ЮРИДИЧЕСКІЯ

ИЗСЛѢДОВАНІЯ И СТАТЬИ.

ТОМЪ ВТОРОЙ

А. Х. ГОЛЬМСТЕНА

ЗАСЛУЖЕННАГО ПРОФЕССОРА ИМПЕРАТОРСКАГО С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА
И АЛЕКСАНДРОВСКОЙ ВОЕННО-ЮРИДИЧЕСКОЙ АКАДЕМІИ.

44513

БИБЛІОТЕКА
Ленингр. отделения
Коммунист. Академии
при ЦИК. СССР.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, В. О., 5 лин. д. 28.
1913.



4494

К
40

ФУНДАМЕНТАЛЬНАЯ
БИБЛИОТЕКА
Общественных Наук
Академии Наук СССР

410
60

ОГЛАВЛЕНІЕ.

		стран.
	Предисловіе	V
I.	Ученіе о правѣ кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, въ современной цивилистической литературѣ	1
II.	Опытъ построенія общаго ученія о правѣ регресса	157
III.	Принятіе наслѣдства или отреченіе отъ наслѣдства?	187
IV.	Слѣды Гегелевой философіи въ трудахъ Кавелина въ области правовѣдѣнія	201
V.	Участіе представителей юридической науки въ отправленіи гражданскаго правосудія	215
VI.	Три вопроса древняго литовскаго гражданскаго права	263
VII.	Предварительный проектъ законоположеній „о частныхъ производствахъ“	297
VIII.	Памяти Семена Викентьевича Пахмана	407
IX.	Дмитрій Ивановичъ Мейеръ	415
X.	Оскаръ фонъ-Бюловъ	437
XI.	Сергѣй Александровичъ Бершадскій	446
XII.	Лудольфъ Борисовичъ Дорнъ	452
XIII.	Евгеній Алексѣевичъ Нефедьевъ и Константинъ Никаноровичъ Анненковъ	456
XIV.	Александръ Ивановичъ Вицынъ	465

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Въ этотъ, второй, томъ моихъ „Юридическихъ изслѣдованій и статей“ вошли работы, написанныя послѣ выхода въ свѣтъ перваго тома. Отпечатаны онѣ въ томъ видѣ, въ какомъ были или изданы отдѣльно или помѣщены въ періодическихъ изданіяхъ. Нѣкоторымъ исключеніемъ является „Ученіе о правѣ кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ“. Изъ появившихся въ печати отзывовъ объ этой работѣ заслуживаютъ полнаго вниманія рецензіи проф. Д. Д. Гримма (Журн. юрид. общ. 1894 г. кн. 5 стр. 11—28) и проф. Е. В. Васьковскаго (Журн. Мин. Юст. 1895 г. Мартъ стр. 191—197). Я высоко цѣню не только общій весьма благопріятной для сочиненія отзывъ почтенныхъ ученыхъ, но и сдѣланныя ими серьезныя, строго-научныя критическія замѣчанія. Послѣдними мнѣ данъ поводъ, въ однихъ случаяхъ, дополнить и исправить текстъ, неясно изложенный, въ другихъ, когда я не могъ согласиться съ тѣмъ или другимъ замѣчаніемъ—высказать рядъ возраженій; лишь въ одномъ случаѣ, а именно, по вопросу о предѣлахъ отвѣтственности третьяго лица, безмездно bona fide пріобрѣвшаго имущество отъ должника, я уступилъ поле сраженія моимъ критикамъ, хотя и съ легислятивной оговоркой.

Изданными двумя томами далеко не исчерпано все мною написанное. Не говоря ужъ объ отдѣльно изданныхъ сочиненіяхъ, которымъ по характеру ихъ не мѣсто въ сборникѣ, подобномъ настоящему (Очерки по русскому торговому праву, Опытъ методики

Законовѣдѣнія, Учебникъ русскаго гражданскаго судопроизводства), или которыя представляютъ интересъ для весьма ограниченнаго круга читателей (Историческій очеркъ русскаго конкурснаго процесса), я считалъ излишнимъ вновь издавать критическія статьи, рецензіи, замѣтки и проч., каковыя заняли бы цѣлый томъ. Я колебался и относительно біографій и некрологовъ, но, имѣя въ виду, быть можетъ, нѣкоторое историко-литературное ихъ значеніе, я помѣстилъ ихъ въ настоящемъ сборникѣ.

Въ заключеніе считаю долгомъ выразить глубокую благодарность магистранту гражданскаго права Б. С. Мартынову за помощь при внѣшнемъ исправленіи текста и за чтеніе корректуръ.

А. Г.

31 Мая 1913.

I.

УЧЕНІЕ О ПРАВѢ КРЕДИТОРА

опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, въ современной цивилистической литературѣ [1]).

Предложенныя доселѣ конструкціи actionis Paulianae, въ современномъ ея видѣ, столь неудовлетворительны, что замѣнить ихъ новою, болѣе отвѣчающею характернымъ чертамъ этого своеобразнаго юридическаго явленія, казалось намъ настоятельно необходимымъ. Таковою, по нашему мнѣнію, должна быть конструкція ея, какъ особаго права взыскателя, по требованію коего установленъ судебный залогъ въ имуществѣ должника.

Ближайшей задачей нашей было: намѣтить, съ возможной осторожностью, главнѣйшія основанія нашей судебно-залоговой теоріи, провѣрить и сопоставить ее съ другими теоріями. Для выполненія этой задачи мы могли воспользоваться однимъ изъ трехъ ведущихъ къ тому путей, избравъ соотвѣтственно этому и матеріалъ, надъ которымъ можно бы было оперировать; а именно: мы могли бы предложить изслѣдованіе по римскому праву, по современнымъ законодательствамъ и по даннымъ, выработаннымъ наукою. Если бы въ задачу нашу входила всесторонняя разработка избраннаго института, то мы должны бы были пользоваться матеріаломъ и того, и другого, и третьяго рода. Ближайшая же задача наша, казалось намъ, будетъ выполнена путемъ пользованія матеріаломъ лишь одного рода. Но на которомъ же изъ нихъ остановиться? Который лучше приведетъ къ желаемой цѣли?—задали мы себѣ, прежде всего, вопросъ.

Римское право по избранному нами ученію является далеко недостаточнымъ и неблагодарнымъ матеріаломъ—actio Pauliana одинъ изъ наименѣе разработанныхъ институтовъ римскаго права, да и римская жизнь его выработала въ формѣ, непригодной для современнаго быта. Достаточно вспомнить, что съ точки зрѣнія римскаго права actio Pauliana находилась въ тѣсной связи съ конкурснымъ процессомъ, съ missio in bona, emtor bonorum, cessio bonorum и т. п., что оно допускало въ одинаковой степени предъявленіе actionis Paulianae противъ самого должника, какъ и противъ третьяго лица, что оно не допускало опроверженія акта, совершеннаго лицомъ

[1]) 1894 г.

ранѣе, чѣмъ оно стало должникомъ даннаго опровергающаго актъ кредитора и т. д. Словомъ, масса вопросовъ или вовсе не находятъ себѣ разрѣшенія въ римскомъ правѣ, или разрѣшаются въ слишкомъ узкомъ смыслѣ, не отвѣчающемъ требованіямъ нашего времени. Въ виду этого избрать его, какъ матеріалъ, было неудобно—пришлось бы на каждомъ шагу или восполнять пробѣлы общими соображеніями, или противопоставлять эти соображенія даннымъ римскаго права.

Что касается современныхъ законодательствъ, то такой выборъ привелъ бы къ слѣдующимъ неудобствамъ. Неравномѣрное распредѣленіе законодательнаго матеріала между Германіей и Австріей, имѣющими обстоятельные спеціальные законы объ опроверженіи актовъ, съ одной стороны, и другими государствами, насчитывающими лишь пару статей въ своихъ кодексахъ—съ другой, привело бы къ тому, что трудъ нашъ обратился бы или въ изслѣдованіе по германскому и австрійскому праву, или—если бы включить въ него разработку громадной судебной практики Франціи, Италіи, Россіи и др., восполняющей пробѣлы въ кодексахъ — въ обширное догматическое сочиненіе; первый результатъ былъ бы слишкомъ одностороненъ, второй, наоборотъ, выходилъ бы далеко за предѣлы ближайшей нашей задачи.

Наиболѣе отвѣчающимъ этой задачѣ мы сочли выборъ научно-литературнаго матеріала. Послѣднее десятилѣтіе чрезвычайно богато изслѣдованіями по занимающему насъ институту—какая масса теорій предложена, сколько сдѣлано попытокъ проведенія этихъ теорій, сколько создано теорій по отдѣльнымъ вопросамъ!... Конечно, всѣ эти теоріи находятъ себѣ или почву или исходную точку для оцѣнки, либо въ римскомъ правѣ, либо въ томъ или другомъ изъ современныхъ законодательствъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ въ каждомъ изъ изслѣдованій, посвященныхъ нашему вопросу, можно выдѣлить—хотя это и сопряжено съ большими трудностями,—то, что̀ принадлежитъ самому автору; это—опредѣленіе существа и основной идеи института, рядъ выводовъ, логически изъ нихъ вытекающихъ, соображенія de lege ferenda, положенія, выражающія общій смыслъ изслѣдуемыхъ нормъ и т. п., словомъ, то, что̀ составляетъ теорію даннаго вопроса. Въ настоящемъ трудѣ и мы выдѣлили теоретическую сторону занимающаго насъ института, насколько она проявилась у авторовъ, писавшихъ о правѣ опроверженія кредитора, и обратили все добытое путемъ такого выдѣленія въ самостоятельный научный матеріалъ.

Считаемъ нужнымъ оговорить, что такую теоретическую постановку вопроса мы отнюдь не считаемъ особымъ методомъ изслѣдованія—это лишь одна изъ сторонъ, проявляющихся при примѣненіи догматическаго метода; это не есть нѣчто безпочвенное, почерпаемое изъ разума—нѣтъ, тѣ идеи, выводы, соображенія и положенія, которые образуютъ собою эту теоретическую сторону, стоятъ на прочной почвѣ положительнаго права. Если эта сторона и можетъ быть выдѣлана при монографической разработкѣ того или другого института, то это не значитъ, что изслѣдованію подлежитъ нѣчто отрѣшенное отъ жизни, нѣчто фантастическое; это значитъ лишь, что почва, на которой зиждятся отдѣльныя положенія, уже изучена и достаточно знакома и въ данный моментъ не привлекаетъ къ себѣ

взора изслѣдователя—онъ занятъ другою стороною, стороною теоретическою. Такой пріемъ выдѣленія теоріи въ гражданскомъ правѣ встрѣчается очень рѣдко, но зато онъ практикуется съ большимъ успѣхомъ и пользою въ другихъ областяхъ юриспруденціи. Въ гражданскомъ правѣ пріемъ этотъ всего чаще замаскировывается попутными толкованіями фрагментовъ изъ Corpus juris civilis — фрагментовъ, являющихся, по существу, научно-литературнымъ матеріаломъ.

Примѣняя указанный пріемъ, мы, однако, не могли совершенно обойтись безъ обращенія къ римскому праву и современнымъ законодательствамъ, особенно первымъ пришлось пользоваться по многимъ вопросамъ болѣе общаго характера.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Основаніе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

I. Деликтная теорія. Теорія Отто. Поправки Шёнемана и Корна. Критика ихъ. Критика деликтной теоріи.—II. Теорія исключительной охраны интересовъ кредитора Козака и Экціуса. Критика ея.—III. Теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія. Гартманъ. Критика этой теоріи. Французская залоговая теорія. Критика ея. Предлагаемая судебно-залоговая теорія въ основныхъ ея очертаніяхъ.

Право кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, съ обыденной точки зрѣнія представляется явленіемъ совершенно естественнымъ и простымъ: чего естественнѣе и проще предоставленія кредитору, лишенному фактической возможности взыскать сумму, ему причитающуюся съ должника, права требовать уничтоженія актовъ, по коимъ должникъ привелъ себя въ состояніе совершенной неоплатности; онъ, дѣйствительно или фиктивно, продалъ все свое имущество, отказался отъ принадлежащихъ ему правъ, раздарилъ свое имущество и т. п. съ цѣлью лишить кредитора возможности получить удовлетвореніе; было бы несправедливо оставлять кредитора въ этомъ невыгодномъ и обидномъ положеніи и преклоняться передъ актомъ законно совершеннымъ, оставляя его въ полной силѣ. Какъ все это ни просто, ни естественно, но съ точки зрѣнія научной вопросъ о правѣ кредитора опровергать акты совершенные должникомъ одна изъ сложнѣйшихъ и труднѣйшихъ проблеммъ; трудность и сложность касается не только деталей всего ученія, но и основаній права кредитора; объясняется же и та и другая тѣмъ, что осуществляетъ кредиторъ это свое право противъ совершенно посторонняго для него лица по поводу дѣйствія совершеннаго не только этимъ лицомъ, но и его должникомъ — это съ одной стороны; съ другой—мы имѣемъ дѣло съ совершенно исключи-

тельнымъ явленіемъ: два лица, должникъ и его контрагентъ, совершили сдѣлку, вступили въ юридическое отношеніе—является третье лицо (кредиторъ) и разрушаетъ сдѣлку, разрываетъ юридическое отношеніе. Гдѣ же основанія этого права. Въ теоріи имѣется масса попытокъ установить это основаніе, попытокъ часто очень остроумныхъ, но въ общемъ нѣтъ ни одной вполнѣ удовлетворительной, законченной. Главнѣйшія ученія отдѣльныхъ авторовъ мы сводимъ къ тремъ группамъ или теоріямъ: 1) деликтная теорія, 2) теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ и 3) теорія исполнительной силы судебнаго рѣшенія.

I. Деликтная теорія. Исходной точкой этой теоріи является то, что основаніемъ права кредитора опровергать сдѣлки является деликтъ, совершенный должникомъ совмѣстно съ его контрагентомъ. Одни, напр. Отто [1]), почитаютъ обоихъ необходимыми соучастниками деликта, такъ какъ предполагается, что пріобрѣтатель имущества соглашается на совершеніе, вмѣстѣ съ должникомъ, убыточнаго для кредитора дѣйствія. Другіе, напр., Гарцфельдъ [2]) и Франке [3]), отводятъ третьему лицу какъ бы второе мѣсто, называя его помощникомъ должника. Противъ послѣднихъ Отто [4]) основательно, со своей точки зрѣнія, возражаетъ, что на третьемъ лицѣ лежитъ вполнѣ самостоятельная юридическая обязанность уклоняться отъ соучастія въ дѣйствіи убыточномъ для кредитора, если ему, конечно, извѣстно положеніе должника. Это-то соучастіе и образуетъ собою фактическій составъ деликта, направленнаго къ причиненію кредитору ущерба посредствомъ лишенія его имущества, могущаго служить объектомъ взысканія; деликтъ этотъ характеризуется какъ гражданское правонарушеніе, ибо совершитель отвѣчаетъ за него передъ другимъ въ размѣрѣ причиненнаго ущерба [5]); иначе: между совершителемъ и кредиторомъ устанавливается обязательственное отношеніе по вознагражденію за вредъ и убытки [6]).

Въ дальнѣйшемъ замѣчается существенный разладъ между

---

[1]) Otto. Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt. S. 10—11.

[2]) Hartzfeld. Anfechtung schuldnerischer Rechtshandlungen въ Zeitschr. f. franz. Civilrecht. B. XIV. U. 3. S. 485—486.

[3]) Francke. Verkürzte Gläubiger und Spätere Besitzer der Verkürzungs halber veräusserten Sachen въ Arch. f. civ. Praxis B. 62. H. 3. S. 480.

[4]) Otto, н. с., стр. 11.

[5]) Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und ausser dem Konkurse 3 Aufl. S. 251.

[6]) Otto, н. с., стр. 11.

сторонниками деликтной теоріи: одни стремятся провести ее съ полною послѣдовательностью, другіе—вносятъ въ нее раздѣленіе принциповъ. Остановимся сначала на послѣднихъ. Выдающійся представитель этого направленія, Отто [1]), а за нимъ Цюрхеръ [2]) и др. находятъ возможнымъ примѣнить принципъ деликта лишь къ одной категоріи случаевъ опроверженія актовъ должника [3]), а именно, когда имѣется conscientia fraudis на сторонѣ третьяго лица, но такъ какъ и римское право [4]) и современныя законодательства [5]) знаютъ случаи, когда за кредиторомъ признается право опроверженія и при bona fides третьяго лица, напр., когда актъ безмезденъ, то тутъ деликтъ уже не можетъ служить основаніемъ права, деликта можетъ и не быть. Приходится рядомъ съ нимъ выставить для этихъ случаевъ другое основаніе; по мнѣнію Отто, таковымъ является обладаніе безъ признаннаго правомъ основанія, неправомѣрное обогащеніе, и отвѣтственность третьяго лица не идетъ далѣе предѣловъ его дѣйствительнаго обогащенія [6]). Словомъ, выставляютъ въ сущности два принципа; рядомъ съ деликтнымъ еще другой. Эта непослѣдовательность дала основаніе другимъ ученымъ отыскать признаки деликта и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ Отто и другіе признаютъ принципъ неправомѣрнаго обогащенія. Такъ, Шёнеманъ [7]) признаетъ, что съ того времени какъ третье лицо, получившее lucrum, узнаетъ, благодаря предъявленію къ нему иска или ранѣе, что оно обогатилось на счетъ другого и слѣдовательно, что пріобрѣтеніе его по отношенію къ кредитору противной стороны неправомѣрно, вслѣдствіе совершенія этою стороною деликта, и при этомъ третье лицо оставляетъ пріобрѣтенное у себя, лицо это должно разсматриваться, какъ участникъ совершеннаго должникомъ деликта. Шёнеманъ видитъ нѣчто противное правовому порядку, прямо недозволенное въ пріобрѣтеніи имущества

---

[1]) Ibid, стр. 12.

[2]) Zürcher. Die actio Pauliana nach gem. Recht und d. neueren Codific. S. 30. Примѣненіе деликтнаго принципа Цюрхеръ считаетъ общимъ правиломъ, примѣненіе же принципа неправомѣрнаго обогащенія—исключеніемъ.

[3]) Этимъ дается основаніе дѣлать имъ упрекъ въ непослѣдовательности. Cosack. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach deutsch. Reichsrecht S. 16.

[4]) L. 6 § 11 D. quae in fraud. cred. 42, 8.

[5]) Германскій законъ 21 іюля 1879 § 3 п. 2, 3, 4. Австрійскій законъ 16 марта 1884 г. § 30.

[6]) Otto, н. с., стр. 13—14.

[7]) Schönemann. Die Paulianische Klage wegen Veräusser. zahlungsunf. Schuldner zum Nachtheile der Gläubiger S. 10—11.

отнятаго у другого посредствомъ деликта и въ оставленіи его у себя по наступленіи извѣстности о томъ пути, по которому имущество перешло къ данному лицу. Но различіе случаевъ пріобрѣтенія имущества при первоначальномъ деликтѣ и при послѣдующемъ, т. е. при возмездномъ пріобрѣтеніи cum conscientia fraudis и при безмездномъ вызываетъ и различіе въ отвѣтственности: въ первомъ случаѣ третье лицо отвѣчаетъ въ полной мѣрѣ, во второмъ въ предѣлахъ обогащенія. Корнъ [1]) нѣсколько иначе распространяетъ деликтный принципъ на безмездное пріобрѣтеніе въ ущербъ кредиторовъ; по его мнѣнію, если мы имѣемъ передъ собою объективно недозволенное дѣйствіе, то уже во имя справедливости должны допустить, что даже добросовѣстный соучастникъ этого дѣйствія обязанъ возвратить пострадавшему имущество въ его ущербъ пріобрѣтенное, насколько оно имъ bona fide не потреблено и не истреблено [2]).

Такова въ общихъ чертахъ деликтная теорія. Противъ нея было высказано не мало основательныхъ возраженій. Прежде всего, она имѣетъ противъ себя то, что не даетъ единаго принципа, на которомъ могъ бы быть построенъ цѣльный институтъ [3]). Это нельзя не считать недостаткомъ самой теоріи. Отказаться отъ отысканія такого единаго принципа, какъ это дѣлаетъ Краснопольскій [4]), нѣтъ основанія: названный ученый совершенно основательно считаетъ полезнымъ установленіе вообще единаго принципа, какъ для уясненія нормъ даннаго института, такъ и для аналогическаго ихъ примѣненія, но отказывается установить его въ этомъ случаѣ. Такой, по меньшей мѣрѣ, пессимизмъ нельзя одобрить — основательная научная разработка вопроса о правѣ кредитора опровергать сдѣлки должника началась сравнительно недавно и если въ настоящее время, по мнѣнію Краснопольскаго, единый принципъ не найденъ, то это не значитъ, что его нельзя найти; никакихъ данныхъ въ пользу такого мнѣнія мы не имѣемъ. Признавая, такимъ образомъ, основательность упомянутаго возраженія, мы полагаемъ, что указанный недостатокъ деликтной теоріи, т.-е. раздвоенность ея, не устраненъ ни Шё-

---

[1]) Korn, н. с., стр. 100—101.

[2]) Эта теорія несомнѣнно имѣлась въ виду римскими юристами, видѣвшими основаніе actionis Paulianae въ dolus'ѣ—въ fraus'ѣ и conscientia fraudis. См. L. 1 pr. 10 pr. 9 pr. D. quae in fraud. 42, 2.

[3]) Cosack, н. с., стр. 16.

[4]) Krasnopolski. Studien zum Gesetze über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner въ Zeitschr. f. d. Priv. u. off. Recht. B. 14. H. 1. S. 65.

неманомъ, ни Корномъ, ибо лежитъ въ основной ея идеѣ. Обладаніе имуществомъ mala fide,—что всегда имѣетъ мѣсто при conscientia fraudis на сторонѣ третьяго лица, при соучастіи его въ деликтѣ должника—порождаетъ отвѣтственность, которая заключается въ возвратѣ вещи cum omni causa, при безмездномъ же отчужденіи in fraudem creditorum и если лицо дѣйствительно bona fide, отвѣтственность допускается лишь quatenus locupletiores facti sunt; перемѣстить отвѣтственность за omnis causa на случаи простого обогащенія нельзя: это значило бы отрицать всякое юридическое значеніе различія между bona и mala fides; точно также и наоборотъ, допустить отвѣтственность въ предѣлахъ обогащенія при совершеніи деликта логически невозможно. Въ этой-то ошибкѣ повинны Шёнеманъ и Корнъ: оба они различаютъ bona и mala fides, не отрицаютъ bona fides на сторонѣ третьяго при безмездномъ пріобрѣтеніи, но въ то же время допускаютъ соучастіе его въ деликтѣ или какъ Корнъ прямо говоритъ: добросовѣстное участіе въ деликтѣ. Это contradictio in adjecto: если лицо дѣйствуетъ добросовѣстно, то оно не соучастникъ деликта, если оно соучастникъ, то не можетъ дѣйствовать добросовѣстно [1])... Но связывая съ этимъ добросовѣстнымъ участіемъ въ деликтѣ послѣдствія обогащенія, Шёнеманъ разъясняетъ отстаиваемыя имъ положенія. Онъ говоритъ, что при безмездномъ пріобрѣтеніи третье лицо отвѣчаетъ въ предѣлахъ обогащенія, т.-е. въ предѣлахъ его dolus'a, dolus же его начинается съ момента предъявленія къ нему иска. Это разъясненіе только въ состояніи затемнить основное положеніе; отвѣтственность въ предѣлахъ обогащенія и въ предѣлахъ dolus'a двѣ вещи совершенно разныя; добросовѣстный пріобрѣтатель по безмездной сдѣлкѣ отвѣчаетъ въ предѣлахъ обогащенія, напр., доходы съ имѣнія онъ не возвращаетъ, если же онъ отвѣчаетъ въ предѣлахъ dolus'a, то этотъ предѣлъ, въ виду основного положенія Шёнемана, кладется моментомъ предъявленія иска—онъ возвращаетъ вещь cum omni causa съ момента предъявленія иска. Предѣлы dolus'a ровно никакого значенія не имѣютъ при опредѣленіи отвѣтственности за обогащеніе—если лицо отвѣчаетъ за обогащеніе, то dolus тутъ ни при чемъ; вплетать его, значитъ обнаруживать шаткость основного положенія.

Поправка Шёнемана и Корна имѣетъ и другіе недостатки.

---

[1]) Grützmann. Das Anfechtungsrecht der benacht. Konkursgläubiger nach gemeinem Recht und der Reichs-Konkurs-Ordnung. S. 189. Грюцманъ выражается очень мягко, восклицая: Welche Unklarheit!

Такъ Корнъ даетъ не ratio juris, а ratio legis права безусловнаго опроверженія безмездныхъ актовъ; онъ обращается къ идеѣ справедливости, которая можетъ и должна имѣть значеніе для законодателя, но для юридическаго обоснованія уже даннаго явленія не пригодна. Шёнеманъ въ этомъ случаѣ не сошелъ съ догматической почвы, но онъ повиненъ въ другомъ: моментъ предъявленія къ обогатившемуся иска можетъ имѣть значеніе лишь на будущее время, но ничего не даетъ для опредѣленія взгляда лица на дѣйствіе имъ совершенное во времена прошедшія; самъ Шёнеманъ, какъ видно, не желаетъ придавать dolus'у обратной силы, что было бы, конечно, послѣдовательно, но вызывало бы рядъ другихъ возраженій [1]). Съ другой стороны, допуская, что удержаніе вещи по предъявленіи иска дѣлаетъ самое пріобрѣтеніе ея (до предъявленія иска) противоправнымъ, Шёнеманъ, по справедливому замѣчанію Менцеля [2]), представилъ circulus vitiosus: удержаніе неправомѣрно, когда неправомѣрно пріобрѣтеніе и пріобрѣтеніе неправомѣрно, когда неправомѣрно удержаніе; противъ правильности перваго положенія едва-ли кто станетъ спорить, а если такъ, то неправильно второе.

Не отрицая, такимъ образомъ, вѣроятности возраженія, что деликтная теорія не даетъ и не можетъ дать единаго принципа, нельзя не сдѣлать представителямъ ея и другихъ упрековъ, а именно: во-1-хъ, если основаніе права кредитора по отношенію къ контрагенту его должника есть деликтъ, который порождаетъ обязательство вознагражденія за убытки [3]), то это обязательство и должно подлежать разсмотрѣнію, а между тѣмъ всѣ представители деликтной теоріи разсматриваютъ въ этомъ случаѣ, какъ послѣдствіе деликта, не вознагражденіе за убытки, а лишь возвратъ полученнаго; и они, конечно, не съ своей точки зрѣнія, правы: признавать право кредитора требовать уничтоженія акта, совершеннаго должникомъ, правомъ на вознагражденіе нельзя [4]); такую квалифакцію надо считать неудовлетворительной, какъ по теоретическимъ, такъ и по практическимъ соображеніямъ. Первыя

[1]) Отто (н. с., стр. 65) совершенно неосновательно возражаетъ противъ этой фикціи, приписывая ее Шёнеману. Послѣдній даже прямо говоритъ, что отвѣтственность consciens'a и nescius'a различна: второй отвѣчаетъ „soweit sein dolus reicht".

[2]) Menzel. Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach öster. Rechte. S. 20—21.

[3]) Hartmann. Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechthandl. eines Schuldnes ausserhalb des Konkursverfahrens 3 Aufl. S. 20.

[4]) Взглядъ этотъ находимъ у Capmas—De la révocation des actes faits par le debiteur en fraude des droits du creancier p. 76.

заключается въ томъ, что возвращеніе отчужденной вещи въ составъ объектовъ взысканія безслѣдно погашаетъ притязаніе кредитора къ третьему лицу; дальше того отвѣтственность этого лица не идетъ — оно не отвѣчаетъ ни за damnum emergens, ни за lucrum cessans, причиненныя кредитору, что, конечно, имѣло бы мѣсто, если бы право послѣдняго было правомъ на вознагражденіе [1]). Съ практической стороны нельзя не признать, что упомянутая квалификація права кредитора вызвала бы рядъ неудобствъ въ осуществленіи этого права; ни для кого не тайна, что иски о вознагражденіи — больное мѣсто современныхъ законодательствъ; провести эти иски съ полнымъ успѣхомъ почти невозможно; обрекать на ту же участь иски объ уничтоженіи актовъ едва-ли цѣлесообразно. Независимо отъ недостатковъ законодательства, иски объ уничтоженіи актовъ, при квалификаціи ихъ какъ исковъ о вознагражденіи, вызвали бы рядъ такихъ затрудненій, которыя обратили бы самое право кредитора въ нѣчто призрачное; такъ, вопросъ о размѣрѣ причиненнаго убытка, о вліяніи собственной небрежности кредитора, о распредѣленіи вознагражденія между нѣсколькими пострадавшими кредиторами и т. п.—все это вопросы, удовлетворительное разрѣшеніе коихъ трудно достижимо [2]). Затѣмъ, во-2-хъ, возражаютъ: если бы основаніемъ права кредитора на уничтоженіе акта былъ деликтъ, то при успѣшномъ исходѣ процесса юридическое отношеніе между должникомъ и его контрагентомъ исчезло бы безслѣдно; если деликтъ разъ признанъ судомъ, то актъ, при посредствѣ его совершенный, теряетъ силу, а съ нимъ вмѣстѣ и отношеніе между контрагентами; нельзя допустить такое раздѣленіе дѣйствія, при которомъ возникшее между сторонами отношеніе теряетъ силу извнѣ и сохраняетъ ее внутри; а между тѣмъ въ случаѣ опроверженія акта кредиторами, послѣ признанія акта недѣйствительнымъ, третье лицо, наприм. уплатившее за купленную cum conscientia fraudis вещь, имѣетъ право обратнаго требованія къ должнику; отношенія между сторонами не прекращаются [3]) и выходитъ, что дѣйствіе разсматривается какъ деликтъ по отношенію къ третьему и сохраняетъ характеръ правомѣрнаго дѣйствія между кантрагентами [4]); если вторая часть этого положенія

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 20—21.

[2]) Kaserer. Die Gesezte von 16 Märtz 1874, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner (мотивы закона) S. 41—42.

[3]) Ibid., н. с., стр. 17—18.

[4]) Jaeckel—Die Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunf. Schuldner ausserh. des Konkurses S. 159.

вѣрна—и это подтверждаютъ современныя законодательства—то очевидно невѣрна первая его половина. Въ-3-хъ, сами представители деликтной теоріи не отрицаютъ права третьяго лица, пріобрѣтшаго имущество путемъ сдѣлки, требовать отъ кредитора возмѣщенія различныхъ издержекъ (о чемъ рѣчь впереди) [1]). Если бы лицо это дѣйствительно совершило деликтъ, то какимъ образомъ оправдать право его на возмѣщеніе этихъ издержекъ; если дѣйствіе имъ совершенное деликтъ, то, какъ справедливо замѣчаетъ Козакъ [2]), ни о какомъ возмѣщеніи издержекъ рѣчи быть не можетъ. Въ-4-хъ, не лишено значенія и то соображеніе противъ деликтной теоріи, что она оставляетъ насъ въ совершенно безпомощномъ положеніи при встрѣчѣ съ любопытнѣйшимъ случаемъ опроверженія акта кредиторомъ — а именно, когда актъ совершенъ даннымъ лицомъ еще не ставшимъ должникомъ; скажемъ: лицо это раздарило свое имущество, затѣмъ вступаетъ въ долговое отношеніе и оказывается неисправнымъ—кредиторы, при наличности условій, требуемыхъ закономъ, могутъ опровергать дарственный актъ (объ этомъ рѣчь впереди). Можно ли сказать, что въ этомъ случаѣ должникъ, даря свое имущество, совершаетъ деликтъ, а одаренный — является соучастникомъ этого деликта? Если кредиторовъ у дарителя во время совершенія дара не было, то и права ихъ не могли быть нарушены [3]). Наконецъ, въ-5-хъ, на нашъ взглядъ, наиболѣе существенный недостатокъ деликтной теоріи тотъ, что придается неправильное значеніе процессуальной сторонѣ изслѣдуемаго института, сторонѣ, въ которой, какъ мы ниже постараемся доказать, лежитъ весь центръ тяжести института. Представители деликтной теоріи и эту сторону, такъ сказать, внесли въ свое ученіе, но вмѣсто того, чтобы извлечь изъ нея выгоду, обнаружили, благодаря этому, недостатки своей теоріи. Такъ, Отто [4]) и Іекель [5]) наличность акта обладающаго судебно-исполнительною силой вносятъ въ число необходимыхъ (unerlässliche) моментовъ фактическаго состава деликта; конечно, эта исполнительная сила акта имѣетъ первенствующее значеніе въ данномъ вопросѣ, но, внося это условіе въ составъ деликта, они совершенно извращаютъ понятіе деликта [6]). Гель-

---

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 151.
[2]) Cosack, н. с., стр. 269.
[3]) Krasnopolski, н. с., стр. 55.
[4]) Otto, н. с., стр. 230.
[5]) Jaeckel, н. с., стр. 158.
[6]) Hartmann, н. с., стр. 19.

маннъ [1]) справедливо замѣчаетъ, что деликтъ заключается въ извѣстномъ образѣ дѣйствія совершителя его, а потому гдѣ дѣйствіе получаетъ характеръ деликта лишь благодаря привхожденію внѣшнихъ, отъ совершителя независящихъ обстоятельствъ (напр., безуспѣшности взысканія), тамъ нѣтъ мѣста деликту.

Изложенныя возраженія противъ деликтной теоріи убѣждаютъ въ полной несостоятельности ея и дѣлаютъ совершенно понятнымъ появленіе другихъ теорій, стремившихся устранить ея недостатки; но ни одна изъ послѣднихъ, по числу приверженцевъ, пока не можетъ съ нею соперничать [2]).

II. Вторую группу ученій можно назвать теоріей исклю-

---

[1]) Hellmann, въ крит. ст. на соч. Otto Krit. Vierteljj. B. XXIV, S. 573.

[2]) Проф. Гриммъ упрекаетъ меня за слишкомъ суровый приговоръ надъ деликтной теоріей: „она не можетъ быть вполнѣ несостоятельной, разъ она вѣрна съ точки зрѣнія римскаго права“, и что мои соображенія правильны лишь по отношенію къ современному праву. Не отрицая того, что меня интересовало prima facie современное право, и имѣя въ виду, что съ главнымъ возраженіемъ противъ деликтной теоріи проф. Гриммъ согласенъ, т.-е. что она не объясняетъ всѣхъ случаевъ фраудаторнаго иска въ современномъ правѣ, я могъ бы и не возражать моему критику въ этомъ пунктѣ. Нельзя же въ самомъ дѣлѣ видѣть въ римскомъ правѣ уже такую ratio scripta, что если данная теорія вѣрна (?) съ точки зрѣнія римскаго права, то она не можетъ быть несостоятельной. Въ данномъ случаѣ мы видимъ нѣчто тому противорѣчащее. Деликтная теорія не объясняетъ всѣхъ формъ фраудаторнаго иска не только въ современномъ, но и въ римскомъ правѣ. Сами римскіе юристы не дали намъ объясненія, какъ примѣнять теорію деликта въ случаѣ опроверженія безмезднаго акта совершеннаго при bona fides третьяго лица; попытки современныхъ юристовъ были неудачны, нельзя признать удачной и попытку проф. Гримма. Онъ полагаетъ, что въ этомъ случаѣ, основаніемъ иска къ третьему лицу является деликтъ должника. Противъ этого надо замѣтить, что, во-1-хъ, такому объясненію не найти догматическаго основанія—въ дигестахъ его нѣтъ; во-2-хъ, деликтъ одного лица не можетъ быть исключительнымъ основаніемъ иска къ другому лицу; должно быть такое основаніе иска, которое являлось бы дѣйствіемъ отвѣтчика; тогда у иска будетъ два кумулятивныхъ основанія, что вполнѣ допустимо; это имѣетъ мѣсто, напр., при искѣ кредитора къ поручителю; основаніемъ этого иска является правонарушеніе должника (неисполненіе) и обязательство поручителя. Но чтобы могъ быть основаніемъ иска одинъ деликтъ другого лица—это недопустимо. Какія же при этомъ будутъ основанія привлеченія отвѣтчика къ отвѣту? Въ занимающемъ насъ случаѣ рядомъ съ нарушеніемъ судебно-залогового права должникомъ имѣется дѣйствіе третьяго лица, служащее основаніемъ иска, а именно неправомѣрное пріобрѣтеніе имущества отъ должника. Во-2-хъ, если видѣть основаніе фраудаторнаго иска въ деликтѣ должника, то логически неизбѣжно допустить возможность опроверженія возмездныхъ актовъ при bona fides должника. Если для опроверженія акта достаточно одного деликта должника, то тутъ fides—будь она mala или bona,—а также характеръ акта—будь онъ возмездный или безмездный—ни при чемъ. Это тотъ абсурдъ, къ которому приходишь, исходя изъ ошибочнаго положенія.

чительной охраны интересовъ кредиторовъ. Представителями ея являются Козакъ [1]) и Экціусъ [2]). Основная идея этой теоріи та, что въ силу закона въ интересахъ кредиторовъ создается, при извѣстныхъ фактическихъ условіяхъ, особое обязательственное отношеніе между кредиторомъ и лицомъ, пріобрѣвшимъ имущество по акту, совершенному должникомъ, отношеніе, по силѣ коего кредиторъ можетъ требовать имущество, этимъ лицомъ пріобрѣтенное. Въ дальнѣйшемъ приверженцы этой теоріи расходятся. Козакъ возводитъ упомянутое обязательство въ общее, лежащее на всѣхъ пріобрѣтателяхъ имущества — они должны нести рискъ, связанный съ пріобрѣтеніемъ: если у должника не окажется объектовъ взысканія, они должны возвратить пріобрѣтенное. Козакъ такъ формулируетъ это общее обязательство: всякое лицо, получающее что-либо изъ чужого имущества, обязано подчиниться невыгодамъ, связаннымъ не только съ вещными тягостями, лежащими на имуществѣ, но и съ общимъ назначеніемъ этого имущества служить предметомъ удовлетворенія личныхъ кредиторовъ его владѣльца; но въ интересахъ гражданскаго оборота это обязательство ограничивается тѣми случаями, въ которыхъ по способу предоставленія имущества, по особымъ отношеніямъ лицъ, предоставляющаго и пріобрѣтающаго имущество, по извѣстности со стороны пріобрѣтателя критическаго положенія владѣльца и т. п., это обязательство не ложится слишкомъ большою тяжестью на должника [3]). Съ этой точки зрѣнія, по мнѣнію Козака, удовлетворительно объясняются случаи опроверженія и возмездныхъ отчужденій cum conscientia fraudis третьяго и безмездныхъ—bona fide. Экціусъ нѣсколько иначе конструируетъ это обязательство ex lege: кредиторъ можетъ требовать возврата пріобрѣтеннаго третьимъ лицомъ имущества, такъ какъ оно разсматривается, какъ неотчужденное; имущество должника, оказавшееся недостаточнымъ для удовлетворенія его кредиторовъ—говоритъ онъ,—во имя справедливости расширяется въ томъ смыслѣ, что отдѣльныя части его, какъ объекты взысканія, возвращаются въ составъ тѣхъ предметовъ, изъ коихъ кредиторъ можетъ получить удовлетвореніе. Къ представителямъ этой теоріи принадлежитъ и Краснопольскій [4]); его формулировка исчерпывается парою словъ: за кредиторомъ, говоритъ онъ, при

[1]) Cosack, н. с., стр. 24—30.

[2]) Förster. Theorie und Praxis des heut. gem. preuss. Privatr. edit. Eccius B. I, S. 608.

[3]) Cosack, н. с., стр. 26.

[4]) Krasnopolski, н. с., стр. 64—66.

извѣстныхъ обстоятельствахъ признается право считать юридическія послѣдствія извѣстныхъ дѣйствій, въ его интересѣ и въ предѣлахъ этого интереса, ненаступившими. Характеристика совершенно безсодержательная, впрочемъ оправдывающаяся вышеизложеннымъ взглядомъ автора на принципы опроверженія актовъ должника.

Изложенныя теоріи отличаются многими крупными недостатками, отчасти уже отмѣченными въ литературѣ. Такъ, во-1-хъ, мысль о созданіи ad hoc новаго обязательства ex lege сама по себѣ несимпатична; какъ дѣленіе обязательствъ по ихъ источникамъ, такъ и самая категорія обязательствъ ex lege не выдерживаютъ критики; и эти обязательства суть послѣдствія извѣстнаго состава фактовъ, наступающія по указанію закона; и по отношенію къ нимъ законъ занимаетъ посредствующее положеніе, какъ и относительно обязательствъ договорныхъ и деликтныхъ [1]). Созданіе новаго обязательства ex lege—это выходъ изъ затруднительнаго положенія и выходъ вовсе неостроумный: поле для созданія подобныхъ новыхъ и новыхъ обязательствъ безпредѣльно, и сколько бы ихъ ни создавать, они не въ состояніи дать удовлетворительной квалификаціи даннаго явленія. При созданіи новаго обязательства ex lege приводятся въ подтвержденіе его извѣстныя соображенія и эти-то соображенія касаются нормъ, опредѣляющихъ данное явленіе всегда de lege lata, а не de lege ferenda [2]), т.-е. въ нихъ развивается ratio legis, а не ratio juris [3]). Иначе и быть не можетъ: соображеніями этими опредѣляется необходимость для законодателя въ данномъ случаѣ проявить свою творческую дѣятельность, а для юридическаго анализа важенъ фактъ, съ которымъ связывается опредѣленное юридическое послѣдствіе и взаимное соотношеніе подобныхъ фактовъ [4]). Такъ и въ данномъ случаѣ. Козакъ и Экціусъ—первый во вниманіе „интересовъ гражданскаго оборота“, второй во имя „справедливости“ создаютъ новое обязательство. Одинъ изъ послѣдователей ихъ теоріи, Фёльдерндорфъ [5]), прямо выражается

[1]) Menzel, н. с., стр. 23. Менцель тоже создаетъ обязательство ex lege, возлагая на всякаго пріобрѣтателя имущества отвѣтственность за чужіе долги, конечно, при извѣстныхъ условіяхъ.

[2]) Ibid., стр. 23.

[3]) Объ этомъ различіи см. Пахманъ. О современномъ развитіи науки права, стр. 48.

[4]) См. мою ст. О юридическомъ значеніи труда въ обычномъ правѣ въ Русск. Обозр. 1878, № 5.

[5]) Völderndorf. Das Reichsgesetz betr. d. Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserh. des Konkurses S. 26.

такъ: „право опроверженія находитъ свое основаніе въ общемъ интересѣ оборота и кредита“ [1]). Юридическая конструкція требуетъ не этого; для нея главнѣйшее значеніе имѣетъ юридическое основаніе, ratio juris явленія—чего названные ученые не даютъ; только въ формулѣ Экціуса находимъ намекъ на него, о чемъ рѣчь впереди. Во-2-хъ, оба названныхъ ученыхъ даютъ юридическую характеристику явленію не по главному, а по второстепенному его признаку; оба они, имѣя дѣло съ правомъ опроверженія акта, характеризуютъ это право, какъ право требовать возврата имущества; возвратъ имущества—это практическій результатъ уничтоженія акта, это, какъ мы покажемъ ниже, то, что̀ достигается уже послѣ уничтоженія, обыкновенно одновременно, но можетъ быть и разновременно, а можетъ быть и вовсе не достигнуто. Экціусъ это называетъ цѣлью уничтоженія акта [2])—это вѣрно въ смыслѣ дальнѣйшей цѣли права лица на уничтоженіе акта, ближайшая же цѣль: обезсиленіе акта. Козакъ явно противорѣчитъ данной имъ квалификаціи права кредитора, говоря совершенно вѣрно, что прекращеніе силы акта, парализація его послѣдствій въ данномъ направленіи—ближайшая цѣль опроверженія; все же дальнѣйшее имѣетъ второстепенное значеніе, къ чему онъ прямо относитъ возвратъ имущества. Какъ же это такъ? Данное право характеризуется, какъ право на возвратъ, а самый возвратъ имѣетъ второстепенное значеніе? Въ-3-хъ, разсматриваемая теорія совершенно игнорируетъ субъективный элементъ; какъ реакція противъ деликтной теоріи, видящей въ немъ все и вся, она послѣдовательна, но изслѣдуемый ею институтъ именно таковъ, что внутреннее состояніе лица, дѣйствующаго in fraudem creditorum, не должно быть упускаемо изъ виду; изъ квалификаціи, даваемой этой теоріей, нельзя дѣлать никакихъ заключеній относительно различія отвѣтственности, смотря по направленію воли лица дѣйствующаго, всѣ отдѣльные и притомъ діаметрально противоположные случаи отвѣтственности находятъ не отдѣльный, а одинъ общій критерій, съ точки зрѣнія Козака—рискъ возвращенія вещи, съ точки зрѣнія Экціуса—пріобрѣтеніе чужой вещи; эти критеріи насъ оставляютъ въ совершенно безпомощномъ положеніи передъ несомнѣннымъ различіемъ между лицами, изъ коихъ одно пріобрѣло имущество cum conscientia fraudis, а другое было nescius. Оба названныхъ уче-

---

[1]) Гартманъ (н. с., стр. 23) замѣчаетъ, что основное положеніе этой теоріи коренится въ требованіяхъ законодательной политики.

[2]) Forster, н. с., стр. 614.

