ОПЕЧАТКИ.

Въ 3-мъ листѣ въ слово душеприкащичество вставлена лишняя буква *н*.

На 66-ой страницѣ на 15 и 16 строкѣ снизу вмѣсто «третьими» слѣдуетъ читать «стороннимн».

НЕ КОПИРОВАТЬ

О ДУШЕПРИКАЩИКАХЪ.

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ИЗСЛѢДОВАНІЕ

А. Х. Гольмстена.

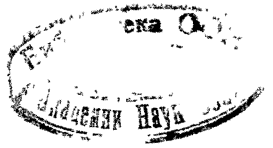
Скудость постановленій о душеприкащикахъ составляетъ положительный недостатокъ въ нашемъ законѣ.

К. Побѣдоносцевъ Курсъ ч. 2, 516.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Ю. Штауфа (И. Фишона), Невскій пр., № 88.
1874.

10к 2к-ок3

Дозволено цензурою. С.-Петербургъ, 9-го мая 1873 года.



159
37

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Задача моя состояла въ томъ, чтобы въ сжатомъ очеркѣ представить душеприкащичество, какъ цѣльный юридическій институтъ. Законодательныя опредѣленія и отчасти данныя изъ судебной практики Франціи, Пруссіи, Италіи, Австріи и Россіи, освѣщенныя общими началами науки гражданскаго права, дали мнѣ возможность приняться за выполненіе ея.

Прежде всего мнѣ предстояло установить точку зрѣнія на душеприкащичество; я пришелъ къ тому заключенію, что оно есть одинъ изъ видовъ обязательствъ веденія чужихъ дѣлъ. До сихъ поръ къ разряду этихъ обязательствъ относили: довѣренность, коммиссіонныя и маклерскія сдѣлки и negotiorum gestio; я предлагаю отнести туда же и душеприкащичество. Кромѣ теоретической необходимости, въ силу существованія въ занимающемъ насъ институтѣ такихъ признаковъ, какими характеризуются обязательства этого порядка, я нахожу въ этомъ еще практическую важность: цивилисты, при изложеніи ученія объ отдѣльныхъ видахъ обязательствъ, принуждены будутъ остановиться и на душеприкащичествѣ и послѣ изложенія общихъ признаковъ, присущихъ обязательствамъ веденія чужихъ дѣлъ, разсмотрятъ и этотъ институтъ, какъ особый видъ, имѣющій свои индивидуальные, единичные признаки. Нынѣ-же въ курсахъ и учебникахъ, о душеприкащикахъ упоми-

нается вскользь, ибо говорится о нихъ въ отдѣлѣ исполненія завѣщанія—самое мѣсто не благопріятствуетъ точному разсмотрѣнію института, какъ обязательства, и если-бы ученые желали представить болѣе подробное его изложеніе, то имъ пришлось-бы повторить то, что уже сказано въ отдѣлѣ обязательствъ веденія чужихъ дѣлъ. Но мнѣ могутъ возразить, что по предлагаемому плану излагать не удобно, такъ какъ по строго-научной системѣ, обязательственное право предшествуетъ завѣщательному и слѣд. пришлось-бы въ началѣ говорить о такихъ вещахъ, о которыхъ лицо, изучающее гражданское право, еще не имѣетъ понятія, съ которыми еще ознакомится впослѣдствіи. Возраженіе это былобы справедливо, и то только по отношенію къ лицу изучающему, если-бы связь между душеприкащичествомъ и завѣщательнымъ правомъ была самая тѣсная, неразрывная; я не отрицаю, что напр. вопросы о формѣ завѣщанія, о завѣщательной свободѣ, о положеніи наслѣдника и т. п. близко соприкасаются съ душеприкащичествомъ, но для уразумѣнія послѣдняго достаточно самаго поверхностнаго понятія объ этихъ вопросахъ, извѣстныхъ изучающему изъ введенія въ науку и наконецъ изъ общежитія.

Установивъ такимъ образомъ точку зрѣнія на институтъ, я очевидно не могъ отступить отъ общей для всѣхъ обязательствъ формы изложенія и долженъ былъ расположить всѣ частные вопросы въ порядкѣ трехъ моментовъ всякого обязательства: возникновенія, теченія и прекращенія.

А. Г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	стран
Предисловіе	I—II
Введеніе	1
I. Историческій очеркъ русскаго душеприкащичества	14
II. Нынѣдѣйствующее законодательство о душеприкащичествѣ	28
A. Условія возникновенія душеприкащичества	28
1) О лицахъ, могущихъ быть душеприкащиками	29
2) Объ установленіи душеприкащичества	36
A. Форма назначенія душеприкащика и форма полномочій ему данныхъ	36
B. Принятіе душеприкащикомъ званія и утвержденіе со стороны государства	40
3) Принятіе имущества	43
B. Юридическое положеніе душеприкащика	44
I. Права и обязанности душеприкащика какъ повѣреннаго умершаго лица	44
A. Права и обязанности, истекающія непосредственно изъ завѣщанія	45
B Права и обязанности, основанныя на требованіяхъ закона.	54
II. Отношенія между душеприкащикомъ и лицами и учрежденіями	58
1) Отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдниками	58
2) Отношенія между душеприкащикомъ и сторонними лицами.	66
A. Отношенія между душеприкащикомъ и лицами, получающими отказъ	67
B. Отношенія между душеприкащикомъ и контрагентами умершаго, означенными въ завѣщаніи	71
C. Отношенія между душеприкащикомъ и контрагентами умершаго, неозначенными въ завѣщаніи	72
Юридическое положеніе нѣсколькихъ душеприкащиковъ	74
C. Прекращеніе душеприкащичества.	80

ВВЕДЕНІЕ.

Исполненіе завѣщанія представляетъ собою рядъ дѣйствій, которыя могутъ быть разсматриваемы съ формальной или процессуальной и съ матерьяльной стороны. Въ первомъ случаѣ дѣйствія эти совершаются независимо отъ содержанія завѣщательнаго акта и заключаются въ выполненіи извѣстныхъ процессуальныхъ формъ, съ цѣлью придать завѣщанію законную силу, дать наслѣдникамъ возможность принять наслѣдство и т. п. Съ матерьяльной стороны это исполненіе заключается въ совершеніи дѣйствій, основанныхъ на содержаніи завѣщанія. Мы будемъ имѣть въ виду послѣднее.— Это исполненіе завѣщанія по содержанію, есть реализація въ дѣйствительности того, что въ немъ выражено завѣщателемъ. Всего естественнѣе, конечно, что оно должно быть выполнено лицами, ближе всѣхъ стоящими къ завѣщателю и наиболѣе, по общему правилу, заинтересованными въ его исполненіи т. е. наслѣдниками. Утверждая, осуществляя, вмѣстѣ съ этимъ исполненіемъ, свое право на оставшееся имущество, они именно въ виду этого должны бы исполнить всевозможныя распоряженія завѣщателя, которыя могутъ быть или поставлены въ смыслѣ условій пріобрѣтенія правъ на завѣщанное имущество или вытекать изъ этого пріобрѣтенія. Такъ что наслѣдники исполняютъ завѣщаніе, какъ таковые, ipso jure, безъ особеннаго полномочія—это общее правило. Но кромѣ того юридическая жизнь выработала особый институтъ исполнителей, называемыхъ душеприкащиками. Exé-

cuteurs testamentaires, Testamentsvollzieher—vollstrecker, Treuhandler; лица эти не заинтересованы непосредственно въ исполненіи и вообще говоря, не пріобрѣтаютъ никакихъ правъ на оставшееся имущество. Но этимъ еще далеко не сказано, что наслѣдникъ, пріобрѣтающій права отъ завѣщателя не можетъ быть душеприкащикомъ — онъ можетъ явиться таковымъ не только въ силу того, что онъ наслѣдникъ, но и въ силу особаго спеціальнаго порученія завѣщателя, напр. А, умирая передаетъ свое имущество нѣсколькимъ наслѣдникамъ, изъ которыхъ только одному В поручаетъ исполненіе завѣщанія; это обязательство вытекаетъ не изъ факта наслѣдованія а изъ особаго полномочія. Точно также этимъ не исключается возможность постороннему лицу, назначенному душеприкащикомъ, получить по завѣщанію извѣстную долю имущества въ видѣ вознагражденія. Наконецъ въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ, само государство можетъ быть исполнителемъ завѣщанія, напримѣръ, когда это выражено самимъ завѣщателемъ или когда государство въ лицѣ своихъ органовъ, получаетъ отказъ и при томъ не имѣется на лицо особыхъ исполнителей, и въ другихъ случаяхъ.

Руководимый тѣми или иными соображеніями, завѣщатель слагаетъ съ наслѣдниковъ обязанность исполненія завѣщанія и передаетъ ее постороннему лицу, по своему свободному выбору; имѣя конечно въ виду при этомъ выборѣ, требуемыя закономъ условія правоспособности; одно благоразуміе заставляетъ его руководствоваться этими условіями, такъ какъ въ противномъ случаѣ, при выборѣ неправоспособнаго лица, ему-же хуже: душеприкащикъ не будетъ допущенъ къ исполненію завѣщанія, предсмертное желаніе его не будетъ осуществлено.

Лицо, избранное душеприкащикомъ, очевидно совершенно вольно принять званіе или отказаться отъ него, ибо было-бы не только несправедливо, но и неосновательно, иногда даже невозможно, навязать лицу это званіе и принуждать его къ исполненію желаній завѣщателя. Но коль скоро избранное лицо выразило желаніе стать душеприкащикомъ, то отказаться отъ этого уже не можетъ и обязывается испол-

нить въ точности, требуемые завѣщаніемъ и закономъ обязанности, подвергаясь въ противномъ случаѣ отвѣтственности.

Принявъ на себя, такимъ образомъ, исполненіе завѣщанія, лицо конечно вступаетъ въ обязательственное отношеніе; одно то, что завѣщатель поручаетъ ему совершеніе всевозможныхъ дѣйствій по поводу имущества и что въ исполненіи этихъ дѣйствій заинтересованы лица, которымъ завѣщатель передаетъ свое имущество, словомъ, одно то, что душеприкащикъ обязанъ совершать извѣстныя дѣйствія относительно имущества и лицъ—несомнѣнно показываетъ, что душеприкащичество есть обязательство. И дѣйствительно, въ немъ имѣются въ наличности всѣ три элемента всякаго обязательства: должникъ, вѣритель и предметъ; должникомъ является душеприкащикъ, какъ лицо, обязанное выполнить дѣйствія, возложенныя на него завѣщателемъ; вѣрителями являются лица, имѣющіе то или другое право на имущество, напр. наслѣдники, которые получаютъ черезъ него, назначенную имъ часть, или кредиторы умершаго, которые означены въ завѣщаніи и другія лица; даже само государство можетъ имѣть право требованія на него, напр. оно обязываетъ его, въ случаѣ споровъ по завѣщанію, охранять цѣлость послѣдняго и т. п.; что касается третьяго элемента, предмета, то онъ, какъ и во всякомъ обязательствѣ, состоитъ въ удовлетвореніи т. е. въ исполненіи должникамъ (душеприкащикамъ) и доставленіи вѣрителю (наслѣдникамъ, кредитору, государству и др.) того, къ чему клонится обязательство (реализаціи завѣщанія) *).

Обращаясь къ анализу составныхъ частей душеприкащичества, какъ обязательства, нужно замѣтить, что юридическое положеніе душеприкащика различно по различію источниковъ его правъ и обязанностей; съ одной стороны они опредѣляются завѣщаніемъ, съ другой закономъ, руководствующимся тѣмъ или инымъ общимъ принципомъ, и потому при разсмотрѣніи правъ и обязанностей душеприкащика, постоянно нужно имѣть въ виду это различіе. Но кромѣ двойственности по источникамъ, юридическое положеніе

*) Гомзинскій.—О происхожд. и дѣл. обяз. стр. 1.

душеприкащика раздвояется по самому существу: на обязательство исполненія чужаго порученія вообще и на обязательство, въ которое онъ вступаетъ съ лицами, имѣющими то или другое право на имущество завѣщателя.

Обратимся къ первому:

А. Основнымъ его источникомъ служитъ самое завѣщаніе. Завѣщатель можетъ передавать душеприкащику совершеніе всевозможныхъ дѣйствій, какія вообще могутъ быть совершены однимъ лицомъ за другаго; но такъ какъ дѣйствія эти касаются судьбы имущества по смерти собственника, то другимъ критеріемъ, даваемыхъ душеприкащику полномочій, являются предѣлы, предоставленной лицу завѣщательной свободы. Я называю завѣщаніе источникомъ *основнымъ*, потому что воля завѣщателя, согласная съ требованіями закона, имѣетъ рѣшительную судьбу не только на существованіе того или другаго единичнаго дѣйствія, входящаго въ составъ обязательства, но и на формы и способы выполненія его. Что-же касается до закона въ смыслѣ источника, то онъ облекаетъ душеприкащика извѣстными правами и налагаетъ на него извѣстныя обязанности, имѣя въ виду общій принципъ наивозможно-точнаго и полнаго выполненія завѣщанія— ради лучшаго осуществленія этого начала, законъ и опредѣляетъ его юридическое положеніе. Очевидно законъ имѣетъ здѣсь уже второстепенное значеніе; дѣйствіе его проявляется лишь тогда, когда завѣщатель не только назначилъ душеприкащика, но и опредѣлилъ кругъ его дѣйствій; чѣмъ точнѣе опредѣленія завѣщателя, тѣмъ менѣе надобности въ нормахъ закона и на оборотъ.

Являясь исполнителемъ чужихъ порученій, касающихся имущества завѣщателя, душеприкащикъ, съ одной стороны является лишь представителемъ умершаго, съ другой—становится въ извѣстныя отношенія къ имуществу послѣдняго. Въ первомъ случаѣ онъ обязанъ совершить рядъ чисто личныхъ дѣйствій, а) или поручаемыхъ ему самимъ завѣщателемъ, какова напр. обязанность сообщить извѣстному лицу о смерти завѣщателя, право прощенія долга и т. п. или b) требуемыхъ закономъ, имѣющимъ въ виду вышеозначенный принципъ, каково напр. представительство на судѣ въ слу-

чаѣ спора по завѣщанію, отклоненіе всякаго посягательства не только сторонних лицъ, но и самихъ наслѣдниковъ, направленнаго къ противудѣйствію исполненію, данныхъ ему порученій и т. п. Во второмъ случаѣ, т. е. по отношенію къ имуществу, онъ обязанъ совершить извѣстныя дѣйствія также требуемыя завѣщателемъ — (послѣдній можетъ поручить ему временное владѣніе, передачу имущества тому или другому лицу, полученіе долга и т. п. не выходя конечно за предѣлы предоставленной ему власти надъ имуществомъ); или-же самъ законъ предписываетъ извѣстныя нормы отношенія его къ имуществу, основываясь на томъ-же принципѣ необходимости точнаго исполненія завѣщанія; въ виду этаго ему предоставляется временное завѣдываніе имуществомъ, онъ обязанъ тщательно его оберегать, совершать относительно его только такія дѣйствія, которыя или прямо вытекаютъ изъ завѣщанія или тѣсно связаны съ ними. Вотъ существо перваго обязательства.

Благодаря тому, что душеприкащикъ дѣйствуетъ по поводу имущества, имѣющаго своего собственника въ лицѣ наслѣдника и вообще въ виду существованія лицъ, имѣющихъ то или другое право на это имущество, между нимъ и этими лицами завязываются извѣстныя юридическія отношенія; необходимость ихъ, конечно, обусловливается тѣмъ, что наслѣдники и другія лица, вполнѣ заинтересованы, первые—въ судьбѣ доставшагося имъ наслѣдства, вторые—въ осуществленіи своихъ правъ. Душеприкащикъ, не исполняя съ надлежащей точностью, переданное его исполненію завѣщаніе, можетъ нанести извѣстный ущербъ этимъ лицамъ. Въ видахъ этаго-то, частью завѣщатель, частью законъ опредѣляетъ взаимные права и обязанности сторонъ, дающія содержаніе цѣлому ряду обязательствъ; вступаетъ въ нихъ душеприкащикъ благодаря тому, что разъ принялъ на себя обязательство исполненія завѣщанія вообще; потому-то говоря о нихъ въ отдѣльности, первыя обязательства можно назвать производными, а послѣднее—главнымъ, совокупностью-же ихъ опредѣляется все юридическое положеніе душеприкащика.

В. Эти производныя обязательства весьма тѣсно связаны съ главнымъ, а по отношенію къ завѣщанію, какъ источ-

нику, содержаніе ихъ даже вполнѣ совпадаетъ; положимъ завѣщатель поручаетъ душеприкащику передать имущество извѣстному лицу; тутъ разграничить обязательства невозможно; вмѣстѣ съ принятіемъ обязательства исполненія завѣщанія, душеприкащикъ обязывается передъ лицомъ, коему назначено имущество—онъ обязанъ совершить передачу, лицо имѣетъ право требовать совершеніе ея. Въ обязательствахъ этаго порядка имѣется лишь одна особенность: душеприкащикъ, вступая въ обязательство исполненія завѣщанія вообще, тѣмъ изъявляетъ свое согласіе на вступленіе въ обязательственное отношеніе съ лицомъ, долженствующимъ получить чрезъ его посредство имущество, но благодаря этому, обязательство между ними еще не возникаетъ—лицо просто можетъ отказаться отъ принятія наслѣдства, отказа, вообще отъ имущества, на которое оно имѣетъ то или другое право; для цѣлостнаго существованія всякія обязательства, какъ извѣстно необходимо изъявленіе согласія лицъ, вступающихъ въ него, согласія выраженнаго или открыто, или при посредствѣ извѣстныхъ юридическихъ дѣйствій; коль скоро лицо, получающее по завѣщанію извѣстное право на имущество, по поводу коего дѣйствуетъ душеприкащикъ, отказалось отъ правъ своихъ — никакого обязательство между нимъ и душеприкащикомъ возникнуть не можетъ.

Иными представляются обязательства душеприкащика съ наслѣдниками и другими лицами, основанныя на требованіяхъ закона—разграничить ихъ и разсмотрѣть отдѣльно отъ обязательства исполненія завѣщанія, въ собственномъ смыслѣ, весьма удобно. Нормы закона въ этомъ случаѣ построены на принципѣ примиренія, уравновѣшиванья правъ душеприкащика съ правами другихъ лицъ, главная его задача — давая душеприкащику возможность исполнить завѣщаніе, сохранить неприкосновенность правъ другихъ лицъ на имущество; чѣмъ больше объемъ правъ душеприкащика касательно имущества, чѣмъ болѣе онъ пріобрѣтаетъ отъ завѣщателя власти надъ послѣднимъ, тѣмъ категоричнѣе и строже самъ законъ, тѣмъ больше онъ налагаетъ на душеприкащика обязанностей въ пользу наслѣдниковъ и другихъ лицъ, дабы предупредить всякую возможность нарушенія ихъ правъ.

Такъ законъ въ видѣ охраненія правъ наслѣдниковъ обязываетъ, при вступленіи душеприкащика въ завѣдываніе имуществомъ, произвести въ присутствіи ихъ опись и опечатаніе, связываетъ его строгою отчетностью и отвѣтственностью передъ ними. Прусское земское право, въ случаѣ если завѣщатель передалъ ему управленіе оставшимся имуществомъ, даже уподобляетъ отношенія между нимъ и наслѣдниками, отношеніямъ между управляющимъ и съ хозяиномъ (очевидно, не упуская изъ виду содержаніе завѣщанія). Вообще наслѣдники имѣютъ право требовать отъ него совершеніе всякаго рода дѣйствій, клонящихся къ охраненію и осуществленію ихъ правъ.

Представленный бѣглый очеркъ душеприкащичества, наводитъ на мысль о возможности построенія ученія объ этомъ институтѣ на началамъ общихъ съ довѣренностью, на отнесеніи его къ разряду обязательствъ веденія чужихъ дѣлъ; характеристическій признакъ этихъ обязательствъ заключъ томъ, что одно лицо добровольно принимаетъ на себя совершеніе извѣстныхъ дѣйствій, основываясь на формальномъ актѣ или безъ онаго, но въ пользу и отъ имени другаго лица, становясь за нихъ отвѣтственнымъ. Это начало проявляется во всѣхъ частныхъ видахъ обязательствъ этаго рода, видоизмѣняясь лишь въ силу существованія въ каждомъ изъ нихъ особыхъ индивидуальныхъ чертъ. Въ душеприкащичествѣ всѣ родовые признаки имѣются въ наличности, къ главнѣйшимъ-же видовымъ относится то, что онъ а) дѣйствуетъ по требованію завѣщателя и b) отвѣчаетъ передъ наслѣдниками и вообще передъ лицами, имѣющими то или другое право на оставшееся имущество. Всего нагляднѣе принадлежность душеприкащичества къ разряду этихъ обязательствъ, можетъ быть доказано сравненіемъ его съ довѣренностью *) продолженною за предѣлы жизни довѣрителя.

*) Взглядъ на аналогію довѣренности съ душеприкащичествомъ уже не разъ высказывался учеными и проникъ даже въ нѣкоторыя законодательства напр. въ прусское земское уложеніе. Ученые не предлагали строить ученіе о душеприкащичествѣ на началахъ того ученія, къ которому принадлежитъ довѣренность, не утверждали, что это два вида одного рода обязательствъ, но лишь предлагали построить ученіе о душеприкащичествѣ на началахъ довѣренности.

Новѣйшія законодательства допускаютъ это продолженіе дѣйствій повѣреннаго въ случаѣ согласія наслѣдниковъ довѣрителя и въ случаѣ неизвѣстности повѣреннаго о смерти послѣдняго; слѣдовательно, мы беремъ для сравненія легко возможную комбинацію отношеній.

Продолженіе дѣйствій повѣреннаго по смерти довѣрителя и въ случаѣ согласія на то наслѣдниковъ его, ничуть не измѣняетъ существа отношеній, изъ довѣренности истекающихъ,—происходитъ лишь перемѣна въ лицѣ довѣрителя при совершенномъ сохраненіи акта довѣренности; перемѣна эта вызвана смертью довѣрителя, произведшей переходъ правъ къ наслѣдникамъ, и подтверждена ихъ согласіемъ. Эта продолженная довѣренность является какъ-бы новымъ обязательствомъ между *наслѣдниками довѣрителя и бывшимъ повѣреннымъ послѣдняго* и первые становятся довѣрителями въ полномъ смыслѣ, послѣдній ихъ повѣреннымъ. Содержаніе обоихъ обязательствъ (прежняго и новаго) тождественно: въ новомъ лишь совпадаютъ воли довѣрителя и наслѣдниковъ; и это совпаденіе должно быть разсматриваемо, какъ явленіе случайное; и дѣйствительно: довѣритель даетъ

Противъ нихъ выступилъ Безелеръ въ монографіи «*Ueber Testamentsvollzieher*» помѣщ. въ Zeitschrift f. deutsch. Recht u. Rechtsw. B. IX 1844 г. Онъ приводитъ два существенныхъ возраженія, а) что ученіе о довѣренности не въ состояніи дать принципа ученію о душеприкащихъ и b) что сравненіе институтовъ не можетъ имѣть мѣста въ силу противуположности ихъ характера: довѣренность, говоритъ онъ, прекращается смертью одной изъ сторонъ, и душеприкащичество возникаетъ по смерти завѣщателя. Оба возраженія совершенно вѣрны, но не опровергаютъ нашего взгляда на институтъ, потому что во 1-хъ не ученіе о довѣренности даетъ принципъ ученію о душеприкащичествѣ, а то ученіе, къ которому оба института относятся, благодаря существованію въ нихъ общихъ чертъ и во 2-хъ противуположность институтовъ въ силу противуположнаго значенія для нихъ смерти одной изъ сторонъ, дѣйствительно опровергаетъ мысль о тождественности институтовъ, но ничуть не разрушаетъ общаго имъ принципа, не касается ихъ существа (мы постараемся даже доказать весьма полную аналогію душеприкащичества съ довѣренностью продолженною по смерти довѣрителя). Приводя эти возраженія и отрицая обязательственный характеръ душеприкащичества, Безелеръ, а за нимъ и Бэхнчли (Deutsches Privatrecht) относитъ этотъ институтъ къ институтамъ завѣщательнаго права, основываясь на томъ, что къ душеприкащику переходитъ часть правъ, принадлежащихъ наслѣднику, «не назначь завѣщатель душеприкащика, говоритъ Безелеръ, они принадлежали бы наслѣднику». Права эти заключаются

рядъ порученій повѣренному и умираетъ, наслѣдники изъявляютъ согласіе на продолженіе его дѣйствій, понятно, что сохраненіе содержанія первой довѣренности можетъ и не быть—это вполнѣ зависитъ отъ воли ихъ. Мало того, не только сохраненіе содержанія довѣренности, но и самое существованіе обязательства вполнѣ во власти наслѣдниковъ, они во всякое время могутъ устранить повѣреннаго.

