательною властью уставѣ. И дѣйствительно, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ Правительствующій Сенатъ признаетъ юридическую личность за извѣстными комплексами [1]), основаніемъ для такого признанія оказывается та объективная норма, которою опредѣляется правоспособность даннаго комплекса. Слѣдовательно, считать за юридическое лицо крестьянскій дворъ нѣтъ никакихъ основаній, ибо ни въ общемъ положеніи о крестьянахъ, ни въ мѣстныхъ о нихъ положеніяхъ не говорится, чтобы крестьянскій дворъ представлялъ собою юридическое лицо.

Уклонившись отъ положеній теоріи признаніемъ характера юридическаго лица за крестьянскимъ дворомъ, Правительствующій Сенатъ однако стоитъ на точкѣ зрѣнія теоріи въ вопросѣ о томъ, какія бываютъ юридическія лица. Такъ, въ ст. 698 имѣется достаточно матеріала для различенія корпорацій („товарищества, компаніи, конкурсы—сословія лицъ“) и учрежденій и установленій, и Правительствующему Сенату приходится только признать это положеніе. Можетъ ли быть признанъ характеръ юридическаго лица и за такъ называемыми въ нѣмецкой юриспруденціи цѣлевыми имуществами (Zweckvermögen)? И Правительствующій Сенатъ не встрѣчаетъ препятствій къ утвердительному разрѣшенію этого вопроса. Въ тѣхъ рѣшеніяхъ, гдѣ идетъ рѣчь объ отказахъ, какъ, напр., рѣшеніе 1902 г. № 104 объ „Іерусалимской помощи“ и о денежномъ фондѣ въ пользу бѣдныхъ невѣстъ (рѣшеніе 1875 г. № 27), у Правительствующаго Сената не возникаетъ никакихъ сомнѣній о допустимости подобныхъ распоряженій

---

[1]) Въ практикѣ Правительствующаго Сената признаются юридическими лицами—полкъ (рѣш. 1885 г. № 68), казна (рѣш. 1889 г. № 130), клубъ (рѣш. 1880 г. № 186, 1903 г. № 104), состоящіе въ духовномъ вѣдомствѣ общества, братства, пріюты, богадѣльни и т. п. религіозно-просвѣтительныя, благотворительныя и богоугодныя учрежденія, дѣйствующія на основаніи уставовъ или правилъ, утвержденныхъ епархіальными начальствами либо Св. Синодомъ (рѣш. 1900 г. № 45), общество врачей, любителей физическихъ упражненій и велосипедной ѣзды (рѣш. 1904 г. № 34), иностранныя государства (рѣш. 1909 г. № 75), еврейскія синагоги и молитвенные дома (рѣш. 1911 г. № 47), торговое товарищество (рѣш. 1887 г. № 42, 1907 г. № 61, 1908 г. № 49, 1913 г. 79).

въ духовномъ завѣщаніи [1]): создается имущественный фондъ, принадлежащій не какому либо физическому лицу, не какому либо комплексу лицъ, а единственно той цѣли, въ виду которой этотъ фондъ выдѣленъ; олицетворяется самая эта цѣль, появляется такимъ образомъ новый субъектъ гражданскаго права, субъектъ мыслимый, но не реально существующій, слѣдовательно—юридическое лицо.

Для созданія такого юридическаго лица—достаточно ли одного образованія физическаго субстрата, въ видѣ выдѣленія имущественнаго фонда, или необходимо и въ этомъ случаѣ особое признаніе со стороны закона? Безъ признанія со стороны закона выдѣленное для извѣстной цѣли имущество не можетъ быть сочтено за самостоятельнаго субъекта гражданскаго права,—иначе отъ частнаго лица зависѣло бы всецѣло создавать юридическія лица безъ всякаго контроля со стороны власти. Какая именно власть, вѣрнѣе—какой именно органъ власти, признаетъ юридическую личность за выдѣленнымъ для извѣстной цѣли имуществомъ,—это зависитъ отъ характера той цѣли, ради которой совершено выдѣленіе имущества, какъ это явствуетъ изъ ст. 980—986 т. X ч. 1, говорящихъ о пожертвованіяхъ: въ крайнемъ случаѣ, при неуказаніи, какимъ органомъ власти должно быть принято пожертвованное имущество въ данномъ случаѣ, такое пожертвованіе относится къ вѣдомству Министерства Внутреннихъ Дѣлъ [2]); но можетъ быть принято пожертвованное ему-

---

[1]) Рѣш. 1888 г. № 63 посвящено вопросу: „воспрещено ли нашими законами назначать въ духовномъ завѣщаніи наслѣдниками въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ такихъ лицъ, которыя не только при составленіи завѣщанія, но и въ моментъ смерти завѣщателя еще не находятся въ наличности". На этотъ вопросъ Правительствующій Сенатъ отвѣчаетъ: „Подобныя завѣщанія, не воспрещенныя въ пользу лицъ физическихъ, разрѣшены закономъ въ пользу лицъ и учрежденій юридическихъ; завѣщатель можетъ предоставить свое имѣніе для цѣлей общественной благотворительности и пользы, при чемъ самое благотворительное учрежденіе можетъ еще и не существовать, а должно быть устроено послѣ на счетъ средствъ, въ завѣщаніи указанныхъ, или же помимо оныхъ, и даже предметъ употребленія пожертвованныхъ завѣщателемъ средствъ можетъ быть опредѣленъ въ завѣщаніи безъ точнаго указанія".

[2]) Рѣш. 1875 г. № 27, 1879 г. № 289, 1902 г. № 104.

щество и каждымъ министромъ или главноуправляющимъ, въ силу делегированной ему закономъ власти.

Признаніе со стороны власти—въ формѣ ли предварительнаго разрѣшенія или послѣдующаго—необходимо для бытія юридическаго лица. Слѣдовательно, хотя бы субстратъ и существовалъ—а существовать онъ можетъ фактически независимо отъ какого бы то ни было признанія,—нельзя еще говорить о юридическомъ лицѣ, доколѣ не послѣдовало соотвѣтствующее распоряженіе власти. Поэтому, не должно подлежать сомнѣнію, что не всякая совокупность физическихъ лицъ представляетъ собою юридическое лицо, а только такая совокупность, за которою признанъ характеръ самостоятельнаго субъекта.

Въ практикѣ Правительствующаго Сената вопросъ этотъ разрѣшается не всегда одинаково. Первоначально Правительствующій Сенатъ училъ, что не всякое товарищество есть непремѣнно юридическое лицо. Конечно, существуютъ такія товарищества, которыя, уже въ силу общаго закона, являются лицами юридическими: таковы полное товарищество и товарищество акціонерное. Но товарищество на вѣрѣ, конечно, не есть юридическое лицо, какъ нельзя признать за юридическое лицо и тѣ крестьянскія товарищества, которыя образуются, по ст. 45 пол. Крест. поз. банка, для совмѣстнаго пріобрѣтенія земли. Поэтому слишкомъ далеко заходитъ практика Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената, когда въ рѣшеніи 1909 г. № 10 провозглашаетъ, что „всякаго рода товарищества и компаніи признаются закономъ самостоятельными лицами, отличными отъ частныхъ физическихъ лицъ, ихъ составляющихъ; имѣютъ свое отдѣльное имущество и вступаютъ въ самостоятельныя договорныя отношенія съ третьими лицами“. Въ дѣйствительности же юридическимъ лицомъ является то товарищество, а въ позднѣйшемъ правѣ (законъ 4 марта 1906 г.) и тотъ союзъ, за которымъ въ установленномъ порядкѣ признанъ характеръ самостоятельнаго субъекта гражданскаго права.

V. Объекты гражданскаго права.

Этотъ вопросъ въ дѣйствующемъ законодательствѣ находится въ болѣе благопріятномъ положеніи, чѣмъ какіе либо другіе вопросы общей части. Въ ст. 382 и сл. говорится о разныхъ родахъ имуществъ, при чемъ въ основу раздѣленія положенъ признакъ недвижимости и движимости.

Среди недвижимыхъ имуществъ обращаютъ на себя вниманіе Правительствующаго Сената два вида—имѣнія населенныя и имѣнія родовыя.