ныхъ признаютъ это различіе, но, конечно, не указали и не могли указать, въ какой связи оно съ основнымъ положеніемъ ихъ ученія. Козакъ даже говоритъ о степеняхъ виновности (Grade der Schuld) [1]), имѣющихъ въ этомъ случаѣ значеніе, и тѣмъ самымъ какъ бы платитъ дань основательности деликтной теоріи. Въ этомъ, въ-4-хъ, заключается совершенно правильное возраженіе, которое дѣлаетъ Козаку Радлькоферъ, говоря, что авторъ лишь расширяетъ фактическій составъ деликта, какъ основанія права кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ; разсуждаетъ Радлькоферъ такъ: субъективный моментъ, который даетъ основаніе переносить рискъ уничтоженія убыточнаго акта на пріобрѣтателя имущества, можетъ быть разсматриваемъ какъ нарушеніе обязательства принимать въ соображеніе другія обязательственныя отношенія должника; этотъ субъективный моментъ проявляется, до нѣкоторой степени, какъ dolus eventualis, т.-е. какъ сознаніе того, что третье лицо содѣйствуетъ нарушенію права кредитора на имущество должника [2]). Это весьма мѣткое замѣчаніе, попавшее въ самый центръ теоріи Козака. Оно же mutatis mutandis примѣнимо и къ теоріи Экціуса: разъ понятіе „имущества“ должника распространяется на вещи уже отчужденныя и притомъ ко времени предшествующему отчужденію, самое отчужденіе является правонарушеніемъ по отношенію къ кредитору и третье лицо является участникомъ этого правонарушенія. Въ-5-хъ, противъ теоріи Козака Краснопольскій дѣлаетъ то же возраженіе, какъ и противъ деликтной (см. стр. 11), а именно: ею не объясняется случай, когда опровергаемый актъ совершенъ лицомъ ранѣе того времени, чѣмъ оно стало должникомъ опровергающаго актъ кредитора [3]). Но этому возраженію нельзя придавать принципіальнаго значенія; оно скорѣе направлено противъ формулировки Козакомъ своего основного положенія и послѣднее легко можетъ быть исправлено согласно указанію Краснопольскаго, а именно, слѣдовало сказать, что пріобрѣтатель имущества обязанъ подчиниться невыгодамъ, связаннымъ съ назначеніемъ имущества служить предметомъ удовлетворенія „настоящихъ и будущихъ“ кредиторовъ владѣльца. При такой формулировкѣ вышеупомянутый случай подойдетъ подъ данную формулу, но самая формула отъ этого ничего не выиграетъ, а наоборотъ—потеряетъ: она пріобрѣтетъ слишкомъ

[1]) Cosack, н. с., стр. 243.

[2]) Radlkofer въ рец. на соч. Козака въ Krit. Vierteljs. B. XXVII, N. I. S. 105—106.

[3]) Krasnopolski, н. с., стр. 66, пр. 21.

общій характеръ; это дастъ поводъ всякимъ недоразумѣніямъ, которыя въ свою очередь могутъ быть устранены внесеніемъ въ нее новыхъ ограниченій. И дѣйствительно, безъ того уже Козакъ заслуживаетъ упрека въ томъ, что онъ создалъ новое ограничительное условіе безповоротности пріобрѣтенія имущества вообще—отсутствіе кредиторовъ у пріобрѣтателя, и если говорить еще о будущихъ кредиторахъ, то создается такое ограниченіе, которое дастъ поводъ думать, что самой безповоротности пріобрѣтенія вовсе не существуетъ. Чтобы устранить это недоразумѣніе, должно внести въ основное положеніе указаніе на то, при какихъ условіяхъ и съ какими послѣдствіями наступаетъ поворотъ пріобрѣтенія и получатся уже не основной принципъ, а описаніе всего института.

Такова теорія исключительной охраны интересовъ кредиторовъ; создавая въ этихъ интересахъ новое обязательство ex lege, она все-таки не дала прочной основы для построенія занимающаго насъ института.

III. Третью группу образуетъ теорія, которую можно назвать теоріей исполнительной силы судебнаго рѣшенія. Теорія эта выросла на практической почвѣ—создана она практикой прусскаго оберъ-трибунала [1]) и преемственно поддерживается германскимъ рейхсгерихтомъ [2]). По существу она процессуальнаго характеръ, ибо поставлена въ тѣснѣйшую связь съ исполненіемъ рѣшенія путемъ взысканія; съ ея точки зрѣнія право кредитора опровергать актъ должника есть лишь расширеніе права требовать взысканія; искъ объ уничтоженіи акта и есть лишь средство приведенія судебнаго рѣшенія въ исполненіе, а самый процессъ объ уничтоженіи акта одна изъ стадій исполнительнаго процесса; это право кредитора, въ виду его процессуальнаго характера, не можетъ быть построено на какомъ-либо опредѣленномъ матеріально-правовомъ основаніи; цѣль его—подготовить, сдѣлать осуществимымъ взысканіе; осуществленіемъ его опредѣленная вещь возвращается въ число объектовъ взысканія; связанное съ правомъ опроверженія акта объявленіе послѣдняго недѣйствительнымъ только раціональное основаніе обязанности возврата имущества ея владѣльцемъ и къ исполненію этой обязанности онъ вынуждается посредствомъ особой actio in rem. Такъ какъ отчужденная вещь возвращается въ имущество должника

---

[1]) Erk. v. 22 Januar 1874 und v. 14 Juni 1875 въ Entscheid. B. 73, S. 125; B. 77, S. 198.

[2]) Erk. v. 22 Febr. 1882 въ Entsch. B. 7, S. 129.

ради взысканія, то безъ фактическаго владѣнія ею со стороны третьяго, требованіе кредитора о возвратѣ ея—лишено предмета; праву кредитора по самой его природѣ присущъ вещный характеръ. Этимъ отрывочнымъ указаніямъ практики Гартманъ придаетъ болѣе стройную форму. Въ изслѣдуемомъ правѣ кредитора онъ видитъ двѣ стороны: положительную и отрицательную; послѣдняя заключается въ признаніи акта недѣйствительнымъ, первая—въ возвратѣ имущества отъ пріобрѣтателя его съ цѣлью исполненія рѣшенія путемъ взысканія; искъ, коимъ охраняется это право, является какъ бы actio judicati, которою достигается, въ ограниченномъ объемѣ, противъ пріобрѣтателя объектовъ взысканія, осуществленіе признаннаго судомъ права кредитора. Внутреннее основаніе этой анормальной отвѣтственности третьяго лица Гартманъ находитъ въ потребностяхъ оборота и кредита; противъ того, къ кому перешли объекты взысканія, строится предположеніе, что при извѣстныхъ условіяхъ, должникъ какъ бы продолжаетъ владѣть этими объектами, въ силу чего по отношенію къ нимъ и примѣняется взысканіе; тотъ, кто, пріобрѣтя объекты взысканія, лишилъ кредитора возможности получить удовлетвореніе, самъ почитается должникомъ, конечно, насколько онъ лишилъ кредитора удовлетворенія и насколько пріобрѣлъ должниково имущество [1]).

Противъ этой теоріи, какъ въ первоначальномъ ея видѣ, такъ и въ формулировкѣ Гартмана, было высказано не мало и основательныхъ и неосновательныхъ возраженій. Такъ, во-1-хъ, указывается на то, что эта теорія не даетъ юридическаго основанія изслѣдуемому институту [2]). Это совершенно вѣрно, но не надо забывать, что сами представители этой теоріи въ этомъ сознаются. Затѣмъ, во-2-хъ, не лишено значенія указаніе Іекеля [3]) и Менцеля [4]), что теорія эта предполагаетъ, что вещь еще находится во владѣніи третьяго лица, тогда какъ для опроверженія акта, этого вовсе не требуется. Дѣйствительно, владѣніе вещью со стороны третьяго не есть условіе опроверженія, и названные представители разсматриваемой теоріи совершенно неосновательно придаютъ этому значеніе; даже съ точки зрѣнія ихъ собственной теоріи, этого не требуется—если вещь не находится уже во владѣніи третьяго, то это не даетъ основанія отказываться отъ требованія ея возвращенія въ число объектовъ

[1]) Hartmann, н. с., стр. 24—25.
[2]) Cosack, н. с., стр. 30. Otto, н. с., стр. 230 и др.
[3]) Jaeckel, н. с., стр. 157.
[4]) Menzel, н. с., стр. 15—16.

взысканія—если окажется, что ее налицо нѣтъ, то лишь вступаетъ въ силу правилo pretium succedit in locum rei. Далѣе, въ-3-хъ, говорятъ, что теорія эта не объясняетъ почему къ отвѣтственности привлекается не самъ должникъ, а пріобрѣтатель имущества: возвратъ имущества—цѣль опроверженія акта, но указаніемъ на это не исчерпывается его значенія [1]). Сказать, что изложенная теорія этого не объясняетъ, нельзя—она быть можетъ неудовлетворительна это объясняетъ — это вѣрно: довольствоваться указаніемъ на фактическое владѣніе или на замѣну должника третьимъ лицомъ слишкомъ мало. Въ-4-хъ, взглядъ на это право, говорятъ, какъ на случай расширенія права взысканія порождаетъ несомнѣнную ошибку, а именно: онъ заставляетъ признать полную тождественность права на опроверженіе акта съ правомъ на удовлетвореніе, имѣющимъ уже исполнительную силу; между тѣмъ эти права различны: первое совершенно не зависитъ отъ второго [2]). Это возраженіе едва-ли основательно: расширеніе даннаго права до того, что въ его составъ входитъ другое право, не указываетъ на отождествленіе этихъ двухъ правъ; этимъ указывается лишь на единство ихъ основанія, что̀ не мѣшаетъ каждому изъ нихъ сохранить свою индивидуальность. Въ-5-хъ, съ точки зрѣнія этой теоріи невозможно уничтоженіе акта о переходѣ къ третьему лицу замѣнимыхъ вещей вообще, денегъ въ частности, ибо взысканіе касается опредѣленныхъ вещей, а не абстрактныхъ цѣнностей и, благодаря расширенію права взысканія, оно можетъ касаться лишь точно опредѣленныхъ вещей, перешедшихъ отъ должника и еще находящихся въ обладаніи третьяго лица—что̀ относительно денежныхъ суммъ очень рѣдко бываетъ [3]). Это возраженіе очень слабо; основная предпосылка его невѣрна: предметомъ взысканія могутъ быть и не индивидуально опредѣленныя вещи, а денежныя суммы; мало того, даже права требованія на денежныя суммы; взысканы они, конечно, могутъ быть, хотя бы и смѣшались съ деньгами третьяго лица; съ расширеніемъ понятія взысканія нѣтъ достаточнаго повода не распространять его на денежныя суммы, перешедшія по оспариваемому акту. Въ-6-хъ, указываютъ на то, что объекты взысканія должны принадлежать къ составу имущества должника, а въ данномъ случаѣ они уже вышли изъ него и перешли въ составъ имущества третьяго, а слѣдовательно и объектами взысканія по-

---

[1]) Otto, н. с., стр. 229.
[2]) Ibid., стр. 231.
[3]) Cosack, н. с., стр. 30—31.

читаемы быть не могутъ [1]). И это возраженіе не изъ сильныхъ. Если идти послѣдовательно по этому пути, то придется всякій переходъ имущества, хотя бы безусловно противузаконный, считать безповоротнымъ только потому, что онъ состоялся; въ этомъ случаѣ вещь фактически перешла въ составъ имущества другого лица, но такъ какъ она перешла туда неправомѣрно, то возвращается въ прежнее положеніе; если она ранѣе была годнымъ объектомъ взысканія, то остается таковымъ. Въ-7-хъ, теорія эта, какъ говорятъ, не даетъ никакихъ точекъ опоры для разграниченія bona и mala fides пріобрѣтателя имущества [2]). Это замѣчаніе едва-ли достаточно вѣско: вѣдь если теорія эта признаетъ искъ объ уничтоженіи акта за actio in rem и слѣдовательно пассивнымъ основаніемъ иска считаетъ нарушеніе вещнаго права, то этимъ уже даетъ достаточную почву для различенія bona fides отъ mala fides; само собою разумѣется, что нарушено право можетъ быть или bona или mala fide. Наконецъ, въ-8-хъ, самое рѣшительное и основательное возраженіе, какое дѣлается этой теоріи, то, что она придаетъ праву кредитора опровергать акты вещный характеръ и иску, охраняющему это право—характеръ вещнаго иска [3]). Иначе говоря, теорія эта исходитъ изъ того положенія, что кредитору принадлежитъ вещное право на имущество должника. Положеніе это безусловно невѣрно, хотя и принято французскимъ кодексомъ [4]) и поддерживается французскими цивилистами [5]). Такъ, на вопросъ: que prétendent-ils? т.-е. кредиторы, Лоранъ отвѣчаетъ: „que les biens du debiteur étaient leur gage, que ce gage suffisait pour assurer le payement de leur créances, mais qu'un acte consenti par le débiteur l'a diminué en aliénant frauduleusement des biens qui étaient une partie de leur gage“. Несостоятельность этихъ соображеній видна изъ слѣдующаго: во-1-хъ, создается новая форма залога, лишенная опре-

[1]) Otto, н. с., стр. 16.

[2]) Ibid., l. c.

[3]) Jaeckel, н. с., стр. 157.

[4]) Art. 2093 C. c.

[5]) Laurent, Principes de droit civil t. XVI № 434. Къ этой теоріи примыкаетъ и Карницкій. О правѣ кредиторовъ опровергать сдѣлки, заключенныя должникомъ съ третьими лицами въ журн. гр. и уг. пр. 1882, № 6, прилож., стр. 8—9. Отчасти Capmas н. с., стр. 44, 81. Nuquet. De l'action Paulienne en droit romain et en droit français p. 98. Относительно римскаго права долго спорили о характерѣ actio Pauliana; споръ окончился въ пользу личнаго иска. см. Reinhart. Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger. Actio Pauliana. S. 1—22. Старую литературу см. у Mankiewitz-Beiträge zur Lehre von der actio Pauliana. S. 15—23.

дѣленнаго внутренняго содержанія и юридическаго значенія; если это право дѣйствительно есть право залога, то лицо, пріобрѣтая его съ того момента, какъ оно стало кредиторомъ, должно же пользоваться извѣстными гарантіями, обезпечивающими его обязательственное право; наприм., у должника имѣется движимое имущество, если бы кредиторъ имѣлъ на него залоговое право, то онъ могъ бы еще до просрочки противиться отчужденію этого имущества—вѣдь не даромъ при залогѣ движимаго имущества вещь переходитъ во владѣніе закладопринимателя; если бы кредиторъ имѣлъ дѣйствительно залоговое право на имущество должника, то послѣдній долженъ бы былъ быть ограниченъ въ правѣ распоряжаться своимъ имуществомъ и каждый должникъ оказался бы лицомъ ограниченнымъ въ своемъ правѣ собственности. Тутъ только и возможна дилемма; одно изъ двухъ: или кредиторъ имѣетъ право залога, или не имѣетъ, если имѣетъ, то должникъ ограниченъ въ правѣ распоряженія, если не имѣетъ, то не ограниченъ; средняго ничего быть не можетъ. Теорія эта говоритъ, что онъ имѣетъ право залога, законодательства же не ограничиваютъ права распоряженія должника, какъ такового; неизбѣжныя послѣдствія принятыхъ теоріею положеній противорѣчатъ жизни и должны быть отвергнуты. Очевидно, изслѣдуемому явленію теорія придала невѣрную квалификацію. Во-2-хъ, созданное теоріею залоговое право идетъ въ разрѣзъ съ установившимся разграниченіемъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ [1]); это своего рода овеществленное обязательственное право; нельзя, конечно, отрицать существованія такихъ несовершенныхъ формъ вещныхъ правъ, которыя воспринимаютъ въ себѣ нѣкоторыя черты обязательственныхъ правъ и наоборотъ; самое дѣленіе несокрушимо въ принципѣ и является безусловно вѣрною характеристикою жизненныхъ явленій, но въ примѣненіи оно претерпѣваетъ нѣкоторыя уклоненія [2]). Если приверженцы этой, назовемъ ее такъ, залоговой теоріи создали новую форму, то должны были указать ея характеристическія черты, отвести ей опредѣленное мѣсто въ системѣ правъ; указать: что въ этомъ правѣ вещнаго, что обязательственнаго. Или же имъ слѣдовало создать новую систему. Ни того, ни другого они не сдѣлали. Въ-3-хъ, созданное вещное право не удовлетворяетъ основному требованію, которое къ нему, какъ къ вещному праву, можетъ быть предъяв-

---

[1]) Kaserer, н. с., стр. 44.

[2]) Виндшейдъ, Учебн. пандектн. права, т. I, въ перев. Пахмана, стр. 92—93.

лено; а именно: оно не имѣетъ опредѣленнаго юридическаго основанія [1]); возникая одновременно съ обязательствомъ, оно должно въ его основаніи находить и свое; договоръ оказывается непосредственнымъ источникомъ не только обязательства, но и вещнаго права, чѣмъ онъ по существу своему быть не можетъ. Въ-4-хъ, залоговая теорія оставляетъ совершенно невыясненнымъ вопросъ: почему къ отвѣтственности привлекается не должникъ-залогодатель, а третье лицо: вѣдь должникъ нарушилъ право залога; придется или признать третье лицо соучастникомъ нарушенія, т.-е. стать подъ знамя деликтной теоріи и подъ выстрѣлы ея противниковъ, или допустить возможность самостоятельнаго нарушенія третьимъ права залога и предоставить кредитору actio hypothecaria; тогда незачѣмъ заставлять кредитора опровергать актъ: actio hypothecaria, какъ pignoris rei vindicatio, направляется прямо на вещь, оставивъ совершенно въ сторонѣ актъ, по которому вещь перешла къ наличному владѣльцу. Наконецъ, въ-5-хъ, залоговая теорія порождаетъ рядъ вопросовъ, которые законодательствомъ никогда не разрѣшались и не могли разрѣшаться въ томъ смыслѣ, какъ того требуетъ послѣдовательное примѣненіе этой теоріи; напр., вопросъ о столкновеніи права кредитора съ правами другихъ залогопринимателей должника и съ правами другихъ личныхъ кредиторовъ его; если кредиторъ, имѣющій право опроверженія акта, имѣетъ и законное право залога, то этому послѣднему праву не можетъ быть отведено мѣсто низшее сравнительно съ другими договорными залоговыми правами; точно также кредиторъ этотъ не можетъ быть поставленъ въ одинаковое положеніе съ другими личными кредиторами должника; а между тѣмъ если исходить изъ того, что кредиторъ, опровергающій актъ, не имѣетъ залогового права—какъ это принято всѣми законодательствами—то и закладопринимателя должника могутъ осуществить свои права ранѣе кредитора, опровергающаго актъ, а личные его кредиторы вступятъ съ кредиторомъ опровергающимъ актъ въ конкурренцію на общемъ основаніи—что и вполнѣ справедливо.

Въ виду изложенныхъ соображеній теорія исполнительной силы рѣшенія, — въ томъ видѣ, какъ она понимается и формулируется современной доктриной,—несмотря на неосновательность многихъ возраженій ея противниковъ, все-таки не можетъ быть признана удовлетворительною. Мы подчеркнули слова: „въ томъ видѣ, какъ она понимается и формулируется

[1]) Kaserer, н. с., стр. 44.

современной доктриной", такъ какъ въ существѣ и мы приходимъ къ этой теоріи, но понимаемъ и формулируемъ ее нѣсколько иначе.

Исходную точку этой теоріи мы считаемъ безусловно вѣрною: право кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ, есть вспомогательное средство взысканія; осуществленіе этого права — стадія процесса исполненія судебнаго рѣшенія и притомъ, конечно, рѣшенія, состоявшагося по денежному требованію истца; если рѣшеніе состоитъ въ признаніи права на индивидуально опредѣленную вещь или на дѣйствіе, то тутъ исполненіе можетъ состоять лишь въ передачѣ вещи натурою или въ понужденіи къ дѣйствію или же въ совершеніи его на счетъ отвѣтчика; въ этихъ формахъ исполненіе никакого отношенія къ праву требовать уничтоженіе акта не имѣетъ — актъ уничтожается для того, чтобы осталось имущество, которое или могло быть продано, а вырученныя деньги вручены взыскателю, или если это деньги, чтобы ихъ вручить взыскателю, или же если это право на денежную сумму, чтобы передать это право взыскателю или другому лицу, обязанному уплатить ему эту сумму.

Исполненіе рѣшенія въ этой формѣ состоитъ изъ цѣлаго ряда актовъ между собою связанныхъ: начальный актъ — наложеніе ареста или запрещенія на имущество; конечный—врученіе денежной суммы. Арестъ или запрещеніе налагаются иногда и до постановленія рѣшенія или до вступленія рѣшенія въ законную силу, но это предварительное ограниченіе и устанавливается въ предположеніе того, что наступитъ конечный моментъ—уплата взысканной суммы. Въ тѣхъ случаяхъ, когда объектъ взысканія состоитъ не въ денежныхъ суммахъ, а иныхъ вещахъ, между начальнымъ и конечнымъ моментами исполненія рѣшенія лежитъ еще одинъ: публичная продажа имущества, съ цѣлью обращенія его въ денежную сумму, которая вручается взыскателю. Весь этотъ рядъ исполнительныхъ дѣйствій даетъ основаніе признать существованіе въ этихъ случаяхъ особой формы залога — залога судебнаго [1]). Залогъ есть право на стоимость, цѣну имущества; обладателю этого права предоставляется возможность обратиться къ органамъ власти съ требованіемъ о принятіи какъ извѣстныхъ охранительныхъ мѣръ, такъ и мѣръ, направленныхъ на реализацію права на полученіе должной суммы. Въ однихъ законодательствахъ

[1]) Beisser. Bemerk. zum österr. Anfechtunggesetz въ Oester. Centralbl. für d. jur. Praxis. 1885 Ht. 1. S. 6.

этому залоговому праву придана весьма рельефная форма — она такъ и называется; въ другихъ она скрывается подъ различными формами и обрядами—существо же его вездѣ признается. Основаніемъ этого залогового права является, конечно, законъ, обставляющій установленіе и осуществленіе его извѣстными условіями: устанавливается оно рѣшеніемъ суда по иску кредитора и осуществляется особыми исполнительными органами по просьбѣ взыскателя. Судъ въ своемъ рѣшеніи по иску, признавая право истца, вмѣстѣ съ тѣмъ предписываетъ взыскать присужденную сумму съ отвѣтчика, т.-е. установить, буде истецъ пожелаетъ, право судебнаго залога въ его пользу. Осуществленіе же этого права происходитъ внѣ непосредственнаго участія суда и самое требованіе исполненія рѣшенія, по духу современнаго права, не есть требованіе исковое, не искъ, actio judicati—это требованіе, по цѣли, назначенію и внутреннему характеру, какъ не вызывающее необходимости облеченія въ форму иска, есть не что иное, какъ imploratio officii judicis, въ существѣ своемъ знакомая римскому праву [1]). Судъ въ рѣшеніи даетъ общую формулу—взыскать; исполнительный органъ слѣдуетъ этому велѣнію уже по указанію взыскателя, который озабочивается розысканіемъ имущества, могущаго быть объектомъ взысканія. Если имущество находится у третьяго лица, то это не мѣшаетъ осуществленію права судебнаго залога—имущество подлежитъ аресту и у него отбирается; если съ него причитаются денежные платежи, то и на нихъ налагается арестъ въ томъ смыслѣ, что третье лицо обязуется производить платежъ не должнику, а исполнительному органу. Если имущество отбирается отъ третьяго лица, то оно продается на общемъ основаніи, а деньги передаются взыскателю; если же деньги получены исполнительнымъ органомъ, то онъ ихъ вручаетъ взыскателю. Когда судебное право залога установлено, то должникъ не имѣетъ права отчуждать или отказываться отъ правъ на имущество, по поводу котораго право залога установлено. Актъ совершенный именно съ этою цѣлью, т.-е. ради отчужденія имущества или отказа отъ правъ на него, конечно, недѣйствителенъ; онъ игнорируется и, несмотря на его существованіе, наступаютъ всѣ послѣдствія судебнаго залога—имущество продается или прямо передается взыскателю денежная сумма. Нормально если этотъ актъ совершенъ до установленія судебнаго залога, то онъ безусловно дѣйствителенъ, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ подлежитъ уничтоженію—эти-то случаи насъ и зани-

[1]) Renaud. Lehb. der gem. deutsch. Civilprocessrechts. S. 422.

маютъ. Какія тутъ основанія права взыскателя опровергать актъ? Основаніемъ является нарушеніе должникомъ права судебнаго залога, принадлежащаго взыскателю.

Мы придаемъ обратную силу судебному праву залога отъ момента его установленія къ моменту совершенія опровергаемаго акта; право судебнаго залога предполагается уже существовавшимъ въ моментъ совершенія акта и самый актъ — совершеннымъ въ нарушеніе его. Это несомнѣнно фикція, но фикція, во-1-хъ, находящая свое оправданіе въ самомъ фактѣ существованія права взыскателя уничтожить актъ; должникъ на самомъ дѣлѣ, не терпящій стѣсненій судебнаго права залога, ставится, какъ бы въ кару, за злонамѣренное дѣйствіе, имъ совершенное, въ положеніе лица, надъ которымъ уже тяготѣетъ судебный залогъ; эта мысль, съ большою вѣроятностью, имѣлась въ виду у законодателя, признавшаго за кредиторомъ право требовать уничтоженія вреднаго для него акта. Во-2-хъ, фикція эта облегчаетъ юридическій анализъ даннаго права, давая возможность примѣнить къ фингируемому явленію то, что̀ установлено для явленія, коему оно уподобляется; къ данному случаю примѣняются правила дѣйствительнаго судебнаго залога, хотя бы на дѣлѣ залогъ этотъ не былъ установленъ. Въ-3-хъ, для уясненія права кредитора опровергать актъ, совершенный должникомъ, не разъ прибѣгали къ фикціи въ смыслѣ приданія извѣстному положенію обратной силы. Мы видѣли, что Шёнеманъ придалъ обратную силу предъявленію иска, Гартманъ — владѣнію должника; такъ что этотъ пріемъ оказывается уже испытаннымъ; но съ особенною пользою и убѣдительностью онъ примѣненъ къ случаю опроверженія актовъ, совершенныхъ несостоятельнымъ должникомъ, Баромъ и Колеромъ; воззрѣнія этихъ ученыхъ весьма близки къ теоріи нами принятой. Баръ видитъ въ конкурсѣ форму исполнительнаго процесса относительно всего имущества должника (Generalexecution) и распространяетъ вліяніе конкурса на время, предшествующее его открытію, а также на время совершенія акта должникомъ [1]). Колеръ создаетъ для конкурса особое право на имущество должника, назвавъ его Beschlagrecht (право весьма близкое къ залогу) и распространяетъ его тоже на время, предшествующее его дѣйствительному установленію [2]).

Фингируя право судебнаго залога, мы, однако, не признаемъ существованія права залога въ лицѣ кредитора, т.-е. далеки

---

[1]) Bar. Das internationale Privat und Strafrecht, S. 494 и слѣд.

[2]) Kohler. Lehrbuch des Konkursrechts, S. 102—104, 192—194.

отъ принятія взгляда Лорана. Положимъ, можно возразить, что, придавая судебному залогу обратную силу къ тому времени, когда взыскатель былъ лишь кредиторомъ, мы признаемъ за кредиторомъ права залога. Это, однако, совсѣмъ не такъ; насъ нельзя уличить въ противорѣчіи потому, что положеніе „взыскатель имѣетъ право судебнаго залога на имущество должника, перенесенное, при извѣстныхъ условіяхъ, на прошлое время“ отнюдь не тождественно съ положеніемъ Лорана, что „кредиторъ имѣетъ право залога на имущество должника“; право судебнаго залога можетъ имѣть не всякій кредиторъ, а лишь тотъ, который сталъ взыскателемъ; такъ что, строго говоря, возраженіе, будто кредиторъ, по нашему мнѣнію, въ сущности имѣетъ право залога, не особенно богато смысломъ, — судебное право залога отнюдь не такое право, которое можетъ принадлежать всякому кредитору. Тѣ возраженія, которыя дѣлаются залоговой теоріи, не могутъ быть дѣлаемы нашей теоріи обратной силы судебнаго залога; а именно: во-1-хъ, она имѣетъ въ виду залоговое право вполнѣ опредѣленнаго содержанія и юридическаго значенія; она именно предполагаетъ ограниченіе права распоряженія въ лицѣ должника, но не какъ состояніе длящееся во все время нахожденія лица въ качествѣ должника, а имѣющее мѣсто съ момента совершенія акта; во-2-хъ, не создается новаго права серединнаго, между вещными и обязательственными правами, типа, а право это вещное право, право залога, имѣющее свои особенности какъ судебное право залога; въ-3-хъ, оно имѣетъ свое опредѣленное основаніе — судебное рѣшеніе, сила коего направлена ретроактивно; въ-4-хъ, наша теорія не оставляетъ безъ отвѣта вопроса о томъ, почему отвѣтственнымъ является третье лицо, а не должникъ; какъ увидимъ ниже, нѣтъ надобности прибѣгать ни къ „соучастію“, ни къ общимъ послѣдствіямъ вещнаго права; въ-5-хъ, вопросы, рѣшеніе коихъ столь неудовлетворительно съ точки зрѣнія залоговой теоріи, съ нашей точки зрѣнія разрѣшаются надлежащимъ образомъ, а именно, по правиламъ о дѣйствительномъ судебномъ залогѣ: залоговыя права, ранѣе дѣйствительнаго судебнаго залога установленныя, сохраняютъ свое старшинство, ибо при конкурренціи договорныхъ залоговыхъ правъ съ судебнымъ залогомъ, послѣдній уступаетъ; точно такъ же при конкурренціи съ другими личными кредиторами. Кредиторъ, опровергающій актъ, хотя и имѣетъ право залога, но судебное, невзирая на существованіе коего онъ остается личнымъ кредиторомъ и конкуррируетъ съ другими на общемъ основаніи, какъ личный кредиторъ, имѣющій судебное право залога.

Право судебнаго залога, распространенное на время, предшествующее его дѣйствительному установленію, нарушено должникомъ, совершившимъ актъ in fraudem creditoris. Актъ долженъ быть уничтоженъ, такъ какъ именно имъ нарушено судебно-залоговое право. Кредитору дается искъ. По общему правилу, это долженъ бы былъ быть искъ вещный, но судебный залогъ имѣетъ свои особенности, заставляющія не столь шаблонно разрѣшать этотъ вопросъ; въ судебномъ залогѣ мы видимъ примѣненіе института imploratio officii judicis — этой imploratio и охраняется судебно-залоговое право; если рѣчь идетъ о дѣйствительномъ правѣ судебнаго залога, то въ случаѣ его нарушенія со стороны должника, наприм., отчужденія, нѣтъ мѣста иску; путемъ неформальнымъ, посредствомъ имплораціи, исполнительный органъ отнимаетъ вещь у третьяго. Положимъ, хранитель имущества къ сроку публичной продажи умеръ, а имущество оказалось у третьяго; взыскатель обращается не съ искомъ въ судъ, а съ просьбой къ исполнительному органу о томъ, чтобы арестованная вещь была отнята у третьяго лица и продана. Что же касается фингированнаго права судебнаго залога, то тутъ картина измѣняется лишь въ частностяхъ; если оно нарушено, то, какъ и при дѣйствительномъ правѣ судебнаго залога, не дается особаго иска о его возвращеніи въ число объектовъ взысканія, а предоставляется подать просьбу, imploratio officii judicis; но эта имплорація невозможна ранѣе уничтоженія акта, въ силу котораго вещь перешла къ третьему; чтобы добиться этого уничтоженія, необходимо обратиться къ суду съ особымъ искомъ; это необходимо сдѣлать потому, что, во-первыхъ, исполнительный органъ не компетентенъ въ рѣшеніи вопроса о силѣ акта и, во-вторыхъ, самый вопросъ о возможности приданія обратной силы судебному залогу и возвращенія вещи въ число объектовъ взысканія поставленъ въ зависимость отъ характера акта, подлежащаго уничтоженію; если онъ удовлетворяетъ извѣстнымъ условіямъ и есть актъ in fraudem creditoris—фингируется судебное право залога; онъ разсматривается какъ совершенный въ нарушеніе этого права, и затѣмъ уже исполнительный органъ можетъ удовлетворить эту imploratio—вещь возвращается въ число объектовъ взысканія. Такимъ образомъ, споръ о томъ, есть ли искъ объ уничтоженіи акта вещный или личный, оказывается праднымъ; самый искъ объ уничтоженіи акта, уже по буквальному смыслу, не можетъ быть actio in rem; онъ не имѣетъ непосреднаго отношенія къ вещи, а касается акта, совершеннаго по поводу вещи; что же касается дальнѣйшихъ послѣдствій уничто-

женія, то самое большее, что̀ можно сказать, это то, что они достигаются чѣмъ-то подобнымъ actio in rem; вещь возвращается въ число объектовъ взысканія путемъ удовлетворенія неформальной просьбы, imploratio officii judicis; уже въ этомъ глубокое ея различіе отъ actio in rem—ею взыскатель не добивается включенія вещи непремѣнно въ составъ своего имущества—онъ озабоченъ лишь возвращеніемъ ея въ число объектовъ взысканія. Такъ что въ распоряженіи кредитора два средства: искъ объ уничтоженіи акта и просьба въ смыслѣ имплораціи; эти средства связаны вовсе не неразрывно: истецъ можетъ предъявлять искъ и не предъявлять просьбы, хотя обыкновенно, по соображенію удобства, они соединяются. Что касается имплораціи, то пока на ея характеристикѣ нечего останавливаться—тутъ нѣтъ никакихъ принципіальныхъ уклоненій отъ общихъ правилъ дѣятельности сторонъ и исполнительнаго органа при осуществленіи дѣйствительнаго судебнаго залога. Искъ же объ уничтоженіи акта имѣетъ свой особый характеръ. Это искъ о признаніи акта недѣйствительнымъ; недѣйствительность, однако, въ этомъ случаѣ является, какъ ее называютъ, относительною [1]) въ томъ смыслѣ, что актъ безсиленъ по отношенію къ кредитору, но сохраняетъ свою силу во всемъ остальномъ; никто, кромѣ кредитора, не въ правѣ признавать актъ недѣйствительнымъ; для всѣхъ остальныхъ лицъ, имѣющихъ отношеніе къ акту, не исключая, конечно, и контрагентовъ, актъ сохраняетъ свою силу. Вслѣдствіе такой относительной недѣйствительности акта, искъ объ уничтоженіи его все-таки остается искомъ о недѣйствительности, отрицать таковой его характеръ, какъ это дѣлаетъ Накэ [2]), потому что имъ не колеблются всѣ основы акта, что актъ не безусловно обезсиливается, — нельзя; поражается лишь извѣстный эффектъ акта въ извѣстномъ направленіи и въ извѣстныхъ предѣлахъ. Не всякій же искъ о недѣйствительности долженъ непремѣнно поразить актъ въ самомъ его корнѣ, лишить его всякаго значенія; по отношенію къ иску кредитора объ уничтоженіи акта это было бы совершенно неосновательно: кредиторъ добивается уничтоженія акта, имѣя въ виду лишь свой собственный интересъ [3]). Противъ такой относительной недѣйствительности возстаетъ Менцель [4]); строго говоря, возраженія его не направлены противъ

[1]) Kaserer, н. с., стр. 46. Steinbach, Kommentar zum Gesetze v. 16 Marz, 1884, S. 15.

[2]) Naquet, н. с., стр. 174.

[3]) Kaserer, н. с., стр. 46.

[4]) Menzel, н. с., стр. 11.

несомнѣнности факта, что актъ сохраняетъ свою силу противъ всѣхъ лицъ, непричастныхъ самому оспариванію; онъ возражаетъ лишь противъ понятія „недѣйствительности по отношенію къ кредитору“; онъ не понимаетъ, какъ можно говорить о недѣйствительности самой по себѣ и недѣйствительности по отношенію къ тому или другому лицу; и въ томъ и въ другомъ случаѣ „дѣйствіе“ (Wirkung) акта поражается, оно не въ состояніи вызвать юридическихъ послѣдствій. Эти недоумѣнія совершенно неосновательны; когда мы говоримъ о недѣйствительности самой по себѣ, то предполагаемъ извѣстный порокъ акта, благодаря которому онъ падаетъ какъ основаніе, какъ причина извѣстныхъ послѣдствій; при относительной же недѣйствительности, актъ безупреченъ самъ по себѣ и парализуется лишь то или другое его послѣдствіе въ томъ или другомъ направленіи, — называть это можно обезсиленіемъ акта, обезправленіемъ [1]) его или иначе какъ—это все равно; да и противъ выраженія „относительной недѣйствительности“ ничего нельзя имѣть, если придать ей точный и опредѣленный смыслъ.

Еще одинъ существенный пунктъ не затронутъ нашей теоріей. Изъ предшествующаго изложенія видно, что противникомъ кредитора, опровергающаго актъ, мы считаемъ должника— онъ разсматривается какъ нарушитель права судебнаго залога, противъ него и долженъ быть направленъ искъ кредитора объ уничтоженіи акта, а между тѣмъ и законодательства, и доктрина признаютъ противникомъ кредитора то третье лицо, съ которымъ или въ пользу котораго актъ должникомъ совершенъ. Съ точки зрѣнія нашей теоріи, различающей искъ объ уничтоженіи акта отъ imploratio officii judicis, это очень просто. Просьба въ смыслѣ imploratio, подобно actio hypothecaria, аналогичной rei vindicatio не можетъ быть предъявляема противъ кого-либо иного, кромѣ лица, въ составъ имущества коего, хотя и слившись съ нимъ, перешло или осталось невостребовано имущество должника; это нахожденіе имущества должника въ составѣ имущества другого лица и служитъ указаніемъ: противъ кого предъявляется просьба; только это обстоятельство и заставляетъ кредитора указать исполнительному органу на данное лицо, дабы отъ него отобрать имущество, конечно, не для передачи его должнику, не для передачи кредитору, а для обращенія его въ объектъ взысканія и для поступленія съ нимъ, какъ съ таковымъ. Въ виду связи, существующей между этой имплораціей и искомъ объ уничтоже-

[1]) Burkhard. System des öster. Privatr. H. II, S. 442.

нiи, послѣдній предъявляется противъ того, противъ кого предъявлена первая. Разрывать эти два требованія нѣтъ основанія; противъ этого говорятъ и практическія соображенія: 1) удобнѣе для кредитора соединять эти два требованія, направивъ ихъ противъ одного и того же лица; 2) это и выгоднѣе для него: обладатель имущества приметъ мѣры къ сокрытію своего имущества, узнавъ, что предъявленъ искъ къ должнику и скоро къ нему обратятся съ истребованіемъ пріобрѣтеннаго; ему на это какъ бы дается время; никакихъ обезпечительныхъ мѣръ противъ него принято быть не можетъ, что, однако, вполнѣ возможно и цѣлесообразно въ томъ случаѣ, когда искъ объ уничтоженіи акта предъявляется противъ него [1]).

---

[1]) Изложенную судебно-залоговую теорію проф. Гриммъ, хотя и признаетъ саму по себѣ остроумной, но принять ее считаетъ невозможнымъ, ибо она „расчитана исключительно на случай внѣконкурснаго права опроверженія", въ конкурсномъ правѣ опроверженія недостаетъ основного условія признанія судебно-залоговой теоріи—оно „не предполагаетъ наличности требованія обладающаго исполнительной силой". Если только въ этомъ недостатокъ судебно-залоговой теоріи, то стоитъ лишь доказать, что этого недостатка на самомъ дѣлѣ нѣтъ и теорія эта станетъ пріемлемой. Сдѣлать это не трудно. Внѣконкурсное право опроверженія—основная форма этого права, конкурсное—разновидность, существенно отъ основной формы не отличающаяся; и въ той и въ другой формѣ „предполагается исполнительная сила требованія"; въ конкурсномъ происходитъ лишь нѣкоторая модификація, главнымъ образомъ перемѣщеніе моментовъ, предшествующихъ опроверженію внѣ конкурса. При внѣконкурсномъ правѣ опроверженія 1) имѣется наличность у кредитора извѣстнаго требованія; 2) требованіе это обладаетъ матеріальной исполнительной силой, т. е. срокъ его наступилъ и должникъ находится in mora; 3) обладаетъ это требованіе и формальной исполнительной силой, т.-е. имѣется судебное рѣшеніе, вступившее въ законную силу; 4) рѣшеніе обращено къ исполненію, наложено запрещеніе или арестъ, т.-е. установленъ судебный залогъ; 5) обнаружена недостаточность имущества и т. д. Не то же ли самое мы видимъ при конкурсномъ правѣ опроверженія? Должникъ объявленъ несостоятельнымъ; съ этимъ связанъ цѣлый рядъ предположеній чисто временнаго характера; въ конкурсѣ идетъ спѣшная работа: приходится допустить уже сдѣланнымъ, наступившимъ то, чего еще не сдѣлано, что не наступило, но съ большою вѣроятностью будетъ сдѣлано, наступитъ: предполагается, какъ говоритъ Менцель, наличность у кредиторовъ опредѣленныхъ требованій (1), хотя это пока еще окончательно не установлено; предполагается недостаточность имущества у должника (5), тоже еще не установленная; предполагается установленіе судебнаго залога (4), хотя наложенное запрещеніе и арестъ еще не основаны на опредѣленіи, равносильномъ судебному рѣшенію; предполагается матеріальная исполнительная сила требованій (2), такъ какъ всѣ сроки требованій стягиваются къ одному моменту,—должникъ находится in mora, хотя и это окончательно не установлено, пока еще не установлена окончательно сила требованій; предполагается, наконецъ, и формальная исполнительная сила требованій (3), хотя опредѣленія равнаго судебному рѣшенію,

Таковы существенныя черты нашей теоріи. Въ послѣдующемъ изложеніи намъ не разъ представится случай примѣнить и провѣрить основныя ея положенія.

вступившему въ законную силу, еще нѣтъ. Наконецъ, наступаетъ окончательный моментъ установленія требованій кредиторовъ („провѣрка", Feststellungsverfahren), гдѣ конкурсъ функціонируетъ въ качествѣ суда; его окончательное постановленіе есть судебное рѣшеніе вступившее въ законную силу; всѣ вышеуказанныя предположенія оправдываются: то, что было вѣроятно, стало дѣйствительнымъ, несомнѣннымъ, всему предшествующему дана полнѣйшая санкція; установлены: наличность требованій, матеріальная и формальная ихъ исполнительная сила, судебный залогъ, недостаточность имущества. Вотъ почему по существу никакой разницы нельзя признать между конкурснымъ и внѣконкурснымъ правомъ опроверженія и судебно-залоговая теорія примѣнима и къ той и другой формѣ права опроверженія.

Вмѣсто моей судебно-залоговой теоріи проф. Гриммъ предлагаетъ свою. Право опроверженія кредиторовъ можно, говоритъ онъ, квалифицировать какъ своеобразную in integrum restitutio. Съ такой квалификаціей я согласиться не могу. Прежде всего, in integrum restitutio, какъ особый юридическій институтъ, существовала только въ Римѣ; это было remedium extraordinarium, строгимъ правомъ недопустимое, допущенное лишь во имя справедливости. Какъ юридическій институтъ in integrum restitutio исчезла безслѣдно. Разъ отпала ея національная черта—ничего специфическаго не осталось. Она растаяла въ массѣ случаевъ, когда судебнымъ рѣшеніемъ, нормальнымъ порядкомъ, возстановляется положеніе бывшее до правонарушенія; случаи эти не были и не могли быть обобщены и вылиться въ видѣ особаго юридическаго института; никакого института нѣтъ. Далѣе допустимъ на время существованіе „своеобразной" реституціи; justa causa ея будетъ, какъ можно заключить изъ ссылки проф. Гримма на II главу моего изслѣдованія, актъ совершенный in fraudem creditorum; въ стадіи judicium rescindens долженъ подлежать обсужденію вопросъ о правѣ кредитора опровергнуть актъ. Можно ли основаніе этого права найти въ реституціи, она ничего дать не можетъ, она является уже чѣмъ-то послѣдующимъ, обусловленнымъ результатомъ judicii rescindentis. Право это имѣетъ свое основаніе внѣ реституціи. Возьмемъ любую justa causa restitutionis по римскому праву. Напр., ошибка или принужденіе. Развѣ право уничтоженія сдѣлки совершенной по принужденію или обману можетъ быть обосновано реституціей. Каждая justa causa даетъ свое основаніе праву опроверженія: принужденіе—устраненіе свободы воли, ошибка—ложное представленіе и т. д. Реституція тутъ ни при чемъ.

Проф. Гриммъ, какъ я сказалъ, считаетъ судебно-залоговую теорію непріемлемой не по существу, а въ виду того, что она не обосновываетъ и внѣконкурснаго права опроверженія. Противъ этой теоріи по существу высказывается проф. Васьковскій. Прежде, чѣмъ обратиться къ возраженіямъ почтенному критику, изложу нѣсколько общихъ соображеній. Проф. Гриммъ не отрицаетъ существованія допустимыхъ фикцій, хотя и выражается очень робко („если уже допустить"). Онъ допускаетъ ихъ по соображеніямъ конструктивнымъ и практическимъ, не указывая на третій источникъ ихъ: сама

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Возникновеніе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

I. Условія на сторонѣ кредитора. 1. Наличность обязательственнаго требованія, обладающаго исполнительной силой. Исполнительная сила требованія съ процессуальной и матеріально-правовой стороны. Мнѣніе Отто. Критика его. Мнѣніе Фёльдерндорфа. Критика его. 2. Наличность точно опредѣленнаго денежнаго требованія. Мнѣніе Іекеля. Критика его. 3. Наличность требованія возникшаго ранѣе акта, совершеннаго въ ущербъ кредитору. Французская доктрина и ея основы. Критика ея. Нѣмецкая доктрина. Ея основанія. Устраненіе неудобствъ нѣмецкой доктрины.—II. Условія на сторонѣ должника. 1. Отсутствіе у должника имущества для удовлетворенія кредитора. Мнѣнія Іекеля и Корна. Критика ихъ. Два уклоненія отъ общаго правила. 2. Совершеніе должникомъ акта въ ущербъ кредитору. а) Объективная сторона акта. Годность объекта взысканія. Понятія умаленія и увеличенія имущества. Опроверженіе недѣйствительныхъ актовъ. Теорія безусловиой опровержимости, безусловной неопровержимости и условной опровержимости. Опроверженіе симулированныхъ актовъ. Теорія Корна. Теорія Іекеля. Опытъ установленія единства въ ученіи объ опроверженіи недѣйствительныхъ актовъ. Отдѣльные акты: 1) Акты возмездные и безмездные. 2) Акты, направленные на уменьшеніе и на отказъ отъ увеличенія имущества. Отказъ отъ права. Объективная и субъективная теоріи. Отреченіе отъ наслѣдства, отказъ отъ дара и отъ условнаго права. 3) Акты положительные и отрицательные. Положительныя теоріи Корна и Фёльдерндорфа. Отрицательныя теоріи Іекеля, Козака, Отто и Менцеля. 4) Акты, направленные на установленіе и прекращеніе вещныхъ и обязательственныхъ правъ. Предлагаемая группировка актовъ. а) Установленіе и прекращеніе вещныхъ правъ. аа) Установленіе вещныхъ правъ. α) Установленіе должникомъ права залога по ранѣе возникшему обязательству. Господствующее мнѣніе. Мнѣнія Козака, Газенбальга и Цюрхера. Критика ихъ. Значеніе conscientiae fraudis. Мнѣніе Газенбальга. Ограниченія, предлагаемыя Шёнеманомъ и Дернбургомъ. Мнѣнія Гартмана и Менцеля. Недостатокъ господствующаго мнѣнія. β) Установленіе должникомъ сервитута въ своемъ имуществѣ. бб) Прекращеніе вещныхъ правъ. Одностороннее и двустороннее отчужденіе. б) Установленіе и прекращеніе обязательственныхъ правъ. аа) Установленіе обязательственныхъ правъ въ пользу третьяго лица. бб) Прекращеніе обязательственныхъ правъ. α) Прекращеніе ихъ на сторонѣ кредитора. αα) Уплата долга до срока. Отрицательная теорія. Критика ея со стороны Отто. Положительная теорія. Ограниченія, предлагаемыя Отто и Шёнеманомъ. Уплата долга по наступленіи срока. Мнѣнія Шёнемана и Гартмана. ββ) Datio in solutum. Мнѣнія Шёнемана и Іекеля. γγ) Отказъ отъ права. δδ) Зачетъ. β) Прекращеніе обязательственныхъ правъ на сторонѣ должника. Мнѣнія Козака и Корна. Критика ихъ. б) Субъективная сторона акта. Намѣреніе должника причинить вредъ кредитору. 1) Теорія желанія вреда. а) Абсолютная теорія желанія вреда. Критика ея. б) Относительная теорія желанія вреда Менцеля. Критика ея. 2) Теорія сознанія вреда. Презумпція animi fraudandi при безмездныхъ актахъ. Объясненіе Грюнмана.—III. Условія на сторонѣ третьяго лица. Объективныя и субъективныя условія. Conscientia fraudis. Отрицательныя указанія, даваемыя теоріею. Безмездные акты.