Сличая эти отношенія повѣреннаго умершаго довѣрителя и его наслѣдниковъ съ отношеніями между душеприкащикомъ и наслѣдниками и предполагая полную тождественность содержанія актовъ, на коихъ отношенія эти основаны т. е. довѣренности и завѣщанія, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ:

а) въ случаѣ продолженія дѣйствій повѣреннаго, конечно требуется согласіе наслѣдниковъ и повѣреннаго, выраженное въ довѣренности, въ душеприкащичествѣ-же соглашеніе сторонъ нѣсколько комбинируетъ: душеприкащикъ просто принимаетъ на себя исполненіе порученій завѣщателя, а наслѣдники, принятіемъ наслѣдства, вступаютъ съ нимъ въ обязательственныя отношенія;

во 1-хъ въ представительствѣ умершаго и во 2-хъ во владѣніи имуществомъ завѣщателя. Первое настолько-же касается наслѣдственно-завѣщательнаго права, на сколько и обязательственнаго; кажется, есть даже болѣе основанія признать его въ этомъ случаѣ признакомъ принадлежности душеприкащичества къ разряду обязательствъ, такъ какъ съ нимъ не соединено понятіе о универсальности, относящіеся къ наслѣдственному праву, а понимается оно, какъ представительство или ограниченное предѣлами завѣщаніе или тѣсно связанное съ необходимостью его исполненія. Что-же касается до переходящаго къ душеприкащику права владѣнія, то въ немъ мы отнюдь не находимъ такихъ признаковъ, которые заставили бы видѣть въ лицѣ, имъ обладающимъ, преемника правъ завѣщателя. Въ своемъ мѣстѣ мы разсмотримъ это владѣніе, здѣсь-же ограничимся однимъ замѣчаніемъ. Душеприкащику ради возможности исполненія данныхъ ему порученій, предоставляетъ одно лишь *зависимое* владѣніе или, по мѣткому выраженію Кас. Деп. Сената, временное завѣдываніе имуществомъ. Но это владѣніе или завѣдываніе не является самостоятельнымъ правомъ на вещь, ибо неразрывно связаны съ данными душеприкащику порученіями: вмѣстѣ съ исполненіемъ завѣщанія, или вообще съ прекращеніемъ душеприкащичества, прекращается и это право. Право (вещное или исковое) на оставшееся имущество, имѣютъ другія лица, существованіе коихъ необходимо предполагается, это conditio sine quo non душеприкащичества.

b) въ первомъ случаѣ наслѣдники довѣрителя вступя въ обязательство съ *бывшимъ* повѣреннымъ умершаго, во второмъ — лицо это остается повѣреннымъ вслѣдствіе чего между нимъ и наслѣдниками завязываются своеобразныя отношенія, вытекающія изъ измѣнившагося положенія вещей;

c) въ томъ и другомъ случаѣ, онъ отвѣчаетъ за свои дѣйствія;

d) въ первомъ случаѣ неприкосновенность содержанія является обстоятельствомъ случайнымъ, ибо обязательство можетъ быть разсматриваемо, какъ новое и подлежащее измѣненію по произволу, во второмъ-же случаѣ случайность обращается въ необходимость, — содержаніе обязательственнаго акта рѣшительно внѣ воли наслѣдниковъ (они или вступаютъ или не вступаютъ въ обязательство), такъ какъ непосредственно въ договорныя отношенія съ душеприкащикомъ они не вступаютъ, а просто, принятіемъ наслѣдства, должны терпѣть надъ собою власть душеприкащика, это какъ-бы условіе пріобрѣтеніе ими правъ на завѣщанное имущество; наконецъ

e) въ первомъ случаѣ лицо можетъ быть устранено наслѣдниками по произволу, во второмъ — они могутъ лишь требовать по суду устраненія душеприкащика, въ силу не надлежащаго съ его стороны исполненія завѣщательной воли.

Это сравненіе приводитъ насъ къ тому, что хотя довѣренность и душеприкащичество разнятся между собою, но тѣмъ не менѣе отличительныя черта ихъ ничуть не касаются существа обязательства,—остающихся въ обоихъ случаяхъ однородными, но имѣющими свои видовые признаки. Вмѣстѣ съ этимъ мы убѣждаемся въ возможности причисленія душеприкащичества къ категоріи обязательствъ веденія чужихъ дѣлъ.

Имѣя въ виду все вышесказанное, мы можемъ опредѣлить душеприкащичество такъ; это есть обязательство, въ силу котораго одно лицо добровольно принимаетъ на себя, согласно желанію умершаго, исполненіе его завѣщанія, вступая тѣмъ въ извѣстныя юридическія отношенія съ наслѣдниками и лицами, имѣющими то или другое право на оставшееся имущество, или иначе, душеприкащичество есть обязательство

въ силу котораго одно лицо, согласно желанію умершаго становится повѣреннымъ въ дѣлахъ его, руководствуясь содержаніемъ завѣщанія и имѣя въ виду права лицъ заинтересованныхъ.

Посмотримъ теперь какія опредѣленія даютъ душеприкащичеству различные кодексы.

Французскій гражданскій кодексъ не даетъ особаго опредѣленія душеприкащичеству, но изъ ряда статей, касающихся этого предмета видно, что это лишь посредствующее лицо, на которое возлагается передача имущества легатаріямъ. Извѣстно, что французское право различаетъ наслѣдниковъ по закону отъ легатаріевъ (legataire à titre universel) т. е. лицъ, получающихъ отказъ, иначе наслѣдниковъ по завѣщанію; въ общемъ порядкѣ эти послѣднія получаютъ свою часть чрезъ законныхъ наслѣдниковъ, а въ случаѣ назначенія душеприкащика, чрезъ его посредство. Что Code civil понимаетъ это званіе именно въ такомъ смыслѣ, видно изъ того, что если напр. душеприкащику поручено владѣніе оставшеюся движимостью завѣщателя, то наслѣдники, уплативъ легатарію, назначенную ему часть, устраняютъ душеприкащика отъ владѣнія и освобождаетъ отъ званія. Еще важнѣе постановленіе французскаго законодательства о душеприкащикахъ, предающее этому институту своеобразный колоритъ и заключающееся въ томъ, что по истеченіи года, душеприкащикъ обязанъ дать отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ (1036, § 5); вообще годичный срокъ считается срокомъ исполненія, принятаго имъ на себя обязательства, что видно изъ 1026 ст., опредѣляющей годичный срокъ владѣнія.

Итальянское уложеніе, представляя собой сколокъ наполеонова кодекса, даетъ тѣже опредѣленія, что и послѣдній, отличаясь отъ него лишь по незначительнымъ частностямъ; именно, оно упускаетъ нѣкоторыя постановленія, отжившія свой вѣкъ (с. с. 1029) и прибавляетъ опредѣленія, требуемыя развившеюся юридическою жизнью, о которыхъ будетъ упомянуто въ своемъ мѣстѣ.

Прусское Allgemeines Landrecht даетъ прямое и точное опредѣленіе душеприкащичества. „Лицо, говоритъ оно въ 557 ст. XII т., назначенное завѣщателемъ исполнителемъ

его послѣдней воли считается его повѣреннымъ (Bevollmachtigter) а посмертное распоряженіе довѣренностью или инструкціею.“ Это опредѣленіе законодательства даетъ практикѣ возможность, въ встрѣчающихъ ей вопросахъ, прилагать начала довѣренности къ душеприкащичеству, но нѣкоторые спеціальные вопросы, касательно послѣдняго, уже по самому свойству своему требуютъ особыхъ нормъ, а потому высшія судебно-законодательныя установленія даютъ много указаній касательно этого примѣненія *). Это опредѣленіе душеприкащика, какъ повѣреннаго умершаго лица, относится къ дѣйствіямъ его по главному, какъ мы выше сказали, обязательству, но прусское Landrecht даетъ и опредѣленія касательно столкновенія дѣйствій душеприкащика съ правами наслѣдниковъ, именно: когда ему поручается управленіе, онъ считается управителемъ чужаго имѣнія (538) и обязанъ соблюдать интересы наслѣдниковъ (559) и представлять имъ отчетъ въ своихъ дѣйствіяхъ (562).

Австрійское Gesetzbuch содержитъ только двѣ статьи касательно занимающаго насъ вопроса и называетъ душеприкащика повѣреннымъ, уполномоченнымъ (Machthaber) ст. 816.

Но кромѣ этой активной дѣятельности душеприкащика французскій, итальянскій и австрійскій гражданскіе кодексы, предписываютъ ему дѣйствія пассивныя, касательно исполненія завѣщанія. Code civil (1031, § 4) и итальянское уложеніе (908 § 4) говорятъ, что душеприкащикъ обязанъ *слѣдить* за исполненіемъ завѣщанія. Это кажется слѣдуетъ понимать такимъ образомъ, что завѣщатель можетъ поручить душеприкащику т. е. особому лицу наблюденіе за наслѣдниками, исполняющими его завѣщаніе. Австрійское Gesetzbuch выражается на этотъ счетъ точнѣе, говоря что онъ обязанъ die saumseligen Erben побуждать къ исполненію. Но этотъ взглядъ на душеприкащиковъ, какъ на лицъ, наблюдающихъ, несущественъ, ибо юридическія отношенія, въ которые они вступаютъ съ наслѣдниками, весьма просты и не требуютъ болѣе точныхъ опредѣленій.

*) Собраны они Koch'омъ въ его коментаріѣ къ Landrecht'у.

Въ нашемъ десятомъ томѣ мы находимъ лишь двѣ—три статьи касательно душеприкащиковъ, изъ которыхъ только видно, что они, равно какъ и наслѣдники суть исполнители посмертнаго распоряженія, и назначаются по волѣ завѣщателя (ст. 1084); затѣмъ двѣ — три статьи въ Судебныхъ Уставахъ—вотъ весь законодательный матеріалъ.

Но этотъ недостатокъ прямыхъ опредѣленій восполняется разъясненіями кассаціонныхъ департаментовъ и рѣшеніями стараго сената. Хотя большинство ихъ касается дѣйствій душеприкащика и отношеній къ юридическимъ лицамъ, получающимъ отказы (преимущественно къ церковнымъ и благотворительнымъ учрежденіямъ), но тѣмъ не менѣе въ нихъ мы находимъ опредѣленіе самаго званія. „Всякое лицо, говорится въ одномъ рѣшеніи, на которое возлагаются какія либо обязанности по исполненію завѣщанія, если это лицо только не есть самъ наслѣдникъ, почитается душеприкащикомъ.“ Но еще точнѣе выразилось воззрѣніе кассаціоннаго департамента на душеприкащичество въ рѣшеніи № 74 и 227 1869 г., гдѣ душеприкащикъ названъ „уполномоченнымъ исполнителемъ воли умершаго завѣщателя, распоряжающимся имуществомъ послѣдняго“.

Вопросы объ обязательственныхъ отношеніяхъ между душеприкащикомъ и наслѣдниками также не обойдены молчаніемъ — практика по необходимости и ихъ должна была коснуться. Наслѣдникъ наприм. вправѣ требовать отъ него отчета (Р. К. Д. № 78, 1867 г.) а предоставленіе душеприкащику безотчетно распоряжаться имуществомъ, завѣщаннымъ другому лицу (наслѣднику) признано кассаціоннымъ департаментомъ противнымъ духу нашего законодательства (ibid) и т. д.

I.

Историческій очеркъ русскаго душеприкащичества.

Не вдаваясь въ гадательныя предположенія касательно завѣщательнаго права въ древнѣйшія эпохи, мы начнемъ нашъ историческій очеркъ съ анализа письменныхъ духовныхъ завѣщаній, на основаніи которыхъ постараемся констатировать древнее воззрѣніе на изслѣдуемый нами институтъ.

Разсматривая эти древнія акты, невольно удивляешься вкоренившемуся въ нашей литературѣ взгляду на характеръ духовныхъ завѣщаній, какъ на чисто религіозный, на завѣтъ. Рѣшительно непонятно откуда взяли ученые напр. Мейеръ, что наше древнее завѣщаніе, было *сначала* чисто религіознаго характера, и лишь *мало по малу* пріобрѣтало характеръ имущественный; что же касается назначенія наслѣдника то это будто бы даже чуждо нашему понятію о завѣщаніяхъ. „Наши древнія духовныя, говоритъ Мейеръ, по преимуществу имѣли нравственно-религіозное значеніе и только *между прочимъ* касались имущественныхъ отношеній завѣщателя, такъ какъ отношенія эти близки каждому и завѣщателю естественно было коснуться ихъ“ *). На самомъ же дѣлѣ всѣ духовныя памяти, собранныя въ актахъ и въ

*) Мейеръ—Русское гражданское право стр. 633.

собраніи государств. гр. п. д. т. е. всѣ доступныя намъ древнія письменныя завѣщанія, начиная съ завѣщанія Владиміра Волынскаго, относящагося къ 1286 году, имѣютъ вполнѣ имущественный и юридическій характеръ съ примѣсью конечно религіозныхъ умствованій. Въ нихъ мы находимъ означеніе долговъ завѣщателя и всякихъ сдѣлокъ, которыя въ завѣщаніяхъ ближайшихъ къ нашему времени, все становятся сложнѣе; тутъ завѣщатель приказываетъ, благословляетъ и даетъ рядъ, т. е. предназначаетъ имущество тому или другому лицу. Исключительно же нравственно-религіознаго содержанія завѣщанія, каково завѣщаніе одного митрополита, лишенное всякаго юридическаго и имущественнаго характера, весьма рѣдки. Что на древнихъ завѣщаніяхъ дѣйствительно отразилось христіанство, это не подлежитъ сомнѣнію, но это не мѣшало ему сохранить юридическій характеръ и мы никакъ не вправѣ сказать, что распоряженій имущественныхъ завѣщатель касался лишь *между прочимъ*. Что завѣщатель дѣлалъ въ духовной нравственно-религіозныя назиданія, назначенія, восклицанія и т. п. то это понятно, и иначе быть не могло. Лицо религіозное, умирая и сознавая необходимость разстаться съ міромъ, естественно въ актѣ послѣдней воли должно распространяться о нравственныхъ матеріяхъ. Этотъ характеръ духовныхъ, сначала вытекавшій изъ чистаго источника, послужилъ впослѣдствіи для духовныхъ лицъ, такъ сказать, магнитомъ, притягивавшимъ ихъ вліяніе на все завѣщательное отношеніе и чѣмъ больше народъ становился религіознымъ, тѣмъ вліяніе церкви усиливалось. Въ этомъ смыслѣ совершенно справедливо говоритъ г. Полежаевъ, что „чѣмъ глубже и обширнѣе развивается религіозное чувство, тѣмъ необходимѣе становится вмѣшательство духовенства“ *). И это вмѣшательство постепенно дѣйствовало на развитіе того явленія, которое его вызвало т. е. духовенство стало заботиться о развитіи религіознаго чувства, направляя его съ свою пользу, убѣждая въ необходимости для спасенія души назначать отказы въ

*) Полежаевъ — О духовныхъ завѣщаніяхъ, арх. Калачева, 1858 г. № 1, стр. 25.

пользу монастырей и церквей. Вообще нелѣпо отрицать вліяніе духовенства на содержаніе завѣщанія, но впадать въ крайность тоже нѣтъ основаній.

Послѣ этого отступленія приступимъ къ самому анализу духовныхъ.

Выше мы привели выраженія (приказываю, даю рядъ, благословляю), которыя употреблялись завѣщателемъ въ древности при назначеніи своего имущества тому или другому лицу. Не находя между ними никакого кореннаго различія, мы остановимся лишь на одномъ изъ нихъ „приказываю". Кромѣ того, что оно означало наслѣдственную передачу имущества напримѣръ „приказываю животъ" и т. п. мы находимъ выраженіи „приказываю жену, дѣтей, душу". Подъ „приказываю жену и дѣтей", очевидно слѣдуетъ понимать порученіе озаботиться объ оставшихся дѣтяхъ и женѣ. Иного смысла ему и придать невозможно. По отношеніи къ дѣтямъ, лицо, коему они приказаны, является опекуномъ — это общее мѣсто въ исторіи права. Но каково ихъ значеніе относительно жены, вдовы завѣщателя? Въ большинствѣ завѣщаній къ разсматриваемому выраженію прибавляется и „будь имъ печальникъ" напр. „А приказываю тебѣ сыну моему Семену братію твою младшую и княгиню свою съ меньшими дѣтьми, по Бозѣ ты будешь имъ *печальникъ*". Значитъ эти лица суть печальники, и значеніе ихъ выяснено нашими учеными; они не были опекунами вдовъ, половой опеки, каковою она *является* въ древне-германскомъ правѣ, не знала древнерусская жизнь; печальники были просто лица, назначенныя завѣщателемъ покровительствовать вдовамъ, помогать имъ совѣтами въ затруднительномъ положеніи и т п. словомъ имѣли чисто нравственное значеніе; въ какія либо юридическія отношенія, подобные отношеніямъ опекуна съ малолѣтнимъ, они съ вдовами не вступали; относительно этого Неволинъ говоритъ слѣдующее: „въ древніе времена князья и частныя лица поручали своихъ вдовъ особымъ печальникамъ или другимъ лицамъ, но вдовы черезъ это нисколько не стѣснялись въ своихъ гражданскихъ правахъ" *). Шпи-

*) Неволинъ—Ист. русск. гражд зак. т. 1 стр. 329.

левскій того же мнѣнія *). Значитъ этихъ прикащиковъ вдовъ и дѣтей завѣщателя слѣдуетъ считать а) опекунами малолѣтнихъ и b) печальниками т. е. защитниками вдовъ, но никакъ не опекунами ихъ.

Другое встрѣчающееся выраженіе для насъ особенно интересно — „приказываю душу такому-то“. Лицо коему приказывается душа, какъ показываетъ уже самое выраженіе, называлось—душеприкащикомъ. Но производство этого термина возбудило разногласіе въ нашей юридической литературѣ. Неволинъ и Калачевъ производятъ его отъ приказа *души* умершаго другому лицу т. е. понимаютъ это, какъ дачу порученія религіознаго свойства, направленнаго къ заботѣ о душѣ покойнаго, заботѣ, выражающейся въ совершеніи различныхъ богослужебныхъ и богоугодныхъ дѣйствій, почти всегда сопряженныхъ съ денежными расходами. Такъ Калачевъ говоритъ что „завѣщатель приказывалъ свою душу извѣстному лицу, дабы оно молилось за него, заказывало обѣдни, панихиды и проч. **). Неволинъ полагаетъ, что завѣщатель назначалъ лицъ (душеприкащиковъ) для исполненія распоряженія, сдѣланнымъ имъ для спасенія своей души ***). Противъ этихъ справедливыхъ мнѣній возражаетъ проф. Лешковъ ****). Онъ производитъ „душеприкащика“ отъ „приказа всего оставленнаго въ семъ мірѣ *души исполнителя*“ т. е. это слѣдуетъ понимать какъ приказъ, порученіе, данное завѣщателемъ лицу позаботиться объ оставшейся семьѣ, о приведеніи въ извѣстный порядокъ дѣлъ завѣщателя и т. п., предоставляя эти дѣйствія вполнѣ совѣсти, душѣ прикащика, исполнителя. Въ этой аргументаціи видна полнѣйшая тенденціозность т. е. желаніе во чтобы то ни стало доказать предвзятую мысль, еслибъ это даже стоило искаженія источниковъ. Нужно замѣтить, что этотъ взглядъ ученаго былъ имъ выраженъ въ полемикѣ съ Калачевымъ и понадобился, какъ доказательство безотчетности душепри-

*) Шпилевскій—Семейныя власти у др. слав и герм. стр. 387.
**) Калачевъ—Юрид. Вѣсти. 1867 г. № 4, стр. 112.
***) Неволинъ—Ист. гр зак. т. 3, стр 300.
****) Юрид. Вѣсти. 1867 г. № 4, стр. 153.

кащиковъ съ поконъ вѣка. Онъ основанъ главнымъ образомъ на томъ, что съ приказомъ о душѣ соединялись почти всегда приказы о женѣ, дѣтяхъ, имуществѣ. Это фактъ неоспоримый и мы сейчасъ къ нему вернемся, но намъ онъ послужитъ для доказательства противнаго. Существованіе его не даетъ намъ еще права производить самое названіе института, отъ смысла, придаваемаго ему жизнью; по нашему мнѣнію слѣдуетъ отличить первоначальное происхожденіе слова отъ жизненнаго, практическаго его значенія. Напримѣръ, возьмемъ какое-либо учрежденіе, отправляющее нѣсколько различныхъ функцій; очень часто названіе ему дается по одной изъ нихъ. Если же намъ придется изслѣдовать названія этого учрежденія, то мы должны будемъ обратиться къ той функціи отъ которой оно произошло, и не искать происхожденіе названія въ существѣ остальныхъ функцій. Къ послѣднему способу прибѣгнулъ проф. Лешковъ. Изъ-за того что печальничество и другія дѣйствія почти всегда соединялись въ одномъ лицѣ съ душеприказомъ, такъ сказать, онъ отрицаетъ происхожденіе послѣдняго наименованія отъ дѣйствительнаго факта „приказа души“, силясь произвести его отъ совокупности отправленій, присущихъ этому институту въ жизни.

Чтобы убѣдиться въ противномъ, стоитъ только припомнить, часто встрѣчающіеся въ древнихъ духовныхъ, выраженіе по „душѣ“, не относящееся къ душеприкащичеству т. е. завѣщатель и при другихъ случаяхъ употребляетъ слово „душу“ въ подобномъ же смыслѣ какъ въ приказѣ напр.: А по своей души далъ есть—село такое-то, или столько-то денегъ, или, по душѣ своей правити велѣлъ есми дать съ Николы попу Ивану рубль и т. д. Очевидно это выраженіе по „душѣ“ означаетъ религіозный характеръ дѣйствій, направленныхъ къ спасенію души т. е. панихидъ, обѣденъ и т. д. слѣдовательно, и подъ приказомъ души слѣдуетъ понимать такого рода дѣйствія и прикащиками души или душеприкащиками лица, коимъ они поручаются.

Но въ этомъ чисто религіозномъ смыслѣ душеприкащичество проявляется въ жизни весьма рѣдко. Иначе говоря, рѣже всего душеприкащичество является въ видѣ самосто-

ятельномъ; покрайней мѣрѣ сколько намъ извѣстно, число подобныхъ случаевъ весьма ограничено. Мы имѣемъ передъ собою завѣщанія, хотя и позднѣйшаго времени, именно XVII вѣка, изъ котораго можно себѣ составить приблизительное понятіе о душеприкащичествѣ въ тѣсномъ смыслѣ. Завѣщаніе написано передъ уходомъ на войну. „А буде волѣю Божіею, говорится въ немъ, мнѣ на этой службѣ учинится смертный часъ и я Илья приказываю душу свою строить и поминать господамъ своимъ и сродникамъ Іосифу Васильеву Сѣдово и напоминъ души моей душеприкащикамъ моимъ роздать 500 руб. изъ наличныхъ моихъ денегъ, которыя положилъ на соблюденіе у братьевъ моихъ Алексѣя и Ивана меньшаго и по которымъ церквамъ и на сколько церквей дать почему и о томъ о всемъ полагаюсь на волю душеприкащиковъ своихъ и отцу моему духовному дать 10 руб.*). Въ этомъ завѣщаніи, какъ видно, душеприкащики назначены съ одною религіозною цѣлью и какъ бы отдѣлены отъ исполненія остальныхъ частей его; лишь одному изъ нихъ Сѣдово поручается взять деньги и дать ихъ остальнымъ. Далѣе, говорится о пожиткахъ, отказываемыхъ завѣщателемъ невѣсткѣ и внукѣ; имъ прямо устраняется всякое вмѣшательство постороннихъ лицъ, а слѣдовательно и душеприкащиковъ: „никому до тѣхъ пожитковъ дѣла нѣтъ и не вступаться“; но вмѣшательство душеприкащика допущено завѣщателемъ лишь въ томъ случаѣ, когда внука его „не станетъ“; въ этомъ случаѣ „взять половину у невѣстки моей вдовы Анны душеприкащикомъ моимъ въ поминаніи души моей“. Въ этомъ завѣщаніи весьма рельефно выставлено душеприкащичество въ тѣсномъ смыслѣ; но послѣднѣе составляетъ совершенно исключительное явленіе; даже можно сказать, чаще встрѣчаются завѣщанія безъ душеприкащиковъ, чѣмъ съ душеприкащикомъ въ столь узкомъ значеніи.