По объясненію Правительствующаго Сената, помѣщенному въ примѣчаніи къ ст. 385, недвижимыя имѣнія раздѣлялись на населенныя и ненаселенныя при существованіи крѣпостного права: населеннымъ считалось такое имѣніе, гдѣ жили владѣльческіе крестьяне, находившіеся въ зависимомъ отношеніи къ помѣщику—владѣльцу имѣнія. Поэтому, поясняетъ Правительствующій Сенатъ, съ прекращеніемъ крѣпостной зависимости, населенными—только временно—могутъ почитаться тѣ имѣнія, гдѣ сохранены временно обязательныя отношенія между крестьянами и помѣщикомъ. А такъ какъ въ настоящее время обязательныя отношенія между помѣщиками и крестьянами уже отошли въ область исторіи, то признакъ населенности уже потерялъ свое практическое значеніе.

Но кассаціонная практика смотритъ на этотъ вопросъ нѣсколько иначе. И теперь, по ученію Общаго Собранія 1897 г. № 12, существуютъ населенныя имѣнія, и таковыми въ Западныхъ губерніяхъ оказываются владѣльческіе города и мѣстечки: населенными признаются они очевидно по тому соображенію, что между владѣльцемъ-вотчинникомъ и владѣльцами-чиншевиками существуютъ отношенія постоянной повинности, но не личной, какъ это было при существованіи крѣпостного права, а зависимости имущественной. Отсюда Правительствующимъ Сенатомъ дѣлается выводъ, что владѣльческіе города и мѣстечки могутъ быть пріобрѣтаемы только потомственными дворянами (рѣш. Общ. Собр. 1892 г. № 24).

Практически важное раздѣленіе нашихъ недвижимостей на *родовыя и благопріобрѣтенныя* не исчерпывается, по ученію Правительствующаго Сената, ст. 397—399 т. X ч. 1, несмотря

на категорическую редакцію обѣихъ этихъ статей. Именно, возникшій на практикѣ вопросъ, родовыми или благопріобрѣтенными считать недвижимыя имѣнія, доставшіяся дѣтямъ отъ родителей по выдѣлу, разрѣшенъ Правительствующимъ Сенатомъ въ смыслѣ признанія родового характера за выдѣленными имѣніями, при чемъ въ основаніе такого взгляда принято положеніе, что выдѣлъ представляетъ собою *предваренное наслѣдованіе* [1]). Правда, законъ такого вида наслѣдованія не знаетъ, ибо говоритъ лишь о такомъ наслѣдованіи, которое открывается смертью наслѣдодателя или юридическими моментами, къ смерти приравниваемыми. Если достающіяся дѣтямъ по выдѣлу недвижимыя имѣнія становятся родовыми, то, казалось бы, послѣдовательность требуетъ, чтобы такой же характеръ признанъ былъ и за тѣми недвижимыми имѣніями, которыя, будучи у родителей благопріобрѣтенными, достаются отъ нихъ дѣтямъ *по даренію*: однако въ этомъ случаѣ, по ученію Правительствующаго Сената [2]), имѣніе не пріобрѣтаетъ характера родового, а остается у дѣтей благопріобрѣтеннымъ. Недвижимость, достающаяся дочерямъ и родственницамъ по случаю выхода ихъ въ замужество, т. е. приданое, имѣетъ одинаковый характеръ съ выдѣломъ и потому признается за родовое [3]). Несомнѣнно, всѣ эти толкованія не отличаются единообразіемъ; почему выдѣлъ—предваренное наслѣдованіе, а дареніе таковымъ не считается, хотя выдѣлъ, какъ и дареніе, въ одинаковой мѣрѣ зависятъ единственно отъ усмотрѣнія владѣльца, желающаго, но не обязаннаго распорядиться своимъ благопріобрѣтеннымъ недвижимымъ имѣніемъ? Да и что это за понятіе—предваренное наслѣдство! Не явилось ли оно только вслѣдствіе того, что Правительствующій Сенатъ счелъ нужнымъ распространить понятіе родовыхъ имѣній и за предѣлы, установленные закономъ: признать имѣніе за родовое возможно только при установленіи наслѣдственнаго перехода его; а гдѣ же взять наслѣдственный переходъ, когда такового не было? Тутъ и пришло на помощь конструк-

[1]) Рѣш. 1888 г. № 74.
[2]) Рѣш. 1897 г. № 68.
[3]) Рѣш. 1910 г. № 16.

тивное соображеніе: выдѣлъ совершенъ въ пользу такого лица, которое наслѣдовало бы, если бы наслѣдство открылось, т. е. если бы владѣлецъ умеръ. Однако владѣлецъ живъ во время перехода имѣнія при посредствѣ выдѣла, какъ живъ онъ и тогда, когда совершалъ дареніе. Слѣдовательно, прежде всего переходъ имѣнія прижизненный, и, въ виду положенія viventis hereditas non datur,—о какомъ наслѣдованіи можетъ быть здѣсь рѣчь? Тѣмъ не менѣе, практика Правительствующаго Сената твердо стоитъ на признаніи родового характера за выдѣленными дѣтямъ при жизни родителей благопріобрѣтенными имѣніями послѣднихъ.

Противоположную недвижимымъ имуществамъ категорію составляютъ имущества *движимыя*. Основнымъ положеніемъ въ примѣненіи о движимости является правило ст. 534 т. X ч. 1: движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано. Такъ какъ владѣніе движимостью предполагаетъ наличность юридическаго основанія, то споръ противъ владѣнія движимостью есть споръ противъ предполагаемаго права, а потому не можетъ быть, по ученію Правительствующаго Сената, владѣльческаго иска о движимости, а можетъ быть только искъ съ доказательствами своего лучшаго въ сравненіи съ отвѣтчикомъ права на спорную вещь.

Въ силу того же положенія, что владѣніе движимостью выражаетъ существованіе права на владѣніе, пріобрѣтеніе права на движимость возможно не только отъ собственника, но и отъ владѣльца, при наличности у пріобрѣтателя доброй совѣсти. Но отъ этого тезиса, въ новѣйшее время, Правительствующій Сенатъ дѣлаетъ отступленіе, по аналогіи со ст. 1512 т. X ч. 1, по силѣ которой краденыя вещи, хотя бы и добросовѣстно пріобрѣтенныя, все равно отбираются отъ пріобрѣтателя и возвращаются ихъ хозяину, у котораго были украдены: въ рѣшеніи Общ. Собр. 1906 г. № 26 Правительствующій Сенатъ распространилъ это положеніе и на вещи растраченныя.

VI. Юридическіе акты.

Классификація способовъ созданія гражданскихъ правъ, указанная въ примѣчаніи къ ст. 699 т. X ч. 1, конечно, не можетъ быть признано удачной. Правительствующій Сенатъ оперируетъ съ понятіемъ юридическихъ актовъ или сдѣлокъ. Что до порядка совершенія актовъ, то соотвѣтствующій матеріалъ имѣется въ законѣ, въ ст. 917—923 т. X ч. 1 и въ положеніи о нотаріальной части; что же касается характеристики содержанія юридическихъ актовъ, то этотъ вопросъ всецѣло разработанъ практикой Правительствующаго Сената.

Главнымъ условіемъ совершенія каждаго юридическаго акта является свобода воли дѣйствующаго субъекта: „произволъ и согласіе должны быть свободны“. Въ законѣ указано, когда свобода произвола и согласія отсутствуетъ: когда наблюдается принужденіе и подлогъ.

Правительствующій Сенатъ воспользовался правиломъ закона о принужденіи и подъ понятіе принужденія подвелъ еще ошибку и заблужденіе. Для опредѣленія понятія принужденія имѣется достаточный матеріалъ въ текстѣ закона: „принужденіе бываетъ, когда кто либо, бывъ захваченъ во власть другого, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательство насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла...“

Указанное въ ст. 702 понятіе „принужденія“ истолковывалось Правительствующимъ Сенатомъ не всегда одинаково. Первоначально, въ рѣшеніяхъ 1868 г. № 785, 1869 г. № 760, 1875 г. № 258, 1876 г. № 398, 582, 1878 г. № 154, Правительствующій Сенатъ училъ, что нарушаетъ произволъ и согласіе только такое принужденіе, которое карается уголовнымъ закономъ. Позже однако кассаціонная практика (рѣш. 1901 г. № 21) пришла къ выводу, что „по смыслу 700—702 ст. подъ принужденіемъ, нарушающимъ свободу произвола и согласія при заключеніи сдѣлки, разумѣется не одно только насильственное, физическое дѣйствіе, наказуемое уголовнымъ закономъ, но и нравственное принужденіе посредствомъ угрозъ, возбуждающихъ серьезный страхъ предъ настоящимъ или будущимъ дѣйствительнымъ

зломъ ... Несомнѣнно, что принужденіе исключаетъ свободу воли не только тогда, когда оно является въ видѣ физическаго насилія, но и тогда, когда свобода воли нарушается угрозою настоящаго или будущаго зла. Для этого однако требуется, чтобы угроза была дѣйствительная, серьезная, возбуждающая основательное опасеніе за дорогія блага человѣка, за его жизнь, здоровье, честь или имущество, или за благо лицъ ему близкихъ".