Условія, при наличности которыхъ кредитору предоставляется право опровергать акты, совершенные должникомъ, могутъ быть све-

---

жизнь создаетъ ихъ безъ участія „соображеній“ ученыхъ. Напр., представительство—чистая фикція: каждый представитель, совершающій актъ, можетъ

дены къ тремъ группамъ: 1) условія на сторонѣ кредитора, 2) условія на сторонѣ должника и 3) условія на сторонѣ третьяго лица.

про себя сказать: юридически „я“ не „я“, а „онъ“, т.-е. представляемый, такъ онъ и обсуждается какъ „онъ“; или, напримѣръ, юридическое лицо — фикція жизненная; ясно говорится: больница купила, „Саламандра“ обязалась и т. д. Проф. Васьковскій въ своей рецензіи хотя и говоритъ, что фикціи могутъ быть допущены, но всѣ его разсужденія направлены къ тому, чтобы доказать ихъ недопустимость. Онъ ставитъ себя въ ряды тѣхъ остроумцевъ, которые считаютъ юриспруденцію хромой, ходящею на костыляхъ—фикціяхъ или которые похваляются сдѣланнымъ ими открытіемъ, что лучше пройти переулкомъ, чѣмъ лѣзть черезъ крыши домовъ. Я убѣжденный сторонникъ фикцій и въ настоящемъ сочиненіи примѣняю одну изъ нихъ къ обоснованію права кредитора опровергать сдѣлки должника. Въ извѣстныхъ въ наукѣ классификаціяхъ фикцій обыкновенно упускаютъ изъ виду одну, очень многочисленную, группу ихъ, а именно, тѣ случаи, когда извѣстному обстоятельству придаютъ обратную силу, т.-е. оно разсматривается какъ совершившееся не тогда, когда дѣйствительно совершилось, а ранѣе того, т.-е. когда оно еще не совершалось. Примѣровъ можно привести массу: законъ изданъ сегодня, а онъ разсматривается, по общему мнѣнію, по отношенію къ данному дѣйствію, какъ изданный въ моментъ совершенія дѣйствія; суспензивное условіе наступило сегодня — оно разсматривается какъ наступившее въ моментъ совершенія сдѣлки; наслѣдство принято сегодня—оно разсматривается какъ принятое въ моментъ смерти наслѣдодателя; римскій гражданинъ умеръ въ плѣну, онъ разсматривается какъ умершій въ сраженіи до плѣненія (fictio legis Corneliae) и т. д. Развѣ все это не фикціи—фикціи обратной силы? Къ числу ихъ я отношу и фикцію судебнаго залога при act. Pauliana—судебный залогъ установленъ сегодня, а разсматривается онъ какъ установленный непосредственно передъ совершеніемъ акта in fraudem creditorum. Эта фикція, какъ и всякая другая, создается для того, чтобы признать существующимъ такое положеніе, котораго въ дѣйствительности нѣтъ, дабы къ этому несуществующему примѣнить юридическія нормы, установленныя для дѣйствительно существующаго положенія, конечно mutatis mutandis. А для чего это? Для того, чтобы можно было оперировать надъ даннымъ явленіемъ. Въ частности въ нашемъ случаѣ возникаетъ вопросъ: какъ установить такое положеніе, при которомъ можно бы было, въ согласіи съ общими юридическими принципами, кредитору извлечь изъ обладанія третьихъ лицъ, къ которымъ онъ въ дѣйствительности никакого отношенія не имѣетъ, имущество правомѣрно къ нимъ перешедшее и возвратить его не ему, а въ число объектовъ взысканія. По моему—одинъ путь: поставить его въ такое же положеніе, въ какомъ по закону состоятъ лица пріобрѣвшія отъ должника имущество уже по установленіи права судебнаго залога и примѣнить къ этому случаю соотвѣтствующія юридическія нормы. Тогда дѣйствительно путемъ фикціи достигается то, къ чему стремятся французская доктрина и законодательство; стремленіе это чрезвычайно разумно и свидѣтельствуетъ о здравомъ юридическомъ чутьѣ французовъ; они признали дѣйствительное право залога за всякимъ кредиторомъ на имущество должника и впали въ глубокую ошибку; для достиженія разумной цѣли было избрано негодное средство. Я избралъ другое — фикцію судебнаго залога и твердо на ней стою.

Перехожу къ возраженіямъ проф. Васьковскому противъ трехъ моихъ дополнительныхъ аргументовъ въ пользу фикціи судебнаго залога. Во-первыхъ,

I. Условія на сторонѣ кредитора.

Къ условіямъ этимъ принадлежатъ:

1. Наличность обязательственнаго требованія, обладающаго исполнительною силою. Эта исполнительная сила требованія, какъ возможность быть реализированнымъ, можетъ быть разсматриваема съ двухъ точекъ зрѣнія: съ процессуальной и съ матеріально-правовой. Съ первой требованіе должно удовлетворять процессуальнымъ условіямъ, необходимымъ для реализаціи его, иначе: требованіе должно имѣть исполнительный титулъ. Со второй точки зрѣнія, требованіе должно удовлетворять матеріально-правовымъ условіямъ его реализаціи — оно должно быть само по себѣ достаточно зрѣлымъ для дѣйствительной фактической реализаціи, т.-е. если оно срочно — срокъ долженъ наступить, если суспензивно условно — условіе должно осуществиться. Что касается исполнительной силы требованія въ процессуаль-

---

противъ высказанной мной мысли, что и законодатель ставитъ должника въ положеніе лица, надъ которымъ тяготѣетъ судебный залогъ, проф. Васьковскій возражаетъ, что это еще не даетъ права сказать, что судебный залогъ надъ нимъ дѣйствительно тяготѣетъ. Спрашивается, развѣ я это сказалъ? Я все твержу одно — этого нѣтъ въ дѣйствительности, это фингируютъ, а мнѣ возражаютъ, что я не имѣю права сказать, что судебный залогъ дѣйствительно существуетъ. Я сдѣлалъ ссылку на законодательство потому, что нахожу въ немъ выраженной ту мысль, что надъ должникомъ какъ будто уже тяготѣетъ судебный залогъ, хотя на самомъ дѣлѣ этого нѣтъ; иначе говоря законодатель примѣняетъ къ нему тѣ же мѣры, какъ и къ лицу, надъ которымъ уже тяготѣетъ судебный залогъ, т.-е. принимаетъ фикцію. Во-вторыхъ, я говорю, что фикція облегчаетъ анализъ правоотношенія, а мнѣ возражаетъ проф. Васьковскій: не фикція облегчаетъ анализъ, а сходство, аналогія изслѣдуемаго явленія съ другимъ уже изслѣдованнымъ и извѣстнымъ. Да, сходство облегчаетъ анализъ, но сходство-то установлено путемъ фикціи. Фикція есть уподобленіе — одно явленіе уподобляется другому, первое въ дѣйствительности вовсе не подобно второму, подобіе это установляется искусственно путемъ фикціи. Если это подобіе назвать сходствомъ, то конечно это искусственно установленное сходство облегчаетъ анализъ. Въ нашемъ случаѣ отношеніе между кредиторомъ и должникомъ до установленія судебнаго залога уподобляется отношенію ихъ по установленіи этого залога. Въ дѣйствительности этого подобія нѣтъ, оно установлено путемъ фикціи; явленія разсматриваются, если угодно, какъ сходныя. Фикція и подобіе или сходство не исключаютъ другъ друга, первое есть условіе, второе цѣль. Анализъ облегчаетъ подобіе, сходство устанавливается путемъ фикціи. Въ-третьихъ, я ссылаюсь на двухъ ученыхъ, также допускающихъ фикцію, подобную мною принятой; проф. Васьковскій говоритъ, что это ничего не доказываетъ. Согласенъ, но вѣдь это дополнительный, третьестепенный аргументъ, приведенный лишь съ цѣлью показать, что въ моей фикціи нѣтъ ничего исключительнаго, незауряднаго.

номъ смыслѣ, то, конечно, вопросъ о томъ, когда она наступаетъ, рѣшается на основаніи общихъ правилъ того или другого законодательства, опредѣляющаго условія и моментъ вступленія судебнаго рѣшенія въ исполнительную силу; тамъ же опредѣляются и условія т.-наз. предварительнаго исполненія. Можно ли считать требованіе обладающимъ исполнительною силою, когда по нему состоялось рѣшеніе, подлежащее предварительному исполненію? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить утвердительно, но не безусловно. Рѣшеніе обладаетъ исполнительною силою, но сила эта лишь можетъ быть у него отнята путемъ замѣны его другимъ рѣшеніемъ, постановленнымъ высшимъ судомъ; это обстоятельство, конечно, не ослабляетъ исполнительной силы рѣшенія, не заставляетъ отрицать его силы, а даетъ лишь основаніе принять извѣстныя мѣры къ охраненію интереса отвѣтчика, напр. cautio de restituendo. По отношенію къ праву опровергать акты, если рѣшеніе по требованію, принадлежащему кредитору, подлежитъ лишь предварительному исполненію, надо тоже установить извѣстныя охранительныя мѣры въ интересѣ противной стороны, на случай поворота. Мѣры эти могутъ быть различны, а именно: во-1-хъ, судъ долженъ пріостановить исполненіе рѣшенія по иску объ уничтоженіи акта до момента полнаго вступленія рѣшенія по главному требованію кредитора въ законную силу, т.-е. до признанія за этимъ требованіемъ безповоротной исполнительной силы, иначе говоря, онъ долженъ суспендировать самое исполненіе. Таковую мѣру принялъ германскій законъ 1879 г. (§ 10). Но противъ этого могутъ быть дѣлаемы и дѣлаются существенныя возраженія: a) создается новый случай, когда осложняются и видоизмѣняются условія исполнительной силы рѣшенія, т.-е. создаются условныя рѣшенія, какъ нѣчто совершенно исключительное, отъ чего именно въ данномъ случаѣ едвали можно ожидать полезныхъ результатовъ; b) такъ какъ срокъ для обращенія предварительной исполнительной силы въ окончательную не можетъ быть положенъ (если подана апелляціонная жалоба), то вслѣдствіе замедленій и затяжекъ въ процессѣ между кредиторомъ и должникомъ третье лицо можетъ долго находиться въ неопредѣленности относительно своей обязанности къ возврату имущества и объема этой обязанности [1]); c) отмѣна рѣшенія, по которому послѣдовало предварительное исполненіе, можетъ причинить отвѣтчику по иску объ уничтоженіи акта мно-

[1]) Kranichfeld, Gesetz betref. die Anfechtung von Rechtshandl. eines Schuldners ausserhalb des Konk. S. 50, p. 6.

жество совершенно напрасныхъ затрудненій; такъ какъ по иску этому состоялось рѣшеніе, хотя и не подлежащее исполненію, но влекущее извѣстныя послѣдствія, то по отмѣнѣ рѣшенія по главному иску (между кредиторомъ и должникомъ) послѣдствія эти придется устранить. Такъ, если въ ипотечную книгу внесена предварительная отмѣтка, то она должна быть уничтожена; или если рѣшеніемъ по иску объ уничтоженіи акта уничтожена цессія, то это послѣдствіе можетъ быть устранено лишь путемъ иска къ кредитору [1]). 2) Вторая изъ предлагаемыхъ мѣръ болѣе эластична: кредиторъ, имѣющій рѣшеніе, подлежащее предварительному исполненію, можетъ предъявить искъ объ уничтоженіи акта, но судъ можетъ пріостановить дѣло до вступленія рѣшенія въ полную исполнительную силу [2]); это должно быть предоставлено его усмотрѣнію; руководиться онъ долженъ индивидуальными особенностями отдѣльнаго случая [3]). Принципъ въ этомъ случаѣ остается въ полной неприкосновенности.

Итакъ, требованіе кредитора должно быть признано рѣшеніемъ, обладающимъ исполнительной силой. Съ точки зрѣнія принятой нами теоріи объяснить себѣ необходимость этого условія весьма легко. Если право опроверженія акта есть средство взысканія, то прежде чѣмъ не наступили условія послѣдняго, а къ таковымъ прежде всего принадлежитъ исполнительная сила рѣшенія—было бы непослѣдовательно обращаться и къ этому вспомогательному средству [4]). Съ нашей точки зрѣнія праву судебнаго залога придается обратная сила—кредиторъ долженъ обладать дѣйствительнымъ правомъ судебнаго залога, чтобы въ его интересѣ этому праву могла быть придана обратная сила. Но независимо отъ этого соображенія, въ пользу разсматриваемаго условія есть и другія, приводимыя и противниками теоріи исполнительной силы рѣшенія. Такъ, во-1-хъ, если, при взысканіи, для отобранія у самого должника вещей, находящихся въ его обладаніи, требуется рѣшеніе, обладающее исполнительною силою, то отобраніе для этой же цѣли вещей, не находящихся болѣе въ его рукахъ, безъ наличности такового рѣшенія было бы невозможно [5]). Во-2-хъ, рѣшеніемъ суда лишь могутъ быть опредѣ-

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 191—192.

[2]) Ibid., l. c. также Jaeckel, н. с., стр. 196.

[3]) Фёльдерндорфъ (н. с., стр. 126) противъ этого; по его мнѣнію, неудобство условнаго рѣшенія можетъ быть устранено исковымъ порядкомъ. Противъ этого никто не споритъ, но въ этомъ-то и состоитъ неудобство.

[4]) См. Menzel, н. с., стр. 42, пр. 3.

[5]) Völderndorf, н. с., стр. 30.

лены предѣлы права кредитора при опроверженіи акта—онъ можетъ осуществить его только въ тѣхъ границахъ, въ коихъ за нимъ признано право рѣшеніемъ, обладающимъ исполнительной силой [1]). Въ-3-хъ, до воспріятія рѣшеніемъ по данному требованію исполнительной силы, отношеніе между кредиторомъ и должникомъ не настолько выяснилось, чтобъ давать основаніе опровергать формально дѣйствительный актъ и вызывать для посторонняго лица связанныя съ этимъ неудобства [2]). Одинъ лишь ученый, именно Отто [3]), высказывается противъ этого условія уничтоженія актовъ. Онъ не видитъ необходимости въ возведеніи исполнительной силы акта съ процессуальной стороны въ условіе опроверженія актовъ. Онъ не отрицаетъ нѣкотораго значенія этого условія, а именно: рѣшеніемъ, обладающимъ исполнительной силой, облегчается доказываніе того, что у кредитора имѣется требованіе противъ должника, а доказательство несуществованія этого требованія возлагается на должника. Другого значенія это условіе, по его мнѣнію, имѣть не можетъ. Соображенія его суть слѣдующія: 1) право кредитора на удовлетвореніе совершенно одинаково нарушено, будетъ ли оно обладать исполнительною силою или нѣтъ; онъ совершенно одинаково страдаетъ даже въ томъ случаѣ, когда и не намѣревается осуществить свое право. Это соображеніе не убѣдительно, оно лишь вытекаетъ изъ основныхъ положеній данной теоріи [4]) и съ ея точки зрѣнія имѣетъ нѣкоторое значеніе. Кто же станетъ, защищая необходимость судебноисполнительной силы требованія, утверждать, что, благодаря этой силѣ, кредиторъ менѣе страдаетъ въ своемъ правѣ. 2) Юридическая природа права опроверженія актовъ вовсе не зависитъ отъ того, будетъ ли взысканіе произведено въ болѣе или менѣе отдаленномъ будущемъ — право это лишь очищаетъ путь къ взысканію. Противъ этого надо замѣтить, что юридическая природа изслѣдуемаго права, конечно, не можетъ зависѣть отъ времени взысканія—она опредѣляется юридическою возможностью взысканія; нѣтъ условій взысканія, нѣтъ и этого права; разъ данное обстоятельство является условіемъ взысканія, оно является и условіемъ этого права, кладущимъ свой отпечатокъ на юридическую природу его; къ числу этихъ условій относится и исполнительная сила требованія и много другихъ, напр., годность вещи какъ объекта взысканія — это условіе и взысканія (съ нашей

[1]) Korn, н. с., стр. 16.
[2]) Cosack, н. с., стр. 35—36. Menzel, н. с., стр. 42.
[3]) Otto, н. с., стр. 238.
[4]) Cosack, н. с., стр. 36, пр. 2.

точки зрѣнія судебнаго права залога) и права опроверженія актовъ. 3) Нѣтъ основанія заставлять кредитора добиваться исполнительнаго титула въ тѣхъ случаяхъ, когда третье лицо, контрагентъ должника, не отрицаетъ существованія своего требованія. Это замѣчаніе практическаго свойства, но, дѣлая его, упускаются изъ виду практическія соображенія другого рода. Если и не требовать предъявленія исполнительнаго титула, то сами кредиторы, въ ожиданіи различныхъ возраженій со стороны противника, заручатся этимъ титуломъ: ясность и несомнѣнность отношеній между кредиторомъ и должникомъ одно изъ основныхъ требованій — если кредиторъ, обращаясь къ третьему, съ цѣлью опроверженія акта, желаетъ добиться благопріятнаго для себя рѣшенія суда. 4) Представленіе исполнительнаго титула вовсе не является гарантіей тому, что по окончаніи процесса объ уничтоженіи акта кредиторъ воспользуется этимъ титуломъ для возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія. Противъ этого надо замѣтить, что для кредитора недостаточно одного того, что актъ уничтоженъ; когда онъ уничтоженъ, какъ говоритъ Козакъ, очищается путь для возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія; самое же возвращеніе совершается не на основаніи рѣшенія по иску объ уничтоженіи акта, а на основаніи рѣшенія по иску кредитора къ должнику — кредиторъ, буде онъ пожелаетъ исполненія, непремѣнно воспользуется этимъ титуломъ; гарантіей тому является именно то, что онъ сошлется на титулъ, имѣя серьезное намѣреніе осуществить свое право до конца. Въ виду этихъ возраженій понятно, что мнѣніе Отто никѣмъ не было принято; даже опровергать его не считали нужнымъ [1]). Но противъ судебно-исполнительной силы требованія, какъ условія права кредитора опровергать актъ, можетъ быть сдѣлано другое возраженіе, съ точки зрѣнія легислятивной. Нѣтъ надобности вносить его въ законъ, ибо это условіе, такъ сказать, выводное; выводится оно изъ другого безусловно необходимаго (какъ показано будетъ ниже) требованія: безуспѣшности взысканія, произведеннаго кредиторомъ изъ имущества должника. Разъ требуется „безуспѣшность“ взысканія, то этимъ уже сказано, что требованіе кредитора должно обладать судебно-исполнительною силою, хотя бы онъ фактически не пытался приступить ко взысканію въ виду несомнѣнной безуспѣшности его.

Что касается исполнительной силы требованія со стороны матеріально-правовой, то она имѣетъ свои основанія: во-1-хъ,

---

[1]) Слабыя возраженія Корна въ счетъ не идутъ, см. Korn, н. с., стр. 19

нельзя говорить о правѣ кредитора на удовлетвореніе, о нарушеніи этого права и о причиненіи кредитору вреда, пока не наступилъ срокъ или не осуществилось условіе (conditio) его требованія [1]); во-2-хъ, такъ какъ невозможно взысканіе до этого времени, то невозможно пользоваться и вспомогательнымъ его средствомъ и въ-3-хъ, если кредиторъ не можетъ до наступленія срока или осуществленія условія обратить взысканіе на имущелтво должника, то было бы несправедливо предоставлять это право по отношенію къ третьему [2]). Эти положенія безспорны; спорятъ сишь о томъ, какое значеніе придавать матеріальноправовой исполнительной силѣ требованія — значеніе условія возникновенія права кредитора опровергать актъ или условія его осуществленія. Разногласіе весьма существенное; если оно условіе возникновенія, то до наступленія срока требованія и осуществленія условія, т. е. при условныхъ рѣшеніяхъ по данному требованію, нельзя предъявить иска объ уничтоженіи акта; если же это условіе осуществленія, то искъ можетъ быть предъявленъ и рѣшеніе постановлено, но исполнительная сила его суспендируется до наступленія срока или осуществленія условія. За послѣднее мнѣніе высказывается Фёльдерндорфъ [3]), но согласиться съ нимъ невозможно, ибо, повторяемъ, кредитору нельзя предоставить болѣе правъ по отношенію къ третьему лицу—противнику по иску объ уничтоженіи акта,—чѣмъ по отношенію къ должнику; если онъ, наприм., добился рѣшенія суда о присужденіи ему права на періодическіе платежи или права на сумму денегъ въ случаѣ выдачи вещи и т. п. и рѣшеніе вступило въ силу, то до наступленія сроковъ платежей или до выдачи вещи онъ не въ правѣ требовать исполненія; точно такъ же не въ правѣ онъ предъявить иска объ уничтоженіи акта—еще неизвѣстно, быть можетъ, должникъ произведетъ платежъ или выдастъ вещь или взысканіе по наступленіи срока или осуществленіи условія и не окажется безуспѣшнымъ. Если же смотрѣть на матеріально-правовую исполнительную силу требованія, какъ на условіе осуществленія права опровергать актъ, то придется допустить постановленіе условнаго по иску рѣшенія и выйдетъ, что одно условное рѣшеніе вызвало другое, тоже условное. Осложненіе совершенно излишнее и вызывающее обременительныя послѣдствія для третьяго лица (см. стр. 32—35).

---

[1]) Otto, н. с., стр. 237.

[2]) Kranichfeld, н. с., стр. 17—18.

[3]) Völderndorf, н. с., стр. 34.

И противъ этого условія мы можемъ сдѣлать то же возраженіе, что̀ и противъ „судебно-исполнительной силы требованія кредитора“—оно разумѣется само собой и съ легислятивной стороны цѣны не имѣетъ [1]). Если требуется „безуспѣшность взысканія“, то для удовлетворенія этому условію необходимо, чтобы требованіе кредитора было исполнимо во всѣхъ смыслахъ этого слова.

2. Наличность точно опредѣленнаго денежнаго требованія. О необходимости точной опредѣленности требованія—нечего распространяться. Это основное требованіе взысканія изъ наличнаго имущества должника; оно же распространяется на взысканіе будущее, въ формѣ возврата вещи въ число объектовъ послѣдняго, возврата, наступающаго послѣ рѣшенія дѣла по иску объ уничтоженіи акта [2]). Болѣе затрудненій представляетъ вопросъ о денежномъ требованіи. Если исходить изъ того, что практическій результатъ иска объ уничтоженіи акта есть возвращеніе имущества въ число объектовъ взысканія и что, слѣдовательно, имущество не переходитъ ни къ должнику, ни къ вѣрителю, а становится предметомъ исполненія рѣшенія, то требованіе кредитора не можетъ заключаться ни въ правѣ на индивидуально опредѣленную вещь, ни на то или другое количество (замѣнимыхъ) вещей того или другого рода. Допустить предъявленіе кредиторомъ иска объ уничтоженіи акта, когда его требованіе такъ индивидуализировано, значило бы совершенно извратить занимающій насъ институтъ и признать, что при посредствѣ этого иска кредиторъ желаетъ получить вещь, на которую онъ имѣетъ какое-то право. Кредиторъ пользуется этимъ искомъ только для цѣлей взысканія, а не для полученія имущества въ свое обладаніе. Взысканіе оказалось безуспѣшнымъ; вслѣдствіе этого, путемъ иска объ уничтоженіи, онъ добивается лишь, чтобы то, что̀ ранѣе было невозможно, стало возможнымъ, т.-е. ничего иного, какъ взысканія. Съ нашей точки зрѣнія онъ только осуществляетъ право судебнаго залога, т.-е. право свое на цѣнность, на стоимость имущества, а не на самое имущество или отдѣльныя части его—не на его субстанцію. Въ виду этого, искомъ объ уничтоженіи акта можетъ воспользоваться только кредиторъ, имѣющій денежное требованіе; результатомъ взысканія только и можетъ быть врученіе извѣстной суммы денегъ, не въ смыслѣ суммы, которая должна перейти въ составъ его имуще-

---

[1]) Völderndorf, н. с., стр. 34.

[2]) Ibid., стр. 35. Hartmann, н. с., стр. 62.

ства, а суммы, благодаря врученію коей погашается его право на денежный платежъ [1]). Это мнѣніе, однако, нельзя считать господствующимъ. Противоположное наиболѣе обстоятельно развито Іекелемъ [2]). По его мнѣнію, наличность у кредитора денежнаго требованія—общее правило, по исключенію же требованіе его можетъ заключаться въ правѣ на индивидуально опредѣленную вещь, на извѣстное количество замѣнимыхъ вещей. Іекель не видитъ достаточныхъ основаній не предоставлять и въ этихъ случаяхъ кредитору иска объ уничтоженіи акта. Аргументы, имъ приведенные, сводятся къ двумъ: 1) право кредитора на удовлетвореніе одинаково нарушено, будетъ ли онъ имѣть право на денежную сумму, или на вещь, опредѣленную индивидуальными или родовыми признаками, и 2) для предъявленія этого иска достаточно, чтобы имѣлись такія средства удовлетворенія, которыя перешли отъ должника къ третьему лицу (или остались у послѣдняго, не переходя къ должнику). Оба эти аргумента не состоятельны. Противъ перваго надо замѣтить, что положеніе это вовсе не такого свойства, чтобы его можно было приводить въ видѣ аргумента; не приводится никакихъ доказательствъ тому, что нарушеніе всякаго права на удовлетвореніе даетъ основаніе иску объ уничтоженіи акта—мы, наоборотъ, думаемъ, что не всякаго, а только такого, которое имѣетъ своимъ предметомъ денежную сумму, именно потому, что цѣль иска вовсе не предоставленіе кредитору той или другой вещи, опредѣляемой тѣми или другими признаками, а возвращеніе вещи въ число объектовъ взысканія и врученіе ему денежной суммы. Второй аргументъ содержитъ въ себѣ незаконченное положеніе—наличность не всякаго рода средствъ удовлетворенія, перешедшихъ отъ должника къ третьему лицу, даетъ основаніе иску объ уничтоженіи акта, а лишь средствъ, могущихъ быть объектами взысканія, и если рѣчь идетъ о вещахъ, то—вещей, могущихъ быть проданными, дабы вырученная сумма была вручена взыскателю; врученіе вещи, непосредственно, будетъ не взысканіемъ, а особымъ способомъ исполненія рѣшенія: передачею вещи натурою—для достиженія чего служитъ не искъ объ уничтоженіи акта, а другіе иски—rei vindicatio, искъ объ исполненіи обязательства и т. п. Іекель не видитъ основаній, почему не предоставить кредитору, имѣющему по договору право

[1]) Korn, н. с., стр. 2. Völderndorf, н. с., стр. 35. Menzel, н. с., стр. 33.

[2]) Cosack, н. с., стр. 40; въ нѣкоторомъ противорѣчіи со стр. 266. Jaeckel, н. с., стр. 178—180. Hartmann, н. с., стр. 62. Otto, н. с., стр. 239. Hartzfeld, н. с., S. 493.

на 10 центнеровъ ржи средняго качества, право уничтожить договоръ продажи, по которому эти 10 центнеровъ перешли къ третьему лицу, и требовать передачи ему ржи. На это можно возразить: во-1-хъ, искъ объ уничтоженіи акта въ этомъ случаѣ не пригоденъ, ибо путемъ его не осуществляется право собственности кредитора на данное имущество, не переходитъ вещь въ составъ имущества кредитора; требуя же 10 центнеровъ, кредиторъ требуетъ свое или то, что̀ должно стать его имуществомъ, онъ именно добивается перехода имущества въ составъ своего имущества и, во-2-хъ, для удовлетворенія интереса кредитора служатъ другія средства; если, по смыслу даннаго законодательства, право собственности на проданное имущество переходитъ къ покупщику въ моментъ заключенія договора, то кредиторъ предъявляетъ къ третьему rei vindicatio съ цѣлью возврата вещи; если право собственности переходитъ къ покупщику лишь послѣ передачи, то кредиторъ можетъ предъявить къ должнику или искъ объ исполненіи обязательства, если это допустимо, или же искъ объ уплатѣ интереса и уже къ третьему лицу обратиться съ требованіемъ 10 центнеровъ ржи не можетъ. Если же разъ должникъ удовольствуется не рожью натурою, а цѣною ея, то, конечно, ему не возбраняется предъявить къ продавцу денежное требованіе, равное стоимости 10 центн. ржи, и если у послѣдняго имущества не окажется, то онъ можетъ требовать уничтоженія акта, указавъ на то, что третье лицо имѣетъ рожь, которую и надо обратить въ объектъ взысканія, т.-е. продать и деньги вручить кредитору. Въ виду этихъ соображеній мы считаемъ это мнѣніе безусловно неправильнымъ.

3. Наличность требованія, возникшаго ранѣе акта, совершеннаго въ ущербъ кредитору. Это условіе, впервые указанное римскимъ юристомъ Марцелломъ [1]), выставляется преимущественно французскою доктриною, находящеюся какъ бы подъ вліяніемъ кодекса; послѣдній требуетъ, чтобы актъ, совершенный должникомъ, нарушалъ „права“ кредитора [2]), а пока этихъ правъ еще нѣтъ, т.-е. пока нѣтъ у должника кредиторовъ, акты, по своимъ послѣдствіямъ вредящіе будущимъ кредиторамъ, сими послѣдними уничтожены быть не могутъ [3]). Но французская доктрина, не связанная безусловно кодексомъ, допускаетъ

[1]) Подробности см. у Grützman'a въ н. с., стр. 12—21, 40—44. Hasenbalg, Zur Lehre von der actio Pauliana, стр. 34—38.

[2]) Art. 1167. C. c.

[3]) У насъ этотъ взглядъ поддерживаетъ Карницкій, н. с., стр. 19, не допуская изъ общаго правила никакихъ исключеній.

подъ вліяніемъ жизненныхъ требованій отступленіе отъ этого общаго правила въ тѣхъ случаяхъ, когда актъ былъ совершенъ именно съ намѣреніемъ лишить будущихъ кредиторовъ удовлетворенія; напр., торговецъ тайно отъ кредиторовъ продалъ свое торговое заведеніе, вступивъ въ сдѣлку съ посторонними лицами, довѣряющими ему лишь въ предположеніи, что онъ владѣлецъ торговаго заведенія; здѣсь несмотря на то, что актъ былъ совершенъ должникомъ ранѣе возникновенія требованія его кредитора, опроверженіе должно быть допущено [1]). Нѣмецкая доктрина выставляетъ обратный принципъ—она прямо отрицаетъ необходимость совершенія акта позднѣе сравнительно съ возникновеніемъ отношенія между кредиторомъ и должникомъ [2]), т.-е. если имѣются въ наличности всѣ условія опроверженія акта, то взаимное отношеніе моментовъ возникновенія двухъ актовъ не имѣетъ значенія. Общихъ соображеній въ пользу этого безразличія приводится не мало: 1) совершеніе опровергаемаго акта ранѣе требованія кредитора не препятствуетъ тому, чтобы въ данномъ случаѣ признать, что кредитору актомъ причиненъ ущербъ и что должникъ имѣлъ намѣреніе причинить таковой; наличность ущерба удостовѣряется тѣмъ, что во время взысканія у должника не оказалось средствъ удовлетворенія; намѣреніе же можетъ сказаться въ томъ, что должникъ еще ранѣе составилъ себѣ планъ, какимъ образомъ въ будущемъ лишить кредиторовъ удовлетворенія и раньше возникновенія требованія совершилъ актъ [3]); 2) когда кредиторъ производитъ взысканіе, то никому и въ голову не приходитъ спрашивать, владѣлъ ли должникъ данною вещью во время возникновенія требованія или нѣтъ,—онъ имѣетъ право обратить въ объектъ взысканія всякое имущество должника; и если та или другая вещь отчуждена, то онъ имѣетъ право требовать возврата ея и уже въ этотъ моментъ нѣтъ основанія внезапно возбуждать вопросъ, когда кто сталъ кредиторомъ [4]). 3) По мнѣнію Іекеля, этого сторонника деликтной теоріи, современное право, видя правонарушеніе въ обманномъ дѣйствіи должника самомъ по себѣ и предполагая лишь, что слѣдствіемъ этого дѣйствія было причиненіе ущерба кому-либо изъ кредиторовъ, не требуетъ, чтобы обманъ былъ направленъ противъ того

---

[1]) Laurent, н. с., № 462. Naquet, н. с., 120. Capmas, н. с., 76.

[2]) Не говоря уже объ австрійскихъ ученыхъ, которые комментируютъ § 32 закона 16 марта 1884 г. Menzel, н. с., стр. 40—41. Kaserer, н. с., стр. 100—104. Steinbach, н. с., стр. 126—128.

[3]) Korn, н. с., стр. 205.

[4]) Kaserer, н. с., стр. 104.

или другого изъ нихъ; не придается значенія и нарушенію довѣрія кредиторовъ, проявляющемуся въ томъ, что должникъ лишаетъ ихъ удовлетворенія изъ имущества, на которое они разсчитывали во время возникновенія ихъ требованія; актъ, совершенный должникомъ еще до возникновенія требованія, имѣетъ въ себѣ самомъ „зародышъ своего оспариванія“—лежитъ онъ въ объективной безнравственности дѣйствія [1]). Противъ этого соображенія Іекеля можно сдѣлать не мало возраженій, но мы приводимъ его не для этой цѣли, а лишь чтобы показать, что и сторонники деликтной теоріи высказываются противъ возведенія указаннаго требованія въ непремѣнное условіе уничтоженія акта; по справедливому замѣчанію Менцеля требованіе это послѣдовательно вытекаетъ изъ положеній деликтной теоріи [2]). 4) Не лишено значенія и чисто легислятивное замѣчаніе Консбруха: если признать за кредиторомъ право опровергать лишь акты, совершенные послѣ возникновенія его требованія, то акты эти будутъ писаться заднимъ числомъ и законъ, направленный противъ обмановъ, лишь откроетъ имъ болѣе широкое поле [3]). Наконецъ, 5) съ точки зрѣнія нашей теоріи, мы можемъ объ этомъ вопросѣ сказать то же, что̀ сказалъ Менцель съ точки зрѣнія своей, а именно, что моментъ совершенія акта, до или послѣ возникновенія требованія кредитора—безразличенъ. Мы признаемъ субъектомъ права опроверженія актовъ должника не кредитора вообще, а кредитора-взыскателя; разъ онъ взыскатель и имѣются въ наличности условія для приданія праву судебнаго залога обратной силы, уже неумѣстенъ вопросъ о моментѣ, съ какого онъ сталъ кредиторомъ.

Но противъ германской теоріи можетъ быть сдѣлано одно, повидимому, разрушающее возраженіе—она опасна съ точки зрѣнія интересовъ гражданскаго оборота: колеблется прочность гражданскихъ сдѣлокъ; никто, вступивъ давно уже въ сдѣлку, не можетъ быть спокоенъ, что, хотя бы до истеченія давностнаго срока, не явится недавній кредиторъ и не разрушитъ сдѣлки; не гарантируетъ въ этомъ случаѣ самая образцовая осторожность и предусмотрительность; я пять лѣтъ тому назадъ продалъ или подарилъ домъ, сдѣлавъ это въ цвѣтущую пору матеріальнаго моего благосостоянія, затѣмъ, въ этомъ году занялъ извѣстную сумму и оказался неисправнымъ—является мой кредиторъ и раз-

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 14—35.

[2]) Menzel, н. с., стр. 41.

[3]) Cohnsbruch. Ueber die Befugniss der Konkurs-Gläubiger zur Anfechtung. S. 38.

рушаетъ купчую или дареніе. Это было бы дѣйствительно ужасно, если бы сторонники этой теоріи не имѣли въ виду двухъ гарантирующихъ средствъ: 1) необходимость при возмездныхъ сдѣлкахъ доказательства намѣренія должника причинить ущербъ кредитору и извѣстность этого намѣренія со стороны контрагента и 2) при безмездныхъ сдѣлкахъ, — которыя могутъ быть опровергаемы безотносительно къ тому, имѣлъ ли должникъ намѣреніе причинить ущербъ (послѣднее всегда предполагается) — установленіе очень короткаго срока для осуществленія права опровергать актъ. Что касается перваго, то случаи опроверженія актовъ, благодаря необходимости доказывать animus fraudandi должника и conscientia fraudis третьяго, всегда будутъ исключительными и вполнѣ раціональными — для гражданскаго оборота никакой опасности они не представляютъ; если никакой причинной связи между актомъ, подлежащимъ опроверженію, и требованіемъ кредитора нѣтъ, то и актъ сохраняетъ свою силу; причинная же связь имѣетъ мѣсто тогда, когда наступившая невозможность удовлетворенія кредитора входила въ намѣреніе должника, совершившаго данный актъ. Если должникъ, совершая актъ, не имѣлъ и не могъ имѣть въ виду лишенія своихъ будущихъ кредиторовъ удовлетворенія, то актъ не можетъ быть опровергнутъ. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно быть установлено это намѣреніе должника, хотя въ наукѣ полнаго единогласія относительно детальнаго содержанія этого намѣренія не существуетъ; такъ, Корнъ [1]) и Кранихфельдъ [2]) требуютъ, чтобы было доказано, что должникъ совершилъ актъ, умаляющій его имущество, именно съ цѣлью надѣлать долговъ и оставить кредиторовъ безъ удовлетворенія. Кранихфельдъ даже требуетъ, чтобы должникъ поставилъ себѣ цѣлью лишить удовлетворенія или кредиторовъ вообще, или опредѣленныхъ кредиторовъ; въ послѣднемъ случаѣ другіе кредиторы, кромѣ этихъ опредѣленныхъ, уже не могутъ опровергать акта. Противъ такого смысла „намѣренія“ справедливо высказывается Гартманъ; по его мнѣнію, вполнѣ достаточно, если установлено, что должникъ сознавалъ, что, совершая актъ, онъ лишаетъ будущихъ кредиторовъ удовлетворенія [3]); требовать болѣе субъективной причинной связи между актомъ должника и ущербомъ, причиненнымъ кредитору, т.-е. чтобы актъ былъ совершенъ именно для причиненія этого ущерба вообще или опре-

[1]) Korn, н. с., стр. 205—206.
[2]) Kranichfeld, н. с., стр. 23, п. 9.
[3]) Hartmann, н. с., стр. 76—77, 84—85.

дѣленному кредитору, не представляется надобности — это вызоветъ совершенно напрасныя стѣсненія кредитора въ его правѣ опровергать акты должника. Ни Корнъ, ни Кранихфельдъ никакихъ доказательствъ устанавливаемыхъ ими ограниченій не приводятъ. Но какъ бы то ни было, требованіе наличности animus fraudandi достаточно гарантируетъ отъ наступленія неудобствъ разсматриваемаго условія. Что касается безмездныхъ актовъ, то тамъ этого гарантирующаго средства нѣтъ; законодательства, допускающія опроверженія этихъ актовъ bonae fidei, устанавливаютъ и срокъ, въ теченіе коего они могутъ быть опровергнуты [1]); не будь этого срока, можно было бы съ совершенною легкостью опровергать всѣ дарственные акты, когда-либо совершенные должникомъ, признавъ ихъ убыточными для кредитора, хотя бы они и были совершены sine animo fraudandi; если же установленъ краткій срокъ, и тѣмъ какъ бы предполагается, что дареніе совершено cum animo fraudandi [2]), то опасности для прочности гражданскаго оборота никакой ожидать нельзя.

II. Условія на сторонѣ должника.

1. Отсутствіе у должника имущества для удовлетворенія кредитора. Это условіе столь понятно, что доказывать его необходимость едва-ли представляется надобность. Если у должника имѣется имущество для удовлетворенія кредитора, т.-е. имѣются объекты взысканія, то незачѣмъ обращаться къ вещамъ, перешедшимъ въ составъ имущества третьяго лица и извлекать ихъ оттуда путемъ иска объ уничтоженіи акта. Но насколько понятна необходимость этого условія, настолько затрудненій вызываетъ вопросъ о томъ, когда именно можно признать это отсутствіе имущества и какъ его установить въ конкретныхъ случаяхъ? Отвѣтъ на это дается одинъ: когда взысканіе не привело къ удовлетворенію кредитора. А когда взысканіе не приводитъ къ удовлетворенію кредитора? Когда у должника нѣтъ имущества и т. д. Словомъ, получается circulus vitiosus. Избѣжать его можно, поступивъ такъ, какъ Отто [3]) это дѣлаетъ: онъ видитъ въ фактѣ безуспѣшности взысканія, имѣющемъ вполнѣ реальное бытіе, предположеніе о состояніи имущества должника, какъ о

---

[1]) Германскій (§ 3) и австрійскій зак. (§ 30 II, I) устанавливаютъ годовой срокъ.

[2]) Völderndorf, н. с., стр. 68.

[3]) Otto, н. с., стр. 236.

фактѣ отвлеченно представляющемся; а именно: если взысканіе не привело къ желательному результату, то можно предположить, что у должника нѣтъ имущества, необходимаго для удовлетворенія кредитора. Если ставить такъ вопросъ, то отвѣтъ на него должно дать процессуальное законодательство. Взысканіе тогда не приводитъ къ желательному результату, когда у должника не оказалось годныхъ съ точки зрѣнія законодательства объектовъ взысканія. Такая постановка вопроса именно требуется теоріей исполнительной силы рѣшенія. Если у должника имѣется движимое имущество, включая туда и требованія на другихъ лицъ, или недвижимое, то пока это имущество дѣйствительно имѣется, если цѣнность его не исчерпана, нельзя должника считать не обладающимъ имуществомъ для удовлетворенія кредиторовъ. Если имущество или неправомѣрно отчуждено, или не востребовано, иначе — находится у третьихъ лицъ, то оно само по себѣ, конечно, не является объектомъ взысканія; исполнительный органъ не въ правѣ, по указанію кредитора, подвергнуть его судебному залогу — для этого нужно рѣшеніе по иску объ уничтоженіи акта, путемъ коего имущество оказалось у третьяго лица. Слѣдовательно, только тогда можно признать отсутствіе у должника имущества, когда у него не оказалось годныхъ объектовъ взысканія. Если проводить послѣдовательно эту точку зрѣнія, не вдаваясь въ тонкія характеристики состоянія имущества,—въ чемъ слѣдуетъ упрекнуть германскихъ ученыхъ, — то по истинѣ чудовищными, до крайности расширяющими права кредитора, представятся воззрѣнія такихъ ученыхъ, какъ Корнъ [1]) и Іекель [2]). Первый, исходя изъ того, по существу, вѣрнаго взгляда, что кредиторъ искомъ объ уничтоженіи акта добивается денежнаго платежа, полагаетъ, что право кредитора уже тѣмъ нарушено, что въ имуществѣ должника не найдено денегъ на удовлетвореніе взысканія; нарушеніе именно является таковымъ потому, что должникъ не имѣетъ права устранять однѣ части своего имущества, оставлять другія по своему выбору и какъ бы указывать на нихъ, какъ на объекты взысканія; при взысканіи право выбора вещей можетъ принадлежать развѣ кредитору. Въ виду этого взысканіе должно почитаться безуспѣшнымъ и кредиторъ получаетъ право требовать уничтоженія акта, если у должника не оказалось наличныхъ денегъ. Независимо отъ того, если признать условіемъ опроверженія акта отсутствіе какого-либо имуще-

[1]) Korn, н. с., стр. 20—26.
[2]) Jaeckel, н. с., стр. 36—44.

ства, то это до крайности затруднитъ кредитора въ дѣлѣ доказыванія и судъ—въ признаніи доказанности именно этого отсутствія объектовъ взысканія; нѣтъ основанія и переносить тяжесть доказыванія на отвѣтчика (третье лицо) того, что у должника еще имѣется имущество для взысканія. Противъ этого Iессъ [1]) приводитъ два весьма основательныхъ возраженія: 1) принявъ точку зрѣнія Корна, условіе о безуспѣшности взысканія лишается всякаго практическаго значенія: можно ли разсчитывать, чтобы при взысканіи у должника нашлись наличныя деньги; если бы онѣ у него были, то онъ или не довелъ бы дѣла до взысканія, или сумѣлъ бы ихъ скрыть, и 2) если цѣль уничтоженія акта не непосредственное удовлетвореніе кредитора, а созданіе возможности обратить взысканіе на вещи, находящіяся у противника, то, принявъ положеніе Корна, право это не можетъ быть предоставлено кредитору, пока въ составѣ имущества должника имѣются годные объекты взысканія; нѣтъ достаточнаго повода къ уничтоженію акта. Независимо отъ этихъ замѣчаній, нельзя не указать, во-1-хъ, на то, что положеніе Корна создаетъ явную несправедливость; отъ уничтоженія акта всегда страдающимъ является третье лицо, особенно если это принявшій даръ bona fide: ему придется возвратить полученное, несмотря на то, что у должника еще имѣются, если не деньги, то другія вещи, годные объекты взысканія. Во-2-хъ, извращается юридическій смыслъ всего института: кредиторъ имѣетъ судебное рѣшеніе, обладающее исполнительною силою; силѣ этой дается особенное, исключительное направленіе (какъ мы видѣли, обратное) лишь при невозможности дать ей нормальное, общее направленіе, иначе—пока еще есть возможность осуществленія дѣйствительнаго права судебнаго залога, до тѣхъ поръ обращаться къ фиктивному нѣтъ основанія. Въ-3-хъ, нельзя не указать и на странную аргументацію Корна: должникъ оказывается правонарушителемъ потому, что онъ воспользовался тѣмъ правомъ выбора вещей, какое принадлежитъ кредитору. Спрашивается: развѣ не та же самая, въ сущности, раздутая далеко не соотвѣтственно своему дѣйствительному значенію, узурпація должникомъ права кредитора (тоже сомнительнаго въ столь абсолютной формѣ) замѣчается и въ томъ случаѣ, когда отсутствіе имущества понимается, какъ отсутствіе наличныхъ денегъ? Должникъ отчудилъ свое имущество и тѣмъ, въ сущности, указалъ кредитору, что желаетъ, чтобы тотъ полу-

[1]) Jesz, Zum Reichsgesetz von 21 Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserh. des Konkurses въ Arch. f. d. civil. Praxis. B. 68, H. I, S. 44—46.