Обыкновенно душеприкащичество въ тѣсномъ смыслѣ соединяется въ одномъ лицѣ съ опекою, печальничествомъ и всякими другими порученіями юридическаго характера. Что касается случаевъ этого соединенія съ печальничествомъ и

*) Акты Калачева т. I., дух. 84. II.

опекою, то они встрѣчаются весьма часто. Выражается это обыкновенно такимъ образомъ: „А приказываю есми свою душу и свою жену и дѣтей такому-то“ *) или „А приказываю по своемъ животѣ свою жену и свои дѣти своему свату... и по душѣ своей правити“ **). Но весьма характеристично одно завѣщаніе XIV вѣка, въ коемъ говорится: „и другую половину живота моего въ землѣ и водѣ ты братъ Григорій испродай да вписи во вседневіе службы отца моего и матерь мою и меня, а остаткомъ и ты о насъ помяни“ ***). Очевидно здѣсь Григорій душеприкащикъ брата въ тѣсномъ смыслѣ — ему поручаются дѣйствія чисто религіознаго свойства. Но этотъ душеприкащикъ въ тоже время опекунъ, ибо завѣщатель говоритъ: „доколѣ сынъ мой Федоръ подростетъ, а до толѣ ѣздитъ по моимъ селамъ братъ мой Григорій въ моемъ мѣстѣ и людьми моими правитъ“; что этотъ Григорій опекунъ—это безспорно; и Шпилевскій смотритъ на него такимъ же образомъ ****).

Подобнаго рода опекуны-душеприкащики, какъ мы замѣтили выше, встрѣчаются весьма часто. Оно и понятно: завѣщатель выбираетъ для поминанія своей души и т. п. дѣйствій лицо уважаемое, достойное довѣрія и оставляя послѣ себя семейство, естественно поручаетъ заботу о немъ этому довѣренному лицу.

Не менѣе часты случаи соединенія душеприкащичества въ тѣсномъ смыслѣ съ порученіями всякихъ другихъ юридическихъ дѣйствій. Такъ въ одномъ завѣщаніи говорится „чтобы государь мой съ моей вотчины душу помянулъ и долгъ заплатилъ“ *****) или въ другомъ поручается „собрати и роздати и душу помянуть“ ******) или душеприкащику назначается „платити и слободу брати“ *******). Особенно ти-

---

*) Акты юридич. № 410.
**) ibid. № 412.
***) ibid. № 409.
****) Шпилевскій — Семейныя власти, стр. 301.
*****) Собр. г. гр. и дог. т. I, 151.
******) Ак. юр. 412.
*******) ibid. 415.

пично одно завѣщаніе XV вѣка, въ которомъ душеприкащику поручаются весьма разнообразныя дѣйствія. „А приказываю, говорится въ немъ, все дати и взяти и душу поминати такому-то“; это „дати“ и „взяти“ между прочимъ выражаются въ слѣдующемъ; „прикащики сберутъ и дадутъ женѣ,“ „прикащики мои тѣ люди отпустятъ на свободу“ и т. д.

Этихъ фактовъ кажется достаточно для устанвленія дѣленія душеприкащичества на слѣдующія виды: a) душеприкащичество въ тѣсномъ смыслѣ, b) душ. въ соединеніи съ опекою и печальничествомъ, c) душ. въ соединеніи съ другими порученіями юридическаго свойства. Но прежде чѣмъ покончить съ древними завѣщаніями, считаемъ не лишнимъ указать на одно особенно интересное и замѣчательное. Въ немъ душеприкащикъ является уже не въ видѣ прикащика души (о душѣ и помину нѣтъ), а какъ исполнитель воли въ самомъ обширномъ смыслѣ. „А по своей души, говорится въ немъ, далъ есть село Игнатьевское да три пчелы стаи Троицѣ и монастырь. А приказываю есмь свою жену и свои дѣти и гдѣ што взять, кому што дать брату своему Костенъ“ *). Но мнѣ могутъ возразить, что Костенъ и душеприкащикъ въ тѣсномъ смыслѣ ибо онъ долженъ отдать село монастырю; дѣйствительно, онъ обязанъ совершить это, но эта обязанность вытекаетъ не изъ особаго порученія, а, входя въ составъ завѣщанія вмѣстѣ съ другими порученіями, должно быть имъ исполнено: оно входитъ въ опредѣленіе „дать и взять“. Къ сожалѣнію мы не въ правѣ выставить какое либо обобщеніе касательно этого вида душеприкащиковъ (уже въ новѣйшемъ смыслѣ), ибо завѣщаніе въ коемъ таковой назначается, такъ сказать, единственное въ своемъ родѣ — подобнаго ему не найти въ древнихъ актахъ.

Еще слѣдуетъ разрѣшить вопросъ: какими гарантіями было обставлено у насъ въ древнія времена исполненіе душеприкащикомъ завѣщательнаго распоряженія? Въ силу сло-

*) Ibid. 415.

жившихся жизненныхъ условій, душеприкащикъ является у насъ лицемъ отвѣтственнымъ; мы говоримъ *въ силу сложившихся жизненныхъ условій*, ибо особыхъ опредѣленій писаннаго права, относительно ихъ, не было, но благодаря напр. тому, что опекунъ всегда становился отвѣтственнымъ передъ родомъ или благодаря вмѣшательству суда церковнаго въ завѣщательное отношеніе и т. п. душеприкащичество обставлялось извѣстнымъ контролемъ. Конечно это не можетъ быть сказано относительно всѣхъ эпохъ, все зависило отъ того, въ какое время, какое изъ гарантирующихъ обстоятельствъ проявлялось сильнѣе или слабѣе. Сказать безусловно, какъ Лешковъ, что душеприкащикъ всегда былъ безотвѣтственъ или какъ Калачевъ, видящій полную правильность въ юридическихъ отношеніяхъ древней Руси, что душеприкащикъ былъ строго отвѣтственъ — никакъ нельзя. Все зависѣло отъ временныхъ обстоятельствъ.

Относительно душеприкащичества въ тѣсномъ смыслѣ конечно, въ иныхъ случаяхъ, ускользалъ всякій контроль напр. мы видѣли, что душеприкащику давались деньги, дабы онъ заказывалъ обѣдни, панихиды и т. д. гдѣ-жъ тутъ требовать отъ него въ этомъ отчета? Но мы видѣли также, что завѣщатель назначалъ отказы церквамъ и монастырямъ — эти порученія душеприкащика должны были быть исполнены имъ, ибо церковь, которая утверждала и часто хранила завѣщанія, была заинтересована въ исполненіи и часто требовало его.

Что касается опекуновъ душеприкащиковъ, то они по общему воззрѣнію на опеку, какъ на учрежденіе семейно-родовое, находились подъ надзоромъ. „Въ силу господствовавшаго начала союза родственной защиты, говоритъ проф. Шпилевскій, которая принадлежала цѣлому роду, опекунъ былъ только органомъ послѣдней; установленіе опеки не устраняло другихъ родственниковъ отъ участія въ судьбѣ малолѣтняго; опись имущества составлялась при родственникахъ: по „Русской Правдѣ“ „передъ людьми“, подъ которыми прежде всего слѣдуетъ понимать родственниковъ“ *).

*) Шпилевскій, стр. 313.

Если таковой надзоръ былъ во время „Русской Правды“, то въ послѣдующія времена, съ ослабленіемъ родовыхъ отношеній, этотъ надзоръ естественно долженъ былъ ослабнуть и даже совершенно исчезнуть. Но тогда, какъ увидимъ ниже, церковь приняла малютокъ подъ свою защиту.

Наконецъ укажемъ на душеприкащество въ третьемъ видѣ т. е. въ соединеніи съ порученіями юридическаго характера, какъ-то: уплатой долговъ, передачей имущества наслѣдникамъ и т. п. Въ исполненіи этихъ дѣйствій, душеприкащикъ становился отвѣтственнымъ передъ заинтересованными лицами, которыя находили признаніе своихъ правъ въ судѣ церкви съ самаго начала введенія христіанства. Лицо, пострадавшее отъ неисполненія воли завѣщателя, получало право иска на него. Церкви были подвѣдомственны споры по завѣщаніямъ, а слѣдовательно и споры наслѣдниковъ и другихъ лицъ съ душеприкащиками.

Обращаясь къ постановленіямъ отечественнаго законодательства о душеприкащикахъ мы находимъ крайнюю скудость опредѣленій и неполноту. Сколько намъ извѣстно, объ изслѣдуемомъ нами предметѣ только говорится: a) нѣсколько словъ въ законѣ судномъ людямъ, b) въ указѣ Іоанна IV, 1557 г., c) въ XX главѣ Уложенія 1649 г., d) въ нѣсколькихъ собранныхъ статьяхъ, e) въ § 46 инструкціи магистрату 1724 года.

Относительно „Закона суднаго людямъ“ нужно замѣтить, что въ главѣ „о умираньи“ говорится, что завѣщатель назначаетъ исполнителя своей послѣдней воли, называемаго испоручникомъ, на обязанности котораго лежитъ распоряженіе имуществомъ умершаго, согласно выраженному послѣднимъ желанію въ присутствіи 7-ми свидѣтелей или послуховъ.

Этотъ законъ, столь широко понимающій душеприкащичество, имѣлъ лишь, по нашему мнѣнію, такъ сказать, бумажное значеніе и въ юридическомъ быту ужъ никакъ не могъ быть принятымъ и дѣйствительно, какъ показываютъ факты, не былъ принятъ. Во-первыхъ, самое слово „испоручникъ“ не вошло въ употребленіе: нигдѣ о немъ не упоминается, во-вторыхъ, имѣющіяся у насъ подъ рукою древнія завѣщанія

указываютъ, что число свидѣтелей рѣдко доходило до двухъ; уже на основаніи этихъ данныхъ можно заключить, что греческій законъ не имѣлъ рѣшительно никакого жизненнаго значенія. Онъ въ этомъ отношеніи подобенъ другимъ греческимъ законамъ—покрайней мѣрѣ касательно завѣщательнаго права. Потому-то нельзя не согласиться съ мнѣніемъ г. Полежаева, что „первоначальное составленіе завѣщанія, равно какъ и исполненіе его, жило и развивалось по обычаю; потомъ, хотя духовенство и положило свою печать на этотъ актъ умирающаго, но все-таки требованія греческихъ постановленій, покрайней мѣрѣ до позднѣйшаго времени, не соблюдались“ *). На основаніи вышесказаннаго мы, кажется, вправѣ игнорировать существованіе этого закона.

Въ 1557 году царь Іоаннъ IV издалъ указъ, на основаніи котораго мужу запрещается быть душеприкащикомъ жены, подъ опасеніемъ недѣйствительности завѣщанія. Законодатель тутъ имѣлъ въ виду, ту полную зависимость, въ которой находилась жена отъ мужа, могущаго повліять на существо назначенія.

Но чемъ же объясняется желаніе мужа быть душеприкащикомъ жены? Достаточнымъ доказательствомъ тому, что оно т. е. желаніе, дѣйствительно имѣло мѣсто, можетъ служить уже одинъ фактъ существованія вышеприведеннаго закона. Что же было привлекательнаго въ званіи душеприкащика, доходившаго до того, что мужъ пускалъ въ ходъ свою власть надъ женою, чтобъ быть назначеннымъ? Кажется, слѣдуетъ допустить возможность злоупотребленія полномочіемъ, даннымъ душеприкащику. Но мы нѣсколько выше сказали, что благодаря извѣстному складу жизненныхъ условій, душеприкащикъ былъ отвѣтственъ т. е. предупреждались злоупотребленія съ его стороны. Въ данномъ случаѣ, въ XVI столѣтіи, тѣ гарантирующія обстоятельства, о которыхъ мы говорили, значительно ослабли. Контроль церкви сталъ ослабѣвать, въ силу появляющихся ограниченій отказовъ въ ея пользу; родъ, въ случаяхъ соединенія душеприкащиче-

*) Полежаевъ—О дух. зав. Арх. Кал. 1858 г. № 1, стр. 32

ства съ опекою, вмѣшиваться не могъ, такъ какъ опекуномъ былъ самъ отецъ, въ дѣйствіи котораго родъ едва ли когда либо считалъ себя вправѣ вмѣшиваться. Оставался значитъ контроль т. е. право иска лицъ, означенныхъ въ завѣщаніи; но очевидно не этотъ видъ душеприкащичества имѣлъ въ виду указъ Іоанна, а душеприкащичество въ тѣсномъ смыслѣ, ускользающее отъ контроля. Мужъ, въ силу своей власти, могъ приказать женѣ передать все ея имущество на поминъ души т. е. иначе говоря, принудить ее сдѣлать его собственникомъ оставшагося имѣнія. Такимъ образомъ, запрещая назначеніе мужа душеприкащикомъ жены, законъ тѣмъ какъ бы выразился противъ всякаго принудительнаго назначенія.

Безъ малаго сто лѣтъ спустя, въ 1649 году, Алексѣй Михайловичъ въ своемъ Уложеніи помѣстилъ весьма раціональное опредѣленіе касательно душеприкащиковъ.

Какъ извѣстно и при Алексѣѣ Михайловичѣ существовалъ судъ церковный, который разсматривалъ дѣла и споры по духовнымъ завѣщаніямъ; а слѣдовательно и лица, обиженныя неисполненіемъ душеприкащикомъ завѣщательной воли, имѣли право иска на него. Но положеніе холоповъ, въ тѣ времена, было конечно исключительно и исполнителю завѣщанія ничего не стоило не выполнить распоряженій, касающихся этихъ горемыкъ; послѣдніе могли и не знать о томъ, что о нихъ идетъ рѣчь въ завѣщаніи, а если и знали, такъ лишены были возможности отстаивать свои права. Случаи подобнаго неисполненія должно быть часто повторялись, ибо какъ извѣстно, каждый имущій завѣщатель отпускалъ на волю часть своихъ холоповъ; вотъ въ виду злоупотребленій подобнаго рода, Уложеніе и постановляетъ:

„А буде кто прикажетъ, (говорится въ § 14, XX главы), дѣтямъ своимъ или братьямъ, или прикащикамъ по смерти своей кабальныхъ своихъ людей отпустить на волю, и дѣти его или братья или прикащики тѣхъ его людей на волю не отпустятъ, а похотятъ ихъ у себя удержать и тѣмъ людямъ, которыхъ послѣ умершаго дѣти его или братья или прикащики не отпустятъ, бить челомъ на нихъ

государю и тѣмъ давать челобитную въ Холопій Приказъ". Холопьему же Приказу предписывается посылать приставовъ и этихъ нарушителей воли завѣщателя „ставить съ тѣми челобитниками съ очей на очи и разспрашивая велѣть тѣмъ холопимъ давать отпускныя безъ всякаго задержанія".

Считаемъ не лишнимъ здѣсь сказать нѣсколько словъ касательно употребляемаго Уложеніемъ выраженія „прикащика". Сомнѣнія на счетъ тождественности его съ „душеприкащикомъ" было уже возбуждено Калачевымъ. И дѣйствительно, общее понятіе „прикащикъ" относится ко всякому лицу, которому или назначается имущество, или поручаются завѣщателемъ извѣстныя дѣйствія; въ разсмотрѣнныхъ нами выше завѣщаніяхъ мы встрѣтили: „приказываю имущество жену, душу, и т. д." Но что въ данномъ случаѣ подъ прикащикомъ понимается не всякое лицо, получившее какой-либо приказъ, а душеприкащикъ, въ этомъ убѣждаетъ насъ одна изъ послѣдующихъ статей Уложенія. Въ ней говорится, „А кто стариннаго своего холопа или рабу отпуститъ на волю при себѣ или при смерти такихъ старинныхъ холоповъ отпускать *прикащикамъ* и впредь до тѣхъ людей, ни дѣтямъ его и братію и племенникамъ дѣла нѣтъ". Еслибъ подъ прикащикомъ разумѣлось всякое лицо, получившее приказъ, то о немъ было бы упомянуто вмѣстѣ съ дѣтьми, братьями и племянниками, но здѣсь именно отдѣлено выраженіе „прикащикъ", коего обязанность исполнить завѣщаніе, т. е. въ данномъ случаѣ „освободить раба", а остальныя лица т. е. прикащики въ общемъ, самомъ обширномъ смыслѣ т. е. наслѣдники, не смѣютъ препятствовать этому исполненію. Неволинъ тоже отождествляетъ душеприкащиковъ съ прикащиками *).

Послѣдующія узаконенія, именно Соборныя статьи и постановленіе Петра Великаго, касаются душеприкащиковъ-опекуновъ.

Такъ, въ Соборныхъ статьяхъ 1657 года мы читаемъ, что дѣла, касающіяся душеприкащиковъ были подвѣдомст-

*) Неволинъ—О пространствѣ церковнаго суда. Собр. соч. т. IV стр. 345.

венны Патріаршему Приказу, вѣдавшему вообще опекунскія дѣла; изъ нихъ мы узнаемъ о существованіи запрещенія душеприкащику брать за себя жену умершаго завѣщателя, и т. д. Неволинъ полагаетъ, что это запрещеніе находится въ связи съ греко-римскими законами объ опекѣ. Но какъ-бы то ни было, изъ этихъ статей мы видимъ, что душеприкащикъ-опекунъ отвѣтственъ на обще-опекунскомъ основаніи и они имѣютъ для насъ лишь то значеніе, что указываютъ на замѣну родовой защиты въ XVII в. защитою церкви, въ зависимыя отношенія отъ которой становится душеприкащикъ.

Законодательство Петра Великаго, касательно занимающаго насъ института, имѣетъ такое же значеніе, какъ всѣ вообще постановленія объ опекунахъ ни какъ не болѣе; хотя въ 46 § Инструкціи Магистрату 1724 года, и говорится о „душеприкащикахъ“, но это выраженіе употреблено совершенно неумѣстно; въ этомъ законодательномъ актѣ говорится о чистой опекѣ, которая переводится имъ изъ вѣдомства церкви въ вѣдомство магистрата. Уже по начальнымъ словамъ § видно, что это вѣрно: „Ежели по смерти, говорится, котораго гражданина останутся малыя дѣти и купечество содержать еще до возраста своего не могутъ и т. д.

На основаніи приведеннаго историческаго очерка русскаго душеприкащичества, мы вправѣ выставить слѣдующее положеніе: въ древнія времена душеприкащичество весьма рѣдко понималось въ узкомъ смыслѣ религіозно-нравственнаго порученія, но, какъ обязательство, имѣло объектомъ своимъ болѣе или менѣе полное исполненіе воли вообще т. е. рядъ порученій, включая сюда и опеку, въ совокупности съ порученіями религіознаго характера. Этотъ взглядъ, хотя фактически и не доказанный и не вполнѣ категорически выраженный, былъ высказанъ Неволинымъ и Калачевымъ. Первый говоритъ: „Обыкновенно въ самыхъ духовныхъ завѣщаніяхъ назначались лица, которымъ завѣщатель приказывалъ свою душу, поручая имъ исполненіе послѣдней воли и особенно распоряженій, дѣлаемыхъ завѣщателемъ для

своей души“ *). Значитъ порученія о душѣ давались особенно, *въ особенности*, а *вообще* поручалось ему исполненіе послѣдней воли. Калачевъ говоритъ еще опредѣлительнѣе: „Имъ (т. е. душеприкащикамъ) ввѣрялись религіозныя и нравственныя интересы, какъ его (завѣщателя) самаго, такъ и домочадцевъ, затѣмъ душеприкащику поручалось умирающимъ исполненіе порученій съ характеромъ имущественнымъ, вообще юридическаго свойства“ **).

II.

Нынѣдѣйствующее законодательство о душеприкащичествѣ.

Изслѣдованіе душеприкащичества, какъ и всякаго другого обязательства, должно логически распадаться на три существенныя части: возникновеніе его, теченіе или юридическія отношенія изъ него вытекающія и прекращеніе. Согласно этому, сначала мы разсмотримъ условія возникновенія душеприкащичества, затѣмъ юридическое положеніе душеприкащика и наконецъ способы прекращенія душеприкащичества.

A. Условія возникновенія душеприкащичества.

Эти условія касаются a) лицъ вступающихъ въ обязательство, b) имущества, по поводу коего дѣйствуетъ душеприкащикъ, c) предмета обязательства, т. е. дѣйствій поручаемыхъ душеприкащикамъ, d) формы установленія. Но эти условія будутъ нами разсматриваемы, конечно, со стороны

*) Исторія г. з. т. 3 стр. 301.
**) Юрид. В. 1867, № 4, стр. 122.

спеціальной, на сколько существо ихъ отступаетъ отъ существа, общихъ всѣмъ обязательствамъ условій. Поэтому говоря: 1) о лицахъ, мы будемъ имѣть въ виду лишь одного душеприкащика, а не завѣщателя, наслѣдника или другихъ лицъ, 2) объ установленіи душеприкащничества,—мы сначала укажемъ на формы назначенія и полномочій душеприкащика, затѣмъ на условія принятія имъ званія и утвержденія со стороны государства, и наконецъ 3) говоря о принятіи душеприкащикомъ имущества, мы лишь укажемъ на необходимость этого условія въ виду возможности удовлетворенія лицъ, имѣющихъ на это имущество право. О предметѣ обязательства, т. е. о дѣйствіяхъ, поручаемыхъ душеприкащику, мы не считаемъ нужнымъ говорить въ этой главѣ, упомянемъ лишь здѣсь, что эти дѣйствія, въ смыслѣ условій возникновенія обязательства, должны быть не противузаконны, положительное-же формулированіе ихъ войдетъ въ составъ главы о юридическихъ отношеніяхъ, вытекающихъ изъ обязательства.

1) О лицахъ, могущихъ быть душеприкащиками.

Примѣненіе началъ, принятыхъ въ общемъ ученіи объ обязательствахъ касательно условій, требуемыхъ отъ лицъ вступающихъ въ нихъ, можетъ, какъ показываютъ законодательства, и есть мѣсто и въ душеприкащничествѣ, хотя въ каждомъ законодательствѣ имѣется рядъ ограниченій, спеціально принадлежащихъ душеприкащничеству; но это не мѣшаетъ приложенію общихъ началъ. Совершеннѣйшій изъ гражданскихъ кодексовъ, Code civil, послѣ перечисленія лицъ, не могущихъ вступать въ обязательства, говоритъ: „вообще не способны обязываться тѣ, коимъ законъ это запрещаетъ“; значитъ кромѣ общихъ началъ не правоспособности, могутъ имѣть мѣсто и спеціальныя опредѣленія. Безелеръ въ своей монографіи, выставляетъ такое положеніе относительно лицъ: „кто не можетъ представлять (vertreten) самаго себя, не можетъ и быть представителемъ“ *). Это самопредставительство и есть способность безъ посредства другаго лица, всту-

*) Beseler—Ueber Test. Z. f. d. R. 6, IX 1844, стр 201.

пать въ обязательства; кто обладаетъ этою способностью можетъ быть, по мнѣнію этого ученаго, душеприкащикомъ; такъ что постановленія большинства кодексовъ, ставя условіемъ лица, назначаемаго душеприкащикомъ, право вступленія въ обязательство, въ этомъ отношеніи совершенно сходятся съ теоріею. Французскій и итальянскій кодексы прямо высказываются относительно этого; прусское Landsrecht несомнѣнно придерживается того-же воззрѣнія, называя душеприкащика повѣреннымъ. Но если съ одной стороны мы примемъ то положеніе, что право вступленія въ обязательство является условіемъ лица, назначаемаго душеприкащикомъ, хотя и съ спеціальными ограниченіями, то съ другой стороны и начала довѣренности, несмотря на принятую нами аналогію институтовъ, въ этомъ отношеніи не могутъ быть примѣнены безусловно. Довѣренность и душеприкащничество суть, какъ мы уже сказали, два особыхъ вида обязательствъ, имѣющія свои индивидуальности. Это очевидно изъ сопоставленія ст. 1030 и 1990 Code civil говорящихъ что несовершеннолѣтніе могутъ, при извѣстныхъ условіяхъ, быть повѣренными и безъ согласія попечителя, а душеприкащиками быть не могутъ, даже при наличности этого согласія.