Послѣдствія принужденія намѣчены въ законѣ такими чертами, которыя менѣе всего относятся къ области гражданскаго [1]) права: говорится о томъ, что, не упуская времени, слѣдуетъ заявить окольнымъ людямъ и полиціи и просить о производствѣ изслѣдованія; но, какія возможны послѣдствія въ области гражданскаго права для акта, совершеннаго подъ вліяніемъ принужденія, объ этомъ въ законѣ ничего не сказано. Однако съ этимъ вопросомъ неизбѣжно должна была столкнуться практика Правительствующаго Сената, которая разрѣшила вопросъ такъ, какъ разрѣшается онъ въ теоріи: сдѣлка, совершенная подъ вліяніемъ принужденія, можетъ быть либо прямо оспорена искомъ, направленнымъ на уничтоженіе акта (actio quod metus causa), или же можетъ имѣть мѣсто возраженіе противъ предъявленнаго требованія со ссылкой на моментъ принужденія (exceptio quod metus causa) [2]). Срокъ, въ теченіе котораго возможно обратиться къ этимъ средствамъ судебной защиты, по ученію кассаціонной практики, совсѣмъ не совпадаетъ съ періодомъ, указаннымъ въ законѣ, и ограничивается только періодомъ исковой давности.

Для опредѣленія понятій заблужденія и ошибки Прави-

---

[1]) Рѣш. 1876 г. № 398: „О послѣдствіяхъ необъявленія о принужденіи по установленному ст. 703 порядку въ семидневный срокъ въ законахъ гражданскихъ не указывается... Нельзя допустить, чтобы лицо, коимъ совершенъ актъ или выдано обязательство по принужденію, въ случаѣ незаявленія о принужденіи въ семидневный срокъ, лишалось затѣмъ права доказывать недѣйствительность и необязательность акта или обязательства и чтобы сдѣлки эти не могли быть оспариваемы, по случаю совершенія ихъ по принужденію на томъ только основаніи, что объ этомъ обстоятельствѣ не было заявлено въ семидневный срокъ.

[2]) Практика Правительствующаго Сената касается этого вопроса въ примѣненіи къ духовнымъ завѣщаніямъ, рѣш. 1893 г. № 11, 1895 г. № 15.

тельствующій Сенатъ воспользовался готовымъ матеріаломъ изъ теоріи, заимствовавшей изъ римскихъ источниковъ понятія error и dolus.

„Правительствующій Сенатъ разъяснилъ, что обманъ и даже простая ошибка и заблужденіе въ предметѣ договора могутъ служить достаточнымъ основаніемъ для уничтоженія самаго договора (рѣш. № 1450—1873 г., № 858—1875 г., № 78—1883, № 28—1884 г. и др.). Раздѣляя въ настоящее время эти соображенія, Правительствующій Сенатъ находитъ, что въ случаяхъ сокрытія отъ покупщика недвижимаго имущества такихъ существенныхъ недостатковъ, при обнаруженіи которыхъ оказалось бы, что покупщикъ получилъ вовсе не то имущество, на покупку котораго онъ изъявилъ согласіе, этотъ обманъ въ качествѣ предмета договора долженъ быть признанъ подрывающимъ свободную волю обманутой стороны и даетъ ей право на требованіе объ уничтоженіи самаго договора“,—рѣш. 1890 г. № 9.

„Обманъ, ошибка и заблужденіе, точно такъ же, какъ и упомянутые въ законѣ принужденіе и подлогъ, нарушая свободу произвола и согласія, составляющихъ необходимыя принадлежности юридическихъ сдѣлокъ, могутъ служить основаніемъ для признанія таковыхъ, въ силу 700 и 701 ст. 1 ч. X т., недѣйствительными“—рѣш. 1899 г. № 60.

„Свобода соглашенія, въ силу 700—702 ст. X т., нарушается невѣдѣніемъ, ошибкою или заблужденіемъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда эти невѣдѣніе, ошибка или заблужденіе исключаютъ возможность свободной воли договаривающихся лицъ при заключеніи договора“,—рѣш. 1903 г. № 106.

Итакъ, для дѣйствительности юридическаго акта требуется прежде всего свобода воли, и притомъ воли сознательной. Можно имѣть права, но не быть способнымъ къ ихъ осуществленію. Можно быть правоспособнымъ, но не быть дѣеспособнымъ. Придерживаясь закона, практика Правительствующаго Сената проводитъ различіе между этими двумя юридическими моментами [1]), что̀ особенно интересно въ виду

[1]) Рѣш. 1896 г. № 44: „ . . . Правительствующій Сенатъ находитъ необходимымъ вновь разсмотрѣть вопросъ о томъ, чѣмъ обусловливается *правоспо-*

того, что проектъ гражданскаго уложенія отказался отъ различенія этихъ двухъ понятій и подъ правоспособностью разумѣетъ какъ способность обладать правами, такъ и способность дѣйствовать въ юридическомъ смыслѣ [1]). Но при существованіи значительнаго количества ограничительныхъ законовъ, по силѣ которыхъ цѣлыя категоріи субъектовъ гражданскаго права оказываются вовсе неспособными обладать нѣкоторыми правами, какъ же можно отказываться отъ различенія тѣхъ понятій, которыя диктуются самимъ закономъ? Правда, термина „дѣеспособность“ въ законѣ нѣтъ, есть только „правоспособность“; но въ то же время, несомнѣнно, законъ даетъ основаніе признать, что дѣеспособнымъ является не всякій правоспособный субъектъ, и потому практика Правительствующаго Сената имѣла полное основаніе установить различіе между этими двумя понятіями соотвѣтственно различію между Rechts- и Handlungsfähigkeit.

Воля дѣйствующаго субъекта (произволъ, согласіе) должна быть свободна. Составляя сущность юридическаго акта, свободная воля должна соотвѣтствовать и внѣшнему своему выраженію, такъ что между волей и выраженіемъ ея должно наблюдаться полное согласіе. Нѣкоторый, хотя, конечно, и скудный матеріалъ для этого ученія мы найдемъ и въ тѣхъ дѣйствующихъ законахъ, гдѣ говорится о завѣщательныхъ и дар-

---

собность и *дѣеспособность* глухонѣмыхъ, разумѣя подъ первою управомочіе лица на обладаніе гражданскими правами, а подъ второю—способность самостоятельно изъявлять волю по предмету распоряженія имуществомъ или принятія на себя обязательствъ... Дѣеспособность глухонѣмыхъ, которые въ качествѣ человѣческой личности могутъ обладать всѣми тѣми присущими человѣку по природѣ душевными свойствами, изъ коихъ дѣеспособность слагается, обусловливается собственно наличностью у нихъ этихъ свойствъ, т. е. разума и воли“.

Рѣш. 1901 г. № 22: „ . . . . Правительствующій Сенатъ находитъ, что опекунскія установленія, какъ это видно изъ ст. 212, 225, 374—377 и 381 т. X ч. 1, имѣютъ своею задачею понятіе о лицѣ и имуществѣ лицъ, лишенныхъ законной дѣеспособности по малолѣтству или вслѣдствіе душевныхъ и физическихъ недуговъ, а потому и не могущихъ самостоятельно осуществлять принадлежащихъ имъ правъ или вступать въ юридическія сдѣлки и соглашенія“. Рѣш. 1901 г. № 120 касается вопроса о порядкѣ установленія какъ недѣеспособности умалишеннаго, такъ затѣмъ и дѣеспособности выздоровѣвшаго отъ душевной болѣзни.

Рѣш. 1905 г. № 42 посвящено вопросу о дѣеспособности расточителя.

[1]) Объяснительная записка къ I т. проекта, ст. 6, стр. 18—37.

ственныхъ актахъ, съ одной стороны, и о сохранныхъ распискахъ и заемныхъ письмахъ—съ другой.

Примыкая къ этимъ законамъ, Правительствующій Сенатъ создалъ ученіе о такъ называемыхъ симулятивныхъ актахъ и объ актахъ фиктивныхъ, или о притворныхъ и мнимыхъ юридическихъ сдѣлкахъ [1]). Въ рѣшеніи по дѣлу Копелянскихъ (1891 г. № 62) впервые разработанъ вопросъ объ актахъ этого рода.