чилъ удовлетвореніе не изъ объектовъ, еще имѣющихся у него, а изъ уже отчужденныхъ? Въ 4-хъ, что касается затруднительности доказыванія и излишняго обремененія отвѣтчика доказательствомъ противнаго, то это замѣчаніе исходитъ изъ предположенія о дурной организаціи судебныхъ учрежденій; вопросъ о томъ, имѣются ли у должника объекты взысканія, подлежитъ свободной судейской оцѣнкѣ; гдѣ судъ формалистиченъ, тамъ, конечно, онъ не довольствуется самыми очевидными данными; примѣръ, приведенный Корномъ изъ практики, ничего не доказываетъ: кредиторъ говоритъ, что взысканіе съ движимаго имущества ни къ чему не привело, движимость давно продана за долги, посейчасъ имѣются предъявленные иски и т. п. Неужели этимъ нельзя довольствоваться? Если противникъ полагаетъ, что у должника еще есть имущество, то онъ можетъ заявить объ этомъ и доказать этотъ фактъ. Неужели все это такъ затруднительно? Конечно, при положеніи, которое создается теоріей Корна, вопросъ о доказываніи до нельзя упрощается, но это упрощеніе вовсе нежелательно и замѣняется оно такимъ положеніемъ вещей, которое вполнѣ нормально въ области гражданскаго процесса.

Іекель не столь крайняго мнѣнія, но и онъ полагаетъ, что недостаточность имущества должника должна быть признана при отсутствіи такихъ вещей, которыя могутъ быть быстро обращены въ деньги; если, наприм., послѣ безуспѣшнаго взысканія съ движимаго имущества у должника осталось недвижимое, то все-таки имѣется недостаточность имущества и кредиторъ можетъ опровергать актъ, совершенный должникомъ. Онъ идетъ, однако, еще далѣе: третье лицо и по его мнѣнію не въ правѣ возражать, что въ составѣ имущества должника имѣются еще объекты взысканія. Основываетъ онъ это на томъ, что кредиторъ долженъ имѣть прочное основаніе для своего права опровергать актъ; прочность эта подрывается, если третье лицо станетъ ему указывать на имущество, у должника находящееся — кредиторъ не можетъ знать, какія вещи входятъ въ составъ имущества должника. И противъ этого мнѣнія надо рѣшительно высказаться. Прежде всего, и противъ Іекеля можно сказать то же, что мы сказали противъ Корна—нѣтъ повода и основанія предоставлять кредитору право опровергать актъ, если въ составѣ имущества должника еще имѣются объекты взысканія. Затѣмъ, нѣтъ никакихъ основаній запрещать третьему указывать на объекты взысканія, имѣющіеся у должника [1]). Можно ли во имя какой-то прочности

[1]) Cosack, н. с., стр. 73.

правъ кредитора, достигаемой этимъ запрещеніемъ, разрушать актъ формально дѣйствительный, когда отвѣтчикъ указываетъ, какъ обойтись безъ этого, какъ достигнуть той же цѣли ординарнымъ средствомъ, т.-е. дополнительнымъ взысканіемъ изъ имущества, оказавшагося у должника. Запрещеніе это приводитъ къ тому, что изъ двухъ лицъ, дѣйствовавшихъ mala fide, страдаютъ оба, когда достаточно пострадать одному (должнику), а при mala fides одного должника болѣе страдающимъ окажется третье лицо, дѣйствовавшее bona fide.

Не признавая, такимъ образомъ, правильности устанавливаемаго Корномъ и Іекелемъ понятія отсутствія имущества у должника, мы полагаемъ, что предметомъ безуспѣшнаго взысканія должно быть все имущество должника [1]); если у него еще имѣются объекты взысканія, хотя бы и по указанію отвѣтчика, то кредиторъ не можетъ воспользоваться правомъ уничтоженія акта; пока у должника имѣются еще объекты взысканія, взысканіе нельзя считать окончившимся безуспѣшно [2]).

Но, понимая отсутствіе имущества, какъ отсутствіе объектовъ взысканія, въ самомъ широкомъ смыслѣ, мы допускаемъ, однако, по чисто практическимъ соображеніямъ два отступленія, т. е. допускаемъ предположеніе о безуспѣшности взысканія, хотя бы, во-1-хъ, взысканія, вообще или по данному требованію, произведено не было и, во-2-хъ, въ составѣ имущества должника числилась та или другая вещь, но вопросъ о принадлежности ему этой вещи оказался спорнымъ. Что касается перваго отступленія, то оно и съ точки зрѣнія нашей теоріи не представляетъ собою уклоненія отъ принципа — принципъ остается въ полной неприкосновенности; для установленія права судебнаго залога и приданія ему обратнаго дѣйствія, требуется рѣшеніе, обладающее исполнительною силою; иначе: требуется возможность взысканія, а не непремѣнно самое взысканіе; послѣднее можетъ быть завѣдомо безуспѣшно; тогда, конечно, незачѣмъ его и начинать. Кредиторъ можетъ привести рядъ фактовъ, изъ коихъ судъ можетъ убѣдиться, что онъ не видѣлъ никакой надобности въ самомъ взысканіи, такъ какъ, очевидно, оно ни къ чему бы не привело; заранѣе установить эти факты невозможно; они могутъ быть до крайности разнообразны, такъ: недавняя безуспѣшность взысканія по требованію другого кредитора, ничтожная стоимость имущества должника или обнаруженная негодность его,

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 70. Cosack, н. с., стр. 73—74.

[2]) Menzel, н. с., стр. 53. Hartmann, н. с., стр. 72.

какъ объекта взысканія, задолженность его, бѣгство должника и т. п. Въ этихъ случаяхъ, въ подтвержденіе отсутствія имущества, требовать указанія на безуспѣшность взысканія по данному долгу значило бы создавать для кредитора совершенно безцѣльныя затрудненія въ осуществленіи его права на уничтоженіе акта; тутъ кредитору должна быть предоставлена свобода въ предъявленіи доказательства, а суду — свобода въ оцѣнкѣ ихъ [1]). Опасности въ этомъ никакой видѣть нельзя, — конечно лишь при томъ условіи, чтобы и отвѣтчикъ (третье лицо) имѣлъ широкое право возраженія, т. е. указанія на то, что факты, приведенные кредиторомъ въ подтвержденіе безполезности и завѣдомой безуспѣшности взысканія, не убѣждаютъ въ томъ, что у должника не имѣются объекты взысканія. Этого не могъ не допустить и Іекель [2]), стѣсняющій право отвѣтчика въ тѣхъ случаяхъ, когда кредиторъ прямо доказываетъ безуспѣшность взысканія. Онъ видитъ между случаями безуспѣшности взысканія и случаями безполезности его какъ бы принципіальную рознь,— что̀ лишено всякаго основанія [3]). Вся разница между этими случаями та, что въ однихъ фактъ безуспѣшности взысканія является прямымъ основаніемъ предположенія объ отсутствіи имущества, а въ другихъ—косвеннымъ, т. е. извѣстные факты даютъ основаніе предположенію о безуспѣшности взысканія, а эта послѣдняя служитъ основаніемъ предположенія объ отсутствіи имущества; принциціальной противоположности неоткуда вывести, и если отвѣтчикъ въ правѣ возражать противъ прямого основанія предположенія, то онъ въ правѣ возражать и противъ косвеннаго.

Второе отступленіе тоже мотивируется практическими соображеніями. Въ составѣ имущества должника имѣются спорныя вещи или все это имущество спорно; напр., во время взысканія третье лицо предъявляетъ искъ о правѣ на имущество, подвергшееся взысканію; можно ли считать, въ этомъ случаѣ, взысканіе безуспѣшнымъ и, слѣдовательно, можетъ ли кредиторъ считать это спорное имущество, именно въ виду его спорности, несуществующимъ, какъ объектъ взысканія? У Корна [4]), Іекеля [5]) и Фёльдерндорфа [6]) отвѣтъ готовъ, и, отвѣчая на вопросъ отрицательно,

---

[1]) Kaserer, н. с., стр. 104. Völderndorf, н. с., стр. 39. Korn, стр. 26—27. Otto, н. с., стр. 236.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 42—43.

[3]) Hartmann, н. с., стр. 71.

[4]) Korn, н. с., стр. 26.

[5]) Jaeckel, н. с., стр. 38.

[6]) Völderndorf, н. с., стр. 38.

они совершенно послѣдовательны. Если первый признаетъ достаточнымъ лишь отсутствіе денегъ, оказавшееся при взысканіи, а послѣдніе—отсутствіе быстро реализуемаго имущества, то, конечно, наличность спорнаго имущества они совершенно игнорируютъ и признаютъ безуспѣшность взысканія. Но съ нашей, болѣе широкой точки зрѣнія, приходится мотивировать это отступленіе практическими соображеніями. Прежде всего, какъ справедливо замѣчаетъ Козакъ [1]), надо различать: пріостановилось ли въ данномъ случаѣ взысканіе вслѣдствіе предъявленія третьимъ лицомъ иска или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ кредиторъ долженъ этотъ искъ игнорировать и не считать взысканія безуспѣшнымъ; иска объ уничтоженіи акта онъ предъявить не можетъ и если предъявитъ, то отвѣтчикъ можетъ возразить, что еще имѣются налицо объекты взысканія. И дѣйствительно, придавать значеніе этимъ искамъ нельзя, ибо, во-1-хъ, нѣтъ никакой гарантіи ихъ основательности и кредитору, быть можетъ, напрасно придется ждать, пока дѣло пройдетъ всѣ инстанціи, и во-2-хъ, это можетъ вызвать злоупотребленія со стороны кредитора: предпочитая почему-либо уничтоженію акта обращеніе взысканія на данную вещь, имѣющуюся у должника, онъ выдвинетъ подставное лицо, которое и предъявитъ ни на чемъ не основанный искъ. Иное дѣло, если предъявленіе иска вызвало пріостановленіе взысканія. Тутъ все зависитъ отъ кредитора: если онъ желаетъ, онъ можетъ дождаться окончанія процесса или вступить въ него въ качествѣ третьяго лица; если не желаетъ, онъ какъ бы вычеркиваетъ спорную вещь изъ числа объектовъ взысканія; возраженіе отвѣтчика, что еще имѣется спорная вещь, въ соображеніе не должно быть принято: было бы несправедливо заставлять кредитора выждать окончанія процесса, опять-таки потому, что искъ, быть можетъ, неоснователенъ и онъ лишь напрасно потратитъ время и можетъ понести убытки.

2. Совершеніе должникомъ акта въ ущербъ кредитору. Актъ, совершенный должникомъ, дабы стать предметомъ опроверженія, долженъ удовлетворять условіямъ двоякаго рода: объективнымъ и субъективнымъ; съ объективной стороны актъ долженъ влечь за собой умаленіе имущества должника, а съ субъективной онъ долженъ быть выраженіемъ намѣренія должника лишить кредитора удовлетворенія [2]). Остановимся на этихъ условіяхъ.

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 44.

[2]) Korn, н. с., стр. 206.

a. Объективная сторона акта. Подъ юридическими актами понимаются всевозможныя, односторонніе или двусторонніе, выраженныя въ той или другой формѣ волеизъявленія, направленныя на возникновеніе, движеніе, измѣненіе, охраненіе и прекращеніе имущественныхъ частныхъ правъ [1]). Но не всякій юридическій актъ можетъ быть предметомъ опроверженія со стороны кредитора: таковыми могутъ быть лишь акты, во-1-хъ, предметомъ которыхъ является имущество по свойствамъ своимъ способное, по указаніямъ того или другого законодательства, быть объектомъ взысканія [2]); если оно неспособно быть таковымъ, то отпадаетъ для кредитора всякое разумное основаніе требовать уничтоженія акта [3]); актъ будетъ уничтоженъ, а взыскать окажется не съ чего; напр., должникъ цедировалъ обязательственное право на услугу; въ уничтоженіи цессіи кредитору нѣтъ интереса. Во-вторыхъ, и это главное, только такіе акты могутъ подлежать опроверженію, при посредствѣ коихъ происходитъ умаленіе имущества должника, въ смыслѣ объектовъ взысканія, и соотвѣтственное увеличеніе имущества третьяго лица. Говоря въ этомъ случаѣ объ имуществѣ, которое на сторонѣ должника умаляется, а на сторонѣ третьяго лица увеличивается, мы должны сдѣлать оговорку. Господствующее въ гражданскомъ правѣ мнѣніе таково, что будто бы въ составъ имущества лица входятъ только права пріобрѣтенныя, права, имѣющія опредѣленный титулъ. При этомъ забываютъ, что изъ состава имущества лица нельзя исключить и тѣ права, обладателемъ коихъ данное лицо является въ силу законнаго предположенія принадлежности ему этихъ правъ, доколѣ противное не будетъ доказано; понятія „мое“ и „пріобрѣтенное мною“ далеко не всегда совпадаютъ; моимъ будетъ и то, на что̀ я имѣю право въ силу законнаго предположенія, не имѣя, однако, опредѣленнаго основанія пріобрѣтенія; за мною признается данное право до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано. Если, слѣдовательно, положительное право выставляетъ предположеніе о томъ, что при такихъ-то условіяхъ лицо почитается обладателемъ даннаго права, то это предполагаемое, до доказательства противнаго, право не можетъ не входить въ составъ имущества даннаго лица. Можно ли не считать входящимъ въ составъ иму-

[1]) Лишь Кранихфельдъ, н. с., стр. 11, полагаетъ, что актъ можетъ касаться и не имущественныхъ правъ, но ни аргументовъ, ни примѣровъ не приводитъ.

[2]) Korn, н. с., стр. 44.

[3]) Menzel, н. с., стр. 60.

щества, напр., право собственности, предполагаемое въ лицѣ владѣльца движимаго имущества, или право требованія, предполагаемое въ лицѣ держателя бумаги на предъявителя? Быть можетъ, эти права пріобрѣтены незаконнымъ способомъ, тѣмъ не менѣе, пока это не доказано, они почитаются принадлежащими данному лицу; мысль о способѣ ихъ пріобрѣтенія стоитъ совершенно въ сторонѣ [1]). Но въ приведенныхъ примѣрахъ имѣются двѣ черты, которыя могутъ показаться чертами столь общаго характера, что для признанія въ данномъ случаѣ предполагаемаго права наличность ихъ является безусловно необходимою— это: 1) фактическое обладаніе вещью и 2) явно и активнымъ образомъ выраженное желаніе почитаться обладателемъ даннаго права. Эти двѣ черты, присущія вышеуказаннымъ случаямъ, далеко, однако, не неизбѣжны въ другихъ случаяхъ предпола-

---

[1]) По поводу проводимаго мною различія между правомъ, находящимся in bonis лица, входящимъ въ составъ его имущества безъ пріобрѣтательнаго основанія, и правомъ пріобрѣтеннымъ, проф. Гриммъ, отождествляя первое съ правомъ спорнымъ или могущимъ стать спорнымъ, упрекаетъ меня въ противоположеніи несоизмѣримыхъ величинъ. Упрекъ былъ бы заслуженъ, если бы вѣрно было упомянутое отождествленіе и я бы признавалъ его таковымъ. Ни въ томъ ни въ другомъ я не виновенъ. О правѣ, предполагаемомъ принадлежащимъ данному лицу, нельзя сказать, что оно спорное, такъ какъ никакого спора нѣтъ, а сказать, что оно можетъ быть оспорено, все равно, что ничего не сказать, ибо всякое право оспоримо. Я противополагаю право съ пріобрѣтательнымъ основаніемъ праву безъ такового основанія, а это величины соизмѣримыя. Но проф. Гриммъ идетъ дальше. Онъ признаетъ предполагаемыя права, лишенныя пріобрѣтательнаго основанія, тоже правами пріобрѣтенными. Подтвержденіе этому онъ находитъ въ правѣ, основанномъ на актѣ пріобрѣтенія съ коренящимся въ немъ дефектомъ. Этотъ примѣръ совершенно не подходитъ къ приведеннымъ мною. И я признаю данное право пріобрѣтеннымъ, ибо имѣется пріобрѣтательный актъ, и есть ли въ немъ какой-нибудь дефектъ или нѣтъ— это также неизвѣстно, какъ относительно всякаго права. Я говорю только о правахъ, у которыхъ нѣтъ пріобрѣтательнаго основанія или акта и которыя безъ такового предполагаются принадлежащими лицу. Насколько мысль о томъ, что право предполагаемое, лишенное пріобрѣтательнаго основанія не есть право пріобрѣтенное, вѣрна, мнѣ ясно и отчетливо представляется на примѣрѣ давностнаго владѣнія недвижимымъ имуществомъ; до истеченія срока давности владѣніе это защищается, какъ предполагаемая собственность; при взысканіи имѣніе продается, какъ предполагаемая собственность должника (напримѣръ, нашъ уставъ не требуетъ непремѣнно представленія акта укрѣпленія). Неужели же предполагаемое право собственности давностнаго владѣльца до пріобрѣтенія имъ права по истеченіи давностнаго срока есть право уже пріобрѣтенное?

Ставъ, такимъ образомъ, на неправильную точку зрѣнія, проф. Гриммъ совершенно послѣдовательно признаетъ отказъ отъ права, входящаго въ patrimonium лица, отказомъ отъ пріобрѣтеннаго права. Чего я допустить не могу.

гаемыхъ правъ. Могутъ быть случаи, когда фактическаго обладанія вовсе нѣтъ и воля даннаго лица относится къ праву совершенно пассивно: не выражаетъ ни желанія обладать правомъ, ни желанія не обладать имъ. Ничто не мѣшаетъ положительному праву, если это желательно, цѣлесообразно, необходимо съ точки зрѣнія интересовъ индивида и общежитія, и въ этихъ случаяхъ выставить предположеніе, что данное право почитается принадлежащимъ данному лицу, доколѣ противное не будетъ доказано.

Затѣмъ, признавая, что имущество должника умаляется, а третьяго лица соотвѣтственно этому увеличивается, замѣтимъ, что выраженія „умаленіе“ и соотвѣтствующее ему „увеличеніе“ имѣютъ здѣсь, однако, условное значеніе. Съ одной стороны, они понимаются лишь съ точки зрѣнія кредитора [1]), съ другой стороны, такое увеличеніе и умаленіе имѣетъ мѣсто и тогда, когда не имѣется соотвѣтствующаго увеличенія на сторонѣ третьяго лица съ экономической точки зрѣнія, и, съ третьей стороны, нѣтъ надобности, чтобы должникъ, умаляющій свое имущество, имѣлъ цѣлью увеличить имущество третьяго лица. Что касается первой, то, вообще говоря, можно признать умаленіе и соотвѣтствующее ему увеличеніе имущества лишь въ томъ случаѣ, когда изъ имущества выдѣлена извѣстная часть безмездно, безъ соотвѣтствующаго эквивалента. Если должникъ продалъ имущество, получивъ полный, вполнѣ покрывающій стоимость послѣдняго, эквивалентъ, то его имущество не уменьшилось, ибо въ составъ его перешла извѣстная сумма денегъ вмѣсто имущества—произошелъ лишь обмѣнъ; только при несоотвѣтствіи полученной суммы стоимости имущества можно говорить объ умаленіи его, опредѣливъ послѣднее разностью цѣны имущества и покупной суммы. Такъ смотритъ на это Газенбальгъ [2]); онъ поражается, какъ можно разрушать сдѣлку, посредствомъ которой не произошло дѣйствительнаго умаленія имущества должника; по его мнѣнію, третье лицо, уплативъ полный эквивалентъ, сдѣлало все, что могло въ уваженіе интересовъ кредиторовъ своего контрагента, и карать его разрушеніемъ сдѣлки нѣтъ основанія. Но Газенбальгъ упускаетъ изъ виду, что, до сихъ поръ по крайней мѣрѣ, ни доктрина, ни законодательства не признаютъ возможности уничтоженія возмезднаго акта только въ виду уменьшенія имущества должника—для уничтоженія возмезднаго акта необходимы и

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 53.
[2]) Hasenbalg, н. с., стр. 25.

другія условія [1]) и прежде всего animus fraudandi должника. Если нѣтъ намѣренія данною сдѣлкою причинить ущербъ кредиторамъ, то само по себѣ отчужденіе, съ полученіемъ эквивалента, не даетъ кредитору права опровергать актъ. Нельзя, конечно, отрицать, что вопросъ о томъ, соотвѣтствуетъ ли полученный должникомъ эквивалентъ дѣйствительной стоимости отчужденнаго имущества, имѣетъ значеніе для установленія внутренней стороны сдѣлки, т.-е. намѣренія должника и его контрагента и характера самой сдѣлки (быть можетъ, она окажется безмездною?); но самъ по себѣ вопросъ объ эквивалентѣ для кредитора не имѣетъ значенія [2]),—ему нужна вещь, выбывшая изъ имущества должника и перешедшая въ имущество его контрагента. И изъ новѣйшихъ ученыхъ Фёльдерндорфъ [3]) впадаетъ въ большую ошибку, говоря весьма образно, что въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ отчудилъ имущество за цѣну, значительно превышающую стоимость его, кредиторамъ остается только хвалить его и смѣяться. Мы съ этимъ не согласны: имъ не только остается хвалить и смѣяться; хваля и смѣясь надъ покупщикомъ, они имѣютъ достаточный интересъ уничтожить актъ—быть можетъ, они, возвратя вещь въ число объектовъ взысканія, найдутъ такого же любителя даннаго рода вещей, какого нашелъ самъ должникъ, и найдя его, могутъ разсчитывать на полученіе хотя незначительной суммы въ свое удовлетвореніе—это ихъ дѣло, и препятствовать имъ нѣтъ основанія. Съ точки зрѣнія кредитора самый фактъ выхода имущества изъ обладанія должника является умаленіемъ имущества; но, говоря это, мы имѣемъ въ виду, что полученный должникомъ эквивалентъ уже не входитъ въ составъ имущества должника; если бъ онъ тамъ находился, то, конечно, пришлось бы признать и съ точки зрѣнія кредитора, что имущество должника не умалилось. Затѣмъ, что касается другой стороны, съ которой выраженія уменьшеніе и увеличеніе имущества являются условными, то условность вызываютъ случаи отказа отъ права требованія со стороны должника и соотвѣтствующаго тому освобожденія третьяго отъ обязанности; должникъ уменьшаетъ свое имущество, но увеличенія имущества на сторонѣ третьяго тутъ, въ экономическомъ смыслѣ, нѣтъ—изъ состава имущества лица нѣтъ надобности выдѣлять извѣстныя части для уплаты даннаго долга; третье лицо только не

[1]) Otto, н. с., стр. 46—49.

[2]) Cosack, н. с., стр. 62. Jaeckel, н. с., стр. 54. Korn, н. с., 46. Naquet, н. с., стр. 9.

[3]) Völderndorf, н. с., стр. 15, пр. 12.

уменьшаетъ своего имущества, оно остается in statu quo ante; тѣмъ не менѣе съ точки зрѣнія кредитора имѣется въ юридическомъ смыслѣ увеличеніе имущества третьяго лица—съ момента наступленія срока въ составѣ его имущества имѣются вещи, на которыя кредиторъ можетъ наложить руку, обратить ихъ въ объекты взысканія; тутъ имѣются всѣ данныя для осуществленія права кредитора на уничтоженіе акта: имущество должника умалено, а въ составѣ имущества третьяго имѣются вещи, могущія служить объектомъ взысканія. Къ этимъ случаямъ мы еще вернемся. Наконецъ, что касается третьей стороны, то, какъ мы сказали, актъ, подлежащій уничтоженію, можетъ быть и одностороннимъ; тутъ нѣтъ надобности выдѣлять тѣ односторонніе акты, которые вовсе не направлены на установленіе правъ, а слѣдовательно и на увеличеніе имущества третьяго лица; и они подлежатъ опроверженію [1]). Сюда относятся дереликція, неосуществленіе права собственности въ теченіе давностнаго срока и т. п.; должникъ, совершая эти акты, вовсе не намѣренъ увеличивать чьего-либо имущества; увеличеніе это можетъ наступать, если окажется третье лицо, къ которому вещь перешла; лицо это необходимо; если его нѣтъ, то кредиторъ или лишенъ возможности возвратить вещь въ число объектовъ взысканія или можетъ добиться этого и безъ уничтоженія акта (напримѣръ, игнорируя фактъ неосуществленія права собственности, прямо обратить взысканіе на вещь). Словомъ, нѣтъ надобности, чтобы увеличеніе имущества третьяго лица совершилось преемственнымъ способомъ [2]).

Формулировать объективную сторону акта мы можемъ такимъ образомъ: посредствомъ акта, касающагося вещи, какъ годнаго объекта взысканія, должно уменьшиться принадлежащее должнику имущество, съ соотвѣтствующимъ увеличеніемъ имущества третьяго лица.

Говоря объ объективныхъ условіяхъ акта, мы не можемъ не остановиться на вопросѣ: въ какой мѣрѣ акты недѣйствитель-

---

[1]) Korn, н. с., стр. 47.

[2]) Эту мысль собственно и хотѣлъ выразить римскій юристъ Павелъ, говоря: in fraudem facere videri etiam eum, qui... rem suam pro derelicto habuerit, ut quis eam suam faciat. L. 4. 5. D. quae in fraud. cred. 42. 8. Но Виндшейдъ (Pandecten B. 2. S. 679) передаетъ эту мысль такъ, какъ будто въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ собственникъ долженъ имѣть въ виду оккупанта; несомнѣнно, что Павелъ придавалъ словамъ ut quis eam suam faciat общее значеніе, значеніе предположенія, всегда имѣющагося въ виду, когда говорятъ о дереликціи.

ные могутъ подлежать уничтоженію въ виду того, что они совершены in fraudem creditoris. Одни ученые склоняются въ пользу совершеннаго безразличія: будетъ ли актъ самъ по себѣ дѣйствителенъ или недѣйствителенъ, если имѣются въ наличности условія необходимыя для опроверженія акта, кредиторъ можетъ его опровергнуть и возраженіе отвѣтчика о томъ, что актъ недѣйствителенъ, въ соображеніе не принимается [1]). Другіе же или выражаются абсолютно въ противоположномъ смыслѣ, или же устанавливаютъ тѣ и другія ограниченія, т.-е. или не допускаютъ опроверженія акта, въ собственномъ смыслѣ, а признаютъ во всѣхъ случаяхъ недѣйствительности за кредиторомъ право уничтожить актъ какимъ-либо инымъ способомъ или же не допускаютъ опроверженіе акта только въ случаѣ недѣйствительности, происшедшей вслѣдствіе неправоспособности лица, совершившаго его; въ остальныхъ же случаяхъ допускаютъ только опроверженіе, а не пользованіе какимъ-либо инымъ средствомъ уничтоженія акта [2]). Что касается ученыхъ первой группы, то они исходятъ изъ безусловно вѣрнаго положенія, что, хотя данный актъ, какъ недѣйствительный, не имѣетъ юридическаго бытія, но пока пороки его скрыты, онъ производитъ нормальный эффектъ, измѣняетъ существующія юридическія отношенія; если разъ измѣненіе это выражается въ видѣ намѣреннаго умаленія имущества должника и соотвѣтствующаго увеличенія имущества третьяго лица, то имѣются всѣ основанія для опроверженія акта кредиторами. Возраженіе противника о томъ, что актъ недѣйствителенъ, не можетъ быть принято въ уваженіе и не можетъ заставить судъ, въ случаѣ доказанности его, отказать кредитору въ уничтоженіи акта: если бы возраженіе это было допущено, то послѣдствія были бы печальны: кредиторы никогда не имѣли бы возможности осуществить свое право; напр., при симуляціи, принужденіи и т. п. всѣ эти обстоятельства третьему лицу, уговорившись въ этомъ съ должникомъ, доказать очень не трудно.— Въ такой общей формѣ съ этимъ мнѣніемъ можно согласиться, но, какъ увидимъ ниже, одинъ лишь пунктъ долженъ быть подвергнутъ сомнѣнію—это полное игнорированіе возраженій противника; конечно, мы не станемъ отстаивать необходимости отказа кредитору въ искѣ, какъ послѣдствія уваженія возраженія— но объ этомъ ниже. Что касается второй группы ученыхъ, то тѣ

[1]) Cosack, н. с., стр. 53. Völderndorf, н. с., стр. 23. Menzel, н. с., стр. 101.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 7 и слѣд. Otto, н. с., стр. 26—27. Eccius, н. с., стр. 122. Hartmann, н. с., стр. 45.

изъ этихъ, которые совершенно отрицаютъ за кредиторомъ право опровергать недѣйствительный актъ, исходятъ изъ совершенно абстрактной предпосылки, что недѣйствительный актъ есть nonsens, а слѣдовательно, и не можетъ быть предметомъ опроверженія. Мнѣніе это несостоятельно уже потому, что этотъ nonsens является таковымъ in abstracto—реально же это нѣчто, имѣющее весьма существенное юридическое значеніе; жизненныя явленія не могутъ мириться съ подобными абстракціями; кредитору вполнѣ намѣренно причиненъ ущербъ даннымъ актомъ, а ему говорятъ: опровергать актъ, только какъ убыточный, вы не можете, обратитесь къ спеціальнымъ средствамъ, какія законъ даетъ для уничтоженія недѣйствительныхъ актовъ. Конечно, во многихъ случаяхъ законъ даетъ эти средства, но далеко не во всѣхъ; въ теоріи очень споренъ, а законодательствами совершенно не разрѣшенъ, напр., вопросъ о правѣ кредитора требовать уничтоженія акта, совершеннаго должникомъ подъ вліяніемъ принужденія; есть ученые, прямо отрицающіе это право; такъ что указаніе на спеціальныя средства уничтоженія акта оказывается вполнѣ платоническимъ совѣтомъ. Наконецъ, тѣ ученые, которые вообще допускаютъ опроверженіе и недѣйствительныхъ актовъ, дѣлаютъ исключеніе для актовъ, совершенныхъ неправоспособнымъ, и въ то же время исключаютъ возможность примѣненія спеціальныхъ средствъ уничтоженія недѣйствительныхъ актовъ въ другихъ случаяхъ; для доказательства перваго положенія приводятъ тотъ же доводъ, что̀ и предыдущіе ученые, т.-е. актъ, совершенный неправоспособнымъ, не есть юридическій актъ, а потому и опровергнутъ кредиторомъ быть не можетъ; второе же положеніе мотивируется тѣмъ, что право должника опровергать актъ не можетъ переходить къ его кредиторамъ, они не могутъ пользоваться тѣми исключительными средствами, какія предоставлены должнику, и, слѣд., остается одно: предоставить кредитору опровергать эти акты на общемъ основаніи [1]). Противъ перваго утвержденія мы уже высказали свои соображенія, что же касается второго, то, соглашаясь съ тѣмъ, что на кредитора право опроверженія, принадлежащее должнику, конечно, не переносится, въ юридическомъ смыслѣ нельзя не замѣтить, что есть другія юридическія основанія, по которымъ право опроверженія можетъ имъ принадлежать въ полной мѣрѣ и по собственному ихъ праву,—къ чему мы сейчасъ и вернемся.

Изъ недѣйствительныхъ актовъ всего ближе къ занимаю-

[1]) Hartmann, н. с., стр. 45.

щему насъ вопросу стоятъ акты симулированные, т.-е. тѣ, въ которыхъ выраженная въ актѣ воля не соотвѣтствуетъ своему содержанію. По этому вопросу представителемъ той группы ученыхъ, которые признаютъ возможность опроверженія и недѣйствительныхъ актовъ, является Корнъ. Онъ, по изложеннымъ общимъ соображеніямъ, признаетъ возможность опроверженія симулированнаго акта, если только имѣются въ наличности объективныя и субъективныя условія опроверженія. Но онъ ставитъ и разрѣшаетъ другой связанный съ этимъ вопросъ: можетъ ли кредиторъ опровергать симулированный актъ при отсутствіи субъективнаго элемента, т.-е. достаточна ли наличность одного объективнаго элемента, въ смыслѣ уменьшенія имущества должника и увеличенія имущества третьяго лица. Самъ по себѣ кредиторъ не имѣетъ права опровергать симулированный актъ, развѣ бы онъ пріобрѣлъ вещное право съ его вещнымъ искомъ, могущимъ быть предъявленнымъ противъ всякаго, а слѣд. и противъ третьяго лица. Въ каждомъ симулированномъ актѣ Корнъ видитъ три части: договоръ объ отчужденіи, соглашеніе о симуляціи и передача владѣнія, при чемъ для кредитора имѣетъ значеніе только актъ уже исполненный. Права и обязанности сторонъ устанавливаются передачею владѣнія, и благодаря соглашенію о симуляціи должникъ пріобрѣтаетъ право требовать обратно переданную его quasi-контрагенту вещь; это требованіе чисто обязательственнаго характера; обязательственный актъ порождаетъ права и обязанности, но лишь между сторонами; кредиторъ отнять вещь не можетъ. Ему остается одно: если вещь находится во владѣніи третьяго лица, установить путемъ взысканія право судебнаго залога на требованіе должника къ этому лицу; но если вещь еще не поступила во владѣніе третьяго, а находится у должника,—то на самую вещь; если же третье лицо предъявитъ противъ него искъ, то онъ можетъ предъявить возраженіе о симуляціи [1]). Отказать этой теоріи Корна въ остроуміи, конечно, нельзя, и этимъ, быть можетъ, объясняется то сочувствіе, съ какимъ она была принята; но, съ другой стороны, одинъ изъ ея послѣдователей и поклонниковъ Гартманъ [2]) дѣлаетъ дѣйствительно разрушающее замѣчаніе, въ сущности, говорящее, что игра не стоитъ свѣчей: если разъ все строится на доказанности симуляціи, то тѣмъ уже какъ нельзя болѣе подтверждается существованіе въ данной сдѣлкѣ субъективнаго условія опровер-

[1]) Korn, н. с., стр. 209—215.
[2]) Hartmann, н. с., стр. 53.

женія ея—намѣренія причинить вредъ кредиторамъ, чѣмъ и упраздняется самый вопросъ, поставленный Корномъ, имѣвшимъ въ виду такую симулированную сдѣлку, въ которой нѣтъ возможности доказать наличность субъективнаго элемента.

Іекель, представитель теоріи, отрицающей возможность опроверженія симулированныхъ актовъ, ставитъ вопросъ болѣе осторожно. Онъ исходитъ отъ мысли о принципіальной противоположности симулированнаго и истиннаго актовъ—первый не есть юридическій актъ и не имѣетъ юридической силы; опровергать его, какъ убыточный актъ, кредиторъ не можетъ; юридически говоря, актъ не вызываетъ никакого дѣйствія — никакого измѣненія въ юридическомъ смыслѣ такой актъ не производитъ. Въ распоряженіе кредитора должны быть даны другія средства, отличныя отъ права оспариванія и по условіямъ, и по послѣдствіямъ; они не должны быть обусловлены уменьшеніемъ и увеличеніемъ имущества, ибо при ихъ посредствѣ кредиторъ не вторгается въ чуждое ему отношеніе—отношенія такого не существуетъ; послѣдствія же ихъ должны заключаться не въ обезсиленіи акта въ данномъ направленіи съ сохраненіемъ силы во всѣхъ другихъ направленіяхъ, а въ признаніи полнаго его безсилія во всѣхъ направленіяхъ. Такимъ средствомъ является самостоятельный искъ, который долженъ быть даваемъ кредитору, ибо онъ имѣетъ достаточный интересъ въ уничтоженіи акта: онъ желаетъ устранить актъ, мѣшающій ему возвратить данное имущество, безо всякихъ основаній находящееся въ обладаніи третьяго лица, въ число объектовъ взысканія [1]). Этотъ взглядъ Іекеля на самостоятельность права кредитора требовать уничтоженія симулированныхъ актовъ имѣетъ много за себя, но примѣненіе къ данному случаю сдѣлано неправильно. Іекель совершенно вытѣсняетъ искъ объ опроверженіи убыточнаго акта въ примѣненіи къ симулированнымъ актамъ, исходя изъ абстрактнаго представленія объ актѣ, какъ nonsens'ѣ, и приходитъ къ такому практически неудобному положенію: если истецъ предъявилъ искъ объ опроверженіи убыточнаго акта, а затѣмъ, на основаніи выяснившихся на судѣ обстоятельствъ, основывается на симуляціи, то это слѣдуетъ признать недозволеннымъ измѣненіемъ иска.

Изъ изложеннаго видно, что теоріи опроверженія недѣйствительныхъ актовъ недостаетъ полнаго единства: разграничивается то, что̀ слѣдуетъ объединить, объединяется то, что̀ слѣдуетъ разграничить. Не повторяя уже изложеннаго, попытаемся

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 7—14.

устранить эти недостатки. Прежде всего, мы не различаемъ, на почвѣ общихъ соображеній, актовъ недѣйствительныхъ вообще отъ актовъ симулированныхъ; и послѣдніе недѣйствительны въ силу несовпаденія выраженія воли съ ея содержаніемъ. Затѣмъ, мы склоняемся въ пользу допустимости опроверженія кредиторомъ актовъ вообще убыточныхъ, безотносительно къ тому, дѣйствительны ли они или недѣйствительны, какъ это признаютъ Корнъ [1]), Гартманъ [2]) и др.; но это намъ не мѣшаетъ признать и правильность того мнѣнія Іекеля [3]), что между актомъ недѣйствительнымъ въ силу того или другого порока его и актомъ, подлежащимъ опроверженію со стороны кредитора, существуетъ принципіальное различіе, какъ по условіямъ, такъ и главнымъ образомъ по послѣдствіямъ. Это заставляетъ Іекеля признать за кредиторомъ права на особенныя средства уничтоженія актовъ, а не на искъ объ опроверженіи акта [4]). Мы же поступаемъ наоборотъ: кредиторъ вовсе не имѣетъ права пользоваться особымъ искомъ объ уничтоженіи порочнаго акта, развѣ бы порокъ по существу касался его интереса; это право одного должника, которое, какъ замѣчаетъ Гартманъ, къ кредитору отнюдь не переходитъ [5]). Кредиторъ только и можетъ опровергать, обезсилить его въ данномъ направленіи, а никогда не можетъ уничтожить его со всѣми послѣдствіями. Такъ, если актъ совершенъ подъ вліяніемъ ошибки, обмана, принужденія, неправоспособности, если актъ симулированный и т. п., то должникъ его можетъ совершенно разрушить, кредиторъ же такого разрушительнаго права не имѣетъ. Говоря это, мы, конечно, предполагаемъ, что имѣются въ наличности всѣ объективныя и субъективныя условія опроверженія акта. Тутъ-то намъ и могутъ указать на рядъ случаевъ (Корнъ и имѣетъ ихъ въ виду) [6]), когда субъективнаго элемента не имѣется, а между тѣмъ объективный элементъ указываетъ на необходимость допустить и тутъ обезсиленіе акта; приходится, слѣдов., или прибѣгнуть къ тому искусственному построенію, которое предлагаетъ Корнъ, или дать кредитору, какъ предлагаетъ Іекель, особое средство защиты, особый искъ. Ни въ томъ, ни въ другомъ мы не видимъ надобности. Въ тѣхъ случаяхъ, когда, казалось бы, субъективнаго элемента нѣтъ, т.-е. нѣтъ намѣренія

---

[1]) Korn, н. с., стр. 206.
[2]) Hartmann, н. с., стр. 46.
[3]) Jaeckel, н. с., стр. 8.
[4]) Ibid., стр. 12.
[5]) Hartmann, н. с., стр. 45.
[6]) Korn, н. с., стр. 207.

причинить вредъ, мы этотъ элементъ однако находимъ: лежитъ онъ въ неосуществленіи должникомъ своего права требовать уничтоженія акта въ силу даннаго порока. Напримѣръ, актъ совершенъ подъ вліяніемъ ошибки, принужденія и т. п. Если путемъ этого акта перешло имущество отъ должника къ другому, и имѣются всѣ, кромѣ animus fraudandi, элементы опроверженія, мы находимъ этотъ элементъ въ бездѣйствіи должника. Въ этихъ случаяхъ кредиторъ обращается къ третьему лицу, заявляя, что имущество должно быть возвращено въ число объектовъ взысканія, ибо даннымъ актомъ умалено имущество должника въ его ущербъ; тотъ ему возражаетъ, что актъ недѣйствителенъ вслѣдствіе ошибки, принужденія, симуляціи и т. п.; тогда этому возраженію кредиторъ противопоставляетъ реплику, что эти-то обстоятельства и даютъ ему основаніе признать animus fraudandi должника, неосуществившаго свое право уничтожить актъ въ силу этихъ обстоятельствъ. Но такихъ возраженій со стороны третьяго незачѣмъ и предполагать, потому что кредитору, для обоснованія своего требованія объ уничтоженіи акта, придется, среди указаній на факты, удостовѣряющіе наличность условій опроверженія акта, указать и на animus fraudandi должника, выразившійся въ непредъявленіи къ третьему лицу иска объ уничтоженіи акта. Точно также, если кредиторъ предъявитъ искъ объ уничтоженіи акта, а затѣмъ сошлется на тотъ или другой порокъ, то это не будетъ измѣненіемъ иска, а лишь болѣе правильной формулировкой, такъ какъ онъ только и можетъ предъявить искъ объ опроверженіи акта. Конечно, если бъ должникъ предъявилъ искъ объ уничтоженіи, то порочный актъ былъ бы уничтоженъ во всѣхъ направленіяхъ; а такъ какъ кредиторъ предъявляетъ искъ объ опроверженіи убыточнаго акта, то падаютъ лишь тѣ послѣдствія акта, которыя противны интересамъ кредитора. И эти положенія мы распространяемъ вполнѣ на симуляцію, хотя относительно акта симулированнаго in fraudem creditorum кредиторъ имѣетъ самостоятельное право уничтожить актъ со всѣми послѣдствіями [1]), но ему нѣтъ надобности предъявлять столь разрушительное средство: онъ можетъ довольствоваться меньшимъ, именно опроверженіемъ въ предѣлахъ своего интереса; но и тутъ очевиднѣе, чѣмъ гдѣ-либо, именно въ виду симуляціи, этотъ animus fraudandi всегда имѣетъ мѣсто, какъ

[1]) Симуляція только и можетъ быть или in fraudem legis или in fraudem creditorum; тутъ имѣется въ виду послѣдній случай. Windmüller, Die Anfechtung simulirter und sonstiger Veräusserungen zahlungsunfähiger Schuldner und über den Beweis der Simulation, стр. 52—53.

правильно замѣчаетъ Гартманъ [1]). Вотъ какимъ образомъ, какъ кажется, надлежитъ разрѣшить этотъ совершенно напрасно запутанный доктриною вопросъ.

Переходя къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ актовъ, подлежащихъ опроверженію, мы предложили бы такую ихъ группировку: а) акты возмездные и безмездные, б) акты направленные на уменьшеніе имущества и акты направленные на отказъ отъ увеличенія его, в) акты положительные и отрицательные и г) акты направленные на установленіе и прекращеніе вещныхъ правъ и на установленіе и прекращеніе обязательственныхъ правъ. а) Акты возмездные и безмездные. Дѣленіе это имѣетъ чрезвычайно важное значеніе для субъективной стороны акта, подлежащаго опроверженію, потому-то надо установить его на прочныхъ основаніяхъ. Это мы достигнемъ, принявъ установленное въ гражданскомъ правѣ различіе между двумя понятіями: юридическаго акта въ смыслѣ дѣйствія и юридическаго акта въ смыслѣ сдѣлки; сдѣлка направлена непосредственно на установленіе юридическаго отношенія, и это послѣднее является предметомъ воли: дѣйствіе же есть всякое выраженіе воли [2]), касающееся возникновенія, измѣненія или прекращенія правоотношенія, хотя бы оно имѣло къ данному отношенію косвенное, отдаленное отношеніе, хотя бы оно и не устанавливало между сторонами того и другого отношенія. Ученые часто упускаютъ изъ виду это дѣленіе и, говоря о возмездныхъ и безмездныхъ актахъ, забываютъ, что дѣленіе на возмездные и безмездные касается только юридическихъ сдѣлокъ: въ примѣненіи къ юридическимъ дѣйствіямъ оно совершенно непригодно. Напр., можно ли спорить о томъ, суть ли дереликція, уплата долга, datio in solutum—возмездные или безмездные акты? Мы того мнѣнія, что къ юридическимъ дѣйствіямъ примѣняются общія правила опроверженія юридическихъ актовъ, т.-е. тѣ, которыя установлены для возмездныхъ актовъ; правила же объ опроверженіи безмездныхъ актовъ суть правила исключительныя и къ опроверженію юридическихъ дѣйствій примѣнены быть не могутъ.

б) Акты направленные на уменьшеніе и на отказъ отъ увеличенія имущества путемъ пріобрѣтенія. О первой категоріи нечего распространяться: мы уже выше указали на характерный признакъ этихъ актовъ. Спрашивается: могутъ ли

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 53.
[2]) Förster, н. с., стр. 153.

акты, направленные на отказъ отъ увеличенія имущества быть опровергаемы? Еще Ульпіанъ выставилъ безусловно вѣрное положеніе, служащее посейчасъ основой для разрѣшенія этого вопроса; онъ говоритъ: non fraudantur creditores quum quid non acquiritur a debitore, sed quum quid de bonis deminuitur [1]). Ставить должнику въ вину, что онъ не совершилъ акта пріобрѣтенія права, т.-е. отказался отъ пріобрѣтенія права—нельзя. Притязать кредиторы могутъ лишь на то имущество, которое, какъ мы видѣли выше, уже входитъ въ составъ имущества должника, составляетъ его частную принадлежность.