По французскому кодексу ограниченія прямо касаются: a) малолѣтнихъ и b) замужнихъ женщинъ. Относительно первыхъ онъ постановляетъ, какъ мы сейчасъ сказали, что они не могутъ быть душеприкащиками съ согласія попечителей (1030), а итальянское уложеніе прибавляетъ къ этому: „даже съ согласія отца“. Относительно женщинъ Code civil постановляетъ, что они могутъ быть душеприкащиками *лишь съ согласія мужей*. Въ основѣ этого ограниченія лежитъ, съ одной стороны, принятая французскимъ правомъ, общность имуществъ супруговъ, съ другой— необходимость имущественной отвѣтственности душеприкащика, въ случаѣ злоупотребленія, переданнымъ его завѣдыванію имуществомъ. Если жена—душеприкащица разтратитъ это имущество, то въ виду общности ея имущества съ имуществомъ мужа, взысканіе зачастую станетъ невозможнымъ или пострадаетъ невинное лицо—мужъ. Такъ что, это согласіе мужа, имѣетъ тотъ смыслъ, что онъ готовъ отвѣчать

своимъ имуществомъ въ случаѣ надобности—это своего рода поручительство. Но Code civil не хочетъ сознаться въ этомъ; эта матеріальная, имущественная основа, на которой построено требованіе согласія мужа, не прямо имъ признается — онъ требуетъ согласія и въ случаѣ раздѣльности имуществъ. Очевидно это требуется для поддержанія принципа зависимости жены отъ мужа. Такова доля женщины—законъ не хочетъ признать за нею самостоятельность, еслибъ это даже логически вытекало изъ принятыхъ имъ почему либо положеній! Это требованіе согласія мужа въ случаѣ раздѣльности имуществъ, не болѣе какъ пустая фраза, ибо на основаніи того-же кодекса (218), въ случаѣ отказа мужа въ согласіи на вступленіе ея въ обязательственныя отношенія (гдѣ права ея также ограничены), это дѣлается судомъ,— судебнымъ установленіямъ предоставляется это право.

Итальянское уложеніе, представляющее собою сколокъ съ французскаго, упустило всѣ опредѣленія, касающіяся ограниченій въ правѣ женщинъ быть душеприкащиками.

Прусское право, въ силу признанія за женщиною ограниченной правоспособности, не допускаетъ ее къ душеприкащничеству. Мотивомъ этого послужило, установленное Ober Tribunal'омъ, положеніе: „Если уполномоченному не достаетъ необходимыхъ качествъ правоспособности, то другое лицо, могущее восполнить его во всѣхъ другихъ случаяхъ (обязательствахъ), не въ правѣ вступить въ юридическое отношеніе“, (19 мая 1818), т. е. это слѣдуетъ понимать такъ, что лицо, имѣющее право вступать въ сдѣлки вообще съ согласія третьяго лица, не вправѣ прибѣгать къ этому въ договорѣ довѣренности, а слѣдовательно въ душеприкащничествѣ. Къ этимъ лицамъ, права коихъ восполняются другими, относятся замужнія женщины и несовершеннолѣтніе. Согласіе мужа не даетъ женѣ права, подобно тому, какъ мы видѣли это въ Code civil, быть душеприкащицей. Но по мнѣнію коментатора Landrecht'a Коха, это ограниченіе не касается незамужнихъ женщинъ. Того-же мнѣнія Безелеръ, который вообще считалъ женщину способной быть душеприкащицей лишь вмѣстѣ съ мужчиною. „Кто-же“, говоритъ

онъ, „назначитъ женщину душеприкащицей, не давъ ей въ помощь мужчину?!..“ *).

Обращаясь къ русскому законодательству, мы находимъ лишь одно спеціальное ограниченіе касательно карантинныхъ чиновниковъ; на основаніи 1085 ст. X т. ч. 1, „никто изъ служащихъ въ карантинныхъ учрежденіяхъ не имѣетъ права быть душеприкащикомъ лица, выдерживающаго карантинъ“. Это положеніе не требуетъ съ нашей стороны какихъ либо замѣчаній, ибо основано на принятомъ нашимъ законодательствомъ воззрѣніи на отношенія между карантинными чиновниками и лицами, выдерживающими карантинъ. Но изъ того, что наши гражданскіе законы, болѣе никакихъ опредѣленій о качествахъ лица душеприкащика не даютъ, не слѣдуетъ выводить, что всякое лицо можетъ быть душеприкащикомъ. „Едва ли было бы дѣйствительно, говоритъ Побѣдоносцевъ, назначеніе душеприкащика изъ такихъ лицъ, кои не имѣютъ права обязываться договорами“. Съ этимъ нельзя не согласиться уже въ виду отнесенія нами душеприкащничества къ разряду обязательствъ. Но мы его сравнивали съ довѣренностью, слѣдовательно, нельзя ли приложить сюда положенія нашего законодательства о качествахъ лица повѣреннаго? Въ нашихъ законахъ имѣются ст. 45 и 246 устава гражд. судопр. (ст. 43 и 6 уложенія и 195 т. X ч. 2); эти статьи почти цѣликомъ приложимы къ душеприкащничеству, лишь за исключеніемъ пункта 1 ст. 246, который говоритъ о неграмотныхъ. Что же касается до пунктовъ, въ коихъ говорится объ ограниченіяхъ касательно лицъ бѣлаго и чернаго духовенства, то они принимаются нашею практикою въ болѣе широкомъ смыслѣ: зачастую у насъ назначаются душеприкащиками и утверждаются судомъ лица духовные, не только въ случаяхъ отказовъ въ пользу церквей и монастырей, но и по разнымъ другимъ дѣламъ завѣщателя.

Подобно другимъ и наше право, какъ видно изъ судебной практики признаетъ законнымъ назначеніе душеприкащика

*) Ibid, стр. 20.
*) Побѣдоносцевъ Курсъ гражд. права, ч. 2 стр. 517.

изъ числа наслѣдниковъ. Того же мнѣнія и Побѣдоносцевъ*). Да оно иначе и не можетъ быть, если только исполненіе завѣщанія является не какъ слѣдствіе или причина, пріобрѣтаемыхъ лицамъ правъ на имущество, а какъ результатъ особо даннаго, самостоятельнаго порученія. Но мы считаемъ не лишнимъ здѣсь указать на одно рѣшеніе кассаціоннаго департамента, изъ котораго, при извѣстномъ предположеніи, можетъ быть сдѣланъ выводъ противуположнаго свойства. По дѣлу Мухарева (Ж. М. Ю. 1866 г. № 7) постановлено: „всякое лицо, на которое возлагаются какія-либо обязанности по исполненію завѣщанія, *если только это лицо не есть самъ наслѣдникъ*, признается душеприкащикомъ“. Отсюда вытекаетъ, что если исполненіе завѣщанія *возложено*, хотя бы по особому полномочію, на одного изъ наслѣдниковъ, то онъ не признается душеприкащикомъ. Вмѣсто мотивовъ сенатъ просто указываетъ, что это вытекаетъ изъ смысла 1084 ст. говорящей, что завѣщаніе исполняется: 1) душеприкащиками и 2) наслѣдниками, по волѣ завѣщателя. Очевидно это недоразумѣніе, происшедшее отъ неудачной редакціи рѣшенія. Еслибъ вмѣсто приведеннаго выраженія поставить такое: „если только это лицо не обязано исполнять порученія въ качествѣ наслѣдника“, то никакое недоразумѣніе не могло бы имѣть мѣсто.

Затѣмъ наше законодательство запрещаетъ совмѣщеніе въ одномъ лицѣ и душеприкащика и свидѣтеля по одному и тому же завѣщанію (1057). Прежде всего нужно замѣтить, что это постановленіе чрезвычайно туго прививается къ жизни; это видно изъ массы сенатскихъ рѣшеній, повторяющихъ его; но существованіе его оправдывается нѣкоторыми болѣе или менѣе справедливыми соображеніями, въ основаніи своемъ тождественными съ мотивами подобнаго запрещенія относительно лицъ, получающихъ по завѣщанію наслѣдство. Существо свидѣтельства завѣщанія сводится къ тому, что лица, свидѣтели подтверждаютъ самоличность завѣщателя и присутствіе въ немъ „здраваго ума и твердой памяти“. А главное требованіе со стороны свидѣтеля, чтобы показанія его

*) ibid. стр. 517.

были лишены всякаго пристрастія; послѣднее-же, т. е. пристрастіе можетъ быть предполагаемо въ томъ случаѣ, когда лицо получаетъ по завѣщанію извѣстную долю имущества. Для наслѣдника, коему передается имущество, конечно весьма часто является выгоднымъ распоряженіе завѣщателя и если ему въ такомъ случаѣ дозволить быть свидѣтелемъ, то безпристрастіе его очевидно подкупается и онъ для сохраненія своего интереса очень легко можетъ давать показанія противуположныя дѣйствительности. Также и душеприкащикъ. Законъ не возбраняетъ давать ему отказъ за труды, и при такомъ условіи, онъ, заинтересовываясь матеріально, будетъ конечно въ своихъ видахъ давать не совсѣмъ безпристрастное свидѣтельство, лишь-бы сохранить за собой извѣстныя выгоды. Мотивъ кажется достаточно вѣскій.

Наконецъ, нельзя обойти молчаніемъ вопросъ о правѣ женщинъ быть душеприкащицами по смыслу нашего законодательства. Прямого запрещенія въ нашемъ кодексѣ не имѣется, и дѣйствительно нѣтъ основанія подобному запрещенію: вѣдь можетъ-же она быть третейскимъ судьею, опекуншей и т. д.; наконецъ отсутствіе у насъ начала общности имущества супруговъ, парализуетъ самый мотивъ ограниченія правъ женщинъ, въ другихъ законодательствахъ. Вышеприведенное постановленіе о лицахъ, лишенныхъ права быть повѣренными, ни слова не упоминаетъ о женщинахъ. Это даетъ намъ право признать законность назначенія ихъ душеприкащицами.

Въ заключеніе сдѣлаемъ замѣчанія относительно двухъ общихъ вопросовъ: во 1-хъ, могутъ-ли лица, лишенныя права testamenti factio passiva быть душеприкащиками, и во 2-хъ, можетъ-ли лицо, назначенное завѣщателемъ душеприкащикомъ въ моментъ ограниченной или зависимой правоспособности, съ пріобрѣтеніемъ послѣдней ко времени принятія званія, быть допущеннымъ къ исполненію завѣщанія?

Относительно перваго вопроса такіе ученые какъ Цахаріе *) и Безелеръ **), необинуясь выражаются въ пользу

*) Zacharie—Lehrbuch d französischen Civilrechts ls. IV s. 249.
**) Въ его соч. стр 177.

законности назначенія и не допускаютъ даже сомнѣнія на этотъ счетъ; и дѣйствительно, право testamenti factio passiva, есть возможность пріобрѣтенія правъ на имущество по завѣщанію, правъ вещныхъ, коихъ, какъ увидимъ ниже, душеприкащикъ не пріобрѣтаетъ, а принятіе на себя извѣстныхъ порученій, не связанныхъ съ правомъ на вещи, не имѣетъ ничего общаго съ testamenti factio passiva. Но недоразумѣніе возникаетъ въ томъ случаѣ, когда душеприкащику сдѣланъ отказъ имущества. Строго-юридически разсуждая, онъ вправѣ принять званіе, но не отказъ. Однако французскіе цивилисты (Тёлье) считаютъ въ этомъ случаѣ болѣе раціональнымъ не придерживаться строго-юридической логикѣ и предлагаютъ смотрѣть на этотъ имущественный отказъ, не какъ на пріобрѣтеніе вещныхъ правъ по завѣщенію, а просто какъ на вознагражденіе за труды по исполненію завѣщательнаго порученія; лишать-же душеприкащика этого вознагражденія, въ силу того, что онъ лишенъ права пріобрѣтать по завѣщанію, по меньшей мѣрѣ неразумно.

Что касается втораго вопроса, то и онъ рѣшается утвердительно. Это рѣшеніе основано, съ одной стороны на признаніи душеприкащничества обязательствомъ, съ другой на томъ, что оно считается возникшимъ съ момента принятія лицомъ званія.

Общее правило гражданскаго права quod ab initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest, должно быть относимо не къ моменту назначенія, ибо съ назначенія еще не возникаетъ обязательства, а къ моменту принятія,—самое initium заключается не въ первомъ, а во второмъ. Потому-то юридическая послѣдовательность ни сколько не будетъ нарушена, если законъ признаетъ душеприкащикомъ лицо, находившееся въ моментъ назначенія въ состояніи ограниченной правоспособности, но пріобрѣтшее ее къ моменту смерти завѣщателя; главное, если оно правоспособно въ моментъ принятія. Исключеніями изъ общаго правила представляютъ тѣ случаи, когда запрещеніе лицу быть душеприкащикомъ основано на томъ предположеніи, что оно, благодаря своему положенію или состоянію, могло-бы оказать вліяніе на самый фактъ назначенія, имѣя въ виду собствен-

ную выгоду. Сюда могутъ быть отнесены ограниченія касательно назначенія мужей душеприкащиками женъ, нашихъ карантинныхъ чиновниковъ душеприкащиками лицъ, выдерживающихъ карантинъ и т. д. Здѣсь главное значеніе имѣетъ моментъ назначенія. Тоже общее правило съ тѣмъ же исключеніемъ приложимо и къ обратному случаю: т. е. если завѣщатель назначилъ душеприкащикомъ лицо вполнѣ правоспособное, то съ потерею послѣднимъ этой правоспособности къ моменту принятія, назначеніе не можетъ быть признано законнымъ.

2) Объ установленіи душеприкащичества.

А. Форма назначенія душеприкащика и форма полномочій ему данныхъ.

Съ развитіемъ письменности, завѣщательныя распоряженія получаютъ бо́льшую прочность. Въ завѣщаніи выражается вся воля лица касательно его имущества; сюда входятъ: передача правъ, наложеніе извѣстныхъ обязанностей, назначенія всякаго рода и т. п. О душеприкащикѣ, какъ лицѣ, входящемъ въ завѣщательное отношеніе, естественно должно быть упомянуто въ завѣщаніи; и дѣйствительно относительно его завѣщанія содержатъ: во 1-хъ, его назначеніе, во 2-хъ, формулировку, поручаемыхъ ему дѣйствій. Первое состоитъ въ томъ, что завѣщатель выражаетъ свое желаніе вручить такому-то лицу исполненіе своей послѣдней воли. Всѣ почти законодательства считаютъ лишнимъ распространяться о необходимости назначенія душеприкащика въ самомъ завѣщаніи, (это какъ бы понимается само собою, однако нѣкоторые кодексы*), какъ увидимъ, упоминаютъ объ этомъ, допуская назначеніе и внѣ завѣщанія, но нашему же праву имѣется въ виду назначеніе чрезъ письменное завѣщаніе, хотя формулировка дѣйствій, поручаемыхъ душеприкащику и можетъ быть произведена словесно и не зависимо отъ завѣщанія.

Второе т. е. выраженіе данныхъ душеприкащику пол-

*) Мы будемъ имѣть въ виду лишь назначеніе завѣщательное, а не исходящее отъ наслѣдниковъ или государства (признаваемое англійскимъ и саксонскимъ правомъ), ибо нашей юридической жизни ничего подобнаго несвойственно.

номочій, очевидно состоитъ въ опредѣленіи завѣщателемъ ряда дѣйствій, осуществленіе которыхъ имъ возлагается на душеприкащика. Это-то и есть собственно содержаніе обязательства. Тутъ вмѣстѣ съ выраженіемъ, формулированіемъ предмета завѣщанія, формулируется предметъ обязательства— дѣйствія, требуемыя завѣщателемъ. Но не всегда имѣетъ мѣсто это совпаденіе въ полномъ объемѣ. Обыкновенно завѣщатель выражаетъ свои пожеланія т. е. опредѣляетъ: дать такому-то столько, взять у такого столько или эту вещь заложить и деньги употребить на то-то и т. д. затѣмъ говоритъ, что исполненіе всѣхъ этихъ дѣйствій возлагается на душеприкащика такого-то. Очевидно здѣсь предметъ обязательства, въ которое вступаетъ душеприкащикъ вполнѣ совпадаетъ съ предметомъ завѣщанія. Но могутъ быть и иного рода случаи. Завѣщатель, перечисливъ, какъ выше указано, рядъ дѣйствій, не упоминаетъ объ особомъ исполнителѣ (исполненіе ихъ принадлежитъ наслѣднику) а въ томъ же завѣщаніи говоритъ: „душеприкащику такому-то поручаю такія-то выдачи, передачи“ и т. п. Тутъ предметъ обязательства и завѣщанія совпадаютъ далеко не въ полномъ объемѣ; первый составляетъ лишь часть втораго, онъ является особымъ, спеціальнымъ порученіемъ: душеприкащикъ является исполнителемъ не всего завѣщанія, а части его.

Этотъ случай указываетъ на возможность полнаго отдѣленія акта въ коемъ выражаются *порученія*, данныя душеприкащику, отъ самаго завѣщанія. Но спрашивается, возможно ли допустить эту разъединенность формъ, эту отдѣльность актовъ? Очевидно возможно, но лишь подъ двумя условіями а) законности обоихъ актовъ и b) не противурѣчивости одного другому. Первое условіе заключается конечно въ требованіи, чтобы оба акта соотвѣтствовали законности формы завѣщательнаго распоряженія, оба они должны быть разсматриваемы какъ таковыя. И дѣйствительно, различія между ними, какъ актами послѣдней воли о судьбѣ имущества завѣщателя, не имѣется, оба по существу суть завѣщанія. О непротивурѣчивости ихъ, какъ условія, не можетъ быть и рѣчи—это два завѣщанія одновременно составленныя и разсматриваемыя какъ таковыя.

Западно-европейскія законодательства не упоминаютъ о случаяхъ подобнаго разъединенія; но это отсутствіе опредѣленій; не исключаетъ возможности появленія подобныхъ случаевъ и ихъ законности. Одна лишь наша практика допускаетъ ихъ т. е. независимо отъ существованія завѣщанія по мнѣнію сената можетъ быть дано еще особое полномочіе на дѣйствіе по смерти лица. Мы бы ничего противъ этого не имѣли, еслибъ сенатъ указалъ на законную форму этого отдѣльнаго полномочія; но въ рѣшеніи по дѣлу Гречишникова (С. р. с. т. 1,599) сказано что „предоставленіе въ письменномъ духовномъ завѣщаніи имущества душеприкащику для поступленія съ нимъ согласно словесно изъявленному желанію завѣщателя, считается закочнымъ“. Тутъ полномочіе душеприкащика отдѣльно отъ завѣщанія, содержащаго лишь назначеніе, самыя-же дѣйствія, предоставляемыя ему выражены словесно, отдѣльно отъ завѣщанія. Но мы замѣтили выше, что эта форма полночія должна быть разсматриваема какъ завѣщаніе, ибо ни чѣмъ отъ него не отличится. Потому, это рѣшеніе сената, попавшее въ текстъ X т. 1 ч. изд. Анисимова, не выдерживаетъ критики и примѣнимо лишь въ случаѣ отсутствія лицъ, имѣющихъ по закону право на имущество завѣщателя. Это признаніе акта полномочія равнымъ завѣщанію, еще болѣе справедливо по отношеніи къ нашему праву, которое всякое законное изъявленіе воли лица о судьбѣ его имущества на случай смерти признаетъ завѣщаніемъ. А если такъ, то эта отдѣльная форма полномочія должна удовлетворять требованіямъ законности завѣщательныхъ актовъ. Значитъ это словесное порученіе душеприкащику извѣстныхъ дѣйствій противно законамъ въ силу непризнанія нашимъ правомъ законности „изустныхъ памятей“.

Другой случай разъединенія представляетъ собою отдѣльное существованіе *голаго акта назначенія* отъ самаго завѣщанія, въ которомъ уже формулированы дѣйствія, требуемыя завѣщателемъ.

Прусское, саксонское и баварское законодательства допускаютъ различные способы назначенія. Именно, первое въ лицѣ Ober Tribunal'a установляетъ, что „*назначеніе* можетъ

заключаться не только въ формѣ законнаго подицилла, но и во всякой другой достовѣрной и непротивной законамъ формѣ, хотя бы въ видѣ предшествовавшаго соглашенія между живыми“ (19 мая 1808). Баварское уложеніе говоритъ почти тоже, допуская назначеніе „въ устной или письменной формѣ, насколько это можетъ быть признано за достовѣрное“, а саксонское прямо указываетъ на договорное установленіе душеприкащничества. Но эта форма, нужно замѣтить, болѣе касается момента принятія званія, нежели назначеніе душеприкащика; но мы кажется не нарушимъ послѣдовательности изложенія, если выскажемся о ней въ этой главѣ. Какъ увидимъ ниже, у лица, назначеннаго душеприкащикомъ, испрашивается согласіе на принятіе званія и лишь съ изъявленія его, обязательство считается возникшемъ. При назначеніи душеприкащика въ завѣщаніи, моментъ назначенія отдѣленъ отъ момента принятія званія, въ договорномъ же установленіи, эти моменты сливаются. Въ первомъ случаѣ для возникновенія обязательства еще недостаточно смерти завѣщателя; во второмъ это смерть является срокомъ договора (dies incertus quando, dies a quo). Срокъ наступилъ, смерть лица послѣдовала—обязательство вступаетъ въ силу. Значитъ различіе между договорнымъ установленіемъ душеприкащничества и установленіемъ его въ общемъ порядкѣ касается собственно момента принятія, возникновенія обязательства и требуемыхъ для наступленія его обстоятельствъ; въ первомъ случаѣ согласіе, выраженное въ договорѣ, предшествуетъ смерти, во второмъ на оборотъ; въ первомъ случаѣ смерть имѣетъ первенствующее въ этомъ смыслѣ значеніе, во второмъ таковое значеніе принадлежитъ согласію; слѣдовательно, договорно принявшій на себя званіе душеприкащика, по смерти завѣщателя уже не можетъ отступить назадъ. Безелеръ, не отрицая законности этого способа назначенія, тѣмъ не менѣе указываетъ на практическія неудобства, имъ порождаемыя. Происходятъ они въ силу различія юридическихъ основъ и нормъ, касающихся договора и завѣщанія. Напр. нельзя съ нимъ не согласиться, что затрудненіе доходитъ до чрезвычайныхъ размѣровъ, когда по одному и тому же имуществу завѣщатель назначилъ договорно душеприкащика, заин-

тересовавъ его матеріально въ исполненіи и кромѣ того оставилъ по смерти духовное завѣщаніе, гдѣ или ничего не упоминаетъ о первомъ душеприкащикѣ или назначаетъ новаго *). Очевидно первый будетъ требовать признанія его душеприкащикомъ. Спрашивается допустить ли его къ исполненію? была ли такова послѣдняя воля завѣщателя? или онъ желалъ устранить перваго, назначивъ въ завѣщаніи новаго т. е. вправѣ ли законъ уничтожить договоръ или оба душеприкащика должны дѣйствовать вмѣстѣ? Эти вопросы разрѣшаются, по крайнему моему разумѣнію, принятіемъ нѣкоторй фикціи, именно: признаніемъ за договоромъ значенія завѣщательнаго распоряженія, хотя онъ отъ него и отличается по формѣ, но по существу все-таки представляетъ собою актъ на случай смерти, хотя бы только и содержащій назначеніе душеприкащика. Выше, въ случаѣ разъединенія формы полномочія отъ завѣщанія, признаніе акта, въ коемъ выражается, формулируется *полномочіе*, завѣщаніемъ, не представляло затрудненій, даже явилось въ видѣ условія законности, здѣсь же гдѣ имѣется *голый актъ назначенія*, это уподобленіе является фикціею и, какъ всякая фикція оправдывается лишь пользою, практическою выгодою. Прилагая ее къ данному случаю, очевидно мы даемъ мѣсто, какъ и въ вышеприведенномъ, приложенію законодательныхъ нормъ, касающихся отмѣны завѣщаній, выработанныхъ римскимъ правомъ, на основаніи котораго послѣдующее по времени завѣщаніе отмѣняетъ предыдущее. Это отчасти принято французскимъ правомъ, а также нашимъ (ст. 1031, 32). Принявши эту фикцію и прилагая къ ней этотъ законъ, въ данномъ случаѣ (назначеніе двухъ душеприкащиковъ) договоръ уничтожается.

В) Принятіе душеприкащикомъ званія и утвержденіе со стороны государства.

Отъ назначенія лица душеприкащикомъ до возникновенія обязательства еще очень далеко. Завѣщатель можетъ назначать сколько ему угодно душеприкащиковъ и очень легко

*) Въ назв. соч. стр 201.

можетъ случиться, что завѣщаніе его не будетъ исполнено ни однимъ изъ нихъ. Для возникновенія обязательства необходимо изъявленіе согласія со стороны лица назначеннаго. Это основное положеніе въ иныхъ законодательствахъ и не упоминается, но какъ бы подразумѣвается само собой. Ученые же всѣ безъ изъятія принимаютъ его (Блунчли, Безелеръ, Цахаріе). Изъ законодательствъ между прочимъ, австрійскій кодексъ, содержащій весьма мало опредѣленій касательно душеприкащничества, обратилъ вниманіе на этотъ вопросъ. Въ ст. 816 Gesetzbuch'a говорится: „если завѣщатель назначилъ душеприкащика, то вполнѣ отъ воли послѣдняго зависитъ принять званіе (Geschäft)".