„Главный признакъ сдѣлокъ мнимыхъ или вымышленныхъ заключается въ томъ, что внѣшнее содержаніе ихъ всегда не соотвѣтствуетъ дѣйствительному соглашенію сторонъ, т. е. прикрываетъ лишь собою ни въ чемъ не измѣнившіяся имущественныя отношенія контрагентовъ, либо другую сдѣлку, хотя между ними и состоявшуюся, но существенно отличную отъ той, которая выразилась въ заключенномъ ими договорѣ; тогда какъ сдѣлки, клонящіяся къ подложному переукрѣпленію имѣнія во избѣжаніе платежа долговъ, могутъ выражать и обыкновенно выражаютъ собою дѣйствительную волю сторонъ, но волю, всегда злонамѣренно направленную ко вреду третьихъ лицъ“. Самая терминологія представляется въ практикѣ Правительствующаго Сената неустойчивою. Если въ приведенномъ выше рѣшеніи „*мнимыя* сдѣлки“ обнимаютъ собою и *притворныя*, и *собственно мнимыя*, то въ позднѣйшемъ рѣшеніи 1901 г. № 45 потребовалось новое болѣе точное опредѣленіе понятія мнимой сдѣлки. „Рѣшеніемъ по дѣлу Копелянскихъ подъ понятіе мнимыхъ сдѣлокъ, противополагаемыхъ сдѣлкамъ противозаконнымъ, подведены какъ тѣ сдѣлки, въ которыхъ отсутствуетъ серьезное соглашеніе контрагентовъ и которыя скрываютъ ни въ чемъ не измѣнившіяся ихъ имущественныя отношенія, такъ и тѣ сдѣлки, которыя прикрываютъ собою другой дѣйствительно состоявшійся между сторонами договоръ, который онѣ почему либо не желаютъ обнаружить. Это разъясненіе требуетъ нѣкотораго дополненія. По смыслу законовъ объ обязательствахъ по договорамъ надлежитъ различать *собственно мнимые* договоры, заключенные

[1]) Рѣш. 1891 г. № 62, 1901 г. № 45, 1912 г. № 33.

только для вида, и *договоры притворные*, т. е. прикрывающіе собою другую, дѣйствительно состоявшуюся между сторонами сдѣлку. Это различіе мнимыхъ и притворныхъ сдѣлокъ нельзя не имѣть въ виду при обсужденіи спора о значеніи такихъ сдѣлокъ. Сдѣлки собственно мнимыя подлежатъ безусловному уничтоженію въ силу того, вытекающаго изъ смысла 1528 ст. 1 ч. X. т. общаго положенія, по которому договоръ есть согласіе воли двухъ или нѣсколькихъ лицъ направленное къ измѣненію ихъ имущественныхъ отношеній; поэтому, гдѣ отсутствуетъ воля сторонъ на измѣненіе этихъ отношеній, тамъ нѣтъ договора, нѣтъ серьезнаго обязательства. При заключеніи притворныхъ договоровъ стороны имѣютъ дѣйствительно намѣреніе вступить въ сдѣлку, но заключаютъ ее подъ видомъ другого договора. Если на судѣ будетъ установлено содержаніе этого дѣйствительно состоявшагося между сторонами соглашенія, то имъ и замѣняется притворная сдѣлка, выраженная въ письменномъ актѣ. Это въ дѣйствительности состоявшееся соглашеніе не считается ничтожнымъ потому только, что стороны прикрыли его другою сдѣлкою; оно можетъ быть признано недѣйствительнымъ лишь тогда, когда по своей цѣли и содержанію оно противно закону, благочинію и общественному порядку; если же оно само по себѣ закону не противно, то оно не уничтожается и, по обсужденіи его по правиламъ о томъ договора, которому оно по своему содержанію соотвѣтствуетъ, можетъ сохранить свою обязательную силу“ [1]). Новую поправку въ опредѣленіе понятія притворной сдѣлки вноситъ рѣшеніе 1912 г. № 33.. „Понятіе о притворныхъ договорахъ не можетъ быть, однако, ограничиваемо такими лишь договорами, въ коихъ сущность и объемъ правъ и обязанностей сторонъ опредѣлены несогласно съ дѣйствительно состоявшимся между ними соглашеніемъ. Къ числу притворныхъ должны быть отнесены и такія сдѣлки, въ которыхъ самостоятельнымъ контрагентомъ указано лицо, являющееся въ дѣйствительности лишь представителемъ другого лица, въ интересахъ котораго и была заключена сдѣлка.

---

[1]) Эти положенія буквально воспроизведены въ рѣшеніи 1902 г. № 87.

Когда воля и намѣреніе сторонъ, участвовавшихъ въ соглашеніи, были направлены къ тому, чтобы установить опредѣленныя права въ пользу одного лица, а, между тѣмъ, по тѣмъ или инымъ соображеніямъ, въ заключенномъ ими договорѣ пріобрѣтателемъ правъ указано не это лицо, а его представитель или повѣренный, то такой договоръ долженъ быть признанъ притворнымъ, такъ какъ содержаніе этого договора не соотвѣтствуетъ дѣйствительной волѣ сторонъ, участвовавшихъ въ его заключеніи. Такого рода притворные договоры, коль скоро они не преслѣдуютъ противозаконныхъ цѣлей, не могутъ быть признаны недѣйствительными. Напротивъ того, лицо, которое въ силу состоявшагося соглашенія является дѣйствительнымъ пріобрѣтателемъ правъ по договору, совершенному на имя его представителя, въ правѣ доказывать несоотвѣтствіе содержанія этого договора истиннымъ намѣреніямъ сторонъ, и судъ обязанъ охранять силу состоявшагося между ними соглашенія въ томъ видѣ, въ какомъ оно было заключено, а не въ томъ видѣ, въ какомъ оно выражено въ договорѣ".

Ограничительные законы, касающіеся нѣкоторыхъ категорій лицъ и нѣкоторыхъ видовъ имуществъ, создаютъ въ нашемъ оборотѣ весьма благопріятныя условія для появленія такихъ актовъ, въ которыхъ содержаніе ихъ и внѣшнее проявленіе воли не совпадаютъ. Несовпаденіе воли съ внѣшнимъ ея выраженіемъ можетъ быть и случайнымъ, и намѣреннымъ.

Только тѣ акты, въ которыхъ разладъ между волей и ея обнаруженіемъ представляется намѣреннымъ, относятся къ категоріи мнимыхъ или притворныхъ. Между этими двумя подвидами устанавливается такая разница: тогда какъ въ сдѣлкахъ мнимыхъ мы имѣемъ дѣло только съ актомъ, но не съ измѣненіемъ экономическаго положенія сторонъ, въ сдѣлкахъ притворныхъ и на самомъ дѣлѣ происходитъ нѣкоторое измѣненіе въ положеніи сторонъ, но не то измѣненіе, о которомъ въ сдѣлкѣ говорится. Для видимости говорится объ одномъ, а въ дѣйствительности разумѣется другое: чему же придать значеніе,—тому-ли, что говорится, или тому,

что разумѣется. Вопросъ этотъ еще Діоклетіаномъ былъ разрѣшенъ въ такомъ смыслѣ: plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur. И это положеніе, подвергшись разработкѣ въ германской юриспруденціи, усвоено нашей кассаціонной практикой, которая отдаетъ предпочтеніе тому, что стороны дѣйствительно намѣревались совершать, а не тому, о чемъ онѣ, по тѣмъ или инымъ соображеніямъ, считали нужнымъ говорить въ актѣ. Практически очень важный вопросъ о томъ, какъ же выяснить сущность даннаго акта, легче всего было бы разрѣшить сопоставленіемъ даннаго акта съ другимъ (contre-lettres французскаго права). Но вѣдь такіе пояснительные и дополнительные акты не всегда же и бываютъ. Разъясненіе вопроса свидѣтелями встрѣчаетъ формальное препятствіе въ ст. 410 уст. гражд. суд., запрещающей опровергать свидѣтелями содержаніе письменныхъ актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ или засвидѣтельствованныхъ.