Слѣдуя указаніямъ Ульпіана, современная доктрина утверждаетъ, что актъ отказа отъ пріобрѣтенія права можетъ быть уничтоженъ, по требованію кредиторовъ, если онъ является выраженіемъ мысли объ „alienare“, а не о „non acquirere“. Для рѣшенія вопроса, является ли отказъ тѣмъ или другимъ, ученые отсылаютъ къ положительному праву — оно должно дать отвѣтъ на этотъ вопросъ; но при какихъ условіяхъ, по тому или другому законодательству, отказъ выражаетъ „non acquirere“ или „alienare“—на этотъ вопросъ ученые сами отвѣчаютъ, сами выставляютъ тѣ или другія условія его.

При какихъ же условіяхъ отказъ отъ права выражаетъ собою „alienare“? Ученія юристовъ можно раздѣлить на двѣ теоріи: субъективную и объективную. Представителями первой являются Корнъ [2]) и Гартманъ [3]); они центръ тяжести всего вопроса находятъ въ дѣйствіи лица, направленномъ на пріобрѣтеніе права. Корнъ говоритъ, что если для пріобрѣтенія права требуется только волеизъявленіе лица, какъ бы въ довершеніе всего объективнаго состава фактовъ, необходимыхъ для пріобрѣтенія права, то прямой отказъ отъ волеизъявленія, въ смыслѣ желанія пріобрѣсть право, можетъ быть уничтоженъ кредиторами, если имъ предоставляется безвозмездная выгода; цѣль ихъ возстановить прежнее состояніе и воспользоваться имъ для своего удовлетворенія—что они могутъ сдѣлать, изъявляя согласіе за должника; отъ нихъ никакого возмездія не требуется; такъ что, если по данному законодательству для пріобрѣтенія права нужно еще волеизъявленіе лица, то отказъ отъ безмезднаго пріобрѣтенія можетъ быть уничтоженъ и кредиторы могутъ получить имущество за должника. Иное дѣло, если должнику предоставляется воз-

[1]) L. 136. D. reg. jur. 50, 17 та же мысль въ L. 26 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8. см. Reinhart, н. с., стр. 99.

[2]) Korn, н. с., стр. 71—73.

[3]) Hartmann, н. с., стр. 42—43.

мездная выгода — тутъ отказъ опровергнутъ быть не можетъ. Гартманъ тоже придаетъ рѣшающее значеніе волеизъявленію правопріобрѣтателя; если для пріобрѣтенія права еще требуется волеизъявленіе, то пока этого волеизъявленія не сдѣлано, право еще не пріобрѣтено, а слѣдовательно о возможности уничтоженія отказа отъ этого будущаго права не можетъ быть и рѣчи.

Объективная теорія, представителями которой можно считать Козака [1]) и Менцеля [2]), переноситъ центръ тяжести вопроса на характеръ права, отъ пріобрѣтенія котораго лицо отказывается. Особенно важными моментами, говоритъ Менцель, для причисленія даннаго права къ составу имущества суть: способность его переходить по наслѣдству (Vererblichkeit) и подлежать отчужденію (Veräusserlichkeit); слѣдовательно, если, напр., право на открывшееся наслѣдство по данному законодательству переходитъ по наслѣдству и можетъ быть отчуждено, то отказъ отъ него есть „alienatio“ и можетъ быть уничтоженъ страдающими отъ того кредиторами. Козакъ исходитъ отъ мысли, и ранѣе его высказанной Оттомъ [3]), что къ составу имущества принадлежитъ и право на пріобрѣтеніе, не въ смыслѣ простой фактической возможности пріобрѣтенія и правоспособности, а какъ право, имѣющее свой спеціальный титулъ; является ли оно дѣйствительнымъ правомъ, входящимъ въ составъ имущества, это обусловлено признаніемъ со стороны положительнаго права самой возможности пріобрѣтенія преемственною (vererblich und cessibel). При наличности этихъ условій отказъ отъ даннаго права можетъ быть уничтоженъ кредиторами.

Всѣ эти теоріи и разсужденія съ нашей точки зрѣнія представляются излишними, безплодными. Мы понимаемъ слова Ульпіана въ буквальномъ и точномъ смыслѣ. Ставить должнику въ вину отказъ отъ пріобрѣтенія, сдѣлать это за него, заставить его это сдѣлать и т. п.—нельзя. Отказъ отъ пріобрѣтенія безусловно опровергнутъ быть не можетъ. Съ нашей точки зрѣнія вопросъ о „пріобрѣтеніи“ права никакого значенія не имѣетъ—мы придаемъ значеніе лишь тому, входитъ ли право въ составъ имущества лица или нѣтъ. Если входитъ, отказъ не можетъ быть опровергнутъ. Мы выше уже указали, что не пріобрѣтеніе имущества, а лишь нахожденіе его, въ юридическомъ смыслѣ, въ составѣ имущества лица, даетъ право кредиторамъ уничтожить актъ, путемъ

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 66—95.
[2]) Menzel, н. с., стр. 80—86.
[3]) Otto, н. с., стр. 30—31.

коего это имущество вышло изъ обладанія должника. Между тѣмъ, какъ въ объективной, такъ и въ субъективной теоріи все строится на томъ, что лишь право пріобрѣтенное входитъ въ составъ имущества и если отказъ касается уже пріобрѣтеннаго права, то онъ можетъ быть уничтоженъ, не пріобрѣтеннаго— не можетъ. Между тѣмъ, какъ мы видѣли, и еще не пріобрѣтенное право, а лишь по предположенію принадлежащее лицу, входитъ въ составъ его имущества, и если лицо отъ него отказалось, то актъ отказа можетъ быть уничтоженъ. Наиболѣе характернымъ случаемъ такого отказа является отреченіе отъ наслѣдства [1]). Можно ли кредиторамъ опровергать актъ отреченія отъ наслѣдства? [2]) На это отвѣчаютъ, — обыкновенно, что рѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ нормъ даннаго положительнаго законодательства о правѣ наслѣдованія. Если оно знаетъ, подобно римскому праву, sui heredes, то въ этихъ случаяхъ отреченіе можетъ быть опровергаемо, если не знаетъ, а также и въ другихъ случаяхъ, вопросъ разрѣшается и мотивируется различно, смотря по взгляду даннаго изслѣдователя на уничтоженіе вообще отказовъ отъ пріобрѣтенія. Но мы видѣли, что основная ихъ идея о пріобрѣтенныхъ правахъ, только и образующихъ имущество лица, безусловно невѣрна, а потому, оставляя совершенно въ сторонѣ вопросъ о пріобрѣтеніи права на наслѣдство, спросимъ: когда право на наслѣдство почитается принадлежащимъ данному лицу? Оно почитается принадлежащимъ наслѣднику, во-1-хъ, когда имѣется имущество, оставшееся послѣ смерти прежняго его обладателя, во-2-хъ, когда наслѣдникъ связанъ съ наслѣдодателемъ родствомъ, дающимъ право на наслѣдство, или имѣется духовное завѣщаніе въ его пользу и, въ-3-хъ, когда имѣется открытое, явное заявленіе наслѣдника, что онъ принялъ наслѣдство или имъ совершены конклюдентныя дѣйствія, изъ коихъ видно желаніе его принять наслѣдство, или же нѣтъ данныхъ, изъ коихъ можно заключить, что наслѣдникъ не желаетъ принять наслѣдства. При наличности первыхъ двухъ формъ выраженія воли мы говоримъ о дѣйствительной, несомнѣнной принадлежности права на наслѣдство данному лицу, въ случаѣ же отсутствія нежеланія принять наслѣдство—о принадлежности предполагаемой, до доказательства противнаго, т.-е. отреченія.

---

[1]) См. мою ст. Отреченіе отъ наслѣдства въ ущербъ кредиторамъ въ Юрид. Лѣтописи 1891 г. № 5, стр. 345 — 366 и I томѣ Юрид. изслѣд. и стт. стр. 179 сл.

[2]) Австр. зак. 16 марта 1884 г. это право допускаетъ (§ 30 II и I) по соображеніямъ справедливости и цѣлесообразности, см. Kaserer, н. с., стр. 62.

Противъ этого могутъ возразить, что это предполагаемое право на наслѣдство и есть право пріобрѣтенное, такъ что незачѣмъ было оставлять въ сторонѣ вопросъ о пріобрѣтеніи—онъ при такомъ построеніи именно и имѣетъ значеніе. На это позволимъ себѣ замѣтить, что такое принадлежащее лицу право не есть еще право пріобрѣтенное—для пріобрѣтенія права необходимо активное выраженіе воли о принятіи наслѣдства. Право на наслѣдство, отъ котораго лицо не отказалось, еще не пріобрѣтено имъ. Если бы никакого различія между отсутствіемъ отказа и пріобрѣтеніемъ не было, то принятіе наслѣдства тоже не имѣло бы никакого значенія и наслѣдство еще не принятое можно бы было отождествить съ принятымъ, а между тѣмъ различіе между ними громадное. Отречься можно лишь отъ наслѣдства еще не принятаго, а отъ принятаго безусловно нельзя; отреченіе отъ принятаго наслѣдства—это не отреченіе отъ наслѣдства, а отказъ отъ собственныхъ своихъ правъ, отказъ отъ правъ, которыя уже перестали быть унаслѣдованными. Точно также, если наслѣдство принято, то въ искахъ къ наслѣднику предъявляемыхъ onus probandi относительно принадлежности права на наслѣдство лежитъ на истцѣ, а пока оно не принято—на отвѣтчикѣ и т. д. Отсутствіе отказа отъ права только даетъ основаніе предположенію, что право принадлежитъ данному лицу. Это вѣроятное заключеніе, основанное на жизненномъ опытѣ: въ большинствѣ случаевъ это такъ и бываетъ, т.-е. что предполагаемый наслѣдникъ принялъ и тѣмъ пріобрѣлъ наслѣдство—въ меньшинствѣ же случаевъ окажется, что наслѣдникъ отрекся; если это обнаружится, то предположеніе рушится и право признается не принадлежащимъ ему. Здѣсь мы встрѣчаемся съ такимъ же явленіемъ, какъ въ ученіи о защитѣ владѣнія. Владѣніе защищается въ предположеніи права собственности; въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ это предположеніе оправдывается, но иногда защитою воспользуется воръ и грабитель; но такіе случаи будутъ всегда въ меньшинствѣ [1]) и если окажется, что защитою воспользовался воръ или грабитель, то предположеніе рушится и онъ лишается владѣнія. Вотъ въ силу какихъ соображеній мы не отождествляемъ пріобрѣтенія права на наслѣдство съ предполагаемою принадлежностью его данному лицу. Но какъ бы то ни было, если до принятія наслѣдства право на него предполагается

---

[1]) Jhering, Ueber den Grund des Beisitzschutzes. S. 130 и слѣд. Его же, Der Besitzwille. S. 144—197.

принадлежащимъ наслѣднику, то оно входитъ въ его patrimonium до доказательства противнаго.

Въ виду этого нельзя не сдѣлать нѣсколько замѣчаній по поводу той законченной пріобрѣтенности, о которой говорятъ Менцель [1]) и Козакъ [2]), и которая по ихъ мнѣнію заключается въ преемственности права, т.-е. въ томъ, что оно можетъ переходить по наслѣдству и быть отчуждаемымъ. Неправильность ихъ взгляда сказывается именно въ вопросѣ объ отреченіи. Возможность трансмиссіи и продажи наслѣдства не указываетъ на то, что право на открывшееся наслѣдство есть право пріобрѣтенное. Что касается трансмиссіи, т.-е. перехода права на открывшееся наслѣдство послѣ смерти лица, не успѣвшаго его еще принять, то примѣняется она и къ предполагаемому праву на наслѣдство, ибо право это основано не на предполагаемомъ принятіи наслѣдства,—что̀ было бы ничѣмъ не вызываемою фикціею—а на отсутствіи данныхъ, изъ коихъ можно бы было заключить, что умершій при жизни отрекся отъ права; почему онъ не отрекся—потому ли что не желалъ или что не могъ, не успѣлъ отъ него отречься—это совершенно безразлично; нѣтъ факта, разрушающаго предположеніе о принадлежности права данному лицу, и предположеніе это остается въ силѣ; стоитъ же этому факту, т.-е. отреченію, обнаружиться, и предположеніе падаетъ, а съ тѣмъ вмѣстѣ становится невозможною трансмиссія. Относительно же возможности продажи права на открывшееся наслѣдство надо замѣтить, что его даже не стоитъ примирять съ идеею предполагаемаго права; изъ того, что право на наслѣдство еще не принятое можно продавать, нельзя выводить, что оно пріобрѣтено, потому что до продажи оно является предполагаемымъ и становится пріобрѣтеннымъ лишь въ моментъ продажи; въ соглашеніи о продажѣ права на наслѣдство выражается принятіе наслѣдства, обращеніе его въ пріобрѣтенное право и отчужденіе его какъ такового.

Въ виду изложенныхъ соображеній, отреченіе отъ наслѣдства является актомъ, который направляется на deminutio patrimonii, умаленіе имущества—актомъ, могущимъ вредить кредиторамъ лица отрекшагося; въ силу этого онъ признается недѣйствительнымъ и какъ таковой не можетъ разрушить предположенія о принадлежности имущества данному лицу. Въ пользу этого лица открылось наслѣдство: въ его лицѣ возникло предполагаемое право;

---

[1]) Menzel, н. с. l. c.

[2]) Cosack, н. с. l. c.

оно отреклось отъ наслѣдства, разрушило до поры до времени это предположеніе; кредиторы уничтожаютъ актъ отреченія; прежнее предположеніе снова вступаетъ въ силу; право снова предполагается въ лицѣ наслѣдника и почитается входящимъ въ составъ его имущества [1]).

Другой характерный случай — отказъ отъ дара. Можно ли имущество подаренное, но еще не принятое одареннымъ, считать принадлежащимъ къ составу его имущества и, слѣдовательно, допустить опроверженіе отказа отъ дара? Вопросъ этотъ рѣшается доктриною такъ, какъ на то неизбѣжно указываютъ принятыя тою или другою теоріею воззрѣнія на отказъ отъ увеличенія имущества—такъ поступаемъ и мы. И тутъ отсутствіе такого рода дѣйствій со стороны лица одареннаго, изъ которыхъ видно бы было нежеланіе получить даръ, указываетъ на то, что подаренное имущество почитается принадлежащимъ одаренному, до доказательства противнаго. Для установленія даренія вовсе не требуется согласія одареннаго—требуется лишь отсутствіе несогласія. Слѣдовательно, разъ дареніе сдѣлано,—подаренное имущество числится въ составѣ имущества одареннаго и отказъ отъ дара является уменьшеніемъ имущества и, слѣдовательно, можетъ подлежать опроверженію со стороны кредиторовъ. Если подобный выводъ относительно отреченія отъ наслѣдства представлялъ нѣкоторыя затрудненія, то таковыхъ не имѣется относительно отказа отъ дара. Такой взглядъ на нихъ находитъ себѣ поддержку у римскихъ юристовъ и у великаго ихъ истолкователя Савиньи [2]).

---

[1]) Возраженія проф. Гримма по вопросу объ отреченіи отъ наслѣдства въ ущербъ кредиторамъ очень неясны. Онъ говоритъ, что въ этомъ случаѣ презумпція касается (?) самаго пріобрѣтенія. Изъ того, что, по мнѣнію проф. Гримма, эта презумпція разрушается отреченіемъ, можно заключить, что до отреченія наслѣдство предполагается пріобрѣтеннымъ наслѣдникомъ. Это совершенно недопустимо. Заставить наслѣдника отречься или отречься за него нельзя; а онъ не отречется. Значитъ, исходя изъ предположенія о пріобрѣтеніи имъ наслѣдства, кредиторы наслѣдодателя могутъ требовать уплату долговъ наслѣдодателя изъ имущества наслѣдника? Серьезныя соображенія побуждаютъ проводить различіе между правами пріобрѣтенными и лишь находящимися in bonis лица безъ пріобрѣтательнаго основанія. Далѣе, съ точки зрѣнія проф. Гримма, совершенно непослѣдовательно его утвержденіе, что отреченіе отъ наслѣдства разрушаетъ признаваемое имъ предположеніе о пріобрѣтенномъ правѣ и притомъ съ обратною силою, т. е. что право никогда и вовсе не было пріобрѣтено; если же признать предположеніе о правѣ лишь находящемся in bonis лица, то отреченіе предположенія этого не разрушаетъ—фактъ нахожденія права in bonis лица до отреченія остается незыблемымъ, а самое отреченіе является умаленіемъ имущества.

[2]) Savigny, Syst. d. h. röm. Rechts. B. VI, § 16.

Такъ, Ульпіанъ говоритъ: non potest liberalitas nolenti acquiri [1]), а Павелъ: invito beneficium non datur [2]); буквальный смыслъ этихъ выраженій тотъ, что дареніе не имѣетъ силы противъ воли одареннаго, а не тотъ, что дареніе имѣетъ силу лишь по волѣ одареннаго. Пока, слѣдовательно, одаренный, какъ выражается нашъ X томъ, „не отрекся“ отъ дара, онъ считается обладателемъ его; если онъ отречется in fraudem creditoris, то это отреченіе можетъ подлежать уничтоженію и подаренное остается въ составѣ имущества одареннаго; оно можетъ быть отобрано у того лица, въ рукахъ котораго находится; такимъ лицомъ можетъ быть, прежде всего, самъ даритель; дареніе, какъ актъ отчужденія, возстановляется въ своей силѣ и даритель долженъ выдать имущество для возвращенія его въ число объектовъ взысканія.

Наконецъ, нельзя не сказать нѣсколькихъ словъ объ отказѣ отъ условныхъ правъ. Можно ли эти отказы признавать отказами отъ пріобрѣтенія права или это отказы отъ пріобрѣтенныхъ правъ? Необходимость рѣшенія вопроса во второмъ смыслѣ не можетъ подлежать сомнѣнію [3]). Условное право входитъ въ составъ имущества лица [4]). Относительно права резолютивно условнаго въ этомъ и сомнѣнія быть не можетъ, что же касается суспензивнаго, то и оно отнюдь не можетъ считаться будущимъ правомъ—оно отправляетъ всѣ функціи права, за исключеніемъ осуществленія; кредиторъ можетъ уничтожить актъ, коимъ лицо отказывается отъ такого права, хотя, конечно, на практикѣ подобнаго рода случаи должны быть рѣдки. Кредиторъ, уничтоживъ актъ объ условно-суспензивномъ правѣ, вынужденъ будетъ ждать, пока условіе осуществится; мало того, ему угрожаетъ и неосуществленіе условія—что ему тогда дѣлать?.. И этого мало, часто условіе является въ формѣ потестативной и самъ должникъ рѣшаетъ судьбу права. Съ теоретической же стороны нѣтъ препятствій къ тому, чтобы и кредиторъ, буде желаетъ, опровергъ актъ, коимъ должникъ отказывается отъ условнаго права.

b) Различіе актовъ положительныхъ и отрицательныхъ, въ занимающемъ насъ вопросѣ, имѣетъ весьма важное значеніе. На первыхъ нечего останавливаться, спрашивается, могутъ ли отрицательные акты, т.-е. упущенія или бездѣйствія быть опровергаемы кредиторами, въ ущербъ коимъ они совер-

[1]) L. 19, § 2. D. de donat. 39. 5.
[2]) L. 69 D. reg. jur. 50. 17.
[3]) Hartmann, н. с., стр. 44.
[4]) Windscheid, н. с., § 89.

шены? Вопросъ этотъ чрезвычайно споренъ въ литературѣ. Обращаясь къ разсмотрѣнію выставленныхъ учеными теорій, мы не станемъ останавливаться на тѣхъ, которыя смотрятъ на вопросъ, какъ на quaestio facti и предоставляютъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судьѣ рѣшить вопросъ, подлежитъ ли данное отрицательное дѣйствіе уничтоженію [1]). Такимъ разрѣшеніемъ спорнаго вопроса наука даетъ себѣ testimonium paupertatis; надо же дать и судьѣ извѣстную норму для разрѣшенія спора [2]). Что касается ученыхъ, дающихъ то или другое разрѣшеніе вопроса, то одни даютъ положительный, другіе—отрицательный отвѣтъ. Остановимся сначала на послѣднихъ. Не можетъ не показаться страннымъ, что отрицательный отвѣтъ даютъ и мотивы какъ къ германскому, такъ и къ австрійскому закону объ оспариваніи кредиторомъ актовъ, совершенныхъ должникомъ [3]). Поддержку же въ доктринѣ такое воззрѣніе не имѣетъ; только два-три имени можно отнести къ числу сторонниковъ этого воззрѣнія. Такъ, Корнъ [4]) исходитъ изъ той мысли, что слово „дѣйствіе“ всегда означаетъ положительную, активную дѣятельность лица, бездѣятельность же, бездѣйствіе никогда не можетъ быть отождествляемо съ дѣйствіемъ; опровергаемо и уничтожаемо можетъ быть только дѣйствіе, ибо съ уничтоженіемъ бездѣйствія, т.-е. съ устраненіемъ его юридическихъ послѣдствій, не могутъ наступить положительныя послѣдствія; благодаря этому лишь открывается возможность дѣйствовать положительно; потому-то, если кредиторамъ предоставить право опровергать отрицательные акты, то слѣдуетъ имъ же предоставить и совершеніе даннаго, несовершеннаго должникомъ, положительнаго дѣйствія. Противъ этого Гартманъ [5]) справедливо возражаетъ, что, во-1-хъ, всякое дѣйствіе въ юридическомъ смыслѣ есть проявленіе воли, которое можетъ выразиться во внѣ или активно или пассивно, напр., непредъявленіе иска есть пассивное, отрицательное выраженіе воли, имѣющее опредѣленныя юридическія послѣдствія и притомъ, во-2-хъ, послѣдствія чисто положительнаго свойства — неосуществленіе права въ теченіе давностнаго срока влечетъ за собою прекращеніе его и т. п. Съ устраненіемъ этихъ послѣдствій не только лишь открывается возможность совершенія положительнаго дѣйствія, а наступаютъ

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 41. Kranichfeld, н. с., стр. 12; и 3 а.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 49.

[3]) Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung etc. S. 1414. Kaserer, н. с., стр. 54 и 55, 138—142, 209, 216.

[4]) Korn, н. с., стр. 62—64.

[5]) Hartmann, н. с., стр. 39.

вполнѣ положительные результаты; если право требованія не будетъ признано погашеннымъ давностью, то оно продолжаетъ существовать, и тѣмъ устраняются препятствія, обнаружившіяся при взысканіи. Прибавлять къ этимъ возраженіямъ Гартмана нечего, тѣмъ болѣе, что самъ Корнъ, въ сущности, допускаетъ изъ выставленнаго имъ правила рядъ исключеній, что́ рѣшительно непонятно въ виду принципіальнаго характера даннаго имъ общаго правила; если бездѣйствіе не есть дѣйствіе, то ни въ какомъ случаѣ, даже по исключенію, имъ быть не можетъ. Исключеніями этими Корнъ признаетъ тѣ случаи, когда законъ придаетъ бездѣйствію значеніе одинаковое съ дѣйствіемъ; если бездѣйствіе, по существу, нельзя смѣшивать съ дѣйствіемъ, то и законъ безсиленъ это сдѣлать; а если онъ это дѣлаетъ, въ чемъ сомнѣнія быть не можетъ, то и дѣйствіе нельзя такъ рѣзко различить отъ бездѣйствія. Отъ отрицательныхъ дѣйствій Корнъ также различаетъ случаи пассивнаго участія должника въ извѣстныхъ событіяхъ; сюда относятся: a) конклюдентныя дѣйствія, которыя, какъ положительныя дѣйствія (?), являются именно формою такого участія [1]) и b) случаи, когда примѣняется положеніе qui tacet consentire videtur quum loqui potuit ac debuit [2]). Самая характеристика этихъ случаевъ, какъ пассивнаго участія въ событіи, указываетъ, что они суть отрицательныя дѣйствія и, слѣдовательно, если къ нимъ причислять конклюдентныя дѣйствія, то уже никакъ нельзя назвать ихъ дѣйствіями положительными; случаи пассивнаго участія суть всегда отрицательныя дѣйствія, а конклюдентныя дѣйствія могутъ быть положительныя и отрицательныя; что же касается случаевъ примѣненія положенія qui tacet etc., то молчаніе, конечно, есть пассивное участіе и непремѣнно отрицательное дѣйствіе. Въ виду этого и указанные случаи не суть исключенія изъ правила, по существу, недопускающаго исключеній; идея разграниченія ихъ отъ отрицательныхъ дѣйствій никакихъ основаній не имѣетъ. Къ приверженцамъ Корна надо отнести Фёльдерндорфа [3]); и онъ допускаетъ изъ общаго правила исключенія въ формѣ пассивнаго участія въ событіи (Geschehenlassen), но не безусловно, а даетъ еще болѣе дробное дѣленіе, а именно, различаетъ случаи большей продолжительности пассивнаго участія отъ случаевъ меньшей продолжительности; если пассивное участіе продолжалось долго, оно, какъ

[1]) Fuchs, Deutsch. Konkursprocess. S. 45, n. 6.

[2]) Otto, н. с., стр. 39, тоже у Sarwey Konkursordnung für das deutsche Reich 2 изд. S. 142.

[3]) Völderndorf, н. с., стр. 17.

актъ, не подлежитъ уничтоженію, въ противномъ же случаѣ, т.-е., когда оно выразилось въ единичномъ Sich-passiv-Verhalten— подлежитъ. Самъ Фёльдерндорфъ въ цитированномъ сочиненіи сознается, что никѣмъ это дѣленіе не принято и ученымъ міромъ признано ненаучнымъ, хотя въ судебной практикѣ оно съ удобствомъ примѣняется [1]). Однако, представители науки несомнѣнно были правы, и новый аргументъ Фёльдерндорфа, конечно, никого не въ состояніи убѣдить; онъ говоритъ, что при продолжительности срока пассизнаго участія неизвѣстно, какую часть его онъ не долженъ былъ пропускать и какой срокъ, слѣдовательно, посредствомъ оспариванія долженъ быть возстановленъ. Этотъ аргументъ не трудно устранить, если имѣть въ виду, что въ случаяхъ, когда срокъ опредѣленъ извѣстнымъ періодомъ времени, рѣшающее значеніе имѣетъ конечный моментъ періода; если пропущенъ этотъ моментъ, то уже неумѣстно спрашивать, какую часть періода не слѣдовало пропускать; если пропущенъ конечный моментъ, то истекшимъ считается весь періодъ и весь онъ долженъ быть уничтоженъ. Вотъ почему Іекель [2]) совершенно правъ, говоря, что непонятно, почему большей или меньшей продолжительности пассивнаго участія надо придавать особое значеніе для оспариваемости, прибавляя: гдѣ жъ граница, предѣлъ, съ котораго оспариваемое упущеніе становится неоспариваемымъ? Что касается положительной теоріи, то крайними представителями ея являются Іекель [3]) и Козакъ [4]); и тотъ и другой признаютъ, что если разъ допускается, при наличности извѣстныхъ условій, опроверженіе дѣйствій должника, то всякаго рода отрицательныя дѣйствія, если они удовлетворяютъ даннымъ условіямъ, могутъ быть опровергаемы. Но оба ученыхъ какъ будто бы ставятъ извѣстныя и ограничительныя условія: Іекель требуетъ, чтобы путемъ даннаго отрицательнаго дѣйствія извѣстная часть была выдѣлена изъ состава имущества должника, а Козакъ, чтобы дѣйствіе было намѣренное и сознательное. Но эти требованія представляются ограничительными лишь съ перваго взгляда. Если разъ требуется, чтобы дѣйствіе удовлетворяло условіямъ его опровержимости, то этимъ уже указывается на то, что дѣйствіе это должно быть направлено на уменьшеніе имущества и быть намѣреннымъ и сознательнымъ; если нѣтъ этихъ объективныхъ

[1]) Онъ раньше его изложилъ въ своемъ сочиненіи Die Konkursordnung für das d. Reich, стр. 261.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 48—49.

[3]) Ibid., стр. 49—50.

[4]) Cosack, н. с., стр. 48—50.

и субъективныхъ элементовъ, то, будь дѣйствіе даже положительнымъ, опровергнуто оно быть не можетъ. Но независимо отъ этихъ мнимыхъ ограниченій, крайній взглядъ Іекеля и Козака не можетъ быть принятъ потому, что онъ захватываетъ слишкомъ широкій кругъ отрицательныхъ дѣйствій; этого слишкомъ мало, чтобы данное отрицательнымъ дѣйствіемъ умаляло имущество должника, необходимо еще, чтобы съ уничтоженіемъ его имущество само собой возвращалось въ число объектовъ взысканія. Ближе къ истинѣ мнѣнія не столь крайнихъ представителей этого направленія, Отто [1]) и Менцеля [2]). Отто допускаетъ опроверженіе лишь тѣхъ актовъ, которые заключаются въ несовершеніи дѣйствій, направленныхъ на сохраненіе за лицомъ принадлежащаго ему права; несовершеніе этихъ дѣйствій влечетъ за собой потерю права—оно входитъ въ составъ фактовъ, вызывающихъ данное измѣненіе, т.-е. уменьшеніе имущества лица: на-ряду съ другими фактами оно является conditio sine qua non этого уменьшенія. Эта характеристика, сама по себѣ безусловно вѣрная, недостаточно полна; но Менцель дѣлаетъ къ ней еще весьма существенное добавленіе и, если въ виду этого добавленія, формулировать общій характеръ отрицательныхъ дѣйствій, подлежащихъ опроверженію, то характеристика получится совершенно правильная. Онъ говоритъ, что кредиторамъ не дается права совершить данное несовершенное должникомъ дѣйствіе за него—третье лицо лишь обязано выдать имущество, полученное въ виду совершенія должникомъ даннаго отрицательнаго дѣйствія, для обращенія на него взысканія [3]).

Мы склоняемся въ пользу теоріи Отто и Менцеля, формулируя ее слѣдующимъ образомъ: въ принципѣ отрицательные акты, какъ выраженія воли, направленной на измѣненіе правоотношенія, совершенные должникомъ въ ущербъ кредитору, если они удовлетворяютъ объективнымъ и субъективнымъ условіямъ опроверженія, могутъ быть опровергаемы кредиторомъ; должно быть лишь установлено одно спеціальное ограниченіе: отрицательный актъ долженъ выражаться въ несовершеніи дѣйствія, необходимаго для сохраненія за собой даннаго права. Разъ дѣйствіе это въ теченіе опредѣленнаго срока не совершено—совершеніе его невозможно и, такъ сказать, отрицательный образъ дѣйствія лица является для него обстоятельствомъ, разрушаю-

---

[1]) Otto, н. с., стр. 38—41.
[2]) Menzel, н. с. стр. 70—72.
[3]) Ibid., стр. 78.

щимъ его право или уменьшающимъ его имущество; если заключительный моментъ установленнаго періода бездѣйствія завершился cum animo fraudandi, то для кредитора открывается возможность опровергнуть этотъ актъ, или, точнѣе: этимъ актомъ бездѣйствія должника кредитору открывается возможность требовать, чтобы срокъ бездѣйствія, оказавшійся истекшимъ и разрушившій право должника, былъ удлиненъ,—чтобы создано было такое положеніе вещей, при которомъ заключительный моментъ періода бездѣйствія какъ будто бы вовсе не наступалъ; должнику открывается возможность далѣе бездѣйствовать, и право его продолжаетъ числиться за нимъ, входитъ въ составъ его имущества и подлежитъ возвращенію въ число объектовъ взысканія. Это уничтоженіе отрицательнаго акта отнюдь не слѣдуетъ себѣ представлять какъ открытіе для должника возможности совершить дѣйствіе имъ ранѣе не совершенное или какъ открытіе возможности для кредитора совершить это дѣйствіе: первое допустить невозможно потому, что опроверженіе не есть возстановленіе правъ должника, а лишь предварительное, пріуготовительное средство взысканія—имущество не переходитъ вслѣдствіе опроверженія акта къ должнику, а поступаетъ въ число объектовъ взысканія; второе же недопустимо потому, что кредиторъ не представитель должника, не осуществитель его правъ, а съ другой стороны, къ нему никакихъ правъ на имущество отъ должника не переходитъ. Словомъ, бездѣйствіе должника парализуется въ томъ смыслѣ, что не наступаютъ нормальныя послѣдствія его,—какъ бы потерянное право продолжаетъ существовать. Въ виду этого мы можемъ сказать, что такіе отрицательные акты, совершенные должникомъ, подлежатъ опроверженію со стороны кредитора, по уничтоженіи коихъ имущество, перешедшее, благодаря ихъ совершенію, къ третьему лицу, само собою, безъ необходимости совершенія положительнаго дѣйствія, возвращается въ число объектовъ взысканія. На самые характерные случаи этихъ отрицательныхъ дѣйствій, имѣющихъ значеніе и въ настоящее время, указали римскіе юристы—это случаи погасительной и пріобрѣтательной давности [1]). Кредиторъ animo fraudandi пропустилъ срокъ исковой давности; собственникъ не требовалъ обратно имущества у владѣльца; владѣлецъ praedii dominantis не осуществилъ права на сервитутъ въ praedium serviens. Кредиторы этихъ лицъ, т.-е. кредитора по погашенному

---

[1]) Ulpianus въ L. 3 § 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Paulus въ L. 4 D. h. t. и L. 28 pr. D. de verb. sign. 50. 16.

давностью обязательству, собственника имѣнія, обладателя права на сервитутъ—могутъ опровергать эти отрицательныя дѣйствія, указывая на то, что имѣются въ наличности субъективныя и объективныя условія опроверженія, и требуя уничтоженія юридическихъ послѣдствій бездѣйствія должника, т. е., чтобы давность продолжала течь. Далѣе этого интересы кредиторовъ не идутъ; имъ вовсе не надо ни предъявлять иска, не предъявленнаго должникомъ, ни предъявлять иска, не предъявленнаго собственникомъ, ни осуществлять сервитута—для нихъ лишь важно, чтобы обязательство, право собственности и право на сервитутъ продолжали существовать, какъ непогашенныя давностью, дабы ихъ можно было обратить въ объекты взысканія. Но кромѣ этихъ случаевъ могутъ быть и другіе, напр., когда данное право ограничено преклюзивнымъ срокомъ и т. п.

2) Акты направленные на установленіе или прекращеніе вещныхъ правъ и акты направленные на установленіе или прекращеніе обязательственныхъ правъ. Уменьшеніе имущества должника можетъ произойти или вслѣдствіе установленія вещныхъ правъ, въ формѣ вещныхъ ограниченій, въ его собственности, или вслѣдствіе прекращенія вещныхъ правъ, въ формѣ односторонняго или двухсторонняго отчужденія этихъ правъ. Точно также и въ области обязательственныхъ правъ актъ можетъ быть направленъ на установленіе въ пользу третьяго лица даннаго права, или на прекращеніе обязательственнаго права въ лицѣ кредитора или въ лицѣ должника.

Разсмотримъ главнѣйшіе изъ этихъ случаевъ въ отдѣльности: I. Установленіе и прекращеніе вещныхъ правъ. А. Установленіе вещныхъ правъ.

а) Установленіе должникомъ права залога по ранѣе возникшему обязательству. Вопросъ о возможности опроверженія кредиторомъ акта, коимъ должникъ установилъ право залога въ своемъ имуществѣ, большинство ученыхъ рѣшаютъ въ положительномъ смыслѣ [1]). Что касается основаній такого рѣшенія, то они заключаются въ томъ, что такое право залога уменьшаетъ имущество должника, хотя, какъ замѣчаетъ Отто [2]), не абсолютно, а такъ же, какъ при сдѣлкѣ съ эквивалентомъ вполнѣ соотвѣтствующимъ стоимости имущества; какъ тутъ равноцѣнность имущества и эквивалента, такъ и при залогѣ равен-

[1]) Въ отрицательномъ смыслѣ высказывается Козакъ (н. с. стр. 117) и Цюрхеръ (н. с., стр. 18); ихъ замѣчанія мы изложимъ въ связи съ положительными теоріями.

[2]) Otto, н. с., стр. 79.

ство стоимости имущества, въ которомъ установлено право залога и стоимости дѣйствія, заключающагося in obligatione, не обусловливаетъ собою невозможности опроверженія, хотя и исполненіе обязательства и полученіе удовлетворенія изъ продажи заложенной вещи приводятъ къ одной и той же цѣли, но разными путями; второй путь—окольный, связанный непремѣнно съ обремененіемъ имущества въ ущербъ кредиторамъ [1]); обремененіемъ этимъ уменьшается имущество должника, но, такъ сказать, не субстанціально, а со стороны стоимости его; какъ объектъ взысканія оно уже не можетъ быть реализировано въ той суммѣ, какъ ранѣе, до установленія права залога. Это вполнѣ понятно, если имѣть въ виду существо права залога, какъ права на стоимость имущества—при существованіи этого права неизбѣжно умаляется стоимость заложеннаго имущества, конечно, не сама по себѣ, а съ точки зрѣнія кредиторовъ собственника. Отсутствіе при залогѣ субстанціальнаго уменьшенія имущества, т.-е. такого, что изъ имущества отдѣльныя вещи выдѣляются, заставляетъ нѣкоторыхъ ученыхъ не только признать, что тутъ нѣтъ уменьшенія имущества должника вообще,—а есть лишь неправильное распредѣленіе имущества между кредиторами, предпочтеніе одного передъ другимъ,—но даже отрицать наличность какого-либо вреда, убытка для кредиторовъ вообще. Козакъ [2]), высказывающій это послѣднее мнѣніе, прямо отрицаетъ возможность уничтоженія залога въ виду его неубыточности для кредиторовъ. Изъ представителей перваго мнѣнія Газенбальгъ [3]) и Цюрхеръ [4]) все-таки допускаютъ возможность убытка для кредиторовъ, несмотря на то, что путемъ залога не уменьшается, а лишь иначе распредѣляется имущество должника. Коренная ошибка всѣхъ этихъ ученыхъ въ томъ и состоитъ, что одни изъ нихъ (Козакъ) требуютъ, чтобы актъ былъ убыточенъ для всей совокупности кредиторовъ должника [5]); если онъ хоть для одного изъ нихъ неубыточенъ или выгоденъ, то опровергать его нельзя. Это положеніе едва-ли стоитъ того, чтобы на немъ останавливаться; совершенно непонятно, почему изъ-за того, что актъ неубыточенъ одному изъ восьми кредиторовъ, а семи убыточенъ, онъ не можетъ быть опровергнутъ. Ошибка другихъ ученыхъ та, что они понимаютъ уменьшеніе имущества въ конкретномъ смыслѣ—вѣдь всякое

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 63.
[2]) Cosack, н. с., стр. 117.
[3]) Hasenbalg, н. с., стр. 17.
[4]) Zürcher, н. с., стр. 17—18.
[5]) Hartmann, н. с., стр. 98.

ограниченіе права на имущество есть уменьшеніе его; если въ виду залога, лежащаго на имуществѣ, его можно продать не за полную сумму, а за сумму равную разности первой и суммы залога, то, конечно, съ точки зрѣнія лица, заинтересованнаго въ полученіи этой суммы, имущество уменьшилось. Увеличилось ли соотвѣтственно и имущество кредитора-залогопринимателя? Изъ всѣхъ упомянутыхъ ученыхъ только Кранихфельдъ [1]) прямо, хотя и мимоходомъ, отрицаетъ при залогѣ это увеличеніе. Съ этимъ нельзя согласиться, ибо присоединеніе къ составу имущества лица права залога даетъ основаніе признавать имущество увеличеннымъ; у лица имѣется двойное право, вѣрнѣе, два права, находящихся въ альтернативномъ соотношеніи—право на сумму in obligatione и право на сумму вырученную отъ продажи заложеннаго имущества; сравнительно съ правомъ не обезпеченнымъ залогомъ такое право прочнѣе; оно имѣетъ и бо́льшую цѣну въ гражданскомъ оборотѣ, напр. при цессіи.

Господствующее мнѣніе, сказали мы, за возможность опроверженія залога, при чемъ, кромѣ изложенныхъ соображеній, нѣкоторые ученые, именно, Фёльдерндорфъ [2]) и Гартманъ [3]) прибавляютъ и то, что право залога есть „эвентуальное отчужденіе", т.-е. отчужденіе на случай неисполненія обязательства, отчужденіе же всегда предполагаетъ уменьшеніе имущества лица отчуждающаго; что же касается соотвѣтственнаго увеличенія имущества въ лицѣ залогопринимателя, то оно несомнѣнно имѣетъ мѣсто; но оно, если можно такъ выразиться, еще болѣе эвентуально,—имѣя къ виду тотъ случай, когда имущество остается за залогопринимателемъ; но, какъ мы видѣли выше, и независимо отъ этого соображенія увеличеніе имущества имѣется съ другой точки зрѣнія.

Допуская возможность опроверженія залога, ученые, однако, расходятся въ томъ, какое значеніе имѣетъ знаніе третьимъ лицомъ, залогопринимателемъ, того, что должникъ дѣйствуетъ in fraudem creditorum. Вопросъ этотъ, по справедливому замѣчанію Шёнемана [4]), такъ запутывается, что часто не разберешь—требуется ли въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ доказательства conscientiae fraudis или она разумѣется сама собой. Послѣднее мнѣніе послѣдовательно поддерживается тѣми, кто смотритъ на

---

[1]) Kranichfeld, н. с., стр. 29.
[2]) Völderndorf, н. с., стр. 51.
[3]) Hartmann, н. с., стр. 93.
[4]) Schönemann, н. с., стр. 29.

установленіе залога, какъ на lucrum [1]), на безмездную сдѣлку. Нельзя не склониться въ пользу этого мнѣнія: кредиторъ пріобрѣтаетъ безъ возмездія новое право на имущество должника и если, какъ увидимъ, при безмездныхъ сдѣлкахъ conscientia fraudis предполагается сама собой, то это должно имѣть мѣсто и въ данномъ случаѣ. Сказать, какъ это дѣлаетъ Кранихфельдъ [2]), что въ этомъ случаѣ нѣтъ даренія, ибо недостаетъ необходимаго его реквизита — дачи и полученія, — нельзя; понятіе безмездной сдѣлки шире понятія даренія, и никто не станетъ утверждать, что установленіе права залога есть дареніе. Разъ одно лицо предоставляетъ другому извѣстное право и ничего за это не получаетъ, то сдѣлка, въ силу которой право это перешло, будетъ безмездною. Иное дѣло — какъ на это указалъ Газенбальгъ [3]) — и это совершенное исключеніе — если залогъ установленъ въ пользу одного изъ кредиторовъ возмездно; тогда, конечно, въ силу возмездности сдѣлки, необходимо доказать animus fraudandi на сторонѣ залогопринимателя; но во всякомъ случаѣ сдѣлка объ установленіи залога почитается безмездною, если не будетъ доказано противное. Но съ другой стороны, какъ замѣчаетъ Шёнеманъ [4]), далеко не во всѣхъ случаяхъ безмездныхъ сдѣлокъ conscientia fraudis можетъ быть предполагаема; напр., если по закону кредиторъ имѣетъ право требовать установленія залоговаго права, то тутъ предположеніе будетъ совершенно неосновательно: qui suo jure utitur, neminem laedit; установленіе залога тутъ не будетъ случайнымъ обогащеніемъ, а лишь осуществленіемъ права; тутъ mala fides залогопринимателя должна быть доказана. Другой критерій выставляетъ Дернбургъ [5]) для рѣшенія этого вопроса: въ его глазахъ имѣетъ рѣшающее значеніе то, кому принадлежитъ иниціатива въ установленіи права залога — должнику или кредитору; въ первомъ случаѣ conscientia fraudis предполагается, во второмъ — должна быть доказана. Такой критерій очень шатокъ; какъ быть, когда не дознаться, кто былъ иниціаторомъ? Наконецъ, и иниціатива сама по себѣ ничего не означаетъ; если

[1]) Dernburg, Pfandrecht S. 200; Reinhard, н. с., 124. Рейнгардъ доказываетъ, что такова была точка зрѣнія римскихъ юристовъ, ссылаясь на L. 10, §§ 13, 22. 22 D. quae in fraud. 42. 8.

[2]) Kranichfeld, н. с., стр. 29.

[3]) Hasenbalg, н. с., стр. 32.

[4]) Schönemann, н. с., стр. 31.

[5]) Dernburg, н. с., стр. 200. Мы здѣсь говоримъ лишь объ установленіи залога по требованію, срокъ коего не наступилъ; если срокъ наступилъ и залогъ установленъ возмездно, то самый фактъ установленія его указываетъ, очевидно, на conscientia fraudis.

внести этотъ критерій въ законодательство, то обнаружится его несостоятельность: смышленый должникъ сумѣетъ укрыться и выставить иниціаторомъ залогопринимателя; да и соглашеніе между ними можетъ состояться въ этомъ смыслѣ. Что касается господствующаго мнѣнія по вопросу о значеніи conscientiae fraudis, то оно заключается въ томъ, что актъ установленія залога подлежитъ опроверженію при наличности всѣхъ условій послѣдняго безразлично къ возмездности или безмездности его въ данномъ конкретномъ случаѣ [1]). Такое рѣшеніе вопроса не можетъ быть признано правильнымъ потому, что приводитъ къ результату, противному принципамъ современнаго права оспариванія; разъ лицо пріобрѣло безмездную выгоду, кредитору должна быть путемъ предположенія conscientiae fraudis облегчена возможность уничтоженія акта; дѣлать въ этомъ случаѣ различіе между формою выгоды нѣтъ основанія: будетъ ли она состоять въ предоставленіи вещи или лишь права на чужую вещь—это совершенно безразлично; облегчая процедуру доказыванія въ первомъ случаѣ, нѣтъ основанія не допускать этого во второмъ. Наконецъ, нельзя же, какъ и поступаютъ представители господствующаго мнѣнія, успокоиться на одномъ голословномъ заявленіи, что актъ установленія залога, по существу, не есть безмездный актъ, и приводить крайне искусственные аргументы въ пользу возмездности его. Такъ, Гартманъ, какъ мы уже упоминали, видитъ въ установленіи залога эвентуальный способъ отчужденія [2]); хотя, конечно, въ установленіи залога и выражается эвентуальное отчужденіе, но именно, въ силу эвентуальности его, нельзя самому акту его установленія придавать значеніе возмездной сдѣлки; залогопринимателъ не имѣлъ намѣренія пріобрѣтать вещь за сумму, отданную взаймы и обезпеченную залогомъ,—онъ желалъ лишь установленія права въ чужой вещи; а субъективная сторона и играетъ рѣшающую роль въ вопросѣ о томъ, возмездна или безмездна сдѣлка [3]). Менцель [4]) даетъ не менѣе искусственное объясненіе возмездности залога, признавая эквивалентомъ его избѣжаніе уплаты судебныхъ издержекъ и полученія исполнительныхъ актовъ, а также увѣренность въ томъ, что кредитъ не будетъ подорванъ. Странно слышать подобную аргументацію изъ устъ юриста. Онъ, очевидно, смѣшалъ удобство съ правомъ на эквивалентъ въ юри-

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 63; Hartmann, н. с., стр. 95; Kranichfeld, н. с., стр. 29; Völderndorf, н. с., стр. 51.