Признавая безусловную свободу принятія званія, возникаетъ вопросъ о способахъ этого принятія или вѣрнѣе, о способахъ изъявленія согласія на это принятіе. Ихъ вообще говоря два: молчаливый (per facto), состоящій въ совершеніи лицомъ извѣстныхъ дѣйствій, указывающихъ на согласіе съ его стороны и прямое объявленіе желанія быть душеприкащикомъ. На одинъ изъ молчаливыхъ способовъ указываетъ Цахаріе; именно, когда душеприкащику сдѣланъ отказъ, то самый фактъ принятія послѣдняго, свидѣтельствуетъ о принятіи званія. Другой способъ, per facto состоитъ въ совершеніи лицомъ извѣстныхъ формальныхъ дѣйствій по поводу завѣщанія. Я въ началѣ этого изслѣдованія указалъ, что въ понятіе исполненія завѣщанія входитъ не только исполненіе дѣйствій, заключающихся въ его содержаніи, но и въ совершеніи нѣкоторыхъ, требуемыхъ закономъ формальностей съ цѣлью придать ему законную силу, какъ-то: представленіи къ утвержденію и т. п. Вотъ совершеніе этихъ то дѣйствій кажется и указываютъ на согласіе лица быть душеприкащикомъ. Наконецъ другой способъ, открытый, прямой, безъ сомнѣнія заключается въ изъявленіи согласія на судѣ или въ другомъ государственномъ учрежденіи. Точнаго опредѣленія его не въ одномъ законодательствѣ не имѣется — это принадлежитъ области судебнаго обычнаго права. Оно и излишне обременять кодексы подобными постановленіями.

Особенности договорнаго установленія душеприкащни-

чества намъ извѣстны: моментъ принятія совпадаетъ съ моментомъ назначенія.

Тѣмъ или инымъ способомъ принятое лицомъ званіе, санкціонируется государствомъ т. е. оно признаетъ лицо душеприкащикомъ и тѣмъ требуетъ признанія его таковымъ со стороны другихъ лицъ. Необходимость этой санкціи мотивируется важностью душеприкащичьяго званія; и дѣйствительно государство даетъ ему извѣстныя права касательно имущества наслѣдниковъ, обязанныхъ терпѣть его существованія и даже подчиняться ему и налагаетъ на него извѣстныя обязанности въ виду полнаго исполненія завѣщательной воли. Одно это заставляетъ государство придать большую прочность его положенію въ отношеніяхъ къ наслѣдникамъ и другимъ лицамъ и учрежденіямъ. Но признаютъ ли законодательства необходимость этой санкціи и если признаютъ, то въ какой формѣ она должна быть выражена? Такъ какъ съ одной стороны ни въ одномъ законодательствѣ, за исключеніемъ англійскаго, объ этомъ ничего не говорится, и съ другой стороны всѣ они признаютъ необходимость утвержденія всякаго завѣщательнаго акта, въ которомъ какъ извѣстно выражены полномочія душеприкащика, то смѣло можно сказать, что утвержденіе это необходимо и совершается одновременно съ утвержденіемъ завѣщанія. Одно англійское законодательство прямо установляетъ, что душеприкащикъ, представляя завѣщаніе въ явочную палату для удостовѣренія въ подлинности и относительной законности, утверждается въ своемъ званіи и приводятся къ присягѣ: въ удостовѣреніе этого ему выдается копія съ завѣщанія. Нашъ кассаціонный департаментъ въ рѣшеніи по дѣлу Жданова (1869 г. 612) постановилъ, что „право душеприкащика по утвержденному завѣщанію не требуютъ еще особаго судебнаго признанія и утвержденія;“ это показываетъ, что наша практика тоже справедливо признала связь между утвержденіемъ завѣщанія и правъ душеприкащика. Нельзя не выразиться въ пользу этого воззрѣнія въ принципѣ, но обращаясь къ практической сторонѣ дѣла т. е., имѣя въ виду медленность въ утвержденіи завѣщаній въ окружныхъ судахъ, особенно по завѣщаніямъ домашнимъ, при утвержденіи коихъ

требуется вызовъ свидѣтелей, нужно замѣтить, что было бы удобнѣе тотчасъ по нахожденіи у умершаго завѣщанія или по представленіи его, предоставить мировому судьѣ, принимающему охранительныя мѣры, выдачу душеприкащику копіи съ завѣщанія или нотаріальную выпись съ обозначеніемъ на ней, что лицо имѣетъ право совершать тѣ изъ дѣйствій означенныхъ въ завѣщаніи, которое требуютъ безотлагательнаго исполненія, впредь до окончательнаго утвержденія завѣщанія.

3) *Принятіе имущества.*

Въ своемъ мѣстѣ мы укажемъ на отношенія, въ которыя становится душеприкащикъ къ имуществу завѣщателя, но здѣсь, говоря объ имуществѣ, какъ условіи возникновенія обязательства для насъ достаточно указать на необходимость хотя бы фактическаго обладанія имуществомъ, по поводу котораго дѣйствуетъ душеприкащикъ, ибо безъ этого невозможно исполненіе завѣщанія. На этомъ мотивѣ, какъ увидимъ, построены всѣ его права и обязанности истекающія изъ самаго закона, признающаго его повѣреннымъ умершаго лица и дающаго ему всеовозможныя средства исполненія порученій. Обязательственныя его отношенія къ закону или государству т. е. то главное обязательство, о которомъ мы говорили, начинается съ момента принятія имъ званія; съ лицами же вообще, получающими право требованія на извѣстныя дѣйствія его, онъ вступаетъ въ обязательственныя отношенія съ момента передачи ему имущества завѣщателя; никто изъ этихъ лицъ не вправѣ вчинать иска на него, ранѣе принятія имъ имущества въ свое обладаніе. Относительно же наслѣдниковъ, къ этому условію присоединяется еще принятіе ими наслѣдства. Ни въ иностранныхъ кодексахъ, ни въ имѣющихся у насъ подъ рукою рѣшеніяхъ германскихъ судовъ нѣтъ опредѣленій касательно этого вопроса; собственно говоря, они и излишни, ибо требованіе принятія имущества можетъ быть выведено изъ общихъ началъ закона. Нашей же кассаціонной практикѣ пришлось рѣшить вопросъ: съ какого момента лица, получающія право требованія на душеприкащика, могутъ осуществить свое право т. е. вчинить

искъ на него. Въ рѣшеніи по дѣлу Покровскаго и Поповой (1869 г. 227) сказано: „для обращенія къ душеприкащику отвѣтственности въ завѣщанномъ имуществѣ, не достаточно одной ссылки на завѣщаніе, но необходимо и удостовѣреніе въ томъ, что душеприкащикъ вступилъ въ распоряженіе завѣщаннымъ имуществомъ".

В. Юридическое положеніе душеприкащика.

Подъ юридическимъ положеніемъ душеприкащика мы понимаемъ совокупность всѣхъ, принадлежащихъ ему правъ и обязанностей, откуда бы они не истекали, какихъ бы лицъ и учрежденій не касались. На основаніи принятаго нами воззрѣнія на душеприкащичество, какъ на обязательство исполненія чужаго порученія, влекущее за собой рядъ другихъ обязательствъ, мы дѣлимъ эту главу на два существенныхъ раздѣла: права и обязанности душеприкащика, какъ повѣреннаго умершаго лица, и права и обязанности по отношенію къ наслѣдникамъ и другимъ третьимъ лицамъ, физическимъ и юридическимъ.

I. Права и обязанности душеприкащика, какъ повѣреннаго умершаго лица.

Во введеніи мы имѣли случай упомянуть, что права душеприкащика опредѣляются завѣщателемъ. Это можно считать юридически точнымъ на столько, на сколько вообще отъ лица зависитъ созданіе юридическаго положенія другого. Завѣщатель дѣйствительно даетъ душеприкащику права и налагаетъ обязанности, но это не слѣдуетъ понимать такъ, какъ будто бы все юридическое его положеніе зависитъ отъ воли завѣщателя. Завѣщатель можетъ ограничиться однимъ назначеніемъ душеприкащика, а законъ создаетъ на основаніи завѣщанія его юридическое положеніе. Затѣмъ завѣщатель можетъ не указать способовъ исполненія данныхъ порученій — законъ восполняетъ въ своемъ интересѣ (необходимость точнаго исполненія завѣщательной воли) этотъ пробѣлъ. Очевидно для созданія полнаго юридическаго положенія душе-

прикащика не достаточно одного завѣщанія—законъ является такою же созидательною силою, основываясь конечно на завѣщаніи. Права и обязанности душеприкащика такимъ образомъ истекаютъ a) изъ завѣщанія и b) изъ закона; сообразно этому и мы раздѣляемъ эту главу на:

A) Права и обязанности, истекающіе непосредственно изъ завѣщанія.

Эта глава имѣетъ особенный для насъ интересъ, ибо въ правахъ и обязанностяхъ, передаваемыхъ душеприкащику завѣщателемъ, мы видимъ осуществленіе принятаго нами положенія, о построеніи ученій о душеприкащичествѣ и о довѣренности на общихъ началахъ; тутъ воочію передъ нами съ одной стороны, въ иныхъ случаяхъ, ихъ рознь т. е. присущія душеприкащичеству особенности, въ силу его завѣщательно-правоваго характера, съ другой—ихъ сходство. Относительно существованія общихъ чертъ душеприкащичества и довѣренности, въ этомъ смыслѣ, нѣтъ и спору, даже ученые, отрицающіе аналогію, признаютъ ихъ сходство касательно правъ, передаваемыхъ душеприкащику завѣщателемъ, и мы можемъ сказать вмѣстѣ съ Побѣдоносцевымъ что „душеприкащику могутъ быть передаваемы такія дѣйствія, которыя могутъ быть совершаемы чрезъ повѣреннаго“.

Принятіе этого положенія освобождаетъ насъ отъ разсмотренія объема, данныхъ ему полномочій, какъ повѣренному, а слѣдовательно, и отъ анализа передаваемыхъ ему правъ и обязанностей. Считаемъ лишь нужнымъ указать на нѣкоторыя особенности душеприкащичества въ этомъ отношеніи, а именно: a) на владѣніе, предоставляемое ему завѣщателемъ, b) на право его по порученію завѣщателя выбора лица, получающаго отказъ или наслѣдника, c) на передаваемое ему право опредѣленія размѣра назначенія и d) на право освобожденія отъ отчета передъ наслѣдниками или государствомъ. Съ какой же точки зрѣнія намъ придется разсмотрѣть эти вопросы?

Во введеніи мы сказали, что душеприкащикъ, принимая на себя это званіе, состоящее въ исполненіи извѣстныхъ порученій (какъ въ довѣренности) вступаетъ въ рядъ обя-

зательствъ съ лицами, имѣющими право на то имущество, по поводу котораго онъ дѣйствуетъ. Это существованіе правъ другихъ лицъ на имущество завѣщателя можно считать необходимымъ условіемъ, аттрибутомъ душеприкащичества, ибо въ чемъ же состоятъ порученія, данныя душеприкащику, какъ не въ дачѣ, передачѣ и при опредѣленіи правъ завѣщателя въ установленіи юридическаго положенія душеприкащика нужно, повторяемъ, имѣть въ виду, что на имущество уже имѣется собственникъ. Съ точки зрѣнія этого условія мы и разсмотримъ права предоставляемыя душеприкащику; мы будемъ имѣть въ виду, смотря по существу дѣла, либо права лица наслѣдника (не нарушаются ли они признаніемъ за душеприкащикомъ того или другого права), либо объемъ правъ завѣщателя (не вышелъ ли завѣщатель, передавая извѣстное право душеприкащику за предѣлы завѣщательной свободы).

А. Начнемъ съ владѣнія. Существо его очевидно вытекаетъ изъ существа душеприкащичества и должно разсматриваться какъ право, вытекающее изъ обязанности исполненія завѣщанія. Завѣщатель, передавая его душеприкащику, имѣетъ въ виду возможность исполненія порученій лишь при владѣніи имуществомъ. Эта тѣсная связь его полномочія съ владѣніемъ, указываетъ на временное существованіе послѣдняго: предѣлъ его, окончаніе,—прекращеніе принятаго обязательства. Владѣніе, передаваемое душеприкащику, какъ простому исполнителю завѣщательной воли, нами можетъ быть разсматриваемо лишь въ этихъ предѣлахъ. Каково-же отношеніе его къ праву собственника на это имущество? Не парализуетъ-ли оно правъ лица, къ коему имущество переходитъ по волѣ завѣщателя? Для разрѣшенія этихъ вопросовъ взглянемъ на отношенія его къ матеріальнымъ элементамъ права собственности. Если оно можетъ быть выдѣлено безъ нарушенія существа этихъ элементовъ, то право собственности остается въ силѣ и владѣніе душеприкащика совершенно законно. а) Прежде всего возмемъ право владѣнія; въ строго-юридическомъ смыслѣ это такое владѣніе, которое влечетъ за собою извѣстныя юридическія послѣдствія, отражающіяся, такъ сказать, прямо на юридическую

сферу владѣльца, каковы: давность, приращеніе и т. п. Эти послѣдствія, въ смыслѣ юридическихъ событій, касаются наслѣдника и обсуживаются по отношенію къ нему, какъ къ юридическому владѣльцу, тогда какъ личность душеприкащика стоитъ въ сторонѣ — онъ дѣйствуетъ только alieńe nomine; напримѣръ въ случаѣ прекращенія давностнаго владѣнія въ имуществѣ несовершеннолѣтняго наслѣдника, если душеприкащику предоставлено временное владѣніе всей имущественной массой завѣщателя. Если предположить, что нѣкоторое время спустя по смерти завѣщателя оканчивается срокъ земской давности, то душеприкащикъ всетаки можетъ прекратить давностное владѣніе, отобравъ имущество у прежняго владѣльца; онъ имѣетъ право сдѣлать это, потому что наслѣдникъ несовершеннолѣтенъ, и съ момента смерти завѣщателя, слѣдовательно въ моментъ исполненія давностнаго срока наслѣдникъ считался юридическимъ владѣльцемъ имуществъ. b) Касательно права распоряженія, нужно замѣтить, что наслѣдникъ ни коимъ образомъ не лишается его, а по необходимости воздерживается отъ осуществленія его, ибо если во время исполненія душеприкащикомъ порученій, дать ему возможность осуществленія этого права, то онъ этимъ можетъ парализовать всю дѣятельность душеприкащика, ибо право распоряженія, этотъ вѣнецъ права собственности, по выраженію Мейера, заключаетъ въ себѣ право отчужденія и всякаго ограниченія. Положимъ наслѣдникъ осуществитъ свое право отчужденія—очевидно душеприкащикъ теряетъ возможность исполненія завѣщанія и т. д. Слѣдовательно, право распоряженія наслѣдника на время пріостановляется и по исполненіи душеприкащикомъ его обязанности оно можетъ быть имъ осуществляемо снова. Наконецъ c) право пользованія— очевидно оно принадлежитъ наслѣднику, но, такъ-какъ матеріально и фактически вещь соединена, такъ сказать, съ лицомъ душеприкащика, то осуществленіе его невозможно для наслѣдника; но плоды, приносимые вещью (доходы съ имѣнія, % съ капитала) если они имѣются, передаются душеприкащикомъ наслѣднику сполна за все время его владѣнія. Значитъ это право, являясь только временнымъ exercitium juris душеприкащика, ничуть не нарушаетъ правъ наслѣдника.

Но такъ какъ оно и не парализируетъ его правъ и какъ мы уже сказали, заставляетъ его на время воздержаться отъ осуществленія ихъ, то собственникъ-наслѣдникъ, ограниченный въ правѣ во все время дѣятельности душеприкащика все-таки не является таковымъ въ полномъ смыслѣ; это можетъ навести на сомнѣніе на счетъ законности предоставленія душеприкащику этого права. Но это сомнѣніе разсѣивается, если имѣть въ виду, что это владѣніе подвергается извѣстнымъ ограниченіямъ, смягченіямъ.

Образцовыми въ этомъ отношеніи являются постановленія французскаго и итальянскаго кодексовъ: душеприкащику, говоритъ Code civil, можетъ быть предоставлено завѣщателемъ владѣніе частью или цѣлымъ *движимымъ* имуществомъ *но:*

a) это владѣніе не можетъ продолжаться болѣе года, считая со дня смерти завѣщателя (Art. 1026) и

b) оно можетъ быть, какъ увидимъ, при извѣстныхъ условіяхъ прекращено наслѣдникомъ; это-то прекращеніе владѣнія имѣетъ весьма важное практическое значеніе, такъ какъ владѣніе душеприкащика сильно связываетъ, стѣсняетъ наслѣдника.

Эти постановленія, значительно ослабляютъ иго душеприкащика надъ наслѣдниками; они даютъ даже возможность послѣднимъ освободиться отъ него и возстановляютъ, такъ сказать, дѣйствительныя права наслѣдника, на имущество, ими умаляется сила, степень ограниченія его правъ.

Прусское Landrecht не ограничиваетъ это владѣніе (называемаго въ кодексѣ управленіемъ) какимъ либо срокомъ и не даетъ возможности устранить душеприкащика легальнымъ путемъ, помимо случаевъ злоупотребленія съ его стороны. Допуская порученіе душеприкащику управленія имуществомъ, оно предписываетъ смотрѣть на него, какъ на управляющаго чужимъ имѣніемъ (558); сообразно этому и установляются между наслѣдникомъ и душеприкащикомъ отношенія, подобно отношеніямъ между управителемъ и хозяиномъ. Если хотите и это можетъ быть разсматриваемо какъ смяг-

ченіе, ограниченіе правъ душеприкащика въ пользу васлѣдника, ибо тутъ первый становится въ подчиненное, въ служебное положеніе. Мы въ своемъ мѣстѣ укажемъ на эти отношенія.

Наша судебная практика еще далеко не выработала точныхъ нормъ касательно права владѣнія, поручаемаго душеприкащику. Почти во всѣхъ рѣшеніяхъ сената, гдѣ дѣло идетъ о душеприкащикѣ, говорится о предоставленномъ его распоряженію имуществѣ, о переданномъ ему завѣщателемъ имуществѣ и т. д. Но самое выраженіе владѣніе вездѣ замѣняется „распоряженіемъ“. И дѣйствительно, неудобно было употребить его по причинѣ допущенной въ нашемъ сводѣ смѣшеніи терминовъ „собственность“ и „владѣніе“. Это выраженіе „распоряженіе“ породило въ нашей литературѣ весьма курьозное недоразумѣніе. Почему-то показалось что душеприкащику передается завѣщателемъ *право* распоряженія. Но дѣло въ томъ, что произошло крупное смѣшеніе выраженія въ обыденномъ, ходячемъ смыслѣ съ юридическимъ терминомъ „право распоряженія“. Такъ г. Вильяшевъ *) говоритъ, что „исполненіе завѣщанія состоитъ не въ чемъ иномъ, какъ въ правѣ распоряженія завѣщаннымъ имуществомъ въ предѣлахъ начертанной воли завѣщателя“. Тутъ видно полное противорѣчіе, ибо, какъ кажется, „право распоряженія“ и „въ предѣлахъ завѣщательной воли“, понятія, исключающія другъ друга; право распоряженія состоитъ не въ чемъ иномъ, какъ въ правѣ лица располагать вещью по произволу, отчуждать, закладывать и т. д. Эта-то произвольность и составляетъ существенный элементъ права распоряженія—отнимите его или поставьте „въ предѣлы воли завѣщателя“ все право распоряженія разрушится, останется одно исполненіе надъ вещью, дѣйствій предписанныхъ завѣщателемъ. Неподлежитъ сомнѣнію, что завѣщатель и по нашему праву можетъ передать душеприкащику владѣніе, но лишь одно владѣніе, не противорѣчащее смыслу цитированнаго уже нами рѣшенія сената, смотрящаго на это право, какъ на временное завѣдываніе (1867 г. № 72).

*) «Судебный Вѣстникъ» 1870 г. № 630.

В. Относительно права предоставленія душеприкащику выбора лица, долженствующаго получить наслѣдство, ученые различнаго мнѣнія.

Блунчли считаетъ сомнительнымъ, чтобы право это могло быть предоставлено душеприкащику. Это, говоритъ онъ, противно духу, какъ римскаго, такъ и германскаго права *). Безелеръ-же основываясь на каноническомъ правѣ, приходитъ къ тому, что это возможно **). Мы приведемъ мнѣніе Побѣдоносцева, построенное, конечно, примѣнительно къ русскому праву, но имѣющее въ этомъ случаѣ общее значеніе. „Можетъ-ли, спрашиваетъ онъ, — завѣщатель, не назначая самъ наслѣдника къ своему имѣнію предоставить избраніе сего послѣдняго другому лицу по его усмотрѣнію?“ и отвѣчаетъ: „По завѣщанію наслѣдство отъ завѣщателя переходитъ непосредственно къ лицу, избранному его волей. Завѣщатель не можетъ установить посредствующаго наслѣдства и свою завѣщательную власть не можетъ передать никому за себя по довѣрію или полномочію. Если указанное завѣщателемъ посредствующее лицо получаетъ имѣніе въ собственность, то къ нему въ силу права собственности вмѣстѣ съ онымъ переходитъ и завѣщательное право и вообще право отчужденія и распоряженія независимо отъ особаго о семъ постановленія въ завѣщаніи перваго вотченника. Если-же указанное посредствующее лицо получаетъ имѣніе только во временное владѣніе, то предоставленіе ему права передать, подарить или завѣщать имѣніе отъ имени перваго завѣщателя не мыслимо. Еще менѣе возможно допустить предоставленіе стороннему лицу, не получающему даже во владѣніе имѣнія по завѣщанію, права избирать къ сему имѣнію наслѣдника по завѣщанію. Вышесказанное примѣняется вполнѣ къ назначенію наслѣдственному, т. е. къ тому случаю, когда завѣщатель прямо избираетъ себѣ пріемника въ массѣ своего имущества или въ извѣстномъ цѣльномъ имѣніи. Но особливый видъ завѣщательнаго назначенія составляетъ назначеніе разнымъ лицамъ выдачъ изъ имущественной массы, предостав-

*) Bluntschli—Deutsch Privatr S. 734
**) Въ назв. соч стр 179

ляемой избранному наслѣднику. Здѣсь хотя одаренное лицо пріобрѣтаетъ отъ завѣщателя и по завѣщанію, но не прямо, а для осуществленія своего права на завѣщанное долженъ обратиться къ тому, кому по завѣщанію переходитъ во власть подлежащее имущество и *на кого завѣщатель возложилъ повинность исполненія или выдачи.* Условіе этой выдачи или передачи можетъ быть связано, между прочимъ, даже *съ усмотрѣніемъ* и *выборомъ* того, на чью обязанность возложена выдача". *). Эти строго логическія соображенія конечно могутъ быть приложены и къ душеприкащичеству, слѣдствіемъ чего и получимъ слѣдующее положеніе: душеприкащику не можетъ быть предоставлено право выбора *наслѣдника*, но лишь выборъ лица, получающаго частный, отдѣльный отказъ изъ массы оставшагося наслѣдства. Для юридическихъ-же лицъ, пользующихся покровительствомъ государства, ему предоставляется это право даже касательно всей массы имущества. Но западная судебная практика и законодательства, не даютъ отвѣта на вопросъ о законности или незаконности этого права завѣщателя. Наша-же практика признала его, какъ видно изъ рѣшеній сената, но именно касательно отдѣленныхъ, частныхъ отказовъ, преимущественно въ пользу юридическихъ лицъ (piae causae). Напримѣръ (С. р. с. т. 2, 101) завѣщатель вправѣ предоставить душеприкащику выборъ церквей, долженствующихъ получить отказъ. Онъ лишь говоритъ въ завѣщаніи, чтобы отказъ былъ переданъ церкви вообще, а какой именно церкви, это предоставляетъ усмотрѣнію душеприкащика, иначе говоря, опредѣляетъ назначеніе in genere, поручая душеприкащику выборъ species. Наконецъ всѣмъ извѣстно, что законъ не возбраняетъ завѣщателю назначеніе извѣстной суммы на стипендіи въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, предоставляя выборъ студента душеприкащику, напр. стипендія Дыммана въ с.-петербургскомъ университетѣ (душеприкащикъ г. Любо-

*) Побѣдоносцевъ—Курсъ гражд. права, ч. 2 стр 503.—Почтенный ученый, касаясь непосредственно этого вопроса, прямо отрицаетъ законность, передаваемаго душеприкащику права выбора наслѣдника, въ силу того, что онъ только повѣренный умершаго (ibid стр 518)

щинскій), Вилье въ м. хир. академіи (душеприкащикъ докторъ Сахаровъ).