Тѣмъ не менѣе свидѣтельскія показанія часто оказываются единственнымъ средствомъ для выясненія истиннаго намѣренія сторонъ при совершеніи акта, и Правительствующему Сенату приходится обращаться къ этому средству, несмотря на ст. 410 уст. гражд. суд. Конечно, законъ долженъ сохранить свою силу: нельзя свидѣтельскими показаніями доказывать, что, хотя въ текстѣ акта говорится, напримѣръ, о томъ, что одна сторона продала другой свое имущество, но на самомъ дѣлѣ рѣчь шла не о продажѣ, а о займѣ подъ залогъ имущества. Но Правительствующій Сенатъ признаетъ возможнымъ достигнуть этой цѣли, такъ сказать, обходнымъ путемъ: факты, предшествовавшіе совершенію даннаго акта, факты, совершенію этого акта сопутствовавшіе, и наконецъ тѣ факты, которые наступили послѣ совершенія акта, остаются событіями, не требующими письменныхъ документовъ для своего удостовѣренія, а потому, согласно ст. 409 уст. гражд. суд., могутъ быть доказываемы свидѣтельскими показаніями. Установленными такимъ образомъ фактами уясняется истинное значеніе той воли, которая выражена въ текстѣ разсматриваемаго и оспариваемаго акта.

Не подлежитъ сомнѣнію, что это очень опасный способъ

опроверженія письменныхъ актовъ, установленнымъ порядкомъ совершенныхъ и засвидѣтельствованныхъ. Если такимъ обходнымъ путемъ возможно опровергнуть содержаніе акта, установленнымъ порядкомъ совершеннаго и засвидѣтельствованнаго, то какую же силу вообще будутъ имѣть юридическіе акты, даже безупречные по своей формѣ? Практика Правительствующаго Сената допускаетъ свидѣтельскія показанія не только для выясненія истиннаго значенія тѣхъ актовъ, которые совершаются въ области отношеній, не способныхъ къ облеченію въ обычную форму актовъ (напр., въ области отношеній, порождаемыхъ чиншевымъ правомъ), но даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда идетъ споръ о значеніи строго формальнаго акта: такъ, въ рѣшеніи 1896 г. № 53 Правительствующій Сенатъ призналъ возможнымъ допустить свидѣтельскія показанія для выясненія вопроса о происхожденіи векселя, а въ рѣшеніи 1912 г. № 33 свидѣтельскими показаніями разъясненъ текстъ закладной крѣпости. Конечно, въ конкретныхъ случаяхъ опроверженіе формальнаго акта свидѣтельскими показаніями приводитъ, быть можетъ, къ торжеству справедливости; но вѣдь кассаціонныя рѣшенія имѣютъ силу не только по ст. 813, но и по 815 ст. уст. гражд. суд. Возникнетъ, разумѣется, вопросъ, чѣмъ руководствоваться суду въ томъ или другомъ случаѣ при допущеніи свидѣтельскихъ показаній въ опроверженіе содержанія юридическаго акта. Нельзя же отнести случаи допущенія свидѣтелей въ опроверженіе содержанія акта къ категоріи тѣхъ, гдѣ дѣйствуетъ ст. 5 учр. суд. уст., такъ какъ, если только отъ усмотрѣнія суда будетъ зависѣть, допустить ли въ данномъ случаѣ свидѣтелей, то не окажется ли отмѣненной ст. 410 уст. гражд. суд.? Для гражданскаго оборота безопаснѣе было бы твердо держаться буквы закона, чѣмъ, въ стремленіи къ осуществленію справедливости въ конкретномъ случаѣ, подрывать незыблемость правила, изложеннаго въ ст. 409 и 410 уст. гражд. суд. Если бы стороны знали, что судъ ни въ какомъ случаѣ не отступитъ отъ правила названныхъ двухъ статей, то, конечно, онѣ позаботились бы о томъ, чтобы оградить свои взаимные интересы всякими доступными имъ и не противо-

рѣчащими закону средствами; напротивъ, разсчитывая на опеку со стороны судебныхъ мѣстъ, имъ нѣтъ надобности съ надлежащей твердостью опредѣлять свои права, такъ какъ, когда дѣло дойдетъ до суда, то послѣдній, вѣроятно, не откажется войти въ разсмотрѣніе такихъ фактовъ, на которые, въ опроверженіе содержанія акта, сошлется тяжущійся.

Тотъ же способъ опроверженія допускается Правительствующимъ Сенатомъ по отношенію актовъ, именуемыхъ въ теоріи фиктивными (мнимыми). Въ противоположность актамъ притворнымъ (симулятивнымъ), въ которыхъ выражается не то, что въ дѣйствительности происходитъ, акты мнимые вовсе не соотвѣтствуютъ тому, о чемъ въ нихъ говорится, потому что то, о чемъ говорится, — вообще не существуетъ. Выдано, положимъ, заемное письмо, въ коемъ прописано: „занялъ я....“, а на самомъ дѣлѣ имѣются доказательства противнаго, т. е. что никогда выдавшій заемное письмо денегъ не получалъ, а выдалъ заемное письмо въ виду, напр., предстоящаго конкурса, для обремененія конкурсной массы. Или: совершается актъ о продажѣ движимости, въ цѣляхъ переукрѣпленія имущества во избѣжаніе платежа долговъ, при наличности предположеній ст. 1529 т. X ч. 1 и ст. 1092 уст. гражд. суд. Самыя условія совершенія подобныхъ актовъ предусмотрѣны въ законѣ, который признаетъ, что сдѣлки, при такихъ условіяхъ совершенныя, не могутъ почитаться дѣйствительными. Значитъ, въ этихъ случаяхъ самъ законъ даетъ основаніе къ опроверженію актовъ установленіемъ того положенія, что данный актъ совершенъ при наличности предусмотрѣнныхъ условій: разъ будетъ это доказано, то актъ признается ничтожнымъ, лишеннымъ всякой (а не только нѣкоторой, какъ въ симулятивныхъ актахъ) силы. Здѣсь въ силу того, что недозволенной оказывается цѣль данной сдѣлки, наступаетъ ничтожность всего волеизъявленія,—тогда какъ въ притворныхъ сдѣлкахъ выясненная на судѣ истинная воля контрагентовъ не представляется недозволенной.

Извѣстно, что исчерпать содержаніе юридическихъ сдѣлокъ не представляется возможнымъ, ибо весьма разнообразно содержаніе выраженной въ актахъ воли. Теорія и не задается

цѣлью исчерпать содержаніе актовъ, но она классифицируетъ акты по ихъ существеннымъ признакамъ, принимая въ соображеніе, осуществится ли данный актъ при жизни автора волеизъявленія, или разсчитанъ на время послѣ его смерти (negotia inter vivos, n. mortis causa), представляется ли данный актъ возмезднымъ или безмезднымъ (negotia onerosa и n. lucrativa), является ли актъ одностороннимъ или двустороннимъ. Эти положенія теоріи съ удобствомъ могутъ быть примѣнены и къ нашему дѣйствующему закону, гдѣ имѣется матеріалъ, подлежащій обобщенію согласно указаніямъ тооріи,—чѣмъ и пользуется практика Правительствующаго Сената.

Но теоретическія ученія о сдѣлкахъ, разсматривая ихъ содержаніе, различаютъ въ актахъ части не одинаковой силы и значенія: въ сдѣлкахъ могутъ быть отмѣчены essentialia, naturalia и accidentalia negotii. И нашъ законъ (ст. 1425 т. X ч. 1) говоритъ, что въ купчей крѣпости различаются два рода „условій“: необходимыя и произвольныя. Какія „условія“ необходимы, какія—произвольны, это зависитъ въ каждой данной сдѣлкѣ отъ ея рода и цѣли, и въ дѣйствующемъ законѣ будетъ сказано, что для данной сдѣлки представляется необходимыми ея элементами.

Относительно произвольныхъ, случайныхъ, частей сдѣлки въ законѣ указаній не найти, за исключеніемъ развѣ того положенія, что въ сдѣлкѣ, кромѣ главныхъ, могутъ быть и всякія случайныя „условія“, лишь бы только они не были противны закону.