[2]) Hartmann, н. с., стр. 95.

[3]) Cosack, н. с., стр. 135.

[4]) Menzel, н. с., стр. 126, пр. 9.

дическомъ смыслѣ. При такомъ взглядѣ и дареніе окажется возмезднымъ актомъ — даритель покупаетъ себѣ вѣчную благодарность одареннаго, избавляется отъ необходимости управлять имѣніемъ, переданнымъ въ даръ, и т. п.

б) Установленіе должникомъ сервитута въ своемъ имуществѣ. Останавливаться на этомъ случаѣ едва-ли необходимо; скажемъ лишь, что сервитутъ, обременяя имѣніе, уменьшаетъ его стоимость, въ виду чего наступаетъ уменьшеніе имущества должника, какъ объекта взысканія; равномѣрно съ этимъ увеличивается имущество третьяго лица пріобрѣтеніемъ права на сервитутъ. Вопросъ о томъ, установленъ ли сервитутъ возмездно или безмездно, имѣетъ для внутренней стороны акта общее значеніе.

Б. Прекращеніе вещныхъ правъ. а) Односторонніе отказы должника отъ своего имущества. Главнѣйшіе изъ этихъ случаевъ мы уже разсмотрѣли выше [1]) въ связи съ другими положеніями, а именно: отреченіе отъ наслѣдства и дара, потеря права по давности и дереликція. б) Отчужденіе путемъ двусторонняго акта, т.-е. купли-продажи, конечно, можетъ быть уничтожено посредствомъ опроверженія кредиторомъ договора; тутъ, какъ мы уже сказали выше [2]), наличность полнаго эквивалента и полученіе его должникомъ,—если только эквивалентъ этотъ не находится еще въ рукахъ должника, — не лишаютъ кредитора права опровергать актъ.

II. Установленіе и прекращеніе обязательственныхъ правъ.

А. Установленіе обязательственныхъ правъ въ пользу третьяго лица. Нанчаще встрѣчающійся, сюда относящійся, случай—совершеніе арендныхъ договоровъ по имѣнію, заключаемыхъ обыкновенно на продолжительное время и вконецъ обезцѣнивающихъ имѣніе. Въ виду этого, по справедливому замѣчанію Козака [3]), при опроверженіи подобныхъ актовъ, судейскому убѣжденію долженъ быть данъ широкій просторъ, особенно относительно субъективныхъ условій, опроверженія. При наличности этихъ условій договоръ подлежитъ уничтоженію, хотя бы даннымъ законодательствомъ должнику, до извѣстнаго срока, во время процесса взысканія, совершать подобные договоры и было предоставлено [4]), по наступленіи же срока подобный договоръ подлежитъ, само собою, уничтоженію, хотя бы не было ни animus

[1]) Стр. 56—57, 67—71, 77—78.
[2]) Стр. 74—77.
[3]) Cosack, н. с., стр. 117—118.
[4]) Напр., у насъ ст. 1099 и 1100 уст. гр. суд.

fraudandi, ни conscientia fraudis; до срока же актъ можетъ быть опровергаемъ лишь при наличности этихъ условій.

Къ случаямъ установленія обязательственныхъ правъ въ пользу третьяго лица мы относимъ и цессію правъ. Кредиторъ, очевидно, можетъ опровергать актъ цессіи должникомъ своихъ правъ другому лицу [1]), при чемъ, конечно, условія этого опроверженія различны, смотря потому, было ли право уступлено возмездно или безмездно [2]). Особый случай цессіи будетъ разсмотрѣнъ ниже.

Б. Прекращеніе обязательственныхъ правъ. Оно возможно или на сторонѣ кредитора, или на сторонѣ должника. *а)* Прекращеніе на сторонѣ кредитора. Къ актамъ, коими прекращается обязательственное право кредитора даннаго должника, относятся:

а) Уплата долга. Здѣсь надо различать уплату долга должникомъ одному изъ своихъ кредиторовъ до срока и по срокѣ. Что касается перваго случая, то одни ученые допускаютъ, другіе не допускаютъ опроверженіе уплаты до срока. Большинство ученыхъ, проводящихъ отрицательное мнѣніе, стоятъ на почвѣ римскаго права [3]), не ставившаго въ укоръ бдительному кредитору заботу его о полученіи удовлетворенія хотя бы въ ущербъ другимъ кредиторамъ; всѣ они повторяютъ доводъ, приводимый Вангеровымъ [4]): кредиторъ, получающій удовлетвореніе, хотя и до срока, лишь осуществляетъ свое право—nihil dolo creditor facit qui suum recipit [5]). Противъ этого Отто [6]) справедливо возражаетъ, что, во-1-хъ, осуществленіе своего права при условіяхъ, требуемыхъ для опроверженія акта, т. е. при animus fraudandi и conscientia fraudis есть ничто иное, какъ petitio principii и, во-2-хъ, тотъ аргументъ, что nihil dolo creditor facit qui suum recipit, можно привести и противъ любого акта, совершеннаго должникомъ въ ущербъ кредитору; и на отчужденіе имущества должникъ имѣетъ право; такимъ путемъ можно дойти до полнаго отрицанія за кредиторомъ права опровергать какіе бы то ни было акты должника. Тутъ вопросъ вовсе не въ томъ, suum или

---

[1]) Kaserer, н. с., стр. 65. Korn, н. с., стр. 49.

[2]) Kranichfeld, н. с., стр. 29.

[3]) Cosack, н. с., стр. 114. Это „sibi vigilavit“ Ульпіана L. 6. 97 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Примѣненіе афоризма Сцеволы jus civile vigilantibus scriptum est L. 24. D h. t.

[4]) Vangerow, Pandecten B. 3. S. 697.

[5]) Jaeckel, н. с., стр. 52—59. Reinhard, н. с., стр. 118—122. Korn, н. с., стр. 145. Mankiewitz, н. с., стр. 49—50.

[6]) Otto, н. с., стр. 66, 73.

не suum recipit creditor, а въ томъ, что изъ имущества должника вышла вещь, при наличности условій опроверженія, и перешла въ обладаніе другого лица. Съ точки зрѣнія этихъ ученыхъ при доставленіи уплаты не только нѣтъ уменьшенія имущества должника, но и нѣтъ ущерба для кредиторовъ (объ этомъ ниже). Но они допускаютъ изъ общаго правила лишь одно исключеніе относительно такъ наз. interusurium: въ предѣлахъ полученныхъ процентовъ кредиторъ почитается обогатившимся въ ущербъ другимъ кредиторамъ, имущество его неправомѣрно увеличилось, должникъ же не оставилъ за собой того, что̀ ему причиталось. Не намъ, конечно, дабы быть послѣдовательными, отрицать право кредиторовъ на возвращеніе этого interusurium'а въ число объектовъ взысканія; замѣтимъ лишь, что въ этомъ случаѣ и уменьшеніе имущества должника, и ущербъ для кредиторовъ представляются лишь нагляднѣе, въ болѣе осязательной формѣ. Вангеровъ и его послѣдователи въ своемъ отрицаніи опровержимости досрочныхъ уплатъ доходятъ до той крайности, что признаютъ, — какъ бы очевидна ни была mala fides кредитора, получившаго уплату, — опроверженіе невозможнымъ; они даже говорятъ, что эта mala fides немыслима при полученіи уплаты. Такому крайнему утвержденію противорѣчатъ жизненные факты: такія досрочныя уплаты встрѣчаются сплошь и рядомъ [1]); кредиторъ, боясь объявленія должника несостоятельнымъ и полученія копейки за рубль, требуетъ отъ него уплаты до срока и тотъ соглашается; тутъ и стимулъ достаточно сильный и mala fides очевидна. Что касается представителей положительной теоріи, то они именно исходятъ изъ того положенія, что досрочная уплата убыточна для остальныхъ кредиторовъ, а потому, при наличности субъективныхъ условій опроверженія, можетъ быть опровергнута. Представителями этой теоріи являются Шёнеманъ [2]), Отто [3]) и Гартманъ [4]). Всѣ они сходятся въ одномъ пунктѣ: допускаютъ опроверженіе досрочной уплаты въ виду убыточности, но при отсутствіи уменьшенія имущества на сторонѣ должника. Съ этимъ послѣднимъ положеніемъ нельзя согласиться; если стать на ту точку зрѣнія, что имущество должника въ данномъ случаѣ разсматривается какъ объектъ взысканія, какъ предметъ права судебнаго залога, то, конечно, одинъ фактъ выхода изъ обладанія должника извѣстной суммы денегъ и поступленіе ея не въ число

[1]) Ibid., стр. 73.
[2]) Schönemann, н. с., стр. 13—15.
[3]) Otto, н. с., стр. 72—77.
[4]) Hartmann, н. с., стр. 88.

объектовъ взысканія является уменьшеніемъ имущества, именно какъ объекта взысканія. Говорятъ: наступитъ срокъ и сумма эта перейдетъ къ кредитору; мы на это отвѣчаемъ: не перейдетъ, если передача ея предполагается совершенною mala fide; кредиторъ, имѣющій право опроверженія, установляетъ въ свою пользу право судебнаго залога; кредиторъ, не сдѣлавшій этого и получающій уплату изъ предметовъ этого залога, именно, уменьшаетъ общее количество этихъ предметовъ. Въ другомъ же пунктѣ названные ученые нѣсколько расходятся. Гартманъ допускаетъ опроверженіе досрочной уплаты безусловно, разъ имѣются въ наличности условія опроверженія. Шёнеманъ же и Отто въ сущности приходятъ къ тѣмъ же результатамъ, какъ и ихъ противники—возможность опроверженія они ограничиваютъ однимъ interusurium'омъ. Это конечно и неожиданно и непослѣдовательно; разъ допускается возможность опроверженія при наличности условій его, въ установленіи дальнѣйшихъ ограниченій уже надобности нѣтъ. Оба названные ученые мотивируютъ эти ограниченія тѣмъ, что, по мнѣнію Отто, интересъ остальныхъ кредиторовъ не идетъ далѣе interusurium'а, а по мнѣнію Шёнемана, dolus на сторонѣ кредитора, получившаго уплату, касается лишь того имущества, которое перешло къ нему, не взирая на то, что онъ права на него не имѣетъ. Первое соображеніе неправильно уже потому, что интересъ кредитора, опровергающаго актъ тотъ, чтобы получить по возможности полное удовлетвореніе, второе же не вяжется со своею предпосылкою: если не соглашаться съ Вангеровымъ и др., что акты, коими кредиторъ осуществляетъ свои права, не могутъ быть опровергаемы, то допускать опроверженіе лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда кредиторъ получаетъ то, на что онъ вообще права не имѣетъ,—непослѣдовательно; вѣдь изъ этого можетъ быть сдѣланъ выводъ, что противники Вангерова тоже не допускаютъ опроверженія въ виду того, что кредиторъ получаетъ то, что ему принадлежитъ по праву. Такая непослѣдовательность вконецъ подрываетъ положительную сторону соображеній Шёнемана.

Переходимъ къ уплатѣ долга кредитору по наступленіи срока. Ученые, отрицающіе возможность опроверженія досрочной уплаты, послѣдовательно отрицаютъ и опровержимость уплаты посрочной, изъ ученыхъ же, въ принципѣ допускающихъ опроверженіе досрочныхъ уплатъ, Шёнеманъ [1]) прямо отрицаетъ опровержимость уплатъ посрочныхъ, исходя изъ опровергаемаго имъ въ другомъ мѣстѣ положенія Вангерова. Вангеровъ основывается

[1]) Schönemann, н. с., стр. 22.

на томъ, что creditor nihil dolo facit qui suum recipit, а Шёнеманъ — на томъ, что qui suo jure utitur neminem laedit. Подумаешь, какая разница между этими исходными пунктами!.. Но если въ защиту опровержимости досрочныхъ уплатъ, какъ мы видѣли, приводится указаніе на убытокъ, причиняемый кредиторамъ, то на это соображеніе съ особенною силою ссылаются въ доказательство опровержимости посрочныхъ уплатъ; хотя нѣкоторые ученые эту мысль облекаютъ въ нѣсколько иную форму, именно говорятъ о недобросовѣстности кредитора, получившаго уплату [1]). Справедливо замѣчаетъ Гартманъ [2]), что въ такой конструкціи нѣтъ надобности: если кредиторъ, получающій уплату, знаетъ, что, получая, участвуетъ вмѣстѣ съ должникомъ въ причиненіи ущерба остальнымъ кредиторамъ, а мы сказали бы — въ изъятіи извѣстной суммы изъ числа объектовъ взысканія, то этого достаточно для признанія возможности опроверженія. И мы склоняемся въ пользу опровержимости посрочныхъ уплатъ, но, конечно, при томъ условіи, что судъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ быть убѣжденъ въ наличности animus fraudandi должника и conscientia fraudis кредитора тутъ, гдѣ suum recipit такъ рѣшительно бьетъ въ глаза, именно необходима полная доказанность этихъ обстоятельствъ [3]).

б) Замѣна исполненія предоставленіемъ другого предмета (datio in solutum). Если исполненіе обязательства, даже по срокѣ, а также установленіе залога могутъ быть опровергаемы кредиторомъ, то тѣмъ болѣе надо это допустить относительно замѣны исполненія: послѣдняя отличается отъ перваго лишь по предмету — вмѣсто того, чтобы совершить данное дѣйствіе, должникъ совершаетъ другое, отъ второго же оно отличается только тѣмъ, что при залогѣ кредиторъ получаетъ удовлетвореніе посредственно, пріобрѣтая право продажи вещей, при замѣнѣ же — непосредственно, пріобрѣтая право на субстанцію вещи [4]). Если въ этихъ случаяхъ допускается опроверженіе, то, какъ мы сказали, тѣмъ болѣе въ случаѣ замѣны — тѣмъ болѣе потому, что тутъ весьма рѣзко проявляется желаніе должника лишить другихъ

---

[1]) Harzfeldt, н. с., стр. 514—515.

[2]) Hartmann, н. с., стр. 91.

[3]) Beisser, н. с., стр. 5, совершенно бездоказательно, строитъ презумпцію, что кредиторъ получаетъ уплату бездолжнаго (indebite).

[4]) Laspafyres, Ueber Anfechtung von Zahlungen etc. въ Arch. f. d. civ. Prax. B. 21, S. 71. Эту же аналогію съ залогомъ допускаютъ Otto, н. с., стр. 78. Cosack, н. с., стр. 115, а съ посрочной уплатой Reinhard, на стр. 127.

кредиторовъ удовлетворенія [1]). Вышеуказанную аналогію, однако, допускаютъ не всѣ ученые; двое изъ нихъ, Шёнеманъ [2]) и Іекель [3]), отрицая возможность опроверженія посрочныхъ уплатъ, допускаютъ опроверженіе замѣны исполненія. Первый видитъ между уплатою и замѣною платежа ту разницу, что, получая уплату, кредиторъ получаетъ то, на что онъ имѣетъ право, при замѣнѣ же онъ получаетъ то, на что права не имѣетъ,—онъ получаетъ вмѣсто вещи деньги. Въ виду этого, если кредиторъ не можетъ опровергать уплату, потому что, получивъ ее, онъ лишь suum recipit, то относительно замѣны этого сказать нельзя—онъ получилъ то, на что права не имѣетъ, а слѣдовательно полученіе можетъ быть опровергнуто. Іекель замѣчаетъ, что о кредиторѣ, получившемъ взамѣнъ уплаты другой предметъ, нельзя сказать, что онъ sibi vigilavit — онъ тутъ же помогаетъ должнику изъять извѣстныя вещи изъ числа объектовъ взысканія. Конечно, насъ не можетъ не радовать, что такіе солидные ученые, какъ Шёнеманъ и Іекель, высказываются въ пользу опровержимости замѣны исполненія, но мы должны сознаться, что аргументаціею своею они оказали положительной теоріи даннаго вопроса медвѣжью услугу. Мы думаемъ, что какъ при уплатѣ, такъ и при datio in solutum, получающій получаетъ то, на что онъ имѣетъ право—при уплатѣ это всякому очевидно, при datio in solutum это явствуетъ изъ соглашенія сторонъ,—самого по себѣ вполнѣ правомѣрнаго,—въ силу коего res succedit in locum pretii; въ силу этого соглашенія происходитъ и немедленно реализуется новація [4]), по которой кредиторъ получаетъ право на замѣняющую уплату вещь. Точно также и vigilantia имѣетъ мѣсто и въ томъ, и другомъ случаѣ — по отношенію къ кредитору: и при полученіи уплаты, и при полученіи вещи, можно сказать, что онъ не зѣвалъ и одинаково оправдалъ вышеупомянутый афоризмъ Сцеволы. Но что же изъ всего этого слѣдуетъ? Имѣлъ ли кредиторъ право на полученіе, бодрствовалъ онъ или зѣвалъ—это для рѣшенія вопроса о правѣ опроверженія значенія имѣть не можетъ. Будетъ ли предметомъ полученія долга вещь или уплата — это совершенно безразлично. И Шёнемана, и Іекеля можно упрекнуть въ непослѣдовательности—имъ слѣдовало отрицать опровержимость datio in solutum; признавъ ее, они только еще разъ доказали неправильность взгляда ихъ на опроверженіе посрочныхъ уплатъ.

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 93.
[2]) Schönemann, н. с., стр. 25—28.
[3]) Jaeckel, н. с., стр. 60—61.
[4]) Harzfeld, н. с., стр. 509.

Наконецъ, datio in solutum можетъ выразиться въ видѣ цессіи должникомъ права по обязательству своему кредитору, взамѣнъ исполненія. Нѣтъ никакихъ основаній не примѣнять къ этому случаю соображеній, изложенныхъ по поводу datio in solutum; всѣ особенности его сводятся къ тому, что предметомъ, замѣняющимъ исполненіе, является не вещь, а обязательственное право [1]).

в) Отказъ должника отъ обязательственнаго права въ пользу своего должника. Мы выше [2]) уже говорили объ этомъ случаѣ и указали, въ какомъ смыслѣ тутъ понимается увеличеніе и уменьшеніе имущества.

г) Зачетъ. Едва-ли надо останавливаться на томъ, что зачетъ требованія должника къ третьему лицу съ требованіемъ сего послѣдняго подлежитъ опроверженію. Зачетъ суррогатъ исполненія; актъ, по силѣ коего совершается зачетъ, направленъ на уничтоженіе права кредитора по отношенію къ должнику— права, которое могло бы быть объектомъ взысканія для другихъ кредиторовъ, добившихся рѣшенія, обладающаго исполнительною силою. На этомъ случаѣ ученые даже не считаютъ нужнымъ останавливаться [3]).

б) Прекращеніе обязательственнаго права на сторонѣ должника. Это имѣетъ мѣсто тогда, когда третье лицо (должникъ) исполняетъ свое обязательство передъ должникомъ. Подлежитъ ли актъ полученія должникомъ уплаты отъ своего должника опроверженію со стороны его кредиторовъ? На этотъ вопросъ ученые даютъ странный, нерѣшительный отвѣтъ. Такъ, Козакъ [4]), выставивъ общее правило, что актъ не можетъ быть опровергнутъ въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ третьяго лица нельзя требовать, чтобы оно уклонилось отъ участія въ совершеніи акта, примѣняетъ это правило къ данному случаю; такъ что уплата полученная должникомъ неопровержима, потому что должникъ его, уплатившій ему долгъ, не обязанъ былъ уклоняться отъ уплаты, а напротивъ обязанъ былъ уплатить. Между тѣмъ, Козакъ въ концѣ концовъ допускаетъ опроверженіе уплаты, въ томъ случаѣ, когда между должникомъ и его должникомъ состоялось на этотъ счетъ особое соглашеніе. Ту же шаткость замѣчаемъ у другихъ изслѣдователей. Корнъ [5]) допускаетъ, что въ

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 94.
[2]) Стр. 56—57.
[3]) Ibid., стр. 97. Menzel, н. с., стр. 189.
[4]) Cosack, н. с., стр. 117.
[5]) Korn, н. с., стр. 151—152.

разсматриваемомъ актѣ могутъ имѣть мѣсто всѣ условія его опровержимости, но тѣмъ не менѣе опроверженіе невозможно по слѣдующимъ соображеніямъ. По общему правилу, кому отказано закономъ въ извѣстномъ средствѣ защиты, тотъ не можетъ отвѣчать за непользованіе этимъ средствомъ; примѣняя это правило къ разсматриваемому случаю, можно сказать, что должникъ даннаго должника не можетъ уклониться отъ платежа, ссылаясь на то, что первый имѣетъ кредиторовъ, въ ущербъ коимъ была бы уплата, если бы она была произведена; если дѣлать должника, уплатившаго долгъ, отвѣтственнымъ за это, то надо ему дать возможность уклониться отъ уплаты, ссылаясь на то, что уплата эта вредитъ кредиторамъ его кредитора; такое возраженіе, однако, сдѣлать онъ не можетъ, ибо это возраженіе ex jure tertii и притомъ не могущее быть доказаннымъ безъ привлеченія кредиторовъ къ процессу, привлечь же ихъ третье лицо (должникъ должника) не можетъ. Повидимому, соображенія Козака и Корна солидны, но при ближайшемъ разсмотрѣніи они оказываются несостоятельными. Въ основаніи ихъ соображеній лежитъ одна и та же мысль о коллизіи двухъ обязанностей въ лицѣ должника другого должника: обязанности произвести уплату и обязанности не участвовать въ причиненіи ущерба кредитору своего кредитора; оба названные ученые разрѣшаютъ эту коллизію въ пользу обязанности произвести уплату. Почему же коллизія разрѣшается въ такомъ смыслѣ? Только Корнъ даетъ отвѣтъ на это и отвѣтъ неудовлетворительный. Намъ кажется, какъ справедливо замѣчаетъ и Гарцфельдъ [1]), что возраженіе, о которомъ тутъ идетъ рѣчь, не есть exceptio ex jure tertii; должникъ, уклоняющійся отъ уплаты, возражаетъ, основываясь на своемъ правѣ уклониться отъ участія въ причиненіи ущерба кредиторамъ своего кредитора, а для того, чтобы обосновать свое возраженіе, ему достаточно сослаться на недостаточность имущества его кредитора; въ видахъ грозящей ему опасности уплатить долгъ дважды, онъ имѣетъ полное основаніе указать суду на то, что истецъ не надлежащій, что искъ можетъ быть предъявленъ лишь лицомъ, къ которому въ процессѣ взысканія перейдетъ право на требованіе его кредитора. Намѣренное непользованіе этими средствами даетъ основаніе подвергнуть такого должника невыгодамъ вторичнаго взысканія.

Признавая возможность опроверженія кредиторомъ акта уплаты должнику долга его должникомъ, мы, конечно, должны огово-

[1]) Harzfeld, н. с., 506—507.

риться, что та сумма, которая была получена должникомъ, не должна болѣе находиться въ составѣ его имущества. При этомъ условіи мы можемъ сказать, что имущество должника уменьшилось, ибо извѣстная часть его, находившаяся у третьяго лица (сумма денегъ), болѣе у него не находится; право на полученіе ея прекратилось; увеличилось и имущество третьяго лица въ юридическомъ смыслѣ: въ его составѣ нѣтъ обязательства, уменьшавшаго его актовъ.

б) Субъективная сторона акта. Мы уже неоднократно имѣли случай упоминать объ animus fraudandi, о намѣреніи должника причинить ущербъ своимъ кредиторамъ; это-то намѣреніе составляетъ субъективную сторону акта, совершеннаго должникомъ. Для того, чтобы актъ этотъ подлежалъ опроверженію, по общему правилу, необходимо, чтобы онъ былъ совершенъ при наличности на сторонѣ должника намѣренія причинить ущербъ кредиторамъ. Что такое намѣреніе причинить ущербъ? Вопросъ этотъ чрезвычайно споренъ. Всѣ высказанныя на этотъ счетъ мнѣнія можно свести къ двумъ теоріямъ: теорія желанія вреда, которая опять распадается на теорію абсолютную и относительную, и теорія сознанія вреда. Остановимся сначала на первой изъ нихъ.

Основное положеніе теоріи желанія вреда то, что должникъ, совершая актъ, долженъ имѣть прямое желаніе причинить имъ вредъ кредиторамъ. Намѣреніе должно заключаться въ томъ, что путемъ осуществленія задуманнаго имъ акта онъ лишитъ кредиторовъ возможности получить удовлетвореніе. Одни изъ сторонниковъ этой теоріи стоятъ на вполнѣ абсолютной почвѣ, требуя, чтобы желаніе причинить ущербъ кредиторамъ проявилось въ своей крайней формѣ, т.-е. чтобы причиненіе этого ущерба было цѣлью совершенія акта должникомъ. Такъ, Іекель [1]), Краних-фельдъ [2]) и др. [3]) понимаютъ подъ намѣреніемъ направленіе воли на опредѣленную конечную цѣль; должникъ, для того, чтобы актъ могъ быть опровергнутъ, долженъ былъ дѣйствовать не только въ сознаніи того, что онъ причиняетъ ущербъ кредиторамъ, но и съ желаніемъ причинить имъ ущербъ, другими словами: ущербъ кредиторамъ желанная цѣль должника, хотя, быть можетъ, и не исключительная; намѣреніе должника должно быть направлено къ тому, чтобы съ помощью даннаго акта, посредственно или не-

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 67 и 68.

[2]) Kranichfeld, н. с., стр. 21.

[3]) Dernburg, н. с., стр. 198. Сюда же обыкновенно причисляютъ и Reinhard'a, но это невѣрно при сопоставленіи стр. 105 со стр. 107.

посредственно, причинить ущербъ кредиторамъ. Такое пониманіе „намѣренія причинить ущербъ“ чрезвычайно удобно и въ практическомъ, и въ теоретическомъ смыслѣ. Ни судьѣ, ни ученымъ не приходится затрудняться при разрѣшеніи массы вопросовъ; вопросы эти разрѣшаются съ совершенною легкостью и притомъ въ большинствѣ случаевъ отрицательно; напр., вопросъ о времени совершенія акта сравнительно съ временемъ возникновенія требованія кредиторовъ, вопросъ объ опроверженіи уплаты и т. п.; но гражданскому обороту отъ этого нисколько не легче. При такомъ строгомъ и тѣсномъ пониманіи „намѣренія“, случаи, когда актъ можетъ быть подвергнутъ уничтоженію, окажутся очень малочисленными [1]). Когда актъ совершенъ должникомъ въ то время, когда у него еще не было кредиторовъ, о намѣреніи его причинить ущербъ въ этомъ смыслѣ не можетъ быть и рѣчи; когда должникъ уплачиваетъ долгъ или получаетъ уплату по срокѣ, доказательство намѣренія въ этомъ смыслѣ обращается въ probatio diabolica и т. д. Но независимо отъ этого соображенія, совершенно противно фактическому положенію вещей, чтобы должникъ, совершившій актъ въ ущербъ кредитору, ставилъ себѣ цѣлью именно этотъ ущербъ. Въ дѣйствительности, говоритъ Шей [2]), очень рѣдко окажется, что должникъ изъ одной злобы къ кредитору распродаетъ свое имущество; отчуждаетъ онъ его съ тою цѣлью, чтобы самому воспользоваться выгодою; это ближайшая его цѣль, но достигнуть ея онъ можетъ лишь путемъ причиненія ущерба кредиторамъ, потому-то онъ implicite рѣшается на послѣднее. Менцель [3]) даже смотритъ на причиненіе ущерба кредиторамъ, какъ на средство, при помощи котораго достигаются различныя цѣли, какъ-то: собственная выгода, выгода близкихъ людей и т. п. Корнитцеръ [4]) идетъ еще дальше: онъ видитъ въ причиненіи ущерба кредитору лишь рефлективное дѣйствіе (Reflexwirkung Іеринга) акта, совершеннаго должникомъ.

---

[1]) Газенбальгъ (н. с., стр. 41) справедливо замѣчаетъ, что случаи, когда можно будетъ доказать, что цѣлью сдѣлки было причиненіе ущерба кредиторамъ, окажутся ничтожными.

[2]) Schey, Zur Geschichte der actio Pauliana etc. въ Zeitschr. für Rechtsgesch. B. 13. H. 1. S. 133.

[3]) Menzel, н. с., стр. 148. Тоже Cosack, н. с., стр. 77.

[4]) Kornitzer, Bedenken zum Begriffe der „Benachtheiligungsabsicht“ im Anfechtungsgesetze въ Zeitsch. f. pr. u. öffent. Recht. B. 15, H. 3, S. 599. Статья эта написана съ большими претензіями, но ничего не доказываетъ и полна противорѣчій. Результатъ изслѣдованія, что должникъ совершаетъ актъ ради того, чтобы устранить чувство неудовольствія, испытываемое имъ изъ-за того, что онъ не причиняетъ ущерба своимъ кредиторамъ—говоритъ самъ за себя.

Такъ или иначе, но несомнѣнно, что должникъ, причиняющій актомъ ущербъ кредиторамъ, конечно, имѣетъ въ виду не это обстоятельство, а свою собственную выгоду; этотъ ущербъ лишь неизбѣжное послѣдствіе акта; должникъ не можетъ избѣжать порога, который необходимо перейти для того, чтобы получить извѣстную выгоду; очень можетъ быть, что иногда актъ совершается въ ущербъ кредитору изъ одной злобы, но эти случаи исключительные и если бы они имѣли мѣсто фактически, то все-таки юридически, въ виду того, что собственная выгода ихъ всегда сопровождаетъ, выгода эта и можетъ быть возведена въ конечную цѣль акта.

Наконецъ, безусловно неправильно то положеніе разсматриваемой теоріи, будто бы для признанія намѣренія причинить ущербъ не достаточно одного сознанія того, что ущербъ причиняется даннымъ актамъ — но къ этому мы сейчасъ вернемся. Другіе представители теоріи желанія причинить ущербъ, не видя необходимости, чтобы это обстоятельство было цѣлью дѣйствія должника, требуютъ, чтобы имѣло мѣсто явно выраженное желаніе причинить ущербъ. По ихъ мнѣнію, недостаточно одного сознанія со стороны должника, что онъ своимъ дѣйствіемъ причиняетъ вредъ кредиторамъ, — необходимо явное выраженіе воли. Такъ, Менцель [1]) приводитъ противъ пониманія намѣренія въ смыслѣ сознанія три соображенія: терминологическое, историческое и практическое: 1) какъ въ разговорномъ, такъ и въ научномъ языкѣ слово „намѣреніе“ содержитъ въ себѣ моментъ стремленія къ чему-либо (Bestrebtsein), 2) источники римскаго права несомнѣнно указываютъ на то, что для actio Pauliana требовалась fraus въ смыслѣ желаннаго причиненія ущерба и 3) вопросъ о доказываніи сознанія причиняемаго ущерба вызываетъ рядъ недоумѣній; несомнѣнно, что въ большинствѣ случаевъ сознаніе вреда даетъ основаніе заключить о наличности желанія вредить; но могутъ быть случаи, когда это заключеніе не оправдается; если послѣдствія дѣйствія должника были не неизбѣжны, а вѣроятны, то можетъ оказаться, что онъ дѣйствовалъ въ надеждѣ, что эти послѣдствія не наступятъ. Можно ли запретить ссылаться и доказывать именно эту надежду? Должникъ вѣдь могъ дѣйствовать легкомысленно, но онъ не имѣлъ намѣренія причинить вредъ; тѣмъ болѣе опасно видѣть намѣреніе въ сознаніи возможныхъ послѣдствій дѣйствія; если бы тутъ доказыванію подлежало сознаніе, то вся сдѣлка, связанная съ рискомъ и совершенная должни-

[1]) Menzel, н. с., стр. 146—147.

комъ, въ теченіе срока давности, находилась бы подъ дамокловымъ мечомъ. Провѣримъ, на сколько эти соображенія Менцеля основательны. Прежде всего, ссылка на разговорную и научную рѣчь едва-ли основательна; научная рѣчь еще не выработала точнаго выраженія—что̀ видно уже изъ того, что спорятъ о значеніи слова „намѣреніе“; что̀ же касается разговорной рѣчи, то это очень шаткій аргументъ; разговорная рѣчь иногда вырабатываетъ такое выраженіе, которое не охватываетъ значительной доли того явленія, которое имъ выражается. Если уже ссылаться на разговорную рѣчь, то Менцелю надо было примкнуть къ сторонникамъ того мнѣнія, по которому намѣреніе понимается какъ стремленіе къ опредѣленной цѣли, по которому актъ опровержимъ лишь въ томъ случаѣ, когда должникъ поставилъ себѣ цѣлью причинить вредъ кредиторамъ. Въ разговорной рѣчи намѣренное дѣйствіе есть не только желанное, но и направленное къ опредѣленной цѣли; намѣренное причиненіе вреда обнимаетъ собою дѣйствія, имѣющія цѣлью причиненіе вреда: намѣреваться значитъ дѣйствовать съ опредѣленною цѣлью. А между тѣмъ Менцель противъ такого взгляда. Затѣмъ, ссылка на римское право мало доказательна. Какъ понимали римскіе юристы слово fraus? На этотъ счетъ ученые никакъ не могутъ согласиться, да и понятно почему: потому что римскіе юристы сами не выработали точной терминологіи. По мнѣнію Шея [1]) fraus означаетъ обманъ, по Менцелю [2]) — желаніе вреда, по Отто [3]) — просто вредъ. Всего вѣрнѣе въ этомъ случаѣ мнѣніе филолога Фогта [4]), доказавшаго, что до Цицерона fraus означало сознательный, намѣренный вредъ, а послѣ Цицерона, кромѣ того, и обманъ. Но какъ бы то ни было, ссылка на римскихъ юристовъ невозможна— у нихъ могутъ найти аргументы и Менцель, и всѣ его противники, каждый въ подтвержденіе своего взгляда. Наконецъ, что касается достовѣрности сознанія вреда, то Менцель въ большинствѣ случаевъ допускаетъ заключеніе отъ сознанія вреда къ намѣренію причинить его; остается, слѣдовательно, меньшинство; когда должникъ дѣйствовалъ въ сознаніи возможности вреда, то мы согласны съ Менцелемъ, что заключеніе это будетъ неправильно, по соображеніямъ, которыя изложимъ ниже; относительно же сознанія вѣроятнаго вреда мы не допускаемъ ошибокъ; пусть должникъ дѣйствовалъ въ надеждѣ, что вреда кредиторамъ не

[1]) Schey, н. с., стр. 131—132.
[2]) Menzel, н. с., стр. 146.
[3]) Otto, н. с., стр. 92—99.
[4]) Приведено у Otto, н. с., l. c.

будетъ, пусть онъ и докажетъ это — если это возможно — ему все-таки нельзя простить его легкомысліе; если судъ разъ пришелъ къ тому заключенію, что онъ сознавалъ съ большою вѣроятностью вредъ, который причиняется его дѣйствіемъ кредитору, и несмотря на это совершилъ дѣйствіе, то совершенно основательно признавать его дѣйствовавшимъ съ намѣреніемъ причинить ущербъ кредиторамъ.

Переходимъ къ теоріи сознанія вреда. Теорія эта, принятая большинствомъ ученыхъ, исходитъ изъ того, что актъ считается совершеннымъ съ намѣреніемъ причинить ущербъ, не только тогда, когда такова именно была цѣль должника, но и тогда, когда онъ сознавалъ, что послѣдствіемъ его дѣйствія будетъ ущербъ кредиторамъ; желалъ онъ этихъ послѣдствій или нѣтъ— это безразлично [1]); намѣреніе причинить вредъ должно быть ему приписано, когда онъ могъ сознавать, что дѣйствіе его повлечетъ за собой этотъ вредъ, что благодаря этому дѣйствію взысканіе станетъ невозможнымъ; необходимо лишь, чтобы было въ немъ сознаніе причинной связи между его дѣйствіемъ и ущербомъ кредитора; причинная связь тутъ является чисто объективною— въ субъективности ея, т.-е. въ желаніи создать фактъ какъ причину ущерба, нѣтъ надобности [2]). И дѣйствительно, если должникъ зналъ или, какъ разсудительный человѣкъ, долженъ былъ знать, что благодаря его дѣйствію наступятъ данныя послѣдствія, то послѣдствія эти считаются наступившими намѣренно [3]). Теорія эта сводитъ намѣренность дѣйствія къ возможному, вполнѣ раціональному минимуму, послѣдствія дѣйствія должника не только не должны быть конечною цѣлью, которую онъ себѣ ставитъ, они могутъ и не быть желательны—лишь бы онъ сознавалъ ихъ наступленіе, понималъ ту причинную связь, которая имѣется между его дѣйствіемъ и ущербомъ кредитора. Но сознаніе это можетъ имѣть различныя степени, смотря по трудности или легкости наступленія послѣдствій — ущербъ отъ дѣйствій должника можетъ наступить или какъ неизбѣжное, или какъ вѣроятное, или какъ возможное послѣдствіе. Въ этомъ пунктѣ представители теорій сознанія вреда, однако, нѣсколько расходятся, допуская опроверженіе акта или во всѣхъ трехъ случаяхъ, или же въ томъ или въ другомъ. Что касается первыхъ, то Козакъ [4]),

[1]) Cosack, н. с., стр. 77—78.

[2]) Hartmann, н. с., стр. 76—77. Otto, н. с., стр. 101—102.

[3]) Völderndorf, н. с., стр. 42. Korn, н. с., стр. 82. Hasenbalg, н. с., 40.

[4]) Cosack, н. с., стр. 78.

Отто [1]) и др. полагаютъ, что лицо, сознавшее хотя и одну возможность наступленія даннаго послѣдствія, но не только ничего не предпринявшее для устраненія его, а напротивъ, доведшее дѣйствіе до конца, по меньшей мѣрѣ эвентуально желало этого послѣдствія. Другіе, а именно, Газенбальгъ [2]), впадаютъ въ противоположную крайность: только въ томъ случаѣ, когда послѣдствія дѣйствія неизбѣжны, должникъ почитается дѣйствовавшимъ намѣренно. Наконецъ, Гартманъ [3]) и Фёльдерндорфъ [4]) держатся средняго мнѣнія, къ которому и мы готовы присоединиться. Они признаютъ наличность намѣренія въ томъ случаѣ, когда должникъ сознавалъ не только неизбѣжность ущерба для кредитора отъ его дѣйствія, но и вѣроятность его, но рѣшительно высказываются противъ признанія намѣренности въ случаѣ одной возможности ущерба. Заключеніе о намѣренности дѣйствія, основанное на томъ, что должникъ долженъ былъ предвидѣть всѣ возможныя послѣдствія своего дѣйствія — будетъ рискованнымъ. Мало того, это внесетъ шаткость въ гражданскій оборотъ; мы выше привели соображенія Менцеля о дамокловомъ мечѣ, при этомъ условіи, висящемъ надъ сдѣлкою въ теченіе полнаго срока давности; соображеніе это безусловно вѣрно. Трудно себѣ представить, говоритъ Фёльдерндорфъ, какую-либо сдѣлку, которая, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, напр., когда возгорится война и т. п., не могла бы причинить ущерба кредиторамъ. И дѣйствительно, такъ широко понимать намѣренность нельзя — мало ли при какихъ обстоятельствахъ можетъ наступить ущербъ для кредиторовъ; всѣхъ ихъ предвидѣть и сознать должникъ, конечно, не можетъ. Судейскому убѣжденію въ этомъ случаѣ долженъ быть данъ полный просторъ; установить какія-либо обязательныя для судьи правила, конечно, невозможно — онъ самъ оцѣниваетъ степень неизбѣжности и вѣроятности наступленія невыгодныхъ для кредитора послѣдствій даннаго акта; самое большее, что можно — это предостеречь его отъ приданія серьезнаго значенія однимъ возможнымъ послѣдствіямъ. Потому-то нельзя признать правильнымъ [5]) мнѣніе Шёнемана [6]), Газенбальга [7]) и др., что одна фактическая несостоятельность должника уже даетъ основаніе съ полною досто-

---

[1]) Otto, н. с., стр. 107.
[2]) Hasenbalg, н. с., стр. 90.
[3]) Hartmann, н. с., стр. 77.
[4]) Völderndorf, н. с., стр. 42—43.
[5]) Otto, н. с., стр. 104.
[6]) Schönemann, н. с., стр. 37.
[7]) Hasenbalg, н. с., стр. 40.

вѣрностью заключить, что актъ, совершенный имъ въ это время, намѣренно направленъ ко вреду кредиторамъ. Іекель [1]) справедливо замѣчаетъ, что относительно должника, находящагося въ положеніи фактической несостоятельности, судья будетъ лишь болѣе склоненъ предположить, что онъ сознавалъ экономическій результатъ своего дѣйствія, чѣмъ относительно такого, дѣла котораго находятся въ полномъ порядкѣ; и какія бы въ этомъ случаѣ стѣсняющія судью правила ни придумывались, они могутъ оказаться нецѣлесообразными.

Изъ общаго правила о необходимости дѣйствительнаго animus fraudandi исключеніе составляютъ одни лишь безмездные акты [2]). Акты безмездные могутъ подлежать уничтоженію, хотя бы не было установлено, что должникъ имѣлъ намѣреніе причинить ущербъ кредиторамъ; должникъ, говоритъ Іекель [3]), не можетъ щедрою рукою обогащать третьихъ лицъ, ставя себя тѣмъ въ положеніе, при которомъ лишаетъ кредиторовъ удовлетворенія; на самомъ дѣлѣ, намѣренно или ненамѣренно, онъ это дѣлаетъ— это безразлично; разъ онъ находится въ такомъ положеніи, что не можетъ удовлетворить кредиторовъ, законодатель въ правѣ построить презумпцію, что онъ, раздаривъ свое имущество, намѣренно привелъ себя въ состояніе неоплатности. Быть можетъ на самомъ дѣлѣ онъ и не думалъ дарить въ сознаніи вреда, причиняемаго кредиторамъ; быть можетъ нѣтъ и объективной причинной связи между дареніемъ и раззореніемъ или неоплатностью; по чисто утилитарнымъ соображеніемъ все это предполагается и доказывать противное уже не должно быть дозволено [4]),— это praesumptio juris et de jure; законъ по извѣстнымъ соображеніямъ предписываетъ судьѣ признать доказанными и animus fraudandi должника, и причинную связь. Соображенія же, заставляющія построить презумпцію, тѣ, что опытъ жизненный указываетъ, что часто безмездная сдѣлка совершается не спроста; часто именно имѣетъ мѣсто animus fraudandi; тѣ же случаи, когда это предположеніе не оправдывается, въ соображеніе принимаемы быть не должны,—не допускать опроверженіе акта невозможно; голосъ кредиторовъ вопіетъ!.. они имѣютъ на имущество, какъ на объектъ взысканія, лучшее право, чѣмъ одаренный: долгъ

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 72.

[2]) Есть и другое исключеніе: акты, вообще совершенные въ пользу родственниковъ должника; но это, принятое германскимъ и австрійскимъ законами, исключеніе чисто спеціальнаго характера.

[3]) Jaeckel, н. с., стр. 92.

[4]) Völderndorf, н. с., стр. 68.

важнѣе дара; одаренный менѣе обиженъ отобраніемъ дара, чѣмъ кредиторъ оставленіемъ его въ рукахъ одареннаго, Грюцманъ [1]) весьма оригинально объясняетъ это исключительно-неблагопріятное положеніе безмездныхъ актовъ; причину этого онъ видитъ въ томъ положеніи, какое акты эти занимаютъ въ гражданскомъ оборотѣ; они не представляютъ собою явленія нормальнаго и необходимаго; выгода, изъ нихъ проистекающая, не пріобрѣтенная, а случайно выпавшая на долю лица; лучше разрушить анормальную прибыль, чѣмъ терпѣть нарушеніе правъ, пріобрѣтенныхъ нормальною дѣятельностью. Но, высказываясь въ пользу легкой опровержимости безмездныхъ актовъ, мы напомнимъ сдѣланную выше оговорку [2]), что для пользованія правомъ опроверженія безмезднаго акта долженъ быть положенъ возможно краткій срокъ; къ сказанному прибавимъ, что по истеченіи этого срока кредиторъ не долженъ быть безусловно лишенъ права опровергать актъ: онъ можетъ это сдѣлать, но уже на основаніи общихъ правилъ, т.-е., доказавъ animus fraudandi должника [3]).

III. Условія на сторонѣ третьяго лица.

Условія, касающіяся третьяго лица, могутъ быть сведены къ двумъ: объективное и субъективное. Первое заключается въ томъ, что третье лицо посредствомъ акта, совершеннаго должникомъ, должно увеличить свое имущество; второе же—въ томъ, что лицо это должно дѣйствовать mala fide, должно знать о намѣреніи должника причинить вредъ кредиторамъ: на его сторонѣ должна быть conscientia fraudis, оно должно быть sciens или particeps fraudis. На первомъ изъ этихъ требованій мы останавливаться не будемъ, такъ какъ о немъ уже была рѣчь выше, а обратимся лишь ко второму. Отъ третьяго лица требуется, чтобы оно знало о намѣреніи должника, т. е., чтобы ему были знакомы факты, дающіе основаніе заключить, что должникъ намѣренъ причинить вредъ своимъ кредиторамъ [4]), что онъ по меньшей мѣрѣ сознаетъ, что дѣйствіе повлечетъ за собою именно это послѣдствіе [5]). Активной дѣятельности отъ третьяго лица, конечно, нельзя тре-

---

[1]) Grützmann, н. с., стр. 190.
[2]) Стр. 5—8, 45—46.
[3]) Korn, н. с., стр. 91.
[4]) Jaeckel, н. с., стр. 69.
[5]) Korn, н. с., стр. 86.