С. Что касается до вопроса, о правѣ, предоставленія душеприкащику, опредѣленія размѣра назначенія, то онъ касается не столько существованія правъ третьяго лица, сколько объема имущества, сославляющаго объэктъ этого права. Съ точки зрѣнія завѣщательнаго права оно ни коимъ образомъ не можетъ быть признано. Дѣло въ томъ, что вопросъ о предоставленіи душеприкащику права опредѣленія размѣра назначенія въ большинствѣ случаевъ сводится къ вопросу о предоставленіи ему выбора лица и въ силу признанной нами невозможности передачи (за извѣстными исключеніями) завѣщательнаго права по полномочію, долженъ быть рѣшенъ отрицательно. Укажемъ лишь на практическій случай: А., умирая, назначаетъ душеприкащика и поручаетъ ему передать въ произвольной соразмѣрности сыновьямъ своимъ В. и С. оставшееся имущество, состоящее изъ 100 р. денегъ и имѣнія. Очевидно душеприкащику предоставляется выборъ лица, долженствующаго стать наслѣдникомъ. Душеприкащикъ можетъ дать В. всего 5 рублей а С. передать остальныя деньги и имѣніе, очевидно В. не имѣетъ права жаловаться, а С. одинъ наслѣдникъ, и все это по волѣ душеприкащика, ибо нельзя предположить, чтобы такова была воля завѣщателя. Въ подобныхъ случаяхъ душеприкащикъ является какимъ-то установителемъ единонаслѣдія. Противъ этого права можно повторить тѣже соображенія какія были высказаны нами по поводу выбора наслѣдника, да кромѣ того въ данномъ случаѣ завѣщательная воля не исполняется — нарушается основной принципъ завѣщательнаго права. Изъ нѣмецкихъ ученыхъ одинъ Блунчли признаетъ это право. Прусскій-же кассаціонный судъ въ рѣшеніи отъ 25-го Іюня 1856 года *) категорически постановилъ, что законъ воспрещаетъ такія полномочія, даваемыя душеприкащику, которыя касаются опредѣленія имъ „матеріальныхъ правъ наслѣдника, именно установленія размѣра наслѣдственной доли.“

*) Koch—Allg. Landr.

Подобно тому, какъ въ предшествовавшемъ случаѣ и это право душеприкащика можетъ быть признано лишь при частныхъ, отдѣльныхъ отказахъ, на основаніи уже приведенныхъ соображеній. Тутъ для закона представляется лишь важнымъ, чтобы душеприкащикъ распредѣлилъ между означенными завѣщателемъ лицами всю массу имущества, порученнаго его дѣйствіямъ; какъ онъ распредѣлитъ — это его дѣло.

Наша практика, какъ видно изъ рѣшенія по дѣлу Попова (С. р. С. т. 1. 338), къ которому еще обратимся ниже, допускаетъ предоставленіе совѣсти душеприкащика опредѣленіе размѣра и количества выдачи, признавая это, данное ему завѣщателемъ право, мотивомъ, устраняющимъ всякій контроль, даже если этого требуетъ завѣщатель.

D. Говоря, что душеприкащикъ исполняетъ порученіе касательно имущества, на которое уже имѣется право другаго лица—безотчетный, по опредѣленію завѣщателя, и безотвѣтственный душеприкащикъ, является противорѣчіемъ, какъ основному принципу душеприкащичества, такъ и основамъ завѣщательнаго права. Совершенно справедливо говоритъ Безелеръ, что такой душеприкащикъ ни болѣе ни менѣе, какъ наслѣдникъ, ибо въ чемъ-же состоитъ право наслѣдника на оставшееся имущество, какъ не въ произвольномъ, исключающемъ всякій посторонній контроль, распоряженіи, какъ не въ правѣ собственности; а такимъ-то правомъ въ данномъ случаѣ и пользуется душеприкащикъ. Если такъ, то онъ и не душеприкащикъ, ибо хотя душеприкащикъ иногда и можетъ получить въ собственность или на другихъ основаніяхъ, часть имущества, но это не вытекаетъ изъ существа его обязательства, предметъ коего — исполненіе послѣдней воли завѣщателя касательно имущества, имѣющаго уже своего собственника. Не то имѣлось-бы два собственника-наслѣдника: одинъ подъ скрытою оболочкою душеприкащика, другой, названный настоящимъ именемъ, и за обоими слѣдовалобы признать право собственности на оставшееся имущество; но это было-бы не исполненіемъ завѣщательной воли, а возведеніемъ ошибки, произшедшей отъ незнанія, на степень законнаго желанія умершаго завѣщателя, который поручилъ душеприкащику лишь исполненіе своей воли, состоящей въ

передачѣ означеннаго имущества опредѣленному лицу. Словомъ, признаніе безотчетнаго и безотвѣтственнаго душеприкащика абсурдъ и назначеніе его противузаконно, конечно лишь въ томъ случаѣ, когда завѣщатель назначилъ извѣстныхъ лицъ наслѣдниками или легатаріями.

Западно-европейскія законодательства, какъ увидимъ въ своемъ мѣстѣ, связываютъ душеприкащика во что-бы то ни стало отвѣтственностью и отчетностью; чѣмъ конечно, парализуется это право завѣщателя т. е. освобожденіе душеприкащика отъ контроля.

Наша старая судебная практика, изрекла, такъ сказать, постановленіе, что „завѣщатель можетъ назначать безотчетнаго душеприкащика и опекуна малолѣтокъ своихъ“, но мы вправѣ не признать: вторую часть этого рѣшенія, говорящую объ опекунахъ, на основаніи ст. 228 X т. и первую на основаніи весьма раціональнаго, извѣстнаго намъ уже рѣшенія кассаціоннаго департамента (1867 г. 78) по дѣлу Попова. На вопросъ: „принадлежитъ-ли, назначеннымъ въ завѣщаніи, безотчетнымъ душеприкащикамъ право безотчетнаго распоряженія имуществомъ, оставшимся послѣ завѣщателя, если въ завѣщаніи съ точностью обозначены, какъ лица въ пользу которыхъ составлено завѣщаніе, такъ и доля участія каждаго въ оставшемся наслѣдствѣ?“ Сенатъ отвѣтилъ: „предоставленіе душеприкащикамъ безотчетнаго распоряженія имуществомъ, завѣщаннымъ въ собственность другому лицу равносильно присвоенію имъ права собственности на чужую собственность, права измѣнять по своему усмотрѣнію волю завѣщателя, выраженную въ завѣщаніи ввѣренномъ ихъ исполненію“. Это постановленіе вполнѣ согласно съ тѣми общими соображеніями, которыя мы представили выше.

B) Права и обязанности, основанныя на требованіяхъ закона.

Въ предшествовавшей главѣ мы говорили о правахъ душеприкащика, передаваемыхъ ему завѣщателемъ; теперь переходимъ къ правамъ и обязанностямъ, налагаемымъ на него закономъ въ силу того, что онъ душеприкащикъ умер-

шаго. Государство, заинтересованное вообще въ возможно-полномъ исполненіи завѣщательной воли, очевидно должно давать душеприкащику извѣстныя права и налагать обязанности, какъ на исполнителя этой воли, дабы послѣдняя была выполнена въ точности. Для государства въ этомъ случаѣ безразлично, каковы-бы ни были порученія данныя душеприкащику, лишь-бы они ни были противузаконны — оно смотритъ на него какъ на повѣреннаго умершаго, обязаннаго исполнить его волю и обставляетъ это исполненіе извѣстными гарантіями въ видѣ правъ и обязанностей, о которыхъ, замѣтимъ, въ завѣщаніи ничего не сказано. Государству достаточно, чтобы одно лицо стало душеприкащикомъ другого. Это юридическое положеніе, состояніе, принятое лицомъ добровольно, оно стремится нормировать, т. е. даетъ душеприкащику средства, возможность самымъ тщательнымъ образомъ выполнить принятое обязательство. Конечно завѣщатель можетъ значительно съузить эту дѣятельность государства, означивъ въ подробности всѣ средства исполненія его воли. Подобно тому, какъ и въ довѣренности, дѣйствія душеприкащика являются или въ видѣ личнаго представительства или совершаются по поводу имущества.

А. Существо личнаго представительства заключается въ томъ, что законъ предоставляетъ душеприкащику всевозможными способами сохранить цѣлость завѣщательнаго распоряженія и отражать всякія притязанія, направленныя къ опроверженію его; душеприкащикъ даже обязанъ противиться воли наслѣдниковъ, если того требуетъ исполненіе завѣщанія. Но главнѣйшимъ образомъ это представительство умершаго лица выражается въ судебныхъ спорахъ по поводу завѣщанія. Споры эти или могутъ быть возбуждены по поводу неясности смысла завѣщательнаго порученія или касаться вопроса о дѣйствительности самаго завѣщанія.

Французскій кодексъ выражается на этотъ счетъ неопредѣленно, говоря что душеприкащикъ можетъ, въ случаѣ споровъ касательно исполненія завѣщанія, быть представителемъ завѣщателя (дабы сохранить завѣщаніе въ цѣлости (Art. 1031, 94). Тутъ нѣтъ указаній на поводъ самаго

спора, но вѣроятно, какъ полагаетъ и Цахаріе *), слѣдуетъ допустить, что для законодательства безразлично, чего бы не касался споръ.

Прусское Landrecht разграничиваетъ это представительство смотря потому, оспаривается ли дѣйствительность завѣщанія или перетолковывается, лицами, заинтересованными въ исполненіи завѣщанія, смыслъ извѣстнаго порученія. Комментаторъ прусскаго законодательства, Кохъ, указываетъ на положеніе принятое практикою прусскихъ судовъ, что душеприкащикъ ни коимъ образомъ не можетъ быть признанъ представителемъ умершаго въ спорахъ, касающихся дѣйствительности завѣщанія. Если же идетъ споръ касательно извѣстнаго порученія, то прусское законодательство даетъ деспотическое право душеприкащику. Въ ст. 561 Т. XII говорится: „если возникаетъ споръ между душеприкащикомъ и наслѣдниками касательно смысла извѣстнаго порученія, то въ сомнительныхъ случаяхъ предпочитается мнѣніе душеприкащика". Нельзя не выразиться противъ этого постановленія; оно даетъ просторъ злоупотребленіямъ. Съ одной стороны то обстоятельство, что иногда съ душеприкащичествомъ соединяется для лица извѣстная матеріальная выгода, наприм. денежныя выдачи въ видѣ вознагражденія или безгрѣшные доходы, ускользающіе отъ контроля и т. д., съ другой стороны возможность подкупа со стороны наслѣдника въ состояніи заслонить безпристрастіе въ толкованіи завѣщанія и слѣдовательно препятствовать точному исполненію воли умершаго. Всего лучше передать дѣло третейскому или общему суду при равноправности спорящихъ сторонъ.

Въ нашей судебной практикѣ представлялась цѣлая масса случаевъ представительства душеприкащика на судѣ въ случаѣ споровъ, хотя особыхъ постановленій объ этомъ не имѣется. Отсутствіе прямыхъ узаконеній никоимъ образомъ не можетъ привести къ отрицанію этого права душеприкащика, ибо оно истекаетъ изъ существа обязательства. Душеприкащикъ обязался, какъ повѣренный, исполнить послѣднюю волю;

*) Zachariе– Lehrbuch B. IV. S. 250.

являются лица, оспаривающія завѣщаніе,—отрицаютъ ли они фактъ назначенія или смыслъ порученія—все равно—предметомъ ихъ отрицанія corpus обязательства душеприкащика и какихъ бы частей его оно не касалось, оно всегда касается его самаго и онъ обязанъ защитить цѣлость завѣщательнаго акта.

В. Кромѣ этого представительства душеприкащику предоставляется самымъ закономъ, помимо и безъ опредѣленія о томъ завѣщателя временное владѣніе имуществомъ умершаго въ видахъ возможности исполненія завѣщательной воли, какъ необходимое условіе исполненія его. Но Блунчли предлагаетъ по возможности избѣгать его, ибо это владѣніе предоставляетъ много неудобствъ для наслѣдника.

Въ прусскомъ законодательствѣ не говорится о *владѣніи*, а объ *управленіи;* очевидно это управленіе, какъ и разъяснилъ кассаціонный судъ, тѣсно связано съ правомъ владѣнія. Это выраженіе гораздо характеристичнѣе и точнѣе опредѣляетъ отношеніе душеприкащика къ имуществу завѣщателя нежели владѣніе. Въ самомъ Landrecht'ѣ имѣются только опредѣленія о послѣдствіяхъ этого управленія; но нужно замѣтить, что тутъ говорится о владѣніи, какъ о правѣ передаваемомъ душеприкащику завѣщателемъ, относительно же установленія его въ силу требованія закона, въ видахъ исполненія завѣщанія—ничего не говорится. Но этотъ пробѣлъ восполненъ кассаціонною практикою; признано предоставить душеприкащику это управленіе, еслибъ даже завѣщатель ограничился однимъ назначеніемъ исполнителя своей воли. Понятное дѣло, что безъ этого владѣнія или управленія, или хоть бы временнаго завѣдыванія (по выраженію нашего Сената), обойтись весьма трудно при исполненіи завѣщательныхъ порученій, даже можно сказать, за весьма рѣдкими исключеніями, невозможно. Принятіе имущества въ свое обладаніе, какъ мы видѣли, является даже условіемъ возникновенія душеприкащичества. Однако въ Code civil имѣется постановленіе, прямо запрещающее это право, за отсутствіемъ прямого опредѣленія завѣщателя (1026, II). Но итальянское уложеніе, освободившееся вообще отъ анахронизмовъ Code civil, упустило это постановленіе, чѣмъ несомнѣнно указало на

возможность предоставленія владѣнія душеприкащику и по требованію завѣщателя.

По нашему праву, какъ видно изъ рѣшеній сената, душеприкащику тоже предоставляется владѣніе т. е. говорится, что „безъ принятія въ свое распоряженіе имущества завѣщателя, невозможно даже вчинить исковъ на него". Кажется, это можно понимать въ томъ смыслѣ, что обладаніе имуществомъ, какъ бы оно не было названо—владѣніемъ, управленіемъ, распоряженіемъ—понимается нашей практикой, какъ необходимое условіе исполненія завѣщательной воли, долженствующее быть установленнымъ даже безъ особаго предписанія завѣщателя. Но болѣе точныхъ и полныхъ опредѣленій въ нашемъ правѣ не имѣется.

Наконецъ французскій и итальянскій кодексы постановляетъ, что въ силу закона С) душеприкащику предоставляется отчуждать движимость въ случаѣ недостачи денегъ для уплаты легаторіямъ (Art. 1031, § 3). Относительно этого опредѣленія я считаю нужнымъ только замѣтить, что право отчужденія можетъ считаться существующимъ, поколику душеприкащику принадлежитъ владѣніе — судьба его неразрывна съ судьбою послѣдняго и наслѣдники, отнимая владѣнія у душеприкащика, лишаютъ его и этого права. Этимъ мы и закончимъ нашъ бѣглый очеркъ правъ и обязанностей душеприкащика какъ повѣреннаго умершаго лица.

II. Отношенія между душеприкащикомъ и лицами и учрежденіями.

Душеприкащикъ вступаетъ въ извѣстныя отношенія, во 1-хъ, съ наслѣдниками и во 2-хъ, съ другими сторонними лицами.

1) Отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдниками.

Кромѣ отношеній, вытекающихъ изъ завѣщанія и законность коихъ опредѣляется завѣщательной свободой лица, кромѣ правъ наслѣдниковъ требовать отъ душеприкащика совершенія дѣйствій, предписанныхъ умершимъ, отношенія душеприкащика къ наслѣдникамъ слагаются, такъ-сказать,

изъ соединенія или соприкосновенія двухъ элементовъ: правъ и обязанностей перваго, какъ повѣреннаго умершаго лица и правъ вторыхъ, на наслѣдственное имущество по поводу коего дѣйствуетъ первый. Задача законодательства въ этомъ случаѣ состоитъ въ примиреніи этихъ элементовъ: оно должно направить свои нормы къ тому, чтобы было возможно совмѣстное существованіе правъ обѣихъ сторонъ. На этомъ основаніи первою обязанностью наслѣдника является подчиненіе душеприкащику въ предѣлахъ, предоставленной ему завѣщателемъ и закономъ власти, первою обязанностью душеприкащика — исполняя данныя ему порученія, не попирать правъ наслѣдника.

Посмотримъ же какъ законодательства разрѣшаютъ эту задачу.

Французскій и итальянскій кодексы не даютъ особенно точныхъ и положительныхъ опредѣленій касательно этихъ отношеній и относятся къ нимъ, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, болѣе отрицательно т. е. заботятся болѣе о способахъ разрушенія, прекращенія этихъ отношеній. Какъ извѣстно, наслѣдники могутъ во всякое время прекратить право владѣніе душеприкащика. Но это производится ими подъ слѣдующими условіями: а) они должны представить ему извѣстную сумму, назначенную завѣщателемъ легаторіямъ движимости или б) должны доказать, что ими эти уплаты сдѣланы или, прибавляетъ итальянское уложеніе, b) должны обезпечить эту уплату въ порядкѣ и въ срокъ указанной завѣщателемъ. Это устраненіе душеприкащика отъ владѣнія, толкуется юристами въ весьма обширномъ смыслѣ. Вообще эта статья допускаетъ двоякаго рода толкованіе; одно состоитъ въ томъ, что съ уплатою наслѣдниками легаторіевъ, устраняется владѣніе душеприкащика и прекращаются отношенія его съ послѣдними, но это еще не освобождаетъ его отъ исполненія другихъ распоряженій завѣщателя: наслѣдники изъ всѣхъ порученій умершаго принимаютъ на себя лишь уплату легаторіевъ, оставляя за душеприкащикомъ исполненіе остальныхъ т. е. не устраняютъ его. Другое толкованіе приводитъ къ выводу противуположнаго свойства. Принятіемъ на себя уплаты легаторіевъ, говорятъ ученые, наслѣдники

не только прекращаютъ владѣніе душеприкащика, но устраняютъ его самаго, предоставляя себѣ исполненіе всѣхъ остальныхъ порученій завѣщателя. Большинство французскихъ юристовъ придерживается послѣдняго толкованія. Такъ Цахаріе относитъ прекращеніе владѣнія къ способамъ прекращенія душеприкащичества *).

Но кромѣ этого отрицательнаго отношенія къ отношеніямъ между душеприкащикомъ и наслѣдниками, французская практика даетъ наслѣднику право въ тѣхъ случаяхъ, когда душеприкащику представляется необходимость продать движимость завѣщателя для уплаты легаторіевъ, предупредить эту продажу, выдавъ ему требуемую сумму деньгами.

Вообще французскіе юристы, во взглядѣ на отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдникомъ, склоняются всегда болѣе въ пользу послѣдняго, ставятъ душеприкащика по возможности въ подчиненное положеніе. Они даже выставляютъ такого рода общее положеніе касательно этого отношенія: „душеприкащикъ въ дѣйствіяхъ своихъ настолько свободенъ отъ всякой отвѣтственности передъ лицами, на сколько дѣйствія эти совершаются имъ съ согласія наслѣдниковъ“. Хотя противъ этого положенія и могутъ быть приведены весьма вѣскія возраженія, но тѣмъ не менѣе нельзя не согласиться съ тѣмъ, что оно вполнѣ согласно съ духомъ Code civil, со взглядомъ его на душеприкащиковъ.

Наконецъ французскій и итальянскій кодексы даютъ нѣсколько опредѣленій, направленныхъ къ сохраненію правъ наслѣдниковъ, именно: a) душеприкащику предписывается въ случаѣ существованія въ числѣ наслѣдниковъ малолѣтнихъ, интердицированныхъ и отсутствующихъ (итальянскій кодексъ прибавляетъ еще юридическихъ лицъ) (Art. 908) опечатать имущеетво (Art. 1031, § 1);

b) онъ обязанъ въ присутствіи, предполагаемаго наслѣдника, произвести опись имущества (Art. 1031, § 2). Изъ этой обязанности французскіе юристы выводятъ (на основаніи 942 C. de. p. c.) право его избрать чиновника, производящаго опись.

*) Въ назв. соч. стр. 556.

c) Но самая важная обязанность, налагаемая этими кодексами — это отчетность: „по истеченіи года (Art. 1031, § 5, C. c. и 908 C. т.), со дня смерти завѣщателя онъ обязанъ представить отчетъ“. Такого категорическаго постановленія не встрѣтишь ни въ одномъ законодательствѣ, его по истинѣ можно назвать образцовымъ, ибо имъ устраняются безчисленныя затрудненія, касающіяся отчетности.

Прусское Landrecht, въ случаѣ если завѣщатель поручилъ душеприкащику управленіе оставшимся имуществомъ, постановляетъ, что онъ долженъ разсматриваться какъ управитель чужого имѣнія (558) Ober-Tribunal, въ своихъ рѣшеніяхъ, называетъ его Bevollmächtigter и Verwalter, а наслѣдника Principal, хозяиномъ. Если такъ, то логически отсюда вытекаетъ, что душеприкащикъ a) обязанъ соблюдать интересъ наслѣдника (559) и b) представлять ему отчеты въ своихъ дѣйствіяхъ (562). Эти послѣдніе два пункта приведены въ Landrecht'ѣ въ рубрикѣ о душеприкащикахъ, но очевидно, ими не исчерпывается все содержаніе отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдникомъ, но говоря, что онъ управитель имѣнія, а наслѣдникъ хозяинъ, оно даетъ возможность разрѣшить, встрѣчающія вопросы, съ одной стороны на началахъ ученія о довѣренности, съ другой на основаніи того постановленія, что наслѣдникъ не имѣетъ права переступить волю завѣщателя, а душеприкащикъ обязанъ удерживать его въ подобныхъ случаяхъ (560). Сопоставляя статьи 558 и 560, составится весьма точное представленіе о характерѣ отношеній наслѣдника и душеприкащика по прусскому праву. Положимъ, наприм., наслѣдникъ, какъ хозяинъ, предписываетъ отчудить извѣстную часть имущества; душеприкащикъ противится этому, основываясь на ст. 560, ибо это не поручено ему завѣщателемъ и является нарушеніемъ завѣщательной воли, чему душеприкащикъ долженъ сопротивляться; тоже и въ случаяхъ обратнаго свойства. Очевидно эти два элемента, изъ коихъ слагаются отношенія между наслѣдникомъ и душеприкащиками, не только не противурѣчатъ тѣмъ двумъ, о которыхъ мы говорили въ началѣ, но суть не болѣе какъ видоизмѣненія ихъ, или вытекаютъ изъ нихъ. Онъ повѣренный (управляющій) наслѣд-

никовъ, это вытекаетъ изъ правъ ихъ на имущество, они въ своихъ отношеніяхъ къ нему ограничиваются волею завѣщателя, которая сдѣлала его повѣреннымъ (умершаго). Такъ, требуя отъ него совершенія извѣстныхъ дѣйствій, какъ отъ ихъ повѣреннаго, они какъ бы осуществляютъ свои права на имущество. Онъ же, удерживая ихъ отъ дѣйствій противныхъ завѣщанію, осуществляетъ свои права повѣреннаго умершаго. Права обоихъ сторонъ уравновѣшиваются; слѣдовательно противорѣчія нѣтъ. Но мы уже упоминали, что это управленіе можетъ быть по прусскому праву поручаемо душеприкащику не только завѣщаніемъ, но и самимъ закономъ. Въ первомъ случаѣ примѣняютъ вышеуказанныя постановленія вообще, хотя въ часности завѣщатель можетъ предписать извѣстныя нормы (закону непротивныя) отношеній душеприкащика, модифицировать эти отношенія хозяина и управителя. Если же въ завѣщаніи ничего даже не говорится объ этомъ управленіи, то, какъ мы видѣли, прусская практика допускаетъ его въ силу закона; тутъ уже отношенія между наслѣдникомъ и душеприкащикомъ создаются, такъ сказать, практикой высшихъ судовъ, на основаніи общихъ воззрѣній законодательства. И дѣйствительно, установляя, что это управленіе можетъ имѣть мѣсто въ силу одного требованія закона, требованія необходимости исполненія завѣщанія, нужно было и установить эти отношенія.