Конечно, слѣдуя теоріи, возможно различать въ юридическихъ актахъ различные виды условій. Но что такое „условіе“? На языкѣ нашего законодательства терминъ „условіе“ имѣетъ самое разнообразное значеніе, при чемъ законъ говоритъ даже объ „условіяхъ о срокѣ“ (ст. 1530 т. X ч. 1). Но теорія подъ *условіемъ* понимаетъ нѣчто вполнѣ опредѣленное, именно такое ограниченіе, которое ставитъ послѣдствія волеизъявленія въ зависимость отъ нѣкотораго событія, притомъ будущаго и потому неизвѣстнаго. Поэтому, когда послѣдствія волеизъявленія ставятся въ зависимость отъ такого событія, которое относится не къ будущему, а къ

настоящему или прошедшему времени, то мы имѣемъ дѣло не съ условіемъ въ техническомъ смыслѣ слова, хотя по словесному своему выраженію такое ограниченіе и похоже на условіе, начинаясь: „если . . .“

Будущее событіе должно быть объективно неизвѣстно [1]): поэтому такое событіе, которое непремѣнно наступитъ,—напр., извѣстный день или иной болѣе или менѣе продолжительный періодъ времени,—не есть условіе. Событіе можетъ зависѣть отъ воли человѣка или можетъ и не быть связано съ человѣческой волей—conditio potestativa, c. casualis. Невозможное условіе дѣлаетъ самый актъ недѣйствительнымъ [2]). Эти категоріи „условій“ диктуются самымъ характеромъ тѣхъ будущихъ неизвѣстныхъ событій, которыми ограничивается воля автора юридическаго акта. Ограничивается послѣдствіе волеизъявленія или такъ, что извѣстное послѣдствіе юридическаго характера наступаетъ, если наступаетъ нѣкоторое будущее неизвѣстное событіе, или такъ, что существующее юридическое положеніе съ наступленіемъ неизвѣстнаго событія прекратится. Въ первомъ случаѣ принято говорить о суспензивныхъ, отлагательныхъ условіяхъ,—во второмъ случаѣ говорятъ объ условіяхъ резолютивныхъ, отмѣнительныхъ. Слѣдуетъ, впрочемъ, имѣть въ виду, что раздѣленіе условій на суспензивныя и резолютивныя, хотя и очень распространено, не пользуется однако безраздѣльнымъ признаніемъ, и такой выдающійся догматикъ, какъ Виндшейдъ, это раздѣленіе совсѣмъ отвер-

---

[1]) Рѣшеніе 1875 № 414: „Ст. 1530 предоставляетъ договаривающимся включать въ договоръ, по своему усмотрѣнію, всякія соглашенія, законамъ не противныя, и въ видѣ примѣра упоминаетъ о нѣкоторыхъ изъ нихъ, а именно: о срокѣ, о платежѣ, о неустойкѣ, о обязанностяхъ и т. п. Къ подобнымъ же соглашеніямъ, могущимъ, по усмотрѣнію договаривающихся, быть допущенными въ договоры, относится и соглашеніе объ *условіи*, каковымъ, по смыслу нашихъ законовъ (?), признается каждое обстоятельство, не извѣстное участникамъ сдѣлки, отъ котораго поставлено въ зависимость существованіе основаннаго на этой сдѣлкѣ обязательства сторонъ“.

[2]) Рѣшеніе 1879 № 223: „Когда оказывается, что событіе, коимъ обусловлено исполненіе договора, не осуществимо по закону и было таковымъ во время совершенія договора, т. е. когда условіе, положенное въ основаніе договора, является невозможнымъ, тогда обстоятельство это должно имѣть послѣдствіемъ признаніе условнаго обязательства недѣйствительнымъ“.

гаетъ, сводя и резолютивныя, и суспензивныя условія къ одной общей группѣ.

Исходя изъ логическихъ соображеній, но вовсе не опираясь на нашъ дѣйствующій законъ, можно съ одинаковымъ основаніемъ и признавать противоположность между суспензивными и резолютивными условіями, и отвергать эту противоположность. Практика Правительствующаго Сената стала на точку зрѣнія признанія этой противоположности, утверждая, что нашему закону свойственно раздѣленіе условій на отмѣнительныя и отлагательныя [1]).

Для признанія правильности подобнаго утвержденія въ нашемъ законѣ не имѣется ни малѣйшаго основанія, какъ не было бы, впрочемъ, основанія и утверждать противное, т. е. что нашъ законъ отвергаетъ различіе между отмѣнительными и отлагательными условіями.

Очевидно, здѣсь мы имѣемъ дѣло съ такимъ вопросомъ, который могъ бы быть разрѣшенъ въ томъ или иномъ смыслѣ исключительно въ порядкѣ законодательномъ. Проектъ гражданскаго уложенія разрѣшаетъ этотъ вопросъ въ смыслѣ признанія отлагательныхъ и отмѣнительныхъ условій. Но едва-ли это обстоятельство, т. е. что проектъ признаетъ эти два рода условій, можетъ дать Правительствующему Сенату основаніе утверждать, что и въ настоящее время нашъ законъ различаетъ условія отмѣнительныя и отлагательныя. Между тѣмъ практика Правительствующаго Сената пользуется этими тонкими юридическими понятіями еще въ связи съ другими, нашему закону вовсе неизвѣстными, понятіями въ области

[1]) Рѣшеніе 1908 г. № 77: „Правительствующій Сенатъ признавалъ въ своихъ рѣшеніяхъ, что завѣщать можно безусловно или подъ условіями: завѣщатель можетъ, напр., постановить, чтобы указанный имъ наслѣдникъ получилъ имущество въ свое владѣніе и пользованіе лишь по наступленіи опредѣленнаго условія (отлагательное или суспензивное условіе; рѣш. 1869 г. № 816, 1876 г. № 460 и др.); можетъ завѣщать подъ такимъ условіемъ, наступленіе котораго прекращаетъ для наслѣдника завѣщанное ему право собственности (прекратительное или резолютивное условіе, рѣш. 1879 г. № 27)". Слѣдуетъ однако замѣтить, что, если обратиться къ указаннымъ въ приведенной выпискѣ кассаціоннымъ рѣшеніямъ, то въ нихъ говорится только о томъ, что „нашему закону не противорѣчитъ такое условіе . . . .", а въ позднѣйшемъ рѣшеніи уже дѣлается выводъ о признаніи нашимъ закономъ двухъ категорій условій.

наслѣдственнаго права, каковы понятія легатовъ [1]), и этимъ еще болѣе подрываетъ довѣріе къ правильности своихъ выводовъ.

Нигдѣ въ законѣ не говорится о вліяніи „условія“ на послѣдствія юридической сдѣлки. Но практика Правительствующаго Сената пользуется по этому вопросу выводами теоріи, какъ будто бы таковые вытекаютъ изъ нашихъ законовъ. „Когда оказывается,—читаемъ въ рѣшеніи 1879 г. № 223,—что событіе, коимъ обусловливается исполненіе договора, неосуществимо по закону и было таковымъ во время совершенія договора, т. е. когда условіе, положенное въ основаніе договора, является невозможнымъ, тогда обстоятельство это должно имѣть послѣдствіемъ признаніе условнаго обязательства недѣйствительнымъ“.

Хотя въ законахъ гражданскихъ и говорится объ „условіяхъ о срокѣ“, но опредѣленія понятія *срока* законы не даютъ. Практика Правительствующаго Сената поставлена въ необходимость опредѣлить самое понятіе срока и установить правила исчисленія сроковъ матеріальнаго права. „Срокъ“ понимается въ двоякомъ смыслѣ—какъ опредѣленный пунктъ времени и какъ опредѣленный періодъ времени.

Опредѣленный моментъ можетъ быть либо началомъ юридическаго явленія, либо концомъ его, dies a quo—dies ad quem. Здѣсь повторяется, слѣдовательно, то же явленіе, какое наблюдается и относительно условій отлагательныхъ и отмѣнительныхъ [2]).

---

[1]) Рѣшеніе 1909 г. № 40 въ утвердительномъ смыслѣ отвѣчаетъ на вопросъ: „тожественны ли между собою по нашимъ законамъ наслѣдство по завѣщанію и тѣ денежныя суммы (легаты), которыя наслѣдникъ, получившій въ наслѣдство извѣстное имущество, обязанъ по волѣ завѣщателя уплатить другому лицу (легатарію)?“ Рѣш. 1908 г. № 77: „наши гражданскіе законы, какъ это показываютъ ст. 1010, 1011 и 1029 т. X ч. 1, не стѣсняютъ воли завѣщателя относительно распоряженія имуществомъ на случай смерти, не запрещаютъ завѣщать подъ различными условіями, съ тѣмъ только, чтобы посмертныя его распоряженія не были противны законамъ“.

[2]) Рѣшеніе 1912 г. № 47: „Въ нашихъ гражданскихъ законахъ не содержится точныхъ указаній о способахъ опредѣленія сроковъ дѣйствія договоровъ и обязательствъ, и самое назначеніе времени исполненія договоровъ и обязательствъ отнесено закономъ къ несущественнымъ условіямъ и предоставлено

Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства (ст. 822 сл.) имѣются правила исчисленія сроковъ опредѣленными періодами. Правила эти, какъ видно и по занимаемому ими мѣсту въ системѣ Свода законовъ, касаются сроковъ процессуальныхъ. Но Правительствующій Сенатъ распространяетъ эти правила и на исчисленіе сроковъ матеріальнаго права [1]).