бовать [1]); оно не обязано заботиться о другихъ [2]), не обязано, ради охраненія интересовъ чужихъ кредиторовъ, предпринимать что-либо. Разъ оно, по данной обстановкѣ, приходитъ къ убѣжденію, что должникъ имѣетъ намѣреніе причинить вредъ кредиторамъ, оно не должно вступать въ сдѣлку; оно обязано взвѣсить всѣ эти обстоятельства съ должнымъ вниманіемъ и осмотрительностью; если оно не было достаточно внимательно и осмотрительно, то это его не оправдываетъ, если только ему были извѣстны факты, въ виду которыхъ оно должно было знать о намѣреніи должника [3]). Этими положительными указаніями можно бы было и ограничиться, предоставивъ судьѣ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшить вопросъ: знало ли и должно ли было знать третье лицо о намѣреніи должника. Но ученые этимъ не ограничиваются; они хотя и усиленно утверждаютъ, что правилъ для судьи никакихъ выставлять не слѣдуетъ—это дѣло его убѣжденія, но, не выставляя, правда, положительныхъ правилъ, они тѣмъ не менѣе даютъ рядъ отрицательныхъ указаній, для судьи, очевидно, не безполезныхъ и вытекающихъ изъ самаго существа дѣла. А именно: 1) не требуется, чтобы третье лицо вступало въ соглашеніе именно съ цѣлью причинить вредъ кредиторамъ; насколько наличность именно этой цѣли не требуется относительно намѣренія должника, настолько нѣтъ основанія ее требовать относительно третьяго лица [4]); 2) не требуется, чтобы сдѣлка непремѣнно была выгодна для третьяго лица; оно не можетъ оправдаться тѣмъ, что оно изъ сдѣлки никакой выгоды не извлекло [5]); 3) не требуется знанія убыточности, а лишь надо знать намѣреніе должника причинить убытокъ [6]); а потому, если третье лицо полагаетъ, что должникъ ошибается на счетъ послѣдствій своей сдѣлки [7]), или надѣется на то, что должникъ не окажется несостоятельнымъ, а останется вполнѣ состоятельнымъ, или что ущерба не будетъ причинено [8]), то оно все-таки можетъ считаться знающимъ о намѣреніи должника; 4) не требуется, чтобы непремѣнно должникъ сообщилъ третьему лицу о своемъ намѣреніи; оправ-

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 92.

[2]) Zürcher, н. с., стр. 30.

[3]) Otto, н. с., стр. 130.

[4]) Schönemann, н. с., стр. 41. Jaeckel, н. с., стр. 69. Hasenbalg, н. с., стр. 75.

[5]) Völderndorf, н. с., стр. 44. Korn, н. с., стр. 86.

[6]) Jaeckel, н. с., стр. 70. Völderndorf, н. с., стр. 44.

[7]) Hasenbalg, н. с., стр. 75.

[8]) Otto, н. с., стр. 112.

дываться это лицо не можетъ тѣмъ, что должникъ или молчалъ, или привелъ другой мотивъ, заставившій его вступить въ сдѣлку [1]); 5) совершенно безразличенъ тотъ путь, какимъ третье лицо узнало о намѣреніи должника [2]),—оно могло узнать его отъ самого должника, отъ посторонняго лица, отъ кредитора; само по себѣ даже предупрежденіе кредиторовъ о томъ, что сдѣлка, въ которую должникъ вступаетъ съ третьимъ лицомъ, для нихъ убыточна, не можетъ имѣть значенія [3]); все зависитъ отъ даннаго конкретнаго случая [4]); насколько указанія кредиторовъ основательны и насколько въ виду этихъ указаній можно признать, что третье лицо дѣйствительно узнало отъ нихъ о намѣреніи должника—долженъ рѣшить судъ [5]); 6) не можетъ имѣть значенія и то, знало ли третье лицо о томъ, что у должника есть кредиторы [6]) и что онъ фактически несостоятеленъ [7]),—эти обстоятельства сами по себѣ не указываютъ третьему лицу на то, что должникъ совершилъ сдѣлку in fraudem creditorum; нельзя этому лицу ставить въ вину то, что оно помогло должнику выйти изъ затрудненія [8]) и т. д.

Но изъ общаго правила о томъ, что для опроверженія акта необходима conscientia fraudis третьяго лица, еще римскіе юристы [9]) допускали исключеніе, а именно относительно безмездныхъ актовъ. Если они это допускали, несмотря на абсолютность требованія animus fraudandi, то съ точки зрѣнія современной доктрины, не требующей animus fraudandi должника въ безмездныхъ актахъ, требовать conscientia fraudis было бы непослѣдовательно. И дѣйствительно, если не требуется fraus, то требовать scientia его совершенная несообразность. Но мы видѣли, что animus fraudandi въ лицѣ должника въ этихъ случаяхъ предполагается,—это заставляетъ и по отношенію къ третьему лицу выставить презумпцію conscientiae fraudis по тѣмъ же соображеніямъ, по какимъ выставлена нами первая. И третье лицо предполагается знающимъ о намѣреніи должника причинить вредъ кредиторамъ; если не допускать предпочтенія дара испол-

---

[1]) Völderndorf, н. с., l. c. Korn, н. с., l. c.
[2]) Menzel, н. с., стр. 152. Zürcher, н. с., стр. 30.
[3]) Ulpianus, въ L. 10, § 3 D. q. in fraud. cred. 42. 8.
[4]) Schönemann, н. с., стр. 41—42.
[5]) Hasenbalg, н. с., стр. 76.
[6]) Otto, н. с., стр. 112.
[7]) Reinchard, н. с., стр. 108. Menzel, н. с., l. c. Zürcher, н. с., l. c.
[8]) Mankiewitz, н. с., стр. 43.
[9]) Ulpianus въ L. 6, § 11, D. q. in fr. cred. 42. 8.

ненію обязательства, то необходимо поставить третье лицо въ такое же положеніе, въ какое поставленъ должникъ,—и по отношенію къ нему надо выставить praesumptio juris et de jure [1]), но, конечно, лишь по отношенію къ праву требовать признанія акта недѣйствительнымъ, по отношенію же къ праву требовать возврата имущества въ число объектовъ взысканія—это praesumptiones juris, допускающія доказательство противнаго, т. е. ignorantia fraudis при bona fides третьяго лица.

Мы разсмотрѣли условія, при наличности коихъ возникаетъ право кредитора опровергать актъ, совершенный должникомъ; если всѣ они имѣются налицо, онъ можетъ просить судъ о признаніи акта недѣйствительнымъ, какъ совершеннаго въ нарушеніе его залогового права. Разъ эти условія налицо — дается основаніе придать его праву судебнаго залога обратную силу и признать должника нарушителемъ этого права; но считать третье лицо участникомъ этого нарушенія нельзя; оно лишь увеличило свое имущество, пріобрѣтя то, что̀ не могло пріобрѣсть, что̀ составляетъ предметъ права судебнаго залога; оно отвѣчаетъ какъ добросовѣстный или какъ недобросовѣстный пріобрѣтатель имущества,— смотря потому, дѣйствовало ли оно bona fide при безмездныхъ сдѣлкахъ или mala fide, иначе: было ли оно consciens или nescius fraudis. Говоря это, мы ожидаемъ, что противъ нашей теоріи будетъ сдѣлано то же возраженіе, какое мы сдѣлали противъ деликтной теоріи; она дала два принципа: dolus и неправомѣрное обогащеніе, придавъ рѣшающее значеніе conscientiae fraudis; то же, повидимому, сдѣлали и мы; на самомъ же дѣлѣ мы дали одинъ принципъ: различая право требовать признанія акта недѣйствительнымъ отъ права требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія, мы дали единый принципъ тому и другому; первому въ томъ смыслѣ, что требуемъ conscientia fraudis для всѣхъ случаевъ опроверженія, но при возмездныхъ актахъ это дѣйствительная conscientia, при безмездныхъ—предполагаемая, не опровержимое доказательство противнаго;—второму—въ томъ смыслѣ, что имущество, коимъ увеличились неправомѣрно обладанія третьяго лица, возвращается въ число объектовъ взысканія на основаніи общихъ правилъ, различающихъ bona fides отъ mala fides; въ данномъ случаѣ и та и другая fides обусловлены conscientia или ignorantia fraudis,

[1]) Иногда эта презумпція является простою praesumptio juris, напр., когда третье лицо, родственникъ должника, совершаетъ возмездный актъ. См. германск. зак. § 3, п. 2 и австр. § 30.

и это возможно, такъ какъ въ безмездныхъ сдѣлкахъ по отношенію къ праву требовать возврата имущества въ число объектовъ взысканія conscientia fraudis является только praesumptio juris, а не juris et de jure. Bona или mala fides можетъ выразиться въ различныхъ формахъ; въ данномъ случаѣ она поставлена въ тѣсную связь, съ одной стороны, съ conscientia или ignorantia fraudis съ ихъ особенностями, съ другой—съ другими обстоятельствами. Мы сказали выше, что требованіе возврата вещи въ число объектовъ взысканія (путемъ imploratio officii judicis), подобно вещному иску о возвратѣ вещи; и тутъ размѣръ отвѣтственности опредѣляется тѣмъ, bona или mala fide дѣйствовалъ отвѣтчикъ, а въ примѣненіи къ данному случаю—былъ ли онъ sciens или nescius, была ли сдѣлка возмездна или безмездна и т. п. Иначе говоря: упрекъ въ раздвоенности принципа не можетъ быть сдѣланъ нашей теоріи уже потому, что мы различаемъ вопросъ объ опроверженіи акта отъ вопроса объ отвѣтственности третьяго лица—въ первомъ вопросѣ, во всѣхъ случаяхъ, единое условіе—conscientia fraudis, во второмъ—въ тѣхъ случаяхъ, когда conscientia дѣйствительная—отвѣтственность одна, когда она презумптивная—другая; но это раздѣленіе отвѣтственности не есть раздѣленіе принципа; это, конечно, не то, что̀ говоритъ деликтная теорія; та выводитъ отвѣтственность изъ деликта и изъ неправомѣрнаго обогащенія, мы же подобныхъ выводовъ не дѣлаемъ; у насъ эти два вопроса стоятъ отдѣльно, при чемъ второй объединяется въ началахъ владѣнія, развѣтвляющагося по свойствамъ своимъ на владѣніе bonae или malae fidei [1]).

---

[1]) Проф. Гриммъ полагаетъ, что не было никакой надобности строить praesumptiones fraudis и conscientiae fraudis, въ сущности, создавать фикціи. Прежде всего, это не фикціи; фикція есть измышленіе, созданіе, какъ и допускаетъ проф. Гриммъ, по соображеніямъ теоретическимъ или практическимъ. Предположеніе, какъ говоритъ Уевель, есть вѣроятное заключеніе, основанное на жизненномъ опытѣ. Praesumptiones fraudis и conscientiae fraudis именно и построены на жизненномъ опытѣ. Сама жизнь указываетъ, что должникъ, раздаривающій свое имущество, при данныхъ обстоятельствахъ, и третье лицо, принимающее даръ, прекрасно знаютъ, что̀ они дѣлаютъ; эту большую вѣроятность законодатель возводитъ въ несомнѣнность, запрещая ее опровергать. Кажется, если судъ при рѣшеніи дѣла объ уничтоженіи акта, совершеннаго in fraudem creditorum, обязанъ отклонить всякія возраженія объ отсутствіи animi fraudandi и conscientiae fraudis, то неизбѣжно надо признать, что законодатель считаетъ наличность этихъ психическихъ моментовъ презумпціями и мы иначе смотрѣть на нихъ не можемъ. Такъ что построеніе въ этомъ

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Движеніе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

I. Право требовать признанія акта недѣйствительнымъ. Отрицательныя стороны недѣйствительности. Положительныя ея стороны: а) объективная и б) субъективная. Отношенія между должникомъ и третьимъ лицомъ. Требованія третьяго лица къ должнику. а) Требованія, стоящія внѣ всякой связи съ оспореннымъ актомъ. Конкурренція третьяго лица съ кредиторомъ. Господствующее мнѣніе. Мнѣніе Гартмана и Менцеля. Критика его. Необходимая поправка въ господствующемъ мнѣніи. б) Требованія, связанныя съ оспореннымъ актомъ. аа) Обратное требованіе съ должника суммы, уплаченной третьимъ лицомъ за отсужденное имущество. а) Теорія кондикцій. б) Теорія эвикціи Козака. Возраженія Менцеля. в) Теорія исполненія чужого обязательства Менцеля. Критика ея. Исключеніе, предложенное Фёльдерндорфомъ. бб) Требованія вторичныхъ уплатъ.— II. Право требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія. Осуществленіе этого права. Формы его. Отвѣтственность за плоды вещи. Теоріи недобросовѣстнаго владѣнія. Поправки, въ нее внесенныя. Мнѣніе Венулея Исходная точка для опредѣленія объема отвѣтственности за плоды. Улучшеніе вещи. Мнѣніе Гартмана. Критика его. Добросовѣстное пріобрѣтеніе по безмездному акту. Теоріи отождествленія и различенія bona fides и ignorantia fraudis. Отвѣтственность одареннаго. Ложное пониманіе мысли Ульпіана; правильное ея пониманіе. Onus probandi. Господствующее мнѣніе. Мнѣнія Корна и Козака.

Со стороны содержанія право кредитора, желающаго устранить невыгодныя послѣдствія акта, совершеннаго должникомъ, разлагается на право требовать признанія акта недѣйствительнымъ и — какъ практическій его результатъ — на право требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія, для поступленія съ нимъ, какъ со вновь отысканнымъ имуществомъ должника. Право опровергать актъ въ движеніи или осуществленіи своемъ раскрываетъ это свое содержаніе.

случаѣ предположенія вовсе не есть конструктивный пріемъ, какъ это думаетъ проф. Гриммъ. Далѣе, мой критикъ намекаетъ на то, что мнѣ надлежало бы быть послѣдовательнымъ: разъ я призналъ conscientia fraudis презумпціей, то не слѣдовало бы различать bona и mala fides третьяго лица при опредѣленіи его отвѣтственности передъ кредиторами, что я, однако, допускаю. Въ виду этого возраженія, я сдѣлалъ нѣкоторыя дополненія въ текстѣ, но и безъ нихъ было ясно, что я въ данномъ случаѣ провожу лишь то различеніе двухъ элементовъ права опроверженія, которое проф. Гриммъ ставитъ мнѣ въ заслугу. Право требовать признанія акта недѣйствительнымъ — одно, а право требовать возврата имущества въ число объектовъ взысканія — другое. Такъ при послѣднемъ conscientia fraudis—praesumptio juris и если одаренный третій докажетъ bona fides, то отвѣтственность его умаляется. Не вижу основанія, почему то, что недопустимо въ первомъ моментѣ права, признается допустимымъ во второмъ.

I. Право требовать признанія акта недѣйствительнымъ.

Общую характеристику недѣйствительности, имѣющей здѣсь мѣсто, мы уже выше представили. Къ сказанному остается добавить слѣдующее. Недѣйствительность относительная, въ смыслѣ бездѣйствія, безсилія акта въ данномъ направленіи, можетъ быть разсматриваема со стороны отрицательной и со стороны положительной. Актъ безсиленъ вызвать тѣ послѣдствія, ради которыхъ онъ былъ совершенъ; послѣдствія эти таковы, что ужиться съ ними право судебнаго залога, установленное по требованію кредитора, не можетъ; актъ, какъ нарушающій это право, объявляется безсильнымъ, поскольку исполненіе его можетъ препятствовать полному осуществленію права судебнаго залога, но не далѣе этого; далѣе этого онъ сохраняетъ полную свою силу. Что касается отрицательной его стороны, то она и заключается въ этомъ обезсиленіи: объявляется, что связанныя съ актомъ послѣдствія не могутъ наступить—имущество объявляется объектомъ взысканія; бывшія ранѣе къ тому препятствія устранены и вещь возвращается въ число объектовъ взысканія; но объ этомъ мы поговоримъ ниже, здѣсь же остановимся на положительной сторонѣ недѣйствительности. Заключается она въ томъ, что всѣ послѣдствія актовъ, стоящія внѣ нарушенія права судебнаго залога, остаются въ полной силѣ. Эта положительная сторона, въ свою очередь, можетъ быть разсматриваема со стороны объективной и со стороны субъективной. Съ объективной стороны актъ сохраняетъ свою силу по отношенію къ излишку, являющемуся разностью суммы акта и суммы требованія кредитора; если первая больше второй, то въ размѣрѣ разности актъ остается въ полной силѣ. Напр., требованіе кредитора равно 1,000 р., а актъ совершенъ въ суммѣ 5,000 р.—онъ недѣйствителенъ въ размѣрѣ 1,000 р., а въ размѣрѣ 4,000 р. вполнѣ дѣйствителенъ; или, напр., при уничтоженіи отреченія отъ наслѣдства, предѣлы уничтоженія ограничены суммою требованія кредиторовъ и должникъ предполагается наслѣдникомъ именно въ этихъ предѣлахъ; наоборотъ, внѣ этихъ предѣловъ, отреченіе остается въ силѣ и онъ наслѣдникомъ не считается; открылось наслѣдство въ 100,000 руб., обремененное долгами; наслѣдникъ отъ него отрекается; кредиторы на сумму 1,000 руб. уничтожаютъ отреченіе; наслѣдникъ считается таковымъ лишь на сумму 1,000 руб. Строго говоря, всѣ эти случаи объективнаго ограни-

ченія недѣйствительности являются примѣненіемъ правила Ульпіана: neque vitiatur utilis per hanc inutilem [1]). Далѣе суммы требованія кредитора право судебнаго залога на имущество должника распространяться не можетъ; все, что̀ превыше того, является utile и нисколько не теряетъ своей силы, отъ того, что съ нимъ связана часть, представляющая именно это inutile. Что касается субъективной стороны, то она заключается въ томъ, что лица, коихъ актъ касается, остаются въ прежнихъ отношеніяхъ, въ тѣхъ предѣлахъ, въ коихъ это не вредитъ кредитору, оспаривающему актъ. То, что̀ разъ правомѣрно совершилось, того нельзя не считать совершившимся и послѣдствія акта должны наступать; актъ объявляется нарушающимъ залоговое право, установленное по требованію кредитора, и въ этомъ-то онъ оказывается безсильнымъ, всѣ же послѣдствія его въ другихъ направленіяхъ, по отношенію къ должнику и къ третьему лицу, увеличившему свое имущество, остаются въ силѣ [2]). Это оставленіе въ силѣ, конечно, слѣдуетъ понимать въ юридическомъ смыслѣ, фактически же уничтоженіе акта, несомнѣнно, оказываетъ большое вліяніе на взаимныя отношенія сторонъ; нѣчто подобное мы видимъ при уничтоженіи лицомъ постороннимъ вещи, которую должникъ обязался доставить [3]); благодаря уничтоженію ея наступила лишь невозможность исполненія договора и вызываются общія послѣдствія этой невозможности при условіи полной юридической силы договора для сторонъ; если бы договоръ былъ признанъ недѣйствительнымъ самъ по себѣ, то пали бы всѣ послѣдствія его, никакихъ правъ за кредиторомъ не осталось бы. Точно также, если уничтоженъ актъ отреченія отъ наслѣдства, то въ глазахъ наслѣдника, отъ котораго имущество отбирается, актъ остается въ силѣ; онъ не можетъ требовать отъ лица отрекшагося возврата причитающихся на его долю суммъ по долгамъ наслѣдодателя, уплаченнымъ имъ наслѣдникамъ [4]). Или: должникъ получилъ уплату отъ своего должника; актъ уничтожается; послѣдній производитъ вторичную уплату путемъ взысканія въ пользу кредитора, опровергшаго актъ, и обращается съ обратнымъ требованіемъ къ должнику — въ его глазахъ первая уплата, произведенная должнику, остается въ полной силѣ, для него она не уничтожена и онъ требуетъ воз-

[1]) Ulpianus, въ L. 1 § 5. De V. O. 45. 1.

[2]) Völderndorf, н. с., стр. 20, см. также Otto, н. с., стр. 166. Hartmann, н. с., стр. 59.

[3]) Cosack, н. с., стр. 236.

[4]) Naquet, н. с., стр. 209. Hartmann, н. с., стр. 181.

мѣщенія вторичной уплаты; по его мнѣнію, скорѣе неправомѣрна вторая уплата, а не первая. Но, признавая, что въ юридическомъ смыслѣ актъ остается въ силѣ между лицами, въ немъ участвующими, фактъ уничтоженія его устанавливаетъ между ними извѣстныя отношенія; отношенія эти вызываются тѣмъ, что имущество въ силу акта перешло къ данному лицу, а затѣмъ, благодаря уничтоженію акта, снова у него отнимается. Хотя актъ, какъ мы сказали, сохраняетъ свою силу, но такой фактъ, какъ перемѣщеніе имущества, не можетъ не оказывать извѣстнаго вліянія на отношенія сторонъ. Отношенія эти устанавливаются по поводу требованій третьяго лица къ должнику. Требованія эти могутъ быть двухъ родовъ: одни — стоятъ внѣ всякой связи съ оспореннымъ актомъ, другія — съ нимъ связаны. Что касается первыхъ, то не можетъ быть и спора о томъ, что третье лицо, обязанное возвратить въ число объектовъ взысканія имущество, полученное путемъ акта, не въ правѣ выдать лишь часть этого имущества, удержавъ другую въ удовлетвореніе своего требованія къ должнику—ни права зачета [1]), ни права удержанія (jus retentionis) [2]) оно не имѣетъ. Спорнымъ является лишь вопросъ, можетъ ли оно въ качествѣ кредитора, притязать на выданное имущество и какъ бы конкурировать съ другими кредиторами. Большинство ученыхъ рѣшаютъ вопросъ утвердительно, но Гартманъ и Менцель высказываются, однако, въ отрицательномъ смыслѣ. Аргументація первыхъ сводится къ тому, что, во-1хъ, по мнѣнію Іекеля [3]), принятому и Корномъ [4]), непризнаніе за третьимъ лицомъ права на удовлетвореніе его требованія къ должнику изъ имущества, у него (третьяго лица) отобраннаго, было бы противно цѣли оспариванія акта; цѣль его заключается въ томъ, чтобы имущество это разсматривалось, какъ еще принадлежащее должнику; если такъ, то оно можетъ служить предметомъ взысканія для всѣхъ кредиторовъ; исключить изъ числа ихъ третье лицо нѣтъ основанія, даже если бы оно дѣйствовало mala fide — послѣдствія послѣдней уже устранены, имущество у него отобрано, и затѣмъ уже нѣтъ основаній его карать; во-2-хъ, по мнѣнію Козака [5]), если требованіе третьяго лица уже обладаетъ исполнительною силою, то исключить это лицо изъ числа кредиторовъ нѣтъ основаній; это зна-

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 172.
[2]) Cosack, н. с., стр. 288. Korn, н. с., стр. 243.
[3]) Jaeckel, н. с., стр. 171—172.
[4]) Korn, н. с., стр. 143.
[5]) Cosack, н. с., стр. 286.

чило бы безо всякой причины ограничить число объектовъ взысканія, по требованію третьяго лица, болѣе тѣснымъ кругомъ ихъ, чѣмъ это дѣлается относительно требованія другихъ кредиторовъ. Противъ этихъ соображеній высказывается Гартманъ [1]), а за нимъ Менцель [2]). По ихъ мнѣнію, во-1-хъ, исходная точка этой аргументаціи неправильна: имущество, отобранное у третьяго лица, въ дѣйствительности не входитъ въ составъ имущества должника [3]); оно возвращается не ему, а въ число объектовъ взысканія; какъ кредиторы могли бы получить удовлетвореніе изъ имущества должника путемъ взысканія, если бы оно у послѣдняго осталось, такъ и третье лицо обязано, стоя въ сторонѣ, допустить взысканіе ради полученія кредиторами удовлетворенія; искъ объ уничтоженіи акта есть вспомогательное средство взысканія, которое въ этомъ случаѣ направляется не столько противъ должника, сколько противъ третьяго лица, конечно, ограничиваясь отобраніемъ имущества; противъ этого лица, а не противъ должника производится взысканіе; во-2-хъ, надо имѣть въ виду, что уничтоженіе акта распространяетъ свою силу лишь на опровергающаго актъ кредитора; актъ безсиленъ лишь по отношенію къ нему и стороннія лица, не исключая и третье лицо, на это безсиліе не могутъ ссылаться и, въ-3-хъ, если отчужденное имущество не поступаетъ въ составъ имущества должника, а остается въ составѣ имущества третьяго лица, то обращеніе этимъ лицомъ на него своего взысканія невозможно уже потому, что произошло бы сліяніе ролей кредитора и должника въ одномъ лицѣ: нельзя самому изъ своего же имущества произвести взысканіе. Изъ этихъ соображеній представителей двухъ направленій, несомнѣнно, должно отдать предпочтеніе первому, т. е. мнѣнію большинства, допускающаго возможность взысканія со стороны третьяго лица своего самостоятельнаго долга изъ имущества, отъ него отчужденнаго. Въ принципѣ это мнѣніе безусловно вѣрно. Гартманъ не привелъ ни одного серьезнаго основанія предпочтенія всѣхъ кредиторовъ тому, который въ данномъ случаѣ оказался и контрагентомъ должника по другому акту, и обладателемъ имущества должника. Гартманъ говоритъ, что не вѣрна исходная точка его противниковъ. Они могутъ отвѣтить ему тѣмъ же; вѣдь имущество, взятое у третьяго лица, является объектомъ взысканія по требованію даннаго кредитора къ дан-

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 157, 183—184.

[2]) Menzel, н. с., стр. 283.

[3]) Объ этой фикціи см. ниже.

ному должнику; несомнѣнно, что оно ему не выдается, но что оно предполагается входящимъ въ составъ его имущества — это также сомнѣнію подлежать не можетъ; нельзя же производить взысканіе по долгу даннаго лица изъ имущества, ему не принадлежащаго; судебный залогъ по долгу этого лица только и можетъ быть установленъ въ его имуществѣ. Затѣмъ, то соображеніе, что безсиліе акта не распространяется на постороннихъ лицъ, а ограничивается кредиторомъ — не доводъ; третье лицо и не ссылается вовсе на это безсиліе—оно можетъ на время забыть, что имущество отобрано у него; съ тѣхъ поръ какъ оно отобрано, оно объектъ взысканія, и всѣ кредиторы могутъ изъ него получить удовлетвореніе. Наконецъ, тотъ доводъ, что происходитъ сліяніе ролей кредитора и должника, въ корнѣ не основателенъ; сліяніе это имѣло бы мѣсто, если бы третье лицо и было, и продолжало быть собственникомъ отобраннаго у него имущества; ни до, ни, тѣмъ болѣе, послѣ того, оно таковымъ не было. Признавъ, такимъ образомъ, правильность мнѣнія Козака, Корна и Іекеля, въ принципѣ, мы должны оговориться, что примѣненіе его требуетъ нѣкоторыхъ ограниченій, чтобы не вызвать вовсе нежелательныхъ послѣдствій. Все зависитъ отъ отношенія суммы оспореннаго акта къ суммѣ требованія того кредитора, по иниціативѣ котораго актъ опровергнутъ; если сумма акта превышаетъ сумму требованія кредитора и слѣдовательно актъ обезсиленъ въ этой части, а въ другой оставленъ въ силѣ, то третье лицо не въ правѣ обратить взысканіе на отобранное у него имущество соотвѣтственно размѣру первой изъ этихъ частей; напр., сумма акта 4,000 р. — третье лицо купило у должника имущество за 4,000 р.—а требованіе кредитора 1,000 р.; продажа уничтожена и кредитору надлежитъ передать 1,000 р.; третье лицо, имѣющее къ должнику требованіе въ 500 р., не въ правѣ обратить взысканіе на эти 1,000 р. потому, что этого не въ правѣ сдѣлать другіе кредиторы должника, при тѣхъ же условіяхъ; оно можетъ получить 500 руб. изъ остающихся 3,000 руб.; оно получаетъ 2,500 руб. какъ остатокъ и 500 руб. въ уплату долга; ему незачѣмъ обращаться къ первой тысячѣ, идущей на удовлетвореніе перваго кредитора, если по оспоренному акту оно можетъ получить свои 500 руб. изъ 3,000 руб., подлежавшихъ безъ того передачѣ ему. Если посторонній кредиторъ не можетъ получить удовлетворенія изъ взысканной суммы, то предоставить это право третьему лицу было бы совершенно несправедливо; фактъ участія его въ совершеніи оспореннаго акта не даетъ ему права на какое-либо преимущество, привилегію передъ другими кредиторами.

Если мы согласны съ поименованными выше учеными, что нѣтъ основанія въ силу этого факта участія ухудшать его положеніе, то должны сказать, что и улучшеніе его положенія не имѣетъ основанія. Другое дѣло, когда сумма требованія кредитора равна или превышаетъ сумму акта—тогда третье лицо, какъ и всякій другой кредиторъ, можетъ притязать на удовлетвореніе изъ отобраннаго имущества.

Переходимъ теперь къ требованіямъ третьяго лица къ должнику, связаннымъ съ актомъ. Это суть обратныя требованія, предъявляемыя третьимъ лицомъ въ виду лишенія его того имущества, которое къ нему перешло въ силу опровергнутаго акта. Требованія эти могутъ быть двухъ родовъ: 1) обратное требованіе съ должника той суммы, которая имъ была уплачена за отсужденное имущество и 2) обратное требованіе третьимъ лицомъ суммы, которую оно получило отъ должника и которая была взыскана кредиторомъ обратно, т.-е. случай вторичнаго требованія третьимъ лицомъ суммы съ должника. Обращаясь къ первому случаю, надо замѣтить, что самый вопросъ о юридической возможности этихъ требованій споренъ въ литературѣ; безспорно лишь одно: если третье лицо получило имущество отъ должника по безмездному акту, то никакихъ правъ обратнаго требованія къ должнику оно не имѣетъ [1]). Относительно же возмездныхъ актовъ подавляющее большинство ученыхъ высказываются въ пользу третьяго лица, предоставляя ему право требовать возмещенія того, чего онъ лишился, благодаря отобранію у него вещи; при чемъ не дѣлается различія между случаями bona и mala fides его. По различію основаній права третьяго лица на обратное требованіе, эта положительная теорія развѣтвляется на три: 1) теорія кондикцій, 2) теоріи эвикціи и 3) теорія исполненія чужого обязательства. Что касается теоріи кондикцій, то на ея сторонѣ большинство ученыхъ; основаній ими приводится одно: неправомѣрное обогащеніе должника на счетъ третьяго лица; въ составѣ его имущества находится то, что принадлежитъ третьему лицу; послѣднее купило вещь и купило правомѣрно, но вещь эта отнята, она стала объектомъ взысканія по долгу должника; съ точки зрѣнія третьяго лица вещь, за которую оно уплатило деньги, перешла снова къ должнику и онъ владѣетъ этими деньгами sine causa, а потому третьему дается condictio sine

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 181.

causa [1]). Вторая теорія, представителемъ коей считается Козакъ [2]), видитъ аналогію этого обратнаго требованія съ эвикціею; путемъ опроверженія акта у третьяго лица отбирается вещь, пріобрѣтенная имъ при наличности недостатка, заключающагося въ томъ, что должникъ, въ виду своихъ личныхъ отношеній, не имѣлъ права отчуждать вещь; какъ при эвикціи, пріобрѣтатель вещи теряетъ ее вслѣдствіе притязанія, исходящаго отъ посторонняго лица. Противъ этой теоріи Менцель [3]) дѣлаетъ два возраженія— теоретическое и практическое. Первое заключается въ томъ, что указываемый этою теоріею недостатокъ пріобрѣтенія не имѣетъ вовсе мѣста въ моментъ пріобрѣтенія и что опроверженіе акта основано въ одинаковой мѣрѣ и на обстоятельствахъ, лежащихъ въ лицѣ пріобрѣтателя, и на извѣстныхъ личныхъ отношеніяхъ и намѣреніяхъ должника; при эвикціи же данный порокъ долженъ быть въ наличности въ моментъ пріобрѣтенія, и основывается она на обстоятельствахъ, лежащихъ внѣ личности пріобрѣтателя. Практическое же возраженіе состоитъ въ томъ, что число случаевъ, когда можно будетъ осуществить право обратнаго требованія, сводится къ нулю, ибо во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣется именно то условіе, которое исключаетъ эвикцію: данный недостатокъ извѣстенъ лицу, что̀ при эвикціи невозможно. Третья теорія принадлежитъ Менцелю; по его мнѣнію, третье лицо, выдѣляя изъ состава своего имущества извѣстную часть съ цѣлью уплаты чужого долга, отдаетъ собственную вещь на чужія надобности; должнику слѣдовало бы уплатить долгъ изъ собственныхъ средствъ, но такъ какъ стороннее лицо произвело эту уплату, то ему и принадлежитъ право требовать возмѣщенія потраченной суммы. Такая искусственная конструкція, однако, не можетъ быть принята; во-1-хъ, она совершенно противна идеѣ института обратнаго требованія; третье лицо и не думаетъ уплачивать чужого долга; съ него взыскивается имущество, которое не должно быть въ его обладаніи; во-2-хъ, законъ никогда не возлагаетъ ни на кого обязанности уплачивать чужіе долги, Менцель же создаетъ такое неслыханное обязательство ex lege; въ-3-хъ, самъ онъ предвидитъ возраженіе, которое ему можно сдѣлать, но не опровергаетъ его; а именно, что третье лицо, выдавая имущество, лишь исполняетъ обязанность, на немъ лежащую; за исполненіе обязанности, возложенной на лицо закономъ,

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 167—168. Otto, н. с., стр. 180. Völderndorf, н. с., стр. 117. Naquet, н. с., стр. 201.

[2]) Cosack, н. с., стр. 272, 327.

[3]) Menzel, н. с., стр. 274, тоже пр. 18.

нельзя требовать возмѣщенія; возмѣщеніе должно имѣть другое основаніе, каковымъ и является обогащеніе другого лица; и, наконецъ, въ 4-хъ, примѣръ приводимый Менцелемъ, въ подтвержденіе того, что случаи, подобные настоящему, часто признаются закономъ, указываетъ какъ разъ на обратное тому, въ подтвержденіе чего приводятся; все это случаи negotiorum gestio, напр. уплата подати за другого, воспитаніе чужого ребенка и т. п.; вѣдь всѣ эти дѣйствія не обязательны; все это добровольныя дѣйствія; конструкція же Менцеля является въ видѣ какой-то обязательной negotiorum gestio. Такова положительная теорія. Что касается теоріи отрицательной, то представители ея, Корнъ [1]), и за нимъ и Штейнбахъ [2]), желая быть послѣдовательными сторонниками деликтной теоріи, высказываются въ противоположномъ смыслѣ; исходя изъ того, что третье лицо совершило деликтъ, они полагаютъ, что требованіе третьяго лица къ должнику только и можетъ быть разсматриваемо какъ condictio ob turpem causam; имущество, данное третьимъ лицомъ должнику—плата, вознагражденіе за недозволенное дѣйствіе; но требовать эту плату отъ должника обратно, въ случаѣ отобранія ея, третье лицо не можетъ, такъ какъ turpis causa была и на той, и на другой сторонѣ: ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur, ut male judicetur, какъ говоритъ юристъ Павелъ [3]). Корнъ и Штейнбахъ, съ ихъ отрицательнымъ взглядомъ, не пріобрѣли сторонниковъ по очень простой причинѣ. Если даже видѣть въ дѣйствіи третьяго лица деликтъ, то отождествлять его съ turpitudo нѣтъ основаній; даже Отто, крайній представитель деликтной теоріи, не сдѣлалъ этого; онъ вѣрно замѣчаетъ, что causa, основаніе дѣйствія третьяго лица само по себѣ правомѣрно, но падаетъ лишь потому, что оставленіе его въ силѣ было бы несправедливостью по отношенію къ кредиторамъ [4]). Turpitudo не тождественна съ деликтомъ [5]); съ одной стороны, она содержитъ въ себѣ нѣчто меньшее, чѣмъ деликтъ: безразличіе къ дозволенности и недозволенности; съ другой—большее: она поражаетъ актъ въ корнѣ, дѣлаетъ его nullum, чего, какъ выше замѣтилъ Отто, въ данномъ случаѣ нѣтъ.

---

[1]) Korn, н. с., стр. 239—240.

[2]) Steinbach, н. с., стр. 115, 134.

[3]) Paulus въ L. 3 D. cond. ob turp. caus. 12. 5.

[4]) Otto, н. с., стр. 181.

[5]) Римскіе юристы не отождествляли эти понятія; хотя они приводятъ примѣръ взятки, прелюбодѣянія, вообще преступленія, но рядомъ съ этимъ говорятъ о случаѣ, „quod meretrici datur“ и „ob stuprum datum“.

Въ виду этого, квалификація кондикціи, предоставленной третьему лицу, какъ condictio ob turpem causam, невѣрна и, слѣдовательно, правило Павла о turpitudo dantis et accipientis примѣнено быть не можетъ. Но если, какъ мы сказали, теорія эта не нашла себѣ сторонниковъ, то несомнѣнно она навела Фёльдерндорфа [1]), сторонника теоріи кондикцій, на мысль установить исключеніе изъ общаго правила о правѣ третьяго лица требовать отъ должника обратно имущество, съ него взысканное; а именно, онъ полагаетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, когда оспариваемое кредиторомъ дѣйствіе является недозволеннымъ, обратное требованіе невозможно. Съ этой оговоркой нельзя согласиться; если дѣйствіе недозволено, то оно должно влечь за собой карательныя послѣдствія, но другая его сторона, гражданская, т. е. то, что оно дѣйствіе, подлежащее опроверженію въ гражданскомъ порядкѣ, должна остаться въ полной силѣ; оно должно влечь за собой всѣ послѣдствія подобныхъ дѣйствій, безотносительно къ дозволенности или недозволенности его. Общее правило, что требованіе остается въ полной неприкосновенности и неизмѣнности, несмотря на то, что дѣйствіе, породившее это требованіе, является дѣйствіемъ недозволеннымъ, должно быть примѣнено и къ разсматриваемому случаю. Наконецъ, чтобы быть послѣдовательнымъ, надо было выставить общее положеніе, что вообще условія и послѣдствія опровержимости актовъ, совершенныхъ должникомъ въ ущербъ кредиторамъ, различны, смотря по тому, дозволено и недозволено дѣйствіе, подлежащее опроверженію. Отъ такого положенія, конечно, и Фёльдерндорфъ отшатнулся бы, а между тѣмъ въ этомъ положеніи формулирована общимъ образомъ мысль, высказанная имъ по поводу частнаго вопроса.

Признавая безусловную правильность теоріи кондикцій, безъ тѣхъ ограниченій, которыя вноситъ Фёльдерндорфъ, мы однако рѣшаемъ въ отрицательномъ смыслѣ вопросъ о конкуренціи третьяго лица съ кредиторомъ, опровергающимъ актъ, конкуренціи, могущей возникнуть при осуществленіи третьимъ лицомъ своего права обратнаго требованія къ должнику. Конкуренція эта можетъ быть допущена лишь относительно другого имущества должника, а не отобраннаго отъ третьяго лица; и тутъ предоставлять какія-либо привилегіи третьему лицу или ставить его въ худшее положеніе сравнительно съ другими кредиторами нѣтъ основанія [2]). Если допустить его къ конкуренціи безусловно, то

---

[1]) Völderndorf, н. с., стр. 118 пр. 2.

[2]) Cosack, н. с., стр. 289—290.

при равенствѣ требованія кредитора съ суммою опровергнутаго акта кредиторъ получитъ половину причитающейся ему суммы— другая половина пойдетъ въ пользу третьяго лица.

Переходя ко второй категоріи требованій третьяго лица къ должнику, а именно, къ требованію съ должника вторичной уплаты, достаточно ограничиться указаніемъ на то, что въ теоріи вопросъ этотъ рѣшается въ томъ смыслѣ, что нѣтъ основанія не признавать возрожденія требованія въ лицѣ третьяго; разъ актъ уплаты ему должникомъ долга уничтоженъ, долгъ этотъ почитается снова существующимъ, не погашеннымъ; съ третьяго взыскивается то, что онъ получилъ отъ должника, и онъ снова имѣетъ къ нему требованіе; аналогія со случаями первой категоріи полная: въ составѣ имущества третьяго лица имѣется сумма, уплаченная ему должникомъ, сумма эта отбирается и третьему предоставляется требовать ее обратно съ должника [1]). То же самое, конечно, можно сказать (хотя никто объ этомъ не упоминаетъ) о противоположномъ случаѣ: о правѣ третьяго лица требовать отъ должника то, что лицо уплатило должнику и что съ него взыскано кредиторомъ; какъ въ первомъ вторичная уплата должна быть произведена должникомъ, такъ и тутъ третье лицо, произведя вторичную уплату, въ правѣ требовать вторично уплаченную сумму съ должника.

II. Право требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія.

Когда актъ уничтоженъ, устраняется препятствіе къ обращенію взысканія на имущество, по этому акту перешедшее in fraudem creditoris отъ должника къ третьему лицу. Наступаетъ второй логическій фазисъ развитія права опроверженія: возвращеніе имущества въ число объектовъ взысканія—осуществленіе права судебнаго залога; открывается поле для примѣненія правила о взысканіи съ имущества, находящагося въ неправомѣрномъ обладаніи третьяго лица, поле, на которомъ, теоретически говоря, вполнѣ достаточна imploratio officii judicis. Во всѣхъ законодательствахъ предвиденъ случай взысканія съ имущества отвѣтчика, находящагося въ обладаніи третьяго лица; производство его ввѣряется исполнительному органу. То же самое могло бы имѣть мѣсто и въ данномъ случаѣ; но на самомъ дѣлѣ, практически,

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 172—174. Völderndorf, н. с., стр. 118. Menzel, н. с., стр. 282. Hartmann выражается очень неопредѣленно, н. с., стр. 178.

это не такъ. Надо полагать, въ виду вообще неудовлетворительной постановки процесса исполненія рѣшенія въ современныхъ законодательствахъ и недостаточной самостоятельности исполнительныхъ органовъ, въ данномъ случаѣ, нельзя было ограничиться одною imploratio officii judicis; по существу она остается таковою, но въ примѣненіи приближается къ исковой формѣ; судъ не только уничтожаетъ актъ, но и указываетъ, что̀ именно и въ какомъ объемѣ должно быть возвращено третьимъ лицомъ въ число объектовъ взысканія; imploratio принимаетъ форму иска; судъ постановляетъ подробное рѣшеніе, которое и приводится въ исполненіе. И для суда, постановившаго свое рѣшеніе, конечно, обязательны правила взысканія съ имущества должника, находящагося въ обладаніи третьяго лица. Въ сущности вся разница сводится къ тому, что если бы сохранилась imploratio въ чистомъ своемъ видѣ, то судъ, по уничтоженіи акта, въ исковомъ процессѣ, закончилъ бы свою дѣятельность, а исполнительный органъ, въ виду уничтоженія акта, приступилъ бы ко взысканію съ имущества, находящагося у третьяго лица, исполняя тѣмъ не рѣшеніе суда, постановленное въ пользу кредитора по иску объ уничтоженіи акта, а просьбу взыскателя, ссылающагося на рѣшенія и по главному требованію, и по иску о недѣйствительности акта; тутъ же, судъ, по уничтоженіи акта, постановляетъ рѣшеніе о способѣ взысканія съ третьяго лица и исполнительный органъ уже исполняетъ это рѣшеніе, т.-е. рѣшеніе по иску объ уничтоженіи акта, а не рѣшеніе по главному требованію кредитора.

Ближайшимъ послѣдствіемъ признанія акта недѣйствительнымъ является признаніе имущества, перешедшаго по акту къ третьему лицу, какъ бы входящимъ снова въ составъ имущества должника; мы говоримъ „какъ бы“ потому, что, вмѣстѣ съ Гартманомъ [1]), допускаемъ именно такую фикцію; въ дѣйствительности оно въ составъ его имущества не переносится, а почитается входящимъ туда въ предѣлахъ той цѣли, ради которой оно отбирается отъ третьяго лица; отбирается же оно ради того, чтобы изъ него произвести взысканія въ пользу кредитора; только въ этихъ предѣлахъ оно почитается принадлежащимъ должнику и становится объектомъ права судебнаго залога, установленнаго по требованію кредитора. Это возвращеніе въ число объектовъ взысканія можетъ выразиться въ различныхъ формахъ, лишь бы производство взысканія стало возможнымъ въ такой формѣ, въ какой

[1]) Hartmann, н. с., стр. 157.

оно благодаря акту, стало невозможнымъ [1]), и въ этомъ отношеніи имѣетъ значеніе различіе актовъ, путемъ коихъ, или къ третьему лицу перешла извѣстная вещь, или въ его обладаніи находится извѣстная сумма денегъ, или же въ его пользу установлено извѣстное право на вещь. Что касается перваго случая, то самая вещь должна быть возвращена въ числѣ объектовъ взысканія, во второмъ — должна быть выдана извѣстная сумма денегъ, въ третьемъ—уничтожено право на вещь, чѣмъ и самая вещь увеличиваетъ свою стоимость: въ число объектовъ взысканія какъ-бы вносится, благодаря этому, болѣе цѣнная вещь. Самое возвращеніе вещи и уплата денежной суммы совершается въ силу отпаденія основанія для дальнѣйшаго нахожденія ихъ въ обладаніи третьяго лица, при чемъ способы отпаденія этихъ основаній крайне разнообразны. Такъ, если третье лицо купило вещь у должника, то съ уничтоженіемъ купли вещь возвращается въ числѣ объектовъ взысканія—право судебнаго залога осуществляется въ томъ смыслѣ, что она продается съ публичнаго торга и изъ вырученной суммы удовлетворяется кредиторъ, а если остается излишекъ, то онъ возвращается третьему лицу; если же сумма эта не покрыла долга, то недостатокъ остается за должникомъ. Если третье лицо пріобрѣло вещь по давности и актъ бездѣйствія должника уничтоженъ, то вещь эта не пріобрѣтается по давности, а отбирается отъ владѣльца ея и продается. Можетъ ли тутъ вырученная сумма, превышающая требованіе кредитора, быть возвращенной давностному владѣльцу? Несомнѣнно, ибо актъ уничтоженъ въ предѣлахъ права кредитора, а свыше того, предполагается, что продана вещь третьяго лица. Далѣе, третье лицо пріобрѣло вещь въ виду отреченія наслѣдника отъ наслѣдства; актъ отреченія уничтоженъ,—это значитъ, что, благодаря его уничтоженію, право на наслѣдство снова предполагается въ лицѣ наслѣдника-должника, и кредиторы обращаютъ свое взысканіе на наслѣдство; онъ прямо требуетъ выдачи его и отъ другихъ сонаслѣдниковъ, исходя именно изъ того, что наслѣдство, въ опредѣленной долѣ, принадлежитъ его должнику; презумпція принадлежности ему наслѣдства ничѣмъ разрушена быть не можетъ, ибо отреченіе, какъ бы временно ее разрушившее, уничтожено. Для того, чтобы обратить свое требованіе на принадлежащее должнику имущество, кредиторамъ вовсе нѣтъ надобности, какъ думаетъ Корнъ [2]), принимать на-

[1]) Cosack, н. с., стр. 266.
[2]) Korn, н. с., стр. 71.