Въ существѣ они слѣдующія:

a) Душеприкащикъ обязанъ, при вступленіи въ управленіе, составить опись имущества и *представить ее наслѣднику*.

b) Онъ обязанъ въ точности исполнять предписанія своего хозяина (Principal), конечно имѣя всегда въ виду завѣщаніе.

c) Онъ обязанъ во всякое время представить наслѣднику отчетъ о своемъ управленіи (это понятно само собой).

d) Являясь повѣреннымъ наслѣдниковъ, какъ управитель ихъ имѣнія, онъ вправѣ быть ихъ представителемъ въ судебныхъ спорахъ; но это представительство ограничивается тѣснымъ кругомъ дѣлъ, непосредственно связанныхъ съ управленіемъ; онъ не вправѣ заступать ихъ мѣсто въ случаяхъ

внѣ управленія лежащихъ, наприм. въ спорахъ о продажѣ земельныхъ участковъ и по поводу другихъ вещныхъ исковъ; также требуется согласіе на взысканіе душеприкащикомъ долговъ.

e) Всякое отчужденіе имущества связанное съ управленіемъ, душеприкащикъ долженъ дѣлать лишь съ согласія наслѣдниковъ.

f) Наслѣдники вправѣ удалить его до окончанія исполненія завѣщанія (лишь по судебному рѣшенію) за дурное управленіе, за злоупотребленія и упущенія.

Таковы въ общихъ чертахъ отношенія между душеприкащикомъ и наслѣдникомъ по прусскому праву.

Обращаясь къ нашему законодательству по этому вопросу мы находимъ полное отсутствіе прямыхъ опредѣленій. Оно и понятно, ибо по сложившемуся воззрѣнію на душеприкащика, какъ на передатчика церковныхъ и благотворительныхъ отказовъ, не вступающаго ни въ какія отношенія съ наслѣдниками, не представлялось надобности въ опредѣленіи этихъ отношеній. Однако жизнь представляла иногда случаи, что между наслѣдникомъ и душеприкащиками завязываются отношенія; но какъ видно, эти отношенія отпредѣлялись самимъ завѣщателемъ: въ большинствѣ случаевъ они очень просты и все обязательство душеприкащика сводится къ передачѣ завѣщаннаго имущества и наслѣдникъ получаетъ лишь право требовать со стороны душеприкащика этой передачи. Но относительно уравновѣшиванія ихъ правъ въ нашемъ правѣ имѣются весьма скудныя данныя. Мы только и можемъ сказать, что въ указанныхъ выше случаяхъ, душеприкащикъ отчетенъ въ своихъ дѣйствіяхъ передъ наслѣдникомъ и что онъ передаетъ наслѣднику движимое имущество по описи. Касательно перваго, сенатъ установилъ: въ случаѣ жалобы наслѣдниковъ на произвольныя и несогласныя съ завѣщаніемъ распоряженія душеприкащика, онъ обязанъ дать отчетъ, какъ въ отношеніи имущества, временно ввѣреннаго его завѣдыванію, такъ и въ отношеніи точнаго исполненія воли завѣщателя (Р. Г. К. Д. 1867. № 78). Сравнивая это постановленіе съ подобнымъ узаконеніемъ прусскаго права, мы находимъ, что на основаніи послѣдняго,

наслѣдникъ вправѣ во всякое время требовать отчета у душеприкащика, у насъ-же лишь въ случаѣ злоупотребленій со стороны исполнителя и по жалобѣ. Мнѣ кажется, что это различіе слѣдуетъ объяснить тѣмъ, что въ прусскомъ законѣ имѣется въ виду недвижимое имущество, а потому наслѣдникъ-собственникъ, не только въ видахъ провѣрки дѣйствій душеприкащика, какъ таковаго, но и изъ желанія во всякое время узнать состояніе своего имущества, считается вправѣ требовать отчета; у насъ-же какъ видно, дѣло идетъ о движимости и самыя отношенія душеприкащика къ послѣднему гораздо проще, чѣмъ въ случаяхъ завѣдыванія имъ недвижимаго имущества, такъ что тутъ отчетность, собственно говоря, и имѣетъ дѣйствительное значеніе лишь послѣ произвольнаго распоряженія. Въ случаяхъ завѣдыванія недвижимостью, единственный способъ узнать состояніе имущества—провѣрка, а въ случаяхъ-же завѣдыванія движимостью, этотъ отчетъ, при нормальномъ теченіи дѣлъ, излишенъ, наслѣдникъ самъ на себѣ немедленно испытываетъ произвольность дѣйствій душеприкащика, напр. не получая имущества, получая лишь часть его и т. д. лишь тогда является надобность въ провѣркѣ.

Другое постановленіе касается пріема наслѣдникомъ имущества по описи; ст. 1297 можетъ, кажется, быть примѣнена и къ душеприкащичеству. Въ ней говорится: передача движимыхъ имуществъ совершается врученіемъ оныхъ наслѣдникамъ по описи. Хотя, конечно, за отсутствіемъ прямаго постановленія касательно пріема отъ душеприкащика имущества по описи, оно не можетъ быть возведено на степень законнаго и необходимаго требованія, но въ виду нѣкоторыхъ соображеній, удачно формулированныхъ Побѣдоносцевымъ, оно можетъ быть лишь предложено душеприкащикомъ въ ихъ-же интересѣ. „Эта формальность, говоритъ ученый, не рѣдко также упускаемая, существенно необходима въ интересахъ сдающаго вещи, принимающаго ихъ, и сторонних лицъ, кои могутъ имѣть притязаніе къ пріемнику. Необходимо удостовѣреніе въ томъ, какія именно вещи вошли въ составъ принятаго по завѣщанію имущества, дабы предупредить, могущіе возникнуть споры и пререканія по сему

предмету. Посему изъ предосторожности, слѣдуетъ при пріемѣ движимости приглашать нотаріуса для совершенія описи“ *).

Вотъ все, что мы можемъ сказать объ отношеніяхъ между душеприкащикомъ и наслѣдникомъ по нашему праву.

Здѣсь считаемъ умѣстнымъ указать на видоизмѣненіе отношеній между душеприкащикомъ и наслѣдниками въ случаѣ малолѣтства послѣднихъ. Случай этотъ возбудилъ весьма замѣчательную, по силѣ доводовъ борющихся сторонъ, полемику между проф. Лешковымъ и Калачевымъ. Тутъ могутъ быть два случая: 1) когда по завѣщанію назначено одно лицо и опекуномъ и душеприкащикомъ, и 2) когда эти званія принадлежатъ отдѣльнымъ лицамъ. I. Очевидно въ первомъ случаѣ, если только самое назначеніе произведено законнымъ образомъ, это сосредоточеніе двухъ званій въ одномъ лицѣ должно быть признано, на основаніи принятаго нами общаго положенія, что душеприкащикъ вступаетъ въ обязательственное отношеніе съ наслѣдникомъ; но такъ-какъ въ данномъ случаѣ имѣется малолѣтній наслѣдникъ, то мѣсто его заступаетъ государство, подчиняя себѣ опекуна-душеприкащика на общихъ основаніяхъ. Но если напр. лицо, имѣющее право назначать душеприкащика, но лишенное права назначенія опекуна (напр. дядя надъ малолѣтнимъ племянникомъ при жизни отца), пожелаетъ соединить оба званія въ одномъ лицѣ, то лицо избранное остается душеприкащикомъ и надъ малолѣтнимъ назначается особый опекунъ (дѣло Дмитріева въ Моск. окр. судѣ). II. Но возможно ли совмѣстное существованіе двухъ лицъ, опекуна и душеприкащика, надъ однимъ имуществомъ, т. е. можетъ-ли быть признано законнымъ подобное назначеніе завѣщателя? можетъ-ли государство въ случаяхъ не назначенія опекуна надъ малолѣтними, но при наличности назначенія душеприкащика, терпѣть послѣдняго рядомъ съ поставленнымъ имъ опекуномъ? По прусскому праву эти вопросы рѣшаются утвердительно. По рѣшенію Ober-Tribunal'а такой душеприкащикъ становится въ непосредственныя отношенія къ опекуну **).

*) Побѣдоносцевъ—Курсъ гр. пр. 22 стр.
**) Koch въ комментаріи своемъ приводитъ это рѣшеніе.

По нашему праву (Р. к. д. 1870. 381) этотъ вопросъ рѣшается такимъ-же образомъ. И дѣйствительно, во 1-хъ дѣятельность ихъ можетъ быть разграничена — душеприкащикъ временно завѣдываетъ, управляетъ имуществомъ и отчетенъ передъ опекуномъ, который заботится о наилучшемъ состояніи имущества и о воспитаніи малолѣтняго; во 2-хъ законъ требуетъ лишь чтобы малолѣтній и имущество находились подъ защитою опекуна. Такимъ образомъ, если допустить совмѣстное существованіе двухъ лицъ, душеприкащика и опекуна надъ однимъ имуществомъ, то первый является отвѣтственнымъ управителемъ, если онъ напр. назначенъ до достиженія малолѣтнимъ совершеннолѣтія, а опекунъ защитникомъ-воспитателемъ; послѣдній, въ случаѣ недовольства управленіемъ душеприкащика, долженъ требовать устраненія его на основаніи двухъ обстоятельствъ; на томъ, что душеприкащикъ самовольнымъ управленіемъ а) нарушаетъ волю завѣщателя, b) не даетъ ему, опекуну, возможности исполнить, требуемой отъ него закономъ обязанности. При этихъ условіяхъ совмѣстное существованіе ихъ должно считаться возможнымъ и законнымъ.

2) Отношенія между душеприкащикомъ и третьими лицами.

Между этими третьими лицами слѣдуетъ отличить лицъ, основывающихъ свои права на имущество завѣщателя на одномъ лишь завѣщаніи, отъ лицъ въ обязательственныя отношенія съ которыми завѣщатель вступилъ еще при жизни и права или обязанности коихъ могутъ быть основаны не только на завѣщаніи, но и на различныхъ другихъ актахъ. Къ первымъ относятся лица, получающія по завѣщанію отказъ, ко вторымъ всѣ остальныя, какъ-то кредиторы, дебиторы и т. д. Въ непосредственныя отношенія съ душеприкащикомъ конечно вступаютъ тѣ лица этихъ категорій, которыя означены въ завѣщаніи; однако намъ придется упомянуть и о тѣхъ, о которыхъ не говорится въ завѣщаніи, но которыя или могутъ оказать свое вліяніе на самое существованіе душеприкащика или которыя обязаны видѣть въ немъ повѣреннаго умершаго въ силу закона.

А) Отношенія между душеприкащикомъ и лицами, получающими отказъ.

Эти лица, съ одной стороны отличаются отъ лицъ, получающихъ только право требованія и вступающихъ въ отношенія съ душеприкащикомъ, тѣмъ, что послѣднія имѣютъ право предпочтительнаго удовлетворенія передъ первыми, ибо права ихъ на имущество основаны не на завѣщаніи, а на другихъ законныхъ актахъ; еслибъ это было иначе, т. е. еслибъ ихъ право не предпочиталось, то очевидно завѣщатель, надѣлавъ кучу долговъ, оставилъ-бы кредиторовъ своихъ безъ уплаты, распредѣливъ въ завѣщаніи все имущество „милымъ ближнимъ“. „Уплата важнѣе дара“ — это общее правило. Кредиторы должны быть удовлетворены раньше всѣхъ и хотя-бы ни гроша не осталось на долю лицъ долженствовавшихъ получить даръ.

Съ другой стороны они отличаются отъ наслѣдниковъ именно тѣмъ, что непосредственныхъ правъ на имущество не имѣютъ и получаютъ его лишь чрезъ наслѣдниковъ, на которыхъ налагается завѣщателемъ обязанность выдачи извѣстной суммы третьему лицу; ихъ право вытекаетъ изъ отдѣльнаго обязательства, основаннаго на завѣщаніи. Такъ по французскому праву legataire à titre universel становится въ такія отношенія къ наслѣднику. „Но наше законодательство, говоритъ Мейеръ, не даетъ особыхъ опредѣленій объ отказахъ, какъ то дѣлаютъ другія законодательства. Въ практикѣ-же отказъ нерѣдко смѣшивается съ наслѣдствомъ и нерѣдко каждое лицо, которому приходится получить что-либо по завѣщанію, называется наслѣдникомъ: это потому, что понятіе о представительствѣ наслѣдователя его наслѣдникомъ не получило у насъ того полнаго значенія, которое дано ему въ римскомъ правѣ. Однако-же и по нашему праву все-таки есть разница между наслѣдствомъ и отказомъ: наслѣдникъ вступаетъ въ сферу имущественныхъ отношеній наслѣдователя, тогда какъ лицо, которому по завѣщанію предоставленъ отказъ, имѣетъ право лишь на полученіе опредѣленнаго имущества. И можно формулировать эту разницу между наслѣдствомъ и отказомъ такъ: лицо въ чью пользу сдѣланъ отказъ пріобрѣтаетъ право по отноше-

нію къ наслѣднику, является слѣдовательно его вѣрителемъ, тогда какъ по отношенію къ самому наслѣднику нѣтъ обязаннаго лица" *). Эта аргументація Мейера вѣрная въ частяхъ своихъ, грѣшитъ односторонностью вывода. Наслѣдникъ тоже можетъ получить имущество чрезъ обязанное лицо, именно чрезъ душеприкащика, но дѣло въ томъ, что лицо, получающее отказъ всегда, безусловно получаетъ свое право чрезъ другаго, тогда какъ для наслѣдника это вовсе не необходимо. Болѣе удачно выразилъ эту разницу Побѣдоносцевъ (она проскользаетъ у Мейера) въ цитированномъ нами мѣстѣ: наслѣдникъ, это преемникъ въ массѣ имущества или въ извѣстномъ цѣльномъ имѣніи, лицо-же, получающее отказъ пріобрѣтаетъ право на часть имущественной массы, право всегда осуществляемое чрезъ посредство того, на кого завѣщатель возложилъ повинность исполненія этой выдачи **).

Если эта повинность исполненія или выдачи возложена на душеприкащика, то между нимъ и лицомъ, получившимъ отказъ, завязывается отношеніе аналогичное отношеніямъ между послѣдними и наслѣдникомъ, еслибъ эта повинность лежала на наслѣдникѣ. Такъ что практика смѣло можетъ руководиться, за отсутствіемъ прямыхъ опредѣленій закона, этою аналогіею.

И мы могли-бы ограничиться сказаннымъ еслибъ въ государствѣ не находились извѣстныя учрежденія, пользующіеся его особенымъ покровительствомъ. Покровительство этимъ юридическимъ лицамъ или учрежденіямъ, въ развитіи которыхъ государство, по своимъ соображеніямъ, заитересовано, въ данномъ случаѣ выражается въ томъ, что душеприкащикъ, которому поручается завѣщателемъ передать имъ отказъ, находится подъ особымъ контролемъ. Юридическія лица эти суть благотворительныя и учебныя заведенія, церковь и т. п.

Хотя, по мнѣнію Безелера, современной юридической жизни чужды отказы въ пользу благотворительныхъ учрежденій, однако законодательства, по словамъ того-же ученаго,

---

*) Мейеръ—Русск. гр. пр. стр. 637.
**) Побѣдоносцевъ—Курсъ гр. пр. 2 стр. 503.

постановляютъ, что „если душеприкащику поручается устройство благотворительнаго заведенія, то исполненіе этого распоряженія совершается подъ надзоромъ правительственнаго органа“ *). Изъ этихъ словъ мы конечно не узнаемъ степень и способъ вмѣшательства государства въ отношенія между душеприкащикомъ и учрежденіями; надо однаго полагать, что если оно вмѣшивается въ случаяхъ постройки благотворительныхъ заведеній, то вѣроятно не отстраняется отъ вмѣшательства въ эти отношенія и при обыкновенныхъ отказахъ. Къ сожалѣнію у насъ нѣтъ данныхъ на основаніи которыхъ мы могли-бы составить полное представленіе объ этомъ.

Наше право, скудное на опредѣленія, касающіяся душеприкащичества вообще, представляетъ однако довольно полную картину отношеній между душеприкащикомъ и учрежденіями, получающими отказы. Начать съ того, что согласно мнѣн. гос. сов. выс. утвержденнаго 5 апрѣля 1869 года, „на обязанности окружнаго суда, утверждающаго завѣщанія, въ которыхъ значатся назначенія въ пользу церквей, монастырей, богоугодныхъ заведеній, вообще на предметы благотворительности и общей пользы, возлагается препровождать къ прокурору выписи изъ завѣщаній для сообщенія въ подлежащее вѣдомство, вмѣстѣ со свѣдѣніями объ имени и мѣстѣ жительства душеприкащика“. Эта предупредительность со стороны государства, очевидно направлена къ тому, чтобы дать учрежденію, получающему отказъ, возможность требовать отъ душеприкащика исполненія возложеннаго на него порученія. Далѣе, мы выше видѣли, что завѣщатель вправѣ предоставить душеприкащику выборъ юридическаго лица, долженствующаго получить отказъ. Если имѣется подобнаго рода случай, то душеприкащикъ всетаки подпадаетъ подъ надзоръ того или другаго правительственнаго учрежденія. Такъ наприм. по дѣлу Барановича (т. 2, № 101) Сенатъ призналъ душеприкащика по неопредѣленному назначенію въ пользу церквей, отчетнымъ передъ мѣстнымъ епархіальнымъ начальствомъ. Затѣмъ, въ случаяхъ неопредѣленія

*) Beseler—Въ н. соч. стр. 223.

въ самомъ завѣщаніи богоугодныхъ заведеній, практика признала (т. 2, 776), что „если завѣщатель поручилъ душеприкащику по его усмотрѣнію обратить опредѣленную сумму на благотворительныя учрежденія или на пособіе бѣднымъ безъ указанія въ какія именно заведенія должно поступить отказанное имущество и губернія гдѣ таковое заведеніе находится, то исполненіе такого завѣщанія не подлежитъ наблюденію приказовъ общ. призрѣнія; но это не избавляетъ душеприкащика отъ надзора министра внутреннихъ дѣлъ“.

Подъ этимъ правительственнымъ наблюденіемъ, надзоромъ, конечно слѣдуетъ понимать понужденіе душеприкащика къ исполненію завѣщанія; если онъ мѣшкаетъ, если онъ не приступаетъ къ исполненію, оно имѣетъ право взыскивать съ него убытки, устранить его и т. д. Побѣдоносцевъ приходитъ къ подобному выводу на основаніи ст. 1090. „Власть, имѣющія государственныя попечительства надъ богоугодными учрежденіями, говоритъ онъ, могли-бы обратиться къ душеприкащику съ требованіемъ объясненія и понуждать его къ исполненію воли завѣщателя“ *). Если-же онъ выбралъ опредѣленное богоугодное заведеніе или церковь, то непосредственно становится подъ его наблюденіе. „Это учрежденіе, говоритъ тотъ-же ученый, получаетъ право требовать отъ него исполненія и отчета“.

Но иное дѣло, если завѣщатель предоставилъ душеприкащику опредѣленіе размѣра отказа—тутъ практика допускаетъ только самый легкій надзоръ т. е. если душеприкащикъ далъ хоть одинъ рубль, изъ оставшагося имущества, то болѣе требовать отъ него ничего нельзя. Практика даже до того строга въ этомъ случаѣ, что запрещаетъ требовать отъ душеприкащика подробнаго отчета, „даже въ томъ случаѣ, когда завѣщатель назначилъ вполнѣ отчетнаго предъ правительствомъ душеприкащика. (С. т. 1, 332).

Но иногда для государства теряется всякая возможность требовать отъ душеприкащика отчета, даже если ему предоставлена передача благотворительнаго отказа напр. раздать бѣднымъ извѣстную сумму; какъ удостовѣриться въ томъ, что

*) Курсъ гр. 2, стр. 520.

душеприкащикъ дѣйствительно роздалъ деньги бѣднымъ? потребовать отъ него предъявленія росписокъ—вещь немыслимая. Сенату представилось рѣшить вопросъ: имѣетъ-ли городская дума право требовать отъ душеприкащика отчета о выдачахъ въ пользу бѣдныхъ жителей города? Сенатъ отвѣтилъ отрицательно и совершенно справедливо. Представьте себя въ положеніи такого душеприкащика: деньги розданы нищимъ, росписокъ съ нихъ не взято—какъ доказать раздачу? Это единственный случай когда душеприкащикъ безотчетенъ, ибо требованіе отчета фактически невыполнимо.

Вотъ каковы отношенія между душеприкащикомъ и юридическими лицами, получающими чрезъ него отказъ.

В) Отношенія между душеприкащикомъ и контрагентами умершаго, означенными въ завѣщаніи.

Говоримъ мы здѣсь объ этихъ отношеніяхъ, главнымъ образомъ, потому, что наше законодательство, не упоминая ни слова о болѣе важныхъ вопросахъ касательно душеприкащичества, даетъ опредѣленія касательно этихъ отношеній. Существо обязательства между душеприкащикомъ и этими лицами заключается въ томъ, что онъ обязанъ совершить по отношенію къ нимъ, означенныя въ завѣщаніи дѣйствія, а они вправѣ требовать совершенія или на оборотъ, ему принадлежитъ въ силу завѣщанія, въ силу его полномочія право на ихъ дѣйствія, они обязаны совершить ихъ или въ силу только завѣщанія, или основываясь на другихъ актахъ и обязательствахъ; если самое совершеніе основано на актахъ, заключенныхъ ими съ завѣщателемъ при жизни послѣдняго, то по завѣщанію опредѣлается лишь: кто вправѣ требовать ихъ или кто обязанъ совершить ихъ за умершаго (въ данномъ случаѣ душеприкащикъ). Существо дѣла не измѣняется, если кромѣ завѣщанія нѣтъ другихъ актовъ, на которыхъ основываются обязательственныя отношенія умершаго съ сторонними лицами. Вообще эти лица смотрятъ на душеприкащика, какъ на повѣреннаго умершаго и въ предѣлахъ завѣщанія считаютъ его своимъ вѣрителемъ или должникомъ.

Западно-европейскія законодательства считаютъ лишнимъ давать какія-либо спеціальныя опредѣленія касательно этихъ

отношеній, предполагая, что практика сама разрѣшитъ встрѣчающіеся случаи.

Однако наши Судебн. Уст. упоминаютъ объ этихъ отношеніяхъ. Во первыхъ „иски на завѣщаніи основанные, предъявляются по общимъ правиламъ о подсудности на душеприкащика или на лицо принявшее на себя исполненіе завѣщанія“ (У. гр. суд. ст. 24) и во вторыхъ „душеприкащики имѣютъ право иска по всѣмъ тѣмъ предметамъ, по коимъ въ силу завѣщанія такое право имъ принадлежитъ“ (ibid ст. 25). Этихъ постановленій по моему мнѣнію, могло и не быть, и практика на основаніи воззрѣнія на душеприкащика, какъ на исполнителя завѣщанія пришла бы логически къ тому же заключенію.

C) Отношенія между душеприкащикомъ и контрагентами умершаго, не означенными въ завѣщаніи.

Эти лица вступили въ обязательственныя отношенія съ завѣщателемъ еще при жизни его и въ завѣщаніи не упомянуты. Говоря объ отношеніяхъ между ними и душеприкащикомъ, слѣдуетъ отличать лицъ, обязавшихся умершему, т. е. должниковъ, отъ лицъ, имѣющихъ на него право требованія т. е. вѣрителей. Относительно первыхъ можно замѣтить, что они, обязавшись хотя и умершему, должны совершить принятыя на себя дѣйствія; вопросъ лишь въ томъ, вправѣ ли душеприкащикъ явиться въ качествѣ представителя завѣщателя, безъ точно выраженнаго на счетъ этихъ лицъ полномочія и требовать отъ нихъ совершенія извѣстныхъ дѣйствій. Далеко не всѣ законодательства признаютъ за нимъ это право иска, безъ предписанія завѣщателя. По мнѣнію Дахаріе, по духу французскаго законодательства, ему можетъ быть предоставлено это право въ томъ лишь случаѣ, когда завѣщатель передалъ ему владѣніе движимостью и не хватаетъ денегъ на уплату легитаріямъ *). Прусское право въ рѣшеніи Ober-Tribunal'a высказывается категорически, противъ этого права, настоятельно требуя

*) Zacharie—Lehrbuch B. IV. S. 250.