взаимному соглашенію контрагентовъ (ст. 1530 т. X ч. 1). Въ виду сего Правительствующему Сенату и писателямъ цивилистамъ пришлось пополнить этотъ пробѣлъ указаніями, почерпнутыми изъ общаго смысла законовъ, относящихся до опредѣленія существа и условій отдѣльныхъ договоровъ и обязательствъ, и изъ науки гражданскаго права. Сводятся эти указанія къ слѣдующимъ. Срокъ можетъ касаться установленія времени начала сдѣлки (dies a quo) или ея окончанія (dies ad quem); либо устанавливается время, въ теченіе котораго сдѣлка подлежитъ исполненію; самый срокъ опредѣляется различно: точнымъ исчисленіемъ времени, опредѣленнымъ календарнымъ днемъ, или извѣстнымъ событіемъ; при чемъ событія могутъ быть разныя: опредѣленныя—когда извѣстно, что оно должно непремѣнно наступить, и неизвѣстно только, когда именно (dies certus an, incertus quando), напримѣръ, смерть, и неопредѣленныя—когда неизвѣстно заранѣе не только, когда оно наступитъ, но и наступитъ ли вообще когда бы то ни было (dies incertus an et quando), напримѣръ, выходъ женщины замужъ". И приведенные здѣсь примѣры, и самый характеръ изложенія менѣе всего говорятъ за то, чтобы здѣсь мы имѣли дѣло съ выводами Правительствующаго Сената изъ „общаго смысла" нашихъ гражданскихъ законовъ,—хотя, несомнѣнно, такіе выводы можно было бы сдѣлать на почвѣ нашего законодательства; впрочемъ, приведенное кассаціонное рѣшеніе и не скрываетъ, откуда почерпнутъ „общій смыслъ": здѣсь прямо указаны страницы Мейера, Побѣдоносцева, Анненкова; для большей убѣдительности можно было бы еще сослаться на Пухту, Арндтса, Виндшейда и др., какъ это иногда въ новѣйшее время и дѣлается Правительствующимъ Сенатомъ въ кассаціонныхъ рѣшеніяхъ. Но, безъ сомнѣнія, авторитетность вывода Правительствующаго Сената много выиграла бы, если бы выводъ былъ сдѣланъ на основаніи матеріаловъ отечественнаго законодательства

[1]) Рѣшеніе 1910 г. № 49: „Вопросъ о томъ, примѣнимы ли правила 818—828 ст. уст. гражд. суд. о порядкѣ исчисленія процессуальныхъ сроковъ къ срокамъ, установленнымъ законами матеріальнаго права, неоднократно доходилъ до разсмотрѣнія Правительствующаго Сената, которымъ разрѣшался въ утвердительномъ смыслѣ (рѣш. 1868 г. № 721, 1869 г. № 701, 1875 г. № 296, 1883 г. № 6, 1889 г. № 102, 1897 г. № 86 и др.), съ тою лишь оговоркою, что означенныя правила суть во всякомъ случаѣ правила судопроизводственныя, а потому не могутъ имѣть примѣненія при исчисленіи сроковъ, установленныхъ контрагентами для исполненія принятыхъ взаимно по отношенію другъ къ другу обязанностей, ибо контрагенты, вступая въ договоръ, вольны, въ силу 1530 ст., установить какія имъ угодно непротивныя закону условія, а зъ томъ числѣ и условіе о порядкѣ опредѣленія и исчисленія назначаемыхъ ими сроковъ, а на основаніи 1536 ст. всѣ договоры должны быть исполнены по буквальному ихъ смыслу".

Такимъ образомъ устанавливается своеобразная особенность нашего права, въ сравненіи съ иностранными системами,— а именно, первый день въ счетъ не идетъ, а періодъ оканчивается въ послѣдній день, или въ присутственное время, или съ окончаніемъ только послѣдняго дня. Если бы оказалось, что послѣдній день упадаетъ на такой періодъ, когда не могутъ быть совершаемы юридическія дѣйствія, то окончаніе срока переносится на первый изъ тѣхъ дней, когда возможно совершать юридическіе акты. Правительствующій Сенатъ съ полнымъ основаніемъ распространяетъ правила исчисленія процессуальныхъ сроковъ на сроки матеріальнаго права, руководствуясь въ этомъ случаѣ ст. 9 уст. гражд. суд. Этотъ порядокъ исчисленія сроковъ обязателенъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны не постановили иного, потому что признаваемый Правительствующимъ Сенатомъ порядокъ исчисленія сроковъ примѣняется лишь по аналогіи, но не въ силу такого постановленія закона, которое не подлежало бы измѣненію.

Какое значеніе имѣютъ сдѣлки, въ содержаніе коихъ включено „условіе о срокѣ“,—этотъ вопросъ въ дѣйствующемъ законѣ, конечно, не разрѣшается. Примѣняя къ разрѣшенію этого вопроса тѣ понятія, которыми въ этомъ случаѣ руководствуется теорія, практика Правительствующаго Сената приходитъ къ слѣдующимъ выводамъ. Начальный срокъ (dies a quo) ограничиваетъ волю въ интересахъ должника, такъ какъ только съ наступленіемъ этого срока кредиторъ получаетъ юридическую возможность требовать осуществленія своего отсроченнаго права. Срокъ конечный (dies ad quem) ограничиваетъ волеизъявленіе точнымъ предѣломъ, по наступленіи котораго вытекающее изъ сдѣлки правомочіе уже не можетъ быть осуществлено. Понятно, что указаніе на истеченіе срока можетъ быть сдѣлано въ этомъ случаѣ и сторонами; но, въ противоположность давностнымъ срокамъ, пресѣкательные (преклюзивные) сроки имѣютъ ту особенность, что дѣйствуютъ независимо отъ указанія сторонъ, ибо самъ судъ обязанъ возбудить вопросъ о потерѣ стороною ограниченнаго срокомъ права. Этотъ выводъ сдѣланъ Правительствующимъ Сенатомъ въ рѣшеніи по сборнику 1905 г. № 10.

Кромѣ условій въ тѣсномъ смыслѣ и сроковъ въ сдѣлкахъ безмездныхъ встрѣчается еще одно ограниченіе воли, именуемое въ теоріи modus (Auflage). Оно выражаетъ собою ту цѣль, которую имѣетъ въ виду завѣщатель или даритель при совершеніи своего акта.

Нашему дѣйствующему закону это ограниченіе воли не безызвѣстно, о немъ говорится въ тѣхъ статьяхъ, которыя посвящены вопросу о назначеніи пожертвованія (ст. 986, 1093, 1094 т. X ч. 1). Практикѣ Правительствующаго Сената приходится лишь опредѣленнѣе очертить тѣ послѣдствія, какія связываются съ назначеніемъ пожертвованія, и въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, когда назначеніе, указанное жертвователемъ или завѣщателемъ, не можетъ быть исполнено.

VII. Осуществленіе права.

Осуществленіе своего права сводится къ фактическому установленію того положенія, какое соотвѣтствуетъ данному юридическому титулу [1]). Если бы мое требованіе пользовалось общимъ признаніемъ, то со стороны всѣхъ я встрѣчалъ бы содѣйствіе къ осуществленію моего права и моей воли. Но такое явленіе представляется исключительнымъ; въ огромномъ же большинствѣ случаевъ для осуществленія моего права мнѣ нужно заставить другихъ заинтересованныхъ лицъ признать мое право: достигнуть этого возможно психически, а не физически (послѣднее касается только частнаго лица, а не государственной власти).

Силою моихъ доводовъ противная сторона можетъ быть убѣждена въ правотѣ моихъ требованій, и ей остается только исполнить то, что составляетъ содержаніе моего права. Но, когда мои доводы не убѣждаютъ противника и онъ противопоставляетъ моимъ доводамъ свои, въ основательность коихъ

---

[1]) Предѣлы власти каждаго субъекта при осуществленіи принадлежащаго ему права намѣчаются въ кассаціонной практикѣ согласно правилу malitiis non est indulgendum: рѣш. 1902 г. № 126. „Никто не свободенъ пользоваться своимъ правомъ такъ, чтобы лишать другого возможности пользоваться *его* правомъ. Положить точно опредѣленную грань между свободой пользоваться своимъ правомъ и обязанностью уважать право сосѣда—теоретически нельзя: грань эта въ каждомъ спорномъ случаѣ должна быть опредѣлена судомъ.

онъ такъ же твердо вѣритъ, какъ и другая сторона, то возникаетъ между сторонами споръ, разрѣшеніе котораго можетъ быть достигнуто пріемами логики, а не примѣненіемъ грубой неорганизованной физической силы. То, что было формулировано въ decretum divi Marci, повторяется въ положительныхъ законодательствахъ, независимо даже отъ вліянія римскихъ источниковъ. И у насъ говорится (ст. 690 т. X ч. 1), что самоуправство по имуществамъ строго воспрещается и что въ случаѣ возникновенія пререканія о правѣ надлежитъ обратиться къ защитѣ своего права судомъ [1]). Такимъ образомъ, споръ, который не можетъ быть прекращенъ силою логическихъ доводовъ частнаго лица, прекращается силою логическихъ же доводовъ судебнаго установленія. Подчиняться этимъ доводамъ стороны вынуждены не потому, чтобы онѣ прониклись ихъ основательностью, а потому, что за этими доводами стоитъ организованная государственная сила: основательность судебныхъ выводовъ покоится не только на соотвѣтствіи ихъ закону; авторитетъ судебнаго рѣшенія не всегда есть авторитетъ логики, и сторона, противъ которой состоится рѣшеніе, только въ рѣдкихъ случаяхъ окажется убѣжденной въ правильности судебнаго заключенія, а чаще всего, не раздѣляя взглядовъ суда, тяжущійся вынужденъ подчиняться судебному рѣшенію и исполнять то, чего отъ него требуютъ, потому что въ противномъ случаѣ физическая сила,—но сила не частнаго лица, а органовъ власти,—принудитъ его проявить свою волю въ томъ направленіи, въ какомъ это диктуется судебнымъ рѣшеніемъ.

Для того, чтобы добиться содѣйствія организованной власти въ дѣлѣ осуществленія своего права, заинтересованное лицо обязано обратиться къ суду съ искомъ. Какъ и куда предъ-

[1]) Рѣшеніе 1872 г. № 1060: „Подъ самоуправствомъ, по разъясненіямъ Уголовнаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената (1870 г. № 466, 1543; 1871 г. № 43), разумѣется возстановленіе частнымъ лицомъ своего права, оспариваемаго или вообще не признаваемаго противною стороною, такими дѣйствіями, которыя могутъ быть предпринимаемы лишь властью или съ разрѣшенія власти, на то установленной. Но, чтобы осуществленіе всякаго права и во всякомъ случаѣ могло послѣдовать не иначе, какъ посредствомъ судебной власти..., такого безусловнаго правила въ законахъ не содержится".

являются иски, это вопросы процессуальнаго права, разрѣшаемые уставомъ гражданскаго судопроизводства. Законы же гражданскіе, говоря о необходимости предъявить иски (или тяжбу), ничего не говорятъ о томъ, что же такое искъ.

Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debetur judicio persequendi—такъ опредѣляютъ понятіе иска римскіе источники. Изъ этого опредѣленія выводятся послѣдствія, имѣющія важное значеніе въ практическомъ отношеніи. Этимъ опредѣленіемъ, какъ и вытекающими изъ него послѣдствіями, воспользовался Правительствующій Сенатъ, по ученію котораго искъ есть средство судебной защиты права въ случаѣ его нарушенія [1]). Разъ данное матеріальное право не нарушено, то нѣтъ и иска, т. е. нѣтъ повода къ проявленію исковой силы права. Каждому праву присуща исковая сила, потому что понятіе права и возможность осуществленія такового посредствомъ иска совпадаютъ. Но для того, чтобы былъ искъ, необходимо, чтобы возникли такія условія, при которыхъ исковая сила права могла бы проявиться и выйти изъ своего состоянія покоя. Нуженъ какой-то внѣшній толчокъ, который превращаетъ связанную силу въ силу дѣйствующую: такимъ толчкомъ является нарушеніе права, отрицаніе постороннимъ лицомъ того правомочія, которое принадлежитъ данному субъекту. Когда право матеріальное подверглось нарушенію, то изъ него выдѣляется присущая ему процессуальная сила,—„рождается искъ“,—actio nata est,—наступилъ моментъ огромной важности, потому что съ этого момента начинаются теченія установленной закономъ процессуальной давности, могущей имѣть своимъ послѣдствіемъ, при извѣстныхъ условіяхъ, невозможность осуществленія матеріальнаго права.

Но въ рѣшеніи 1900 г. № 35 Правительствующій Сенатъ отказался отъ прежняго своего взгляда на искъ и призналъ, что прежнее ученіе неправильно, что въ настоящее

---

[1]) Въ рѣшеніи 1875 г. № 1052: „... исковое требованіе или искъ, для разсмотрѣнія его въ состязательномъ порядкѣ, предполагаетъ, съ одной стороны, дѣйствительно уже происшедшее нарушеніе права, а съ другой—уже возникшій по поводу права споръ“.

время „доктрина“ придерживается иного взгляда, а именно, что для возникновенія иска нѣтъ надобности, чтобы матеріальное право подверглось нарушенію, а достаточно, чтобы было у управомоченнаго субъекта желаніе предъявить искъ, хотя бы защищаемое искомъ право и не было еще нарушено.

Ссылка на „доктрину“ представляется мало убѣдительной, да и неумѣстной, въ виду взгляда нашего законодательства на искъ, какъ на средство возстановленія нарушеннаго права [1]). Если вмѣстѣ съ Правительствующимъ Сенатомъ признать, что нарушенія права для возникновенія иска не требуется, то послѣдовательность требуетъ признать и то, что искъ погашается давностью съ момента возникновенія права, а не съ момента его нарушенія, иными словами, что всякое право подлежитъ защитѣ только до истеченія десяти лѣтъ со времени его возникновенія, ибо съ истеченіемъ этого срока каждый отвѣтчикъ (не то именно лицо, которое нарушало право, а то, къ которому предъявленъ искъ независимо отъ нарушенія права) имѣетъ основанія сдѣлать возраженія о давности: такимъ образомъ nativitas actionis всегда должна совпадать съ nativitas juris, каждое право является ограниченнымъ во времени,—тогда какъ законъ о правѣ собственности прямо говоритъ, что это право вѣчно, а права требованія могутъ быть лишены этого характера только въ силу возраженія противной стороны, а не по усмотрѣнію суда. Однимъ словомъ, получаются совершенно невѣроятныя явленія, объясняемыя тѣмъ, что кассаціонная практика въ указанномъ рѣшеніи по дѣлу Штильмановъ отступила отъ взгляда, диктуемаго закономъ, и стала на точку зрѣнія, не оправдываемую ни теоріей, ни законодательствомъ. Да и въ томъ конкретномъ случаѣ, по поводу котораго состоялось рѣшеніе 1900 г. № 35, Правительствующему Сенату не было надобности отказываться отъ прежняго взгляда:

[1]) Въ рѣшеніи 1875 г. № 246: „... По смыслу нашихъ законовъ, подъ именемъ спора о правѣ гражданскомъ слѣдуетъ понимать или споръ о такомъ правѣ, осуществленіе котораго представляется возможнымъ непосредственно въ силу самаго объ этомъ правѣ судебнаго рѣшенія, или такія требованія, которыя, будучи признаны судомъ правильными, могутъ быть осуществлены въ порядкѣ исполненія судебнаго рѣшенія“.

возможность исковымъ порядкомъ доказывать законность происхожденія объясняется именно тѣмъ, что законность происхожденія оспаривается, не признается, т. е. нарушается то право, которое принадлежитъ заинтересованному лицу; и въ послѣдующихъ рѣшеніяхъ Правительствующій Сенатъ неоднократно возвращается къ прежнему своему и правильному взгляду на искъ, какъ на средство возстановленія нарушеннаго права, а не какъ на защиту права вообще.

Въ рѣшеніи 1903 г. № 73 „Правительствующій Сенатъ находитъ, что *искъ есть просьба о защитѣ и возстановленіи нарушеннаго права*“, а въ рѣшеніи 1906 г. № 8 такой взглядъ на искъ не вызываетъ у Правительствующаго Сената никакихъ сомнѣній: „Установленная статьею 106 обязанность мужа доставлять женѣ содержаніе, согласно состоянію и возможности своей, создаетъ для жены матеріальное гражданское право (рѣш. Сената 1890 г. № 18), и, слѣдовательно, съ того момента, когда это гражданское право жены нарушено ея мужемъ, для нея возникаетъ право на искъ о возстановленіи *нарушеннаго мужемъ* гражданскаго матеріальнаго права жены на полученіе слѣдуемаго ей содержанія. Конечно, въ случаѣ предъявленія такого иска женою, живущею на одной квартирѣ съ мужемъ, на обязанности суда лежитъ установить, дѣйствительно-ли допущено мужемъ указываемое женою *нарушеніе* ея права“.