особаго распоряженія завѣщателя. Но какъ совершенно справедливо замѣтилъ Блунчли, при всемъ желаніи отнять у душеприкащика это право, оно всетаки принадлежитъ ему въ случаяхъ управленія всею массою наслѣдственнаго имущества. И дѣйствительно, категорическое отрицаніе этого права не только въ иныхъ случаяхъ неудобно, но даже невозможно, если принять что a) душеприкащикъ долженъ выполнить въ точности всѣ распоряженія завѣщателя и b) что всякаго рода акты, обязательства, въ смыслѣ удовлетвореній въ правѣ требованія входятъ въ составъ имущества (res incorporales) завѣщателя. Представимъ себѣ напр. что завѣщатель назначаетъ душеприкащика надъ всѣмъ своимъ имуществомъ и указываетъ рядъ выдачъ и отказовъ, но наличныхъ денегъ оказывается далеко недостаточно для покрытія этихъ расходовъ; между тѣмъ у завѣщателя имѣются должники. Разсматривая эти оставшіяся по смерти лица обязательства, какъ часть имущества, мы признаемъ несомнѣннымъ, что душеприкащикъ не только вправѣ, но и обязанъ требовать уплаты по нимъ въ видахъ необходимости произвести означенныя завѣщателемъ выдачи, въ видахъ исполненія его послѣдней воли. По смыслу же прусскаго права душеприкащикъ въ данномъ случаѣ долженъ производить выдачи насколько хватитъ денегъ, затѣмъ устраниться отъ исполненія завѣщанія, сложить съ себя принятое званіе, оставшіеся же акты передаются наслѣдникамъ и они же получаютъ права требованія по нимъ; наконецъ они же обязаны произвести выдачи, которыя не могли быть произведены душеприкащикомъ за неимѣніемъ денегъ. Очевидно подобное разрѣшеніе этого случая, нельзя считать согласнымъ съ волею завѣщателя.

Въ этомъ отношеніи весьма раціональнымъ является постановленіе нашихъ судебныхъ уставовъ; въ ст. 25 У. Гр. Суд. говорится, что душеприкащикъ имѣетъ право иска по всѣмъ предметамъ, по коимъ искъ оказывается необходимымъ для исполненія возложенныхъ на него завѣщателемъ распоряженій. Тутъ законъ имѣетъ въ виду одну главную цѣль— полное исполненіе завѣщательной воли и для достиженія ея облекаетъ душеприкащика этимъ правомъ.

Что же касается вѣрителей завѣщателя, неозначенныхъ въ завѣщаніи, то они, собственно говоря, въ отношенія съ нимъ не вступаютъ, а имѣютъ дѣла, такъ сказать, прямо съ имуществомъ и обращаютъ на него свои взысканія. Самое существованіе ихъ почти всегда парализуетъ дѣятельность душеприкащика: они его устраняютъ. Положимъ, напримѣръ душеприкащикъ назначается для передачи отказа; очевидно онъ устраняется кредиторами въ силу того, что a) уплата важнѣе дара и b) если ему вмѣсто передачи дара, коему предпочитается уплата долга, предоставить выдачу долга, то онъ въ этой новой роли, уже не является душеприкащикомъ, каковымъ его назначилъ завѣщатель, ибо исполняетъ дѣйствіе, которое ему послѣднимъ прямо не поручено; хотя съ другой стороны нельзя отрицать права душеприкащика на ту часть имущества, которая осталась за уплатою—дабы онъ могъ выполнить хоть часть распоряженія завѣщателя. Наконецъ для кредиторовъ завѣщателя, не упомянутыхъ въ самомъ завѣщаніи, нѣтъ рѣшительно никакого дѣла до послѣдняго и до исполнителей его — имъ нуженъ преемникъ правъ на имѣющееся имущество, они направляютъ свои иски на наслѣдниковъ.

Юридическое положеніе нѣсколькихъ душеприкащиковъ.

Всѣ законодательства признаютъ законность назначенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ. Такъ французскій и итальянскій кодексы въ первой же статьѣ о „душеприкащикахъ“ постановляютъ, что завѣщатель можетъ назначить одного или нѣсколькихъ душеприкащиковъ (1015). Въ прусскомъ Landrechtѣ прямо не говорится объ этомъ правѣ завѣщателя, но признавая, съ одной стороны, душеприкащика повѣреннымъ, съ другой, законность существованіе нѣсколькихъ повѣренныхъ, можно предположить, что это не противно духу прусскаго законодательства. Относительно нашего права нечего и говорить: просматривая рѣшенія стараго сената и кассаціоннаго департамента, мы видимъ, что признается неограниченное число душеприкащиковъ—есть завѣщанія въ которыхъ

ихъ назначено до десяти *). Въ рѣшеніи по дѣлу Шурина (М. М. 10. 1866 г. № 7) даже „лица не названныя завѣщателемъ душеприкащиками, но назначенныя въ помощь душеприкащикамъ равно считаются таковыми“. Вообще относительно нѣсколькихъ душеприкащиковъ имѣются не мало положеній, выработанныхъ нашей практикой, но они часто касаются вопросовъ далеко не важныхъ, второстепенныхъ.

Касательно юридическаго положенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ, нужно рѣзко отдѣлять два случая: a) когда завѣщатель опредѣлилъ дѣятельность каждаго въ отдѣльности и b) когда этого имъ не сдѣлано. Въ первомъ случаѣ, каждый изъ нихъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ даннаго ему полномочія отдѣльно, независимо отъ другихъ, во второмъ же случаѣ они дѣйствуютъ сообща, исполняютъ завѣщаніе общими силами и юридическое полномочіе ихъ рознится на столько же отъ положенія отдѣльнаго, самостоятельно дѣйствующаго душеприкащика, на сколько различно положеніе должниковъ совокупнаго и единичнаго обстоятельства.

Французскій кодексъ въ Art. 1033 постановляетъ: „Если назначено нѣсколько душеприкащиковъ и они приняли на себя это званіе (qui aient accepté), то даже одинъ изъ нихъ, за бездѣйствіемъ остальныхъ (au défaut des autres) можетъ приняться за исполненіе завѣщанія и всѣ они по отчетамъ по ввѣренному имъ движимому имуществу отвѣтствуютъ in solidum“. Затѣмъ говорится, что это относится къ тому случаю, когда завѣщатель не опредѣлилъ порознь обязанность каждаго душеприкащика. Это образцовое постановленіе, возбудившее разногласіе въ средѣ ученыхъ, можетъ быть разсматриваемое, какъ положеніе, имѣющее общее теоретическое значеніе; несогласія ученыхъ главнымъ образомъ касается первой части статьи. Изъ того, что по выраженію закона, одинъ изъ душеприкащиковъ можетъ дѣйствовать въ случаѣ уклоненія другихъ, нѣкоторые цивилисты (Дельвенкуръ и др.) полагаютъ, что законодатель ставитъ условіемъ

*) Большое число душеприкащиковъ по одному и тому-же завѣщанію, свойственно не одной нашей юридической жизни; во Франціи это явленіе весьма не рѣдкое; такъ напр. великій Огюстъ Контъ назначилъ 17 исполнителей своего духовнаго завѣщанія.

этой возможности дѣйствія, *принятіе всѣми душеприкащиками званія* и выводятъ изъ этаго то положеніе, что за отсутствіемъ этого принятія всѣми званія, этотъ одинъ уже не можетъ дѣйствовать; иначе говоря, если завѣщатель назначитъ нѣсколькихъ душеприкащиковъ и изъ нихъ отказываются отъ назначенія всѣ, за исключеніемъ одного, то этотъ уже не можетъ дѣйствовать, ибо законъ допускаетъ эту возможность лишь въ томъ случаѣ, когда совершилось принятіе, и принявшіе уже уклоняются отъ дѣйствій. Если законъ допускаетъ дѣйствіе одного оставшагося душеприкащика въ случаѣ принятія званія, говорятъ ученые, то если это принятіе не состоялось со стороны всѣхъ за исключеніемъ одного, то и этотъ уже не можетъ исполнять завѣщаніе. Очевидно, толкованіе это невѣрно. Нельзя приписывать законодателю такія мысли, которыхъ онъ не имѣлъ въ виду высказать. Законъ говоритъ лишь о случаѣ принятія всѣми званія и о бездѣйствіи *принявшихъ*. Измѣнять эту первую посылку для полученія обратнаго вывода, мы не вправѣ. О случаѣ отказа душеприкащиковъ только *назначенныхъ* завѣщателемъ, слѣдовательно еще не принявшихъ званія, въ законѣ не упоминается. Мнѣ кажется, что выводу Дельвенкура, вытекающему якобы логически изъ закона, нельзя придавать юридическое значеніе. Однако чѣмъ же руководствоваться практикѣ, въ случаѣ отказа всѣхъ душеприкащиковъ, за исключеніемъ одного? дозволить ему исполненіе завѣщанія или нѣтъ? Разрѣшеніе этаго вопроса, кажется должно быть поставлено въ зависимость отъ разрѣшенія вопроса о мотивахъ назначенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ: если предположить, что завѣщатель назначаетъ нѣсколькихъ въ виду сложности исполненія, въ виду полной невозможности исполненія завѣщанія однимъ изъ нихъ, безъ дѣйствія другихъ, то вопросъ рѣшается отрицательно, если же предположить, что завѣщатель сдѣлалъ это изъ предусмотрительности, въ виду возможности смерти нѣкоторыхъ, то рѣшеніе должно быть утвердительнымъ.

Безелеръ, хотя и имѣя въ виду нѣмецкое право, тоже логически отрицаетъ то, что въ случаѣ назначенія нѣсколькихъ душеприкащиковъ, и отказа отъ званія всѣхъ за исклю-

ченіемъ одного, этотъ не вправѣ дѣйствовать. Онъ допускаетъ спреведливость этого положенія въ томъ случаѣ, когда завѣщатель опредѣлилъ, что этотъ оставшійся душеприкащикъ можетъ исполнять его волю, только съ помощью другихъ (намекъ на женщинъ). Очевидно, какъ я сказалъ, только въ такомъ случаѣ и можно признать это положеніе. Практика германскихъ судовъ хотѣла, какъ видно изъ рѣшеній собранныхъ Seufert'омъ въ его Archiv'ѣ (стр. 112—15) устранить такого, оставшагося за непринятіемъ званія другими, душеприкащика, но кассаціонный судъ призналъ подобное постановленіе не на чемъ не основаннымъ.

Прямой смыслъ ст. С. с., говорящій о душеприкащикахъ, уже принявшихъ званіе, тотъ, что a) за бездѣйствіемъ (defaut) нѣкоторыхъ принявшихъ званіе душеприкащиковъ, остальные имѣютъ право дѣйствовать; но тѣмъ хуже для бездѣйствующихъ ибо b) всѣ душеприкащики отвѣтственны in solidum за ввѣренное имъ имущество.

Обратимся къ разсматриванію этой отвѣтственности.

Отвѣтственность единственнаго, отдѣльно-дѣйствующаго душеприкащика является въ случаѣ истребленія, поврежденія, гибель и т. п. ввѣреннаго ему имущества.

Встрѣчающіеся практическіе вопросы, могутъ быть рѣшаемы на общихъ основаніяхъ вознагражденія за вредъ и убытки, причиненныя лицамъ, коимъ принадлежитъ имущество. Это вознагражденіе можетъ быть взыскиваемо съ душеприкащика не только вслѣдствіи прямого, активнаго воздѣйствія *) его на измѣненіе или уничтоженіе вещи, но и въ случаяхъ простаго уклоненія отъ принятаго на себя обязательства, если слѣдствіемъ этой пассивности былъ ущербъ. Напр. завѣщатель поручаетъ душеприкащику взыскать съ извѣстнаго лица опредѣленную сумму и передать ее наслѣднику; душеприкащикъ, бездѣйствуя, пропускаетъ срокъ земской давности—очевидно онъ обязанъ вознаградить наслѣдника; или еще такого же рода обязательство возникаетъ для него тогда, когда завѣщатель поручилъ ему внести къ опре-

*) При опредѣленіи размѣра ея, примѣняется общее правило касательно радѣнія о имуществѣ quam suis rebus

дѣленному сроку извѣстную сумму въ Банкъ на имя наслѣдника, предоставивъ послѣднему пользоваться процентами, но душеприкащикъ запоздалъ вносомъ—очевидно онъ долженъ уплатить наслѣднику проценты за просроченное время и т. д.

При существованіи нѣсколькихъ душеприкащиковъ, принявшихъ на себя это званіе, мѣра отвѣтственности въ существѣ остается таже, по отношенію причинившему вредъ—измѣняется лишь распредѣленіе, порядокъ ея. Душеприкащикъ бездѣйствующій, если онъ одинъ назначенъ и это бездѣйствіе не влечетъ за собой вредъ, просто устраняется; если же ихъ нѣсколько, принявшихъ, то уклоняющійся уже не устраняется, а можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за дѣйствія остальныхъ; хотя, какъ увидимъ, эта отвѣтственность ограничивается лишними хлопотами въ виду выгоды лица заинтересованнаго, вѣрителя солидарныхъ должниковъ. По смыслу приведеннаго постановленія Code civil, мы заключаемъ, что въ случаѣ нанесенія ущерба, рождается отвѣтственность всѣхъ душеприкащиковъ (бездѣйствующихъ или не принимавшихъ участія въ нанесеніи вреда — это безразлично) передъ лицами и учрежденіями и отвѣтственность провинившагося передъ остальными. Чтобы уразумѣть юридическія отношенія этихъ лицъ между собою, обратимся къ общимъ началамъ о совокупно-солидарныхъ обязательствахъ.

Солидарность между содолжникомъ установляется всегда для облегченія и обезпеченія удовлетворенія вѣрителя. Это облегченіе заключается въ томъ, что послѣдній можетъ требовать удовлетворенія отъ любого изъ содолжниковъ, всѣ они или каждый отвѣчаютъ передъ вѣрителемъ за убытки, понесенные по винѣ хоть бы одного изъ нихъ, ему нѣтъ надобности обращаться къ провинившемуся, онъ требуетъ удовлетворенія отъ любаго. Это влечетъ за собой слѣдующія послѣдствія: 1) платежъ, произведенный однимъ изъ солидарныхъ должниковъ освобождаетъ, относительно вѣрителя, всѣхъ прочихъ должниковъ, которые могутъ ссылаться на такой платежъ *) и 2) солидарный долж-

*) Голевинскій —О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ. стр. 237.

никъ, совершившій полный платежъ за себя и за всѣхъ прочихъ считается съ одной стороны, повѣреннымъ товарищества, употребившимъ собственный капиталъ по дѣлу своихъ товарищей и довѣрителей, и вслѣдствіе этого имѣетъ право иска по затратамъ и издержкамъ, которыя онъ сдѣлалъ, съ другой же стороны онъ вступаетъ въ силу самаго закона, въ права удовлетвореннаго имъ вѣрителя и потому можетъ требовать отъ каждаго содолжника, по соразмѣрности, возврата части удовлетворенія, съ него причитающійся *). Таковы отношенія въ случаѣ уплаты, произведенной вѣрителю однимъ или нѣкоторыми должниками. Прилагая это общее начало ученія объ обязательствахъ къ душеприкащичеству, мы находимъ, что вѣритель т. е. наслѣдникъ и вообще лицо, имѣющее право на имущество, по поводу котораго дѣйствуютъ душеприкащики, въ случаѣ нанесенія ему ущерба и потерь, обращаетъ искъ на любаго изъ нихъ по очереди и получивъ отъ одного или нѣкоторыхъ удовлетвореніе, прекращаетъ съ ними всякія отношенія, но за то душеприкащикъ уплатившій, но не участвующій въ нанесеніи ущерба или бездѣйствующій касательно исполненія завѣщанія, вступаетъ въ права удовлетвореннаго наслѣдника, становится вѣрителемъ остальныхъ душеприкащиковъ; онъ можетъ направить иски или на нихъ, или непосредственно на провинившагося; въ первомъ случаѣ они всѣ ищутъ съ послѣдняго, во второмъ—одинъ уплатившій. Но какъ бы то ни было, провинившійся долженъ заплатить, отвѣчать за причиненный вредъ: самодарность обязательства не избавляетъ его отъ отвѣтственности; оно едино лишь по отношенію къ вѣрителю, внутри же, въ себя самомъ—частично; каждый отвѣтствуетъ самъ за содѣянное имъ, такъ что душеприкащикъ, уплатившій, всегда возьметъ свое, взыщетъ съ виновнаго, но это обременяетъ его лишь хлопотами, въ видахъ облегченія удовлетворенія вѣрителя.

Въ законодательствахъ имѣющихъ особыя постановленія о солидарныхъ обязательствахъ ex lege. начала въ нихъ лежащія должны быть приложены и къ душеприкащичеству.

*) Ibid, стр 248

Но какъ быть въ томъ случаѣ, когда этихъ постановленій нѣтъ, какъ напр. у насъ. Очевидно тутъ отвѣтственность душеприкащиковъ идетъ pro rata и у насъ прилагаются общія начала о вознагражденіи за вредъ и убытки (т. X ч. I р. 2 л. 6 Отд. II и III), такъ что наслѣдникъ или лицо коему принадлежитъ имущество, ввѣренное душеприкащику, обращаетъ взысканіе прямо на провинившагося или на провинившихся, требуя вознагражденія по мѣрѣ вины; къ душеприкащику непричастному поврежденію, гибели, присвоенія и т. п. имущества, никакихъ исковъ обращено быть не можетъ.

C. Прекращеніе душеприкащичества.

Возникшее для лица, вслѣдствіе наличности извѣстныхъ условій, обязательство быть душеприкащикомъ, прекращается вслѣдствіе слѣдующихъ причинъ: 1) вслѣдствіе изчезновенія одного изъ необходимыхъ условій существованія душеприкащичества; 2) наступленіемъ срока и 3) исполненіемъ обязательства.

Подъ первою причиною прекращенія, мы понимаемъ изчезновеніе такого условія, которое имѣлось въ наличности при возникновеніи, но впослѣдствіи, при дальнѣйшемъ существованіи обязательства, изчезло. Слѣдующіе юридическіе факты парализуютъ въ этомъ смыслѣ душеприкащичество: a) объявленіе судомъ не дѣйствительности завѣщанія;—очевидно, непризнаніе закономъ дѣйствительности акта, на которомъ душеприкащикъ основываетъ свои права, лишаетъ его, такъ сказать, почвы, парализуетъ самое существованіе его дѣятельности; b) уничтоженіе имущества; конечно оно должно произойти совершенно независимо отъ воли душеприкащика. Но спрашивается, какъ быть,—если сгоритъ это имущество и получится страховая сумма. Безъ сомнѣнія это не устраняетъ душеприкащика, ибо произошла только замѣна имущества; c) лишеніе лица правоспособности; d) смерть душеприкащика (ибо жизнь его—самое необходимое условіе существованія обязательства); здѣсь самое важное то, что

по смерти лица, какъ это выражено въ Code civil, обязательство къ наслѣдникамъ не переходитъ — это вытекаетъ изъ личнаго характера душеприкащичества. При нѣсколькихъ душеприкащикахъ, смерть одного не прекращаетъ обязанности другихъ; наша практика выработала нѣсколько согласныхъ съ этимъ положеній (С. р. С. т. II № 1077 Р. г. к. д. 1868 г. № 308 и т. д.).

Другая причина прекращенія—наступленіе срока исполненія завѣщанія, хотя-бы душеприкащикъ не успѣлъ выполнить обязательство. Этотъ срокъ можетъ быть назначенъ самимъ завѣщателемъ и обязателенъ для душеприкащика или опредѣленъ закономъ.

Французскій кодексъ прямо не назначаетъ срока, но Цахаріе, изъ смысла уже извѣстныхъ намъ ст. 1026 и 1031 выводитъ: въ случаѣ владѣнія душеприкащикомъ движимостью завѣщателя, обязательство его прекращается по истеченіи года со дня смерти завѣщателя *). Затѣмъ, какъ мы выше видѣли, французскіе юристы даютъ распространительное толкованіе статьи, говорящей о прекращеніи обязательства съ устраненіемъ душеприкащика наслѣдникомъ отъ владѣнія движимостью; слѣдовательно Code civil допускаетъ прекращеніе душеприкащичества и до срока.

Наконецъ полное исполненіе душеприкащикомъ воли завѣщателя — самый нормальный способъ прекращенія душеприкащичества.

Въ заключеніе я позволю себѣ представить примѣръ законоположенія о душеприкащикахъ:

1. Душеприкащичество есть обязательство, въ силу котораго лицо принимаетъ на себя, по порученію умершаго, совершеніе извѣстныхъ дѣйствій, означенныхъ въ духовномъ завѣщаніи.

---

*) Zacharie—Lehrbuch т. IV, стр 356

2. Завѣщатель можетъ назначить одного или нѣсколькихъ душеприкащиковъ.

3. Душеприкащикомъ можетъ быть всякое лицо, имѣющее право лично обязываться договорами.

4. Никто изъ служащихъ въ карантинныхъ учрежденіяхъ не имѣетъ право быть душеприкащикомъ лицъ, выдерживающихъ карантинъ. (Ст. 1025 т. X, ч. I).

5. Званіе душеприкащика и свидѣтеля по одному и тому-же завѣщанію не могутъ быть соединяемы въ одномъ лицѣ. (Ст. 1084 т. X, ч. I).

6. Никто не можетъ быть принужденъ къ принятію на себя исполненія завѣщательныхъ распоряженій; отказъ принявшаго равносиленъ бездѣйствію. (См. § 14).

7. Душеприкащикъ не ранѣе можетъ приступить къ исполненію завѣщательныхъ распоряженій, пока о томъ не будетъ сдѣлано особаго постановленія суда.

8. Душеприкащику могутъ быть поручаемы завѣщателемъ такія дѣйствія, которыя могутъ быть совершаемы чрезъ повѣреннаго.

9. Завѣщатель не вправѣ: 1) освободить душеприкащика отъ отвѣтственности и отчетности, если въ завѣщаніи въ точности означены лица, къ коимъ должно перейти имущество; 2) поручить ему выборъ наслѣдника и 3) предоставить ему опредѣленіе размѣра наслѣдства.

Примѣчаніе. Если душеприкащику поручается передача частнаго отказа, то послѣдніе два пункта не примѣняются.

10. Душеприкащикъ является представителемъ умершаго на судѣ, охраняя цѣлость завѣщанія, даже въ томъ случаѣ, если сами наслѣдники оспариваютъ его въ цѣломъ или въ частяхъ.

11. Душеприкащику передается (если это не сдѣлано самимъ завѣщателемъ) временное завѣдываніе имуществомъ,

срокъ котораго (если онъ неопредѣленъ завѣщателемъ) не можетъ простираться долѣе одного года, со дня смерти завѣщателя.

12. Если душеприкащику поручается завѣщателемъ отчужденіе имущества, отдача его въ залогъ, въ наемъ и т. п. съ цѣлью уплаты изъ вырученныхъ денегъ лицамъ, означеннымъ въ завѣщаніи, то наслѣдники вправѣ предупредить эти дѣйствія его, предоставивъ ему соотвѣтствующую сумму.

13. Наслѣдники и другія лица или учрежденія, получающія чрезъ душеприкащика имущество, подчиняются дѣйствіямъ его, насколько сіи послѣднія согласны съ завѣщаніемъ и вызваны необходимостью точнаго его исполненія; душеприкащикъ подчиняется требованіямъ наслѣдниковъ и другихъ лицъ и учрежденій, основаннымъ на завѣщаніи и клонящихся къ охраненію и осуществленію ихъ правъ.

14. Въ случаѣ бездѣйствія душеприкащика или не надлежащаго съ его стороны исполненія завѣщательныхъ распоряженій и происшедшаго вслѣдствіи того имущественнаго ущерба для наслѣдниковъ и лицъ или учрежденій, имѣющихъ право на оставшееся имущество, послѣдніе вправѣ просить судъ объ устраненіи его и о взысканіи вознагражденія за понесенные убытки.

15. Душеприкащикъ имѣетъ право производить иски по всѣмъ тѣмъ предметамъ, по коимъ, въ силу завѣщанія, такое право принадлежитъ ему или по коимъ искъ оказывается необходимымъ для исполненія возложенныхъ на него завѣщателемъ распоряженій. (Ст. 25 Уст. гр. суд.).

16. Если завѣщателемъ назначено нѣсколько душеприкащиковъ, то во 1-хъ отказъ отъ принятія на себя исполненія завѣщанія или смерть нѣкоторыхъ изъ нихъ не влечетъ за собою устраненіе остальныхъ и во 2-хъ бездѣйствіе или смерть нѣкоторыхъ изъ принявшихъ сію обязанность, хотя-бы всѣхъ за исключеніемъ одного, не препятствуетъ сему послѣднему исполнить, возложенныя на него завѣщаніемъ, распоряженія.

17. Душеприкащики, если кругъ дѣятельности каждаго изъ нихъ не опредѣленъ завѣщателемъ въ отдѣльности, отвѣтствуютъ солидарно за имущественный ущербъ.

18. Душеприкащичество прекращается: 1) смертью душеприкащика, 2) лишеніемъ его правоспособности, 3) устраненіемъ его по суду, 4) гибелью имущества, по поводу котораго онъ дѣйствуетъ, 5) объявленіемъ недѣйствительности завѣщанія, 6) истеченіемъ срока, если таковой назначенъ завѣщателемъ и 7) полнымъ исполненіемъ завѣщанія.