слѣдство за него, въ качествѣ какъ бы его преемниковъ; для примѣненія идеи преемства къ этому случаю вовсе нѣтъ основанія—съ уничтоженіемъ отреченія наслѣдство предполагается принадлежащимъ должнику (до—невозможнаго, однако, при данныхъ обстоятельствахъ—доказательства противнаго) и въ принятіи его еще кредиторами надобности не имѣется; если наслѣдство состоитъ изъ вещей, оно продается съ торговъ, если изъ денегъ, то передается кредитору. Далѣе, если должникъ произвелъ уплату долга, то, какъ мы видѣли, по уничтоженіи акта уплаты, долгъ въ его лицѣ продолжаетъ существовать и кредиторъ третьяго лица, получившій долгъ, обязанъ возвратить полученное обратно; съ него взыскивается то, что̀ онъ получилъ, и онъ становится снова кредиторомъ должника. Наоборотъ, если должникъ получилъ уплату отъ своего должника, третьяго лица, то съ уничтоженіемъ акта уплаты долгъ возстановляется и третье лицо, уплативши разъ, производитъ вторичную уплату—съ него эта сумма взыскивается. Если должникъ проститъ долгъ своему должнику, долгъ почитается непрощеннымъ и съ него взыскивается и т. д. Словомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда у третьяго лица находится вещь, пріобрѣтенная по опровергнутому акту, то она возвращается in natura въ число объектовъ взысканія, если же у него находятся деньги, то они разсматриваются, какъ долговыя требованія должника къ третьему лицу, какъ бы оказавшіяся въ числѣ объектовъ взысканія—и въ томъ и другомъ случаѣ осуществляется право судебнаго залога на вещь или на требованіе денежнаго платежа.

Возвращая вещь въ число объектовъ взысканія, третье лицо передаетъ ли ее со всѣми принадлежностями, приращеніями и плодами, передаетъ ли ее въ томъ видѣ, въ какомъ получило? По какому закону опредѣляется эта отвѣтственность, каковъ ея объемъ? Оставляя въ сторонѣ вопросъ о принадлежностяхъ и приращеніяхъ, остановимся сначала на вопросѣ о плодахъ [1]). Отвѣтственность за нихъ можетъ быть мотивирована различно. Такъ, Іекель [2]), Цюрхеръ [3]), Дернбургъ [4]) и др. видятъ въ третьемъ лицѣ недобросовѣстнаго владѣльца и предлагаютъ об-

[1]) Въ римскомъ правѣ вопросъ этотъ разрѣшается различно — имѣется рядъ противорѣчащихъ одно другому указаній. Всѣ сдѣланныя попытки примирить эти противорѣчія ни къ чему не привели. Hartmann, н. с., стр. 82—90. Reinhard, н. с., стр. 139—140. Schey, н. с., стр. 159.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 150—152.

[3]) Zürcher, н. с., стр. 43.

[4]) Dernburg, н. с., стр. 296 п. 4.

суждать вопросъ о возвратѣ плодовъ на основаніи правилъ о возвратѣ имущества недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Но Іекель, сознавая зыбкость почвы, на которой стоитъ, говоритъ, что въ этомъ случаѣ слѣдуетъ нѣсколько расширить понятіе недобросовѣстнаго владѣнія; несомнѣнно, что conscientia fraudis, по существу, не можетъ быть отождествляема съ mala fides, ибо первая не оказываетъ никакого вліянія на дѣйствительность титула пріобрѣтенія, что всегда имѣетъ мѣсто при mala fides; но это различіе, по его мнѣнію, несущественно, и только признаніемъ тождественности можно объяснить обязанность третьяго лица возвратить вещь со всѣми ея плодами. Противъ такого обоснованія рѣшительно возражаютъ Корнъ [1]) и Менцель [2]); оба они въ разныхъ выраженіяхъ приводятъ то соображеніе, что положенія, касающіяся вещныхъ правъ, не могутъ быть перенесены въ область обязательственныхъ отношеній; институтъ недобросовѣстнаго владѣнія относится къ области вещныхъ правъ, опроверженіе же актовъ—къ области правъ обязательственныхъ; о недобросовѣстномъ владѣніи говорятъ лишь при коллизіи вещныхъ правъ, тутъ же коллизіи никакой нѣтъ; третье лицо вполнѣ правомѣрно пріобрѣло вещь, было собственникомъ ея (а не владѣльцемъ, прибавляетъ Менцель). Съ другой стороны, недобросовѣстное владѣніе, говоритъ Корнъ, предполагаетъ знаніе со стороны владѣльца объ отсутствіи justa causa его владѣнія—онъ знаетъ, что вещь принадлежитъ другому—чего въ данномъ случаѣ нѣтъ. Эти соображенія, если имѣть въ виду любую изъ выработанныхъ современной наукой теорій, имѣютъ свою долю значенія, но если стать на предложенную этими учеными точку зрѣнія, то они окажутся несостоятельными. Суть ихъ въ томъ, что мы въ данномъ случаѣ имѣемъ дѣло не съ вещнымъ правоотношеніемъ. Мы же полагаемъ, что хотя кредиторъ и не имѣетъ никакихъ вещныхъ правъ на имущество должника, но, придавая обратную силу праву судебнаго залога, мы ставимъ данное отношеніе на чисто вещную почву; дѣйствіе должника разсматривается, какъ нарушеніе права судебнаго залога, а путемъ этого нарушенія имущество и перешло къ третьему лицу; imploratio о возвращеніи имущества въ число объектовъ взысканія имѣетъ, сказали мы, много чертъ вещнаго иска и всего ближе подходитъ къ actio hypothecaria. Залогодатель, положимъ, въ силу соглашенія (хотя въ данномъ случаѣ—въ силу закона),

[1]) Korn, н. с., стр. 231, также Völderndorf, н. с., стр. 111.
[2]) Menzel, н. с., стр. 237—241.

не имѣя права продавать вещь, на которой лежитъ залоговое право, однако, продалъ ее; залогопріниматель, уничтоживъ актъ, требуетъ отъ третьяго лица возвращенія вещи въ составъ какъ бы имущества должника; если, какъ въ данномъ случаѣ, на сторонѣ послѣдняго conscientia fraudis, то онъ можетъ сказать, что лицо это владѣетъ mala fide, зная о существованіи залогового права кредитора, т.-е. что оно malae fidei possessor. Тутъ именно имѣется конкурренція вещныхъ правъ, при чемъ право кредитора, т.-е. право залога, въ его пользу установленное, связанное съ неотчуждаемостью имущества, лучшее право сравнительно съ правомъ третьяго лица; лицо это владѣлецъ вещи, но владѣлецъ, долженствующій отказаться отъ своего владѣнія въ пользу кредитора. Ссылка на то, что третье лицо не знало о томъ, что другое лицо имѣетъ право на вещь и что mala fides при недобросовѣстномъ владѣніи заключается именно въ этомъ знаніи, совершенно невѣрна; вѣдь mala fides примѣняется не только къ владѣльцу, къ которому перешло право собственности путемъ нарушенія этого права—этимъ переходомъ могутъ быть нарушены и другія права; понятіе недобросовѣстнаго владѣнія не только примѣняется къ владѣльцу, отъ котораго вещь отобрана по предъявленіи къ нему rei vindicatio, но и по предъявленіи другихъ исковъ, не исключая и actio hypothecaria. Въ силу этого обстоятельства и аргументація Іекеля, хотя тоже доказывающаго примѣнимость началъ malae fidei possessionis, нами не можетъ быть признана удовлетворительной; онъ строитъ все на томъ, что понятіе mala fides нѣсколько расширяется; conscientia fraudis, по его мнѣнію, не отождествляется съ mala fides, потому что не вліяетъ на дѣйствительность титула. Это невѣрно, ибо понятіе mala fides настолько широкое понятіе, что поглощаетъ собою и владѣніе, пріобрѣтенное путемъ акта, совершеннаго cum conscientia fraudis; эта же послѣдняя вліяетъ на титулъ, дѣлая недѣйствительнымъ актъ,—являющійся въ данномъ случаѣ титуломъ,—въ извѣстномъ направленіи, именно, въ отношеніи къ кредитору. Всѣ ученые смотрятъ на mala fides, какъ на знаніе того, что вещь владѣемая принадлежитъ не владѣльцу, а другому—въ этомъ же несомнѣнно и заключается conscientia fraudis: третье лицо, зная о намѣреніи должника отчудить имущество въ ущербъ кредиторамъ, знаетъ, что имущество это должно входить въ составъ имущества должника, служить предметомъ залога его кредиторовъ, быть объектомъ взысканія; несмотря на это знаніе, оно все-таки пріобрѣтаетъ вещь, становится ея владѣльцемъ. Въ виду этихъ соображеній и мы скло-

няемся въ пользу примѣненія къ вопросу о возвращеніи плодовъ началъ недобросовѣстнаго владѣнія, но... mutatis mutandis.

Когда говорятъ объ объемѣ отвѣтственности лица, обязаннаго возвратить вещь, находящуюся у него sine causa, обыкновенно упускаютъ изъ виду необходимость уравновѣшенія интересовъ обѣихъ сторонъ; у третьяго лица вещь находится въ недобросовѣстномъ владѣніи, слѣдовательно, оно должно ее возвратить въ томъ положеніи, въ какомъ она находилась бы у лица, въ имущество коего она возвращается; недобросовѣстнымъ владѣльцемъ должно быть возвращено все, что онъ и извлекъ и даже долженъ былъ извлечь изъ вещи; лицо, требующее возвращенія вещи, получаетъ вещь cum omni causa—оно ничего не должно терять. Оказывается, что все это такъ, когда имущество возвращается въ дѣйствительное обладаніе лица, его требующаго; имѣніе мое находилось въ недобросовѣстномъ владѣніи другого—онъ долженъ мнѣ все возвратить. Не то мы видимъ въ случаѣ возврата вещи въ силу признанія недѣйствительнымъ акта, посредствомъ коего имущество перешло отъ должника къ третьему лицу; примѣненіе этой теоріи было бы слишкомъ строго и несправедливо относительно третьяго лица и слишкомъ, совершенно незаслуженно, благопріятно для кредитора, опровергшаго актъ. Имущество вѣдь не возвращается въ дѣйствительности должнику; оно „какъ-бы“ возвращается въ составъ его имущества; какъ мы сказали выше, оно возвращается условно, въ точно опредѣленныхъ предѣлахъ, границахъ цѣли возвращенія. Тутъ-то это всего рѣзче и сказывается. Въ данномъ случаѣ требуетъ возврата не то лицо, въ имущество коего вещь дѣйствительно должна поступить, а кредиторъ, имѣющій свое опредѣленное требованіе не къ третьему лицу, а къ должнику; объемъ этого права его по отношенію къ должнику и опредѣляетъ объемъ отвѣтственности третьяго,—насколько это его право можетъ быть удовлетворено должникомъ, настолько и третье лицо несетъ обязанности возврата имущества. Легко можетъ случиться, что проведенная послѣдовательно отвѣтственность третьяго лица, какъ malae fidei possessor, окажется гораздо большею, чѣмъ фактически существующая отвѣтственность должника по требованію кредитора. Въ виду этого приходится опредѣлить отвѣтственность третьяго лица съ этихъ двухъ точекъ зрѣнія. Право кредитора заключается въ полученіи изъ имущества суммы, равняющейся суммѣ требованія, при чемъ онъ можетъ лишь притязать на имущество въ томъ его состояніи, въ какомъ оно было бы, если бы находилось у должника во время прямого, непосредственнаго взысканія, обращеннаго на имущество должника.

Брать за исходную точку состояніе имущества во время его отчужденія, какъ это дѣлаетъ римскій юристъ Венулей [1]), нѣтъ основанія. Интересъ кредитора тотъ, чтобы получить путемъ уничтоженія акта то, что̀ ему причитается и что̀ онъ получилъ бы съ должника путемъ прямого взысканія; для него важно именно то состояніе имущества, въ какомъ оно находилось бы, если бы это прямое взысканіе было предпринято; ему дѣла нѣтъ до состоянія имущества въ моментъ его отчужденія должникомъ третьему лицу. Примѣнимъ эти соображенія къ возврату третьимъ лицомъ плодовъ вещи. Господствующее въ наукѣ мнѣніе то, что возврату подлежатъ всѣ плоды, извлеченные третьимъ лицомъ, за время владѣнія вещью. Это въ высшей степени несправедливо, какъ мимоходомъ замѣтили Козакъ [2]) и Грюцманъ [3]). Вѣдь благодаря примѣненію этого положенія, кредиторъ получитъ съ третьяго лица гораздо больше, чѣмъ онъ получилъ бы съ должника, если бы тотъ не совершалъ опровергнутаго акта, а подчинился бы прямому взысканію. Возьмемъ примѣръ. У должника имѣніе, стоющее 50,000 руб.; кредиторъ взыскиваетъ причитающіеся ему 80,000 р. и получаетъ, по продажѣ имущества съ торговъ, эти 50,000 руб.; но допустимъ должникъ продалъ имѣніе in fraudem creditoris, покупщикъ владѣлъ имѣніемъ и извлекъ изъ него за это время 10,000 руб. дохода; если признавать необходимость безусловнаго возврата имѣнія со всѣми плодами, то, по уничтоженіи акта, кредиторъ отъ продажи имѣнія съ торговъ получитъ 50,000 р. и кромѣ того можетъ взыскать съ третьяго лица 10,000 р., значитъ, онъ получитъ 60,000 р., т.-е. больше, чѣмъ онъ получилъ бы съ должника прямо. Выходитъ, что третье лицо наказывается за совершеніе акта, а кредиторъ извлекаетъ выгоду изъ акта, совершеннаго въ его ущербъ; такъ что на самомъ дѣлѣ актъ оказался совершеннымъ не въ ущербъ, а въ выгоду ему. Господствующее въ наукѣ мнѣніе относится очень легкомысленно къ вопросу о возвращеніи третьимъ лицомъ плодовъ вещи; ученые ограничиваются указаніемъ на то, что возврату подлежатъ fructus percepti, percipiendi и consumpti [4]).

[1]) Venuleus, въ L. 25 § 4. D. q. in fraud. cred. 42. 8.

[2]) Cosack, н. с., стр. 290.

[3]) Grützmann, н. с., стр. 85.

[4]) Hartmann, н. с., стр. 167. Korn, н. с., стр. 232. Jaeckel, н. с., стр. 152. Völderndorf, н. с., стр. 115. Menzel, н. с., стр. 253—254. Хотя Козакъ (н. с., стр. 290) и говоритъ, что fructus percipiendi не возвращаются, но съ одной стороны допускаетъ возвратъ fr. neglecti, а съ другой — по-своему понимаетъ fr. percipiendi; потому-то Фёльдерндорфъ напрасно приписываетъ ему мысль о невозвращеніи fr. percipiendi въ общепринятомъ смыслѣ.

Если исходить изъ этой точки зрѣнія, что возвращаются лишь тѣ плоды, которые пришлось бы возвратить самому должнику путемъ прямого взысканія, если бы тотъ не совершилъ акта, то дѣлаемый учеными перечень fructus съ одной стороны слишкомъ полонъ, съ другой — неполонъ. Онъ слишкомъ полонъ потому, что въ составъ его вошли fructus percipiendi, которыя ни въ какомъ случаѣ не возвращаются; заставлять третье лицо возвратить стоимость плодовъ, которые оно могло извлечь изъ вещи, но не извлекло, значитъ давать особую премію кредитору. Грюцманъ, интерпретируя L. 10 § 19—22. L. 25 § 4—6 D. quae in fr. cred. 42. 8, формулируетъ такимъ образомъ мысль Ульпіана и Венулея: неизвлеченіе плодовъ является отказомъ отъ пріобрѣтенія, а не уменьшеніемъ имущества, а потому стоимость ихъ не можетъ быть потребована отъ третьяго лица. Въ задачу настоящаго изслѣдованія не входитъ интерпретація дигестъ, а потому мы и не станемъ разбирать едва-ли вѣрное толкованіе Грюцмана. Для насъ важно, что, по существу, мысль, яко-бы высказанная римскими юристами, безусловно вѣрна. Третье лицо не можетъ отвѣчать въ большей мѣрѣ, чѣмъ отвѣчаетъ самъ должникъ передъ своимъ кредиторомъ; должникъ, не рискуя, можетъ воздержаться отъ новыхъ пріобрѣтеній — какъ мы выше видѣли отказъ отъ пріобрѣтенія опровергнутъ быть не можетъ, не можетъ и третье лицо отвѣчать за уклоненіе отъ увеличенія доходовъ съ имущества, къ нему поступившаго отъ должника. Съ другой стороны, перечень fructus недостаточенъ — fructus stantes и exstantes должны быть возвращены, но въ какой мѣрѣ? — въ этомъ весь вопросъ. Если третье лицо не успѣло собрать плодовъ съ купленнаго имѣнія, то оно возвращаетъ ихъ, какъ fructus stantes; если оно собрало ихъ и они находятся налицо, то оно ихъ возвращаетъ какъ fructus exstantes также какъ fructus percepti; fructus consumpti возвращаются не какъ потребленные плоды, извлеченіе коихъ послѣдовало во время владѣнія, а какъ потребленные плоды, которые должны бы были быть возвращены и должникомъ, если бы онъ не продалъ своего имѣнія. Ставя такое ограниченіе, какъ необходимость возвращенія плодовъ въ томъ количествѣ, въ какомъ они находились бы во время взысканія, мы беремъ за исходную точку состояніе имѣнія въ этотъ моментъ; плоды, находившіеся тамъ, собранные и потребленные до этого момента, третьимъ лицомъ возвращаются по правиламъ о недобросовѣстномъ владѣніи. Въ виду примѣненія выставленнаго нами положенія, конечно, необходимо, чтобы кредиторъ, требующій возвращенія имущества съ плодами, указалъ, какіе

плоды имѣлись бы во время взысканія, если бы оно было произведено кредиторомъ въ имуществѣ должника; если они находятся налицо, то они поступаютъ въ число объектовъ взысканія, если ихъ нѣтъ, т.-е. они потреблены, то стоимость ихъ можетъ быть взыскана съ третьяго лица; отвѣтчику — третьему лицу должно быть предоставлено широкое право возраженія, дабы дѣйствительно констатировать количество плодовъ, находящихся въ имѣніи.

Говоря о fructus naturales, нельзя не указать на fructus civiles—на наемную плату и проценты. И къ нимъ примѣняется выставленное общее положеніе: третье лицо возвращаетъ первую и уплачиваетъ вторые по день установленія права судебнаго залога. Въ частности относительно процентовъ надо сказать, что когда третье лицо производитъ уплату ихъ по день взысканія, безплодно обращеннаго на имущество должника, кредиторъ, очевидно, несетъ потерю; онъ не получаетъ процентовъ съ этого дня по день полученія платежа; на самомъ же дѣлѣ онъ ничего не теряетъ, такъ какъ право на проценты за этотъ промежутокъ времени за нимъ сохраняется, но не по отношенію къ третьему лицу, а по отношенію къ должнику; получая удовлетвореніе путемъ взысканія, кредиторъ получаетъ по день послѣдняго проценты—они входятъ въ составъ его требованія, но съ третьяго не могутъ быть взысканы; съ него взыскиваютъ капиталъ плюсъ $^0/_0$-ты по день взысканія.

Противъ этого могутъ возразить, что, признавая болѣе справедливымъ, въ интересахъ третьяго лица, ограничить его отвѣтственность, мы создаемъ несправедливость для кредитора; отсылая его къ должнику, мы тѣмъ самымъ отказываемъ ему въ такомъ правѣ, которое онъ имѣетъ,—въ правѣ на $^0/_0$-ты, а между тѣмъ третье лицо, владѣвшее имуществомъ sine causa и cum conscientia fraudis, пользовалось этимъ капиталомъ, оставляя у себя $^0/_0$-ты съ него. На это только и можемъ возразить, что, во-1-хъ, въ этомъ-то и заключается уравновѣшиваніе интересовъ сторонъ—и та, и другая сторона должна терпѣть извѣстную долю неудобствъ во имя интересовъ противника; кредиторъ получаетъ отъ третьяго лица вещь, третье лицо лишается имущества, въ виду полученія этой вещи, да еще съ процентами по день взысканія; справедливо ли освобождать третье лицо отъ приплаты къ тому, что̀ кредиторъ получилъ бы прямо отъ должника? Во-2-хъ, хотя третье лицо и владѣетъ sine causa, какъ я замѣтилъ выше, но это еще не значитъ, что кондикціонный искъ долженъ быть примѣняемъ во всей своей суровости; юридическая логика вовсе не требуетъ, чтобы вещь была отобрана отъ третьяго лица

безусловно cum omni causa; въ этомъ-то и заключается относительная недѣйствительность акта; актъ не становится nullum съ паденіемъ всѣхъ его послѣдствій, во всѣхъ направленіяхъ.

Вещь во время нахожденія въ составѣ имущества третьяго лица можетъ или улучшиться или ухудшиться, и спрашивается: въ какія отношенія третье лицо становится къ кредитору по поводу этихъ измѣненій вещи. Этотъ вопросъ, конечно, долженъ быть рѣшенъ на основаніи общихъ правилъ о возвращеніи вещи недобросовѣстнымъ владѣльцемъ, при чемъ нѣтъ основаній дѣлать отступленія отъ этихъ правилъ; тутъ за исходную точку можно брать состояніе имущества во время перехода его къ недобросовѣстному владѣльцу: если оно ухудшилось, то третье лицо подвергается взысканію суммы, являющейся разностью цѣны имущества въ прежнемъ и въ настоящемъ его состояніи; если же имущество улучшилось, то онъ можетъ произвести вычетъ расходовъ на улучшеніе, насколько это допускается правилами о недобросовѣстномъ владѣніи [1]).

Противъ права третьяго лица на возмѣщеніе издержекъ улучшенія имущества, въ противность господствующему мнѣнію [2]), высказался Гартманъ [3]); аргументація его такая: во-1-хъ, нельзя сказать, что кредиторъ обогатился, воспользовавшись, какъ объектомъ взысканія, наличнымъ улучшеніемъ; изъ того, что третье лицо сдѣлало издержки, нельзя выводить, что кредиторъ ими обогатился,—онъ получаетъ лишь то, что̀ ему надлежитъ по праву взысканія; во-2-хъ, возмѣщеніе издержекъ неосуществимо — зачетъ и ретенція невозможны, искъ же не будетъ имѣть основаній и, въ-3-хъ, если должникъ не имѣетъ права на возмѣщеніе издержекъ улучшенія, то и третье лицо этого права не имѣетъ. Гартманъ предлагаетъ признать за третьимъ лицомъ право на возмѣщеніе издержекъ только по отношенію къ должнику, къ которому онъ и долженъ обратиться. Какъ аргументація, такъ и способъ разрѣшенія настоящаго вопроса представляются неудовлетворительными. Въ-1-хъ, обогащеніе кредитора несомнѣнно; если онъ получилъ отъ продажи имущества, пріобрѣтеннаго третьимъ лицомъ, больше, чѣмъ онъ получилъ бы отъ самого должника, то онъ, очевидно, обогатился на счетъ этого лица; актъ, какъ мы замѣтили выше, оказывается совершеннымъ не въ ущербъ, а въ пользу его; хотя кредиторъ и получилъ то, что̀ ему при-

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 152. Cosack, н. с., стр. 259—260.

[2]) Korn, н. с., стр. 230. Cosack, н. с., стр. 260. Völderndorf, н. с., стр. 112.

[3]) Hartmann, н. с., стр. 170—171.

читалось отъ должника, но получилъ не изъ имущества должника, а изъ имущества третьяго лица, затраченнаго на имѣніе; во-2-хъ, возмѣщаются издержки имущества такимъ же путемъ, какимъ третьему лицу возвращается излишекъ отъ продажи имущества съ торговъ въ тѣхъ случаяхъ, когда сумма требованія кредитора менѣе стоимости имущества, пріобрѣтеннаго третьимъ лицомъ отъ должника и подлежащаго продажѣ; тутъ уже нѣтъ надобности ни въ зачетѣ, ни въ ретенціи, ни въ искѣ; въ-3-хъ, большая разница между самимъ должникомъ и третьимъ лицомъ; если самъ должникъ не можетъ требовать возмѣщенія издержекъ улучшенія своего имѣнія, то изъ этого не слѣдуетъ, что и третье лицо не имѣетъ этого права; вѣдь это азбучная истина, что только владѣлецъ „чужого“ имущества, обязанный возвратить его, имѣетъ право на возмѣщеніе издержекъ. Наконецъ, способъ разрѣшенія вопроса Гартманомъ невѣренъ потому, что, какъ мы видѣли выше, третье лицо не можетъ быть присуждено къ совершенію дѣйствій въ пользу другого,—negotiorum gestio имѣетъ юридическое значеніе лишь какъ добровольный актъ.

Доктрина и законодательства издавна ставятъ въ исключительное положеніе третье лицо, пріобрѣвшее вещь добросовѣстно по безмездному акту; лицо это отвѣчаетъ лишь quatenus locupletiores facti sunt, какъ говоритъ Ульпіанъ [1]). Мы видѣли выше, что по отношенію къ одаренному всегда предполагается, что онъ находится in conscientia fraudis, при чемъ это praesumptio juris et de jure; разъ совершенъ безмездный актъ, онъ, безъ доказательства conscientiae, подлежитъ уничтоженію; имущество, полученное путемъ дара, возвращается въ число объектовъ взысканія. Иное дѣло отвѣтственность; объемъ ея опредѣляется по фактическому положенію вещей; тутъ уже нѣтъ мѣста примѣненію началъ одного недобросовѣстнаго владѣнія. Вопросъ о томъ, кого считать добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ по безмездному акту, повидимому, очень простъ, но при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что онъ даетъ поводъ ученымъ высказать весьма разнообразныя воззрѣнія. Воззрѣнія эти могутъ быть сведены къ двумъ теоріямъ: теоріи отождествленія bona fides съ ignorantia fraudis и теоріи различенія bona fides отъ ignorantia fraudis. Представителями первой являются Іекель [2]), Отто [3]) и Корнъ [4]). Она исходитъ изъ того положенія, что для признанія добросо-

[1]) Ulpianus въ L. 6, § 11. D. q. in fr. cred. 42. 8.
[2]) Jaeckel, н. с., стр. 161—163.
[3]) Otto, н. с., стр. 184.
[4]) Korn, н. с., стр. 190.

вѣстности лица вполнѣ достаточно, чтобы оно не знало о намѣреніи должника причинить вредъ кредиторамъ; для внесенія новыхъ признаковъ недобросовѣстности нѣтъ никакихъ основаній— пришлось бы создать особую категорію, съ особыми признаками, стоящую между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ пріобрѣтеніемъ вещи. Не такъ разсуждаютъ представители теоріи различенія. Такъ, Козакъ [1]), Фёльдерндорфъ [2]), Гартманъ [3]), Кранихфельдъ [4]) и др. не довольствуются одной ignorantia fraudis; они еще уменьшаютъ число случаевъ примѣненія ограниченной отвѣтственности одареннаго; по ихъ мнѣнію, если одаренный могъ, по зрѣломъ обсужденіи, придти къ заключенію, что даръ превышаетъ силы дарителя, то онъ уже тогда почитается недобросовѣстнымъ. Эти ученые создаютъ нѣчто совершенно неуловимое, лишенное точно опредѣленныхъ границъ; по ихъ мнѣнію, разъ одаренный не былъ убѣжденъ въ томъ, что актъ совершенъ ко вреду кредиторамъ, онъ уже недобросовѣстенъ. Словомъ, получается нѣчто очень расплывчатое, безбрежное. И къ чему создавать новое внутреннее состояніе—промежуточное между bona и mala fides? Въ новомъ, да еще совершенно неопредѣленномъ моментѣ надобности не имѣется. Въ виду этого теоріи отождествленія bona fides съ ignorantia fraudis должно быть отдано несомнѣнное предпочтеніе.

Но добросовѣстность одареннаго даетъ ему право на ограниченную отвѣтственность лишь до тѣхъ поръ, пока это состояніе продолжается; недостаточно, чтобы одаренный въ моментъ полученія дара находился въ этомъ состояніи; онъ долженъ находиться въ этомъ состояніи въ теченіе всего времени своего владѣнія; тутъ mala fides supervеniens имѣетъ рѣшительное значеніе — при вхожденіи ея, владѣніе одареннаго обращается въ недобросовѣстное; такое вліяніе, конечно, не можетъ не имѣть предъявленія иска къ одаренному, но вліяніе это оказывается лишь на послѣдующее время [5]).

Переходимъ къ самой отвѣтственности добросовѣстнаго пріобрѣтателя по безмездной сдѣлкѣ. Выше мы уже не разъ имѣли случай указывать на то, что, несмотря на его bona fides, на его ignorantia fraudis, актъ подлежитъ уничтоженію, mala fides

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 299.

[2]) Völderndorf, н. с., стр. 113—114.

[3]) Hartmann, н. с., стр. 173—174.

[4]) Kranichfeld, н. с., стр. 43.

[5]) Jaeckel, н. с., стр. 163 — 164. Völderndorf, н. с., стр. 114 — 115. Hartmann, н. с., стр. 174—175. Cosack, н. с., l. c.

и conscientia fraudis—суть praesumptiones juris et de jure, но сохранить эту форму презумпціи по отношенію къ вопросу, неразрывно связанному съ правомъ требовать возврата имущества въ число объектовъ взысканія, а именно къ вопросу объ отвѣтственности третьяго передъ кредиторами за плоды имуществъ — нѣтъ, какъ мы видѣли, необходимости. Онъ могъ на самомъ дѣлѣ дѣйствовать bona fide и можетъ это доказать. Если онъ это докажетъ, то отвѣтственность за всѣ плоды, безъ всѣхъ ограниченій непримѣнима къ добросовѣстному одаренному. Одаренный отвѣчаетъ quatenus locupletiores facti sunt, насколько онъ обогатился—non ultra, прибавляетъ Ульпіанъ съ особеннымъ удареніемъ. Это положеніе приняли современныя доктрина и законодательства. Изъ словъ Ульпіана quatenus locupletiores facti sunt, non ultra сдѣлали то заключеніе, — ставшее communis doctorum opinio, — что третье лицо отвѣчаетъ за наличное обогащеніе, auf die jetzt noch vorhandene Bereicherung [1]). Выставляется такое общее положеніе: третье лицо возвращаетъ то, что̀ еще находится въ его рукахъ, и въ томъ состояніи, въ какомъ оно находится, не отвѣчая ни за ухудшеніе, ни за умаленіе стоимости; если оно отчудило имущество, то возвращаетъ эквивалентъ, только поскольку тотъ находится въ его имуществѣ, хотя-бы онъ употребилъ его на свои надобности [2]). Изъ этого можно бы было сдѣлать выводъ, что третьему лицу дается возможность ничего не возвращать; такое положеніе привело бы къ тому, что лица одаренныя спѣшили бы продать даръ; а разъ онъ проданъ, то доказать, что именно деньги, полученныя въ видѣ эквивалента, находятся, въ имуществѣ одареннаго, невозможно. Словомъ, отвѣтственность одареннаго сводится къ нулю. Въ виду этого дѣлается оговорка, которою желаютъ спасти практическую безцѣльность правила, а именно, говорятъ, что не всякое израсходованіе эквивалента почитается выбытіемъ его изъ состава имущества; если имъ уплаченъ долгъ или сдѣланъ необходимый расходъ, то въ этихъ случаяхъ одаренный обогащенъ и обязанъ возвратить сумму, которая осталась въ составѣ его имущества, благодаря уплатѣ долга или покрытію расходовъ изъ эквивалента [3]). Можно ли подобной оговоркѣ придавать серьезное практическое значеніе? Какъ доказать, какія именно деньги пошли на уплату долговъ и покрытіе расходовъ—для кредитора это слишкомъ трудно, для третьяго

---

[1]) Windscheid, н. с., стр. 683.
[2]) Völderndorf, н. с., стр. 115—116.
[3]) Ibid., l. c.

лица слишкомъ легко, а для суда создается невозможное положеніе—нѣтъ средствъ, которыя убѣдили бы его, что такими, а не другими монетами произведена уплата. Если, съ одной стороны, несомнѣнно, желательно ослабленіе отвѣтственности добросовѣстнаго одареннаго, то съ другой, современная доктрина даетъ такое толкованіе мысли Ульпіана, которое нельзя признать удачнымъ. Если такъ понимать отвѣтственность quatenus locupletiores facti sunt, то заслуга Ульпіана очень не велика. Получается нѣсколько иная картина, если понимать обогащеніе такъ, какъ его понималъ римскій юристъ: отвѣтственность за обогащеніе не имѣетъ мѣста, если вещь не находится въ составѣ имущества обогатившагося, вслѣдствіе того, что она погибла случайно, напр. отъ пожара, наводненія и т. п., или украдена; одаренный не отвѣчаетъ и тогда, когда онъ ее безмездно отчудилъ, уничтожилъ или употребилъ въ свое удовольствіе; если же онъ ее возмездно отчудилъ, то новое пріобрѣтеніе, полученное въ эквивалентъ, у него отнимается; напр., если обмѣнялъ подаренную вещь на другую, то долженъ лишь выдать полученную въ обмѣнъ [1]). Если принять такое понятіе обогащенія, установленное еще Савиньи [2]), то мысль Ульпіана получаетъ вполнѣ опредѣленный смыслъ и практическое значеніе, и мы признаемъ его пріемлемымъ. Противъ него можно лишь возражать, если не въ принципѣ, то въ примѣненіи къ праву оспариванія актовъ. Отвѣтственность эта представляется намъ слишкомъ слабою; конечно, надо, повторяю, ослабить отвѣтственность bona fide одареннаго, но... est modus in rebus — тутъ слишкомъ малая цѣна дается интересамъ кредиторовъ. Кредиторъ не получаетъ удовлетворенія благодаря тому, что, напр., одаренный подарилъ вещь или сжегъ ее, или обмѣнялъ на вещь, имѣющую только для него цѣну; вѣдь онъ въ этихъ случаяхъ проявилъ свое расположеніе къ другимъ, проявилъ капризъ, удовлетворилъ свое эгоистическое чувство, насладился и т. п. на счетъ кредиторовъ дарителя. Едва-ли это можетъ быть признано справедливымъ, хотя мы на расширеніе отвѣтственности третьяго лица далѣе указанныхъ предѣловъ не настаиваемъ.

Наконецъ, нельзя не указать на вопросъ объ onus probandi въ разсматриваемыхъ случаяхъ. Ученые рѣшительно расходятся во мнѣніяхъ, лежитъ ли обязанность доказать mala fides на

---

[1]) Korn, н. с., стр. 102—103.
[2]) Savigny, н. с., т. IV, стр. 69—77.

кредиторѣ или bona fides на одаренномъ. Хотя Фельдерндорфъ [1]) и полагаетъ, что въ настоящее время это вопросъ неважный, такъ какъ судейское убѣжденіе слагается изъ всей суммы фактовъ, приводимыхъ сторонами, но съ этимъ согласиться нельзя, такъ какъ вопросъ объ очереди въ приведеніи этихъ фактовъ, слѣдовательно, въ доказываніи, никогда не можетъ потерять своего значенія [2]). Все разногласіе между учеными сводится, въ сущности, къ тому, изъ какой презумпціи слѣдуетъ исходить: bonae или malae fidei одареннаго. Господствующее мнѣніе [3]) исходитъ изъ презумпціи bonae fidei и требуетъ, чтобы кредиторъ доказалъ, что одаренный обогатился; фактъ обогащенія есть фактъ правопроизводящій, который и долженъ быть приведенъ и доказанъ кредиторомъ. Больше никакихъ доводовъ мнѣніе это въ свою пользу привести не можетъ и оправданіе себѣ находитъ лишь въ томъ, что и доктрина, и законодательныя комиссіи боятся презумпціи malae fidei. Болѣе солидно мотивируется противоположное, несомнѣнно вѣрное мнѣніе, представляемое Корномъ и Козакомъ [4]): за исходный пунктъ берутъ презумпцію malae fidei; основаніемъ опроверженія, говоритъ Корнъ, являются: дареніе и принятіе дара—уклоненія же отъ нормы никогда не предполагаются; одаренный отвѣчаетъ по акту вполнѣ и если онъ желаетъ умалить свою отвѣтственность, то долженъ доказать bona fides, а также и всѣ измѣненія, происшедшія въ вещи; общее правило—говоритъ Козакъ—строгая отвѣтственность одареннаго, исключеніе же изъ него должно быть доказано; одаренный долженъ привести и доказать факты, коими предположенія эти исключаются и отвѣтственность ослабляется. Съ этими соображеніями нельзя не согласиться.

---

[1]) Völderndorf, н. с., стр. 114.

[2]) См. мой Учебникъ Гражд. Судопр. изд. 5, стр. 207—208.

[3]) Jaeckel, н. с., стр. 164. Völderndorf, н. с., l. c.

[4]) Korn, н. с., стр. 103, 104. Cosack, н. с., стр. 211. Хотя Otto, н. с., стр. 184, въ этомъ не хочетъ сознаться, говоря: „nicht eine praesumptio juris, wohl aber eine gesetzliche Annahme“.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Измѣненіе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

I. Объективное измѣненіе. 1. Добровольная замѣна взысканія уплатою денежной суммы. Юридическое значеніе. Мнѣніе Іекеля; возраженіе Гартмана. 2. Принудительная замѣна взысканія уплатой денежной суммы. Примѣненіе началъ добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣнія. Случайная гибель вещи. Мнѣніе Іекеля и Козака. II. Субъективное измѣненіе. 1. Преемство. а) Преемство на сторонѣ кредитора. б) Преемство на сторонѣ третьяго лица mortis causa и inter vivos. Зависимость права обращенія къ преемнику отъ исполнимости рѣшенія, состоявшагося противъ правопредшественника. Современная доктрина. Критика ея. Значеніе для преемника рѣшенія, состоявшагося въ пользу правопредшественника. Современная доктрина. Критика ея. Mala fides правопреемника при неопровержимости акта. Мнѣніе Отто. Bona fides правопреемника при опровержимости акта. Мнѣніе Фёльдерндорфа. Безмездность пріобрѣтенія третьяго лица. Господствующее мнѣніе. Мнѣніе Фёльдерндорфа. Безмездное пріобрѣтеніе правопреемника. Абсолютная теорія. Относительная теорія. 2. Соучастіе. а) Соучастіе на сторонѣ кредитора. Соучастіе въ правѣ требовать признанія акта недѣйствительнымъ. Значеніе солидарности. Соучастіе въ правѣ требовать возврата имущества въ число объектовъ взысканія. Квалификаціи Козака и Корна. Предлагаемая квалификація. Вопросъ объ уплатѣ, произведенной одному изъ кредиторовъ. Мнѣнія Козака, Менцеля и Гартмана. б) Соучастіе на сторонѣ третьяго лица.

Измѣненіе разсматриваемаго права можетъ происходить или со стороны объективной, или со стороны субъективной.

I. Объективное измѣненіе. Измѣненіе это заключается въ замѣнѣ взысканія уплатою соотвѣтствующей суммы. Замѣна эта можетъ быть двухъ родовъ: добровольная и принудительная. а) Добровольная замѣна взысканія уплатою денежной суммы. Между кредиторомъ и третьимъ лицомъ можетъ состояться соглашеніе, на основаніи коего вещь, подлежащая возврату въ число объектовъ взысканія, остается у этого лица, а взамѣнъ того онъ обязуется уплатить соотвѣтствующую сумму денегъ; въ этомъ случаѣ, слѣдовательно, право требовать возврата въ число объектовъ взысканія обращается въ право на денежный платежъ. Въ полной правомѣрности такого соглашенія и сомнѣнія быть не можетъ; юридическія послѣдствія его заключаются въ томъ, что право требовать возврата вещи теряетъ свое основаніе; право это только и существовало въ виду того, что требованіе кредитора оказалось неудовлетвореннымъ; если же третье лицо произвело удовлетвореніе, для кредитора теряется всякое основаніе требовать самую вещь [1]). Противиться такому соглашенію должникъ, очевидно, не можетъ — ему нѣтъ

[1]) Cosack, н. с., стр. 267. Korn, н. с., стр. 39—40.

интереса дѣлать это: это было бы простымъ проявленіемъ каприза; онъ не можетъ сослаться на то, что третье лицо не уполномочено производить удовлетворенія кредитора за него; конечно, negotiorum gestio теряетъ всякое юридическое значеніе, если dominus своевременно этому противится, но данный случай не таковъ: тутъ уплата суммы, коею погашается долгъ, вмѣстѣ съ тѣмъ является платою за освобожденіе третьяго лица отъ обязанности выдать вещь; prima facie эта уплата имѣетъ послѣднее значеніе, но вмѣстѣ съ тѣмъ она не теряетъ значенія уплаты долга за должника. Какъ таковая, она порождаетъ право регресса уплатившаго третьяго лица къ должнику; при осуществленіи этого права регресса, должникъ можетъ представить рядъ возраженій [1]); быть можетъ, третье лицо поторопилось уплатить? нѣтъ въ наличности условій опроверженія акта? быть можетъ, оно уплатило слишкомъ много? и т. п. Тутъ уже для должника имѣется достаточный импульсъ выступить противъ состоявшагося соглашенія или, точнѣе, противъ невыгодныхъ для него послѣдствій этого соглашенія, т.-е. противъ осуществленія права регресса. Признавая, такимъ образомъ, правомѣрность соглашенія объ уплатѣ суммы долга вмѣсто выдачи вещи, нельзя отрицать и обязательности предложенія третьяго лица для кредитора. Третье лицо имѣетъ право уклониться отъ выдачи вещи, предложивъ кредитору сумму, равную его требованію; тотъ не можетъ отъ этого отказаться, ибо взысканіе есть одинъ изъ путей, посредствомъ коихъ онъ достигаетъ своей цѣли — полнаго удовлетворенія; путь этотъ не представляетъ для него никакого интереса — ему лишь необходимо получить удовлетвореніе по требованію; взысканіе, въ его пользу произведенное, есть принудительный путь удовлетворенія, цѣль его вполнѣ достигается, если устраняется необходимость пользованія этимъ путемъ и получается удовлетвореніе добровольное. Насколько общепринято правило въ отношеніи между должникомъ и кредиторомъ, что добровольная уплата долга не даетъ кредитору права все-таки обратиться къ судебному пути, настолько это положеніе должно быть примѣнено и къ данному случаю. Между тѣмъ, Іекель [2]) сомнѣвается въ обязательности для кредитора принять предлагаемую ему уплату; если бы это было такъ, говоритъ онъ, то въ процессѣ объ уничтоженіи акта третье лицо могло бы воспользоваться тѣмъ возраженіемъ,

[1]) Cosack, н. с., стр. 267, пр. 5.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 147, пр. 6.

что кредиторъ отвергъ предложенную ему уплату. Противъ этого Гартманъ [1]) справедливо возражаетъ, что кредиторъ имѣетъ право на удовлетвореніе, а не право на удовлетвореніе изъ опредѣленнаго имущества; если имъ отклоняется предложеніе третьяго лица, то онъ ставитъ себя in mora accipiendi, т.-е. въ такое положеніе, въ какомъ онъ находился бы, если бы уклонился получить уплату прямо отъ должника. Къ этому слѣдовало ему прибавить, что Іекель не объясняетъ, почему третьему лицу не предоставляется упомянутое возраженіе... б) Принудительная замѣна взысканія уплатою денежной суммы. Когда вещь in natura не находится въ обладаніи третьяго лица, то кредиторъ пріобрѣтаетъ право требовать взысканія денежной суммы: искъ о возвратѣ вещи обращается въ искъ денежный. Съ нашей точки зрѣнія вопросъ этотъ разрѣшается очень просто — рѣшающее значеніе имѣетъ правило о добросовѣстномъ и недобросовѣстномъ владѣніи. Недобросовѣстный владѣлецъ долженъ въ случаѣ невозможности возвращенія вещи in natura, уплатить сумму денегъ, равную тому, что̀ кредиторъ получилъ бы, если бы вещь находилась у третьяго лица in natura, добросовѣстный же владѣлецъ уплачиваетъ вознагражденіе лишь въ случаѣ отчужденія, при случайной же гибели имущества онъ отвѣтственности не подвергается [2]), тогда какъ случайная гибель, по справедливому замѣчанію Іекеля [3]), избавляетъ недобросовѣстнаго владѣльца лишь въ томъ случаѣ, когда онъ докажетъ, что вещь погибла бы и у должника еще до взысканія; это вполнѣ логичный выводъ изъ того, что кредиторъ не долженъ получить при взысканіи съ третьяго лица больше, чѣмъ онъ получилъ бы при взысканіи съ должника. Между тѣмъ Козакъ [4]) этого различія отвѣтственности за casus не признаетъ, а исключаетъ безусловно во всѣхъ случаяхъ отвѣтственность за случай. Исходитъ онъ изъ того положенія, что гибель имущества должна быть разсматриваема, какъ обстоятельство, сдѣлавшее невозможнымъ исполненіе третьимъ лицомъ своей обязанности по отношенію къ кредитору. Это соображеніе безусловно невѣрно; къ данному случаю нельзя примѣнять положенія договорнаго права: третье лицо не должникъ кредитора. Впрочемъ, это мнѣніе Козака объясняется взглядомъ его на отношенія между третьимъ лицомъ и кредиторомъ, какъ

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 161.
[2]) Steinbach, н. с, стр. 163.
[3]) Jaeckel, н. с., стр. 152.
[4]) Cosack, н. с., стр. 240—247.

на отношенія обязательственныя, взглядъ уже разсмотрѣнный нами въ первой главѣ.

II. Субъективное измѣненіе. Субъективное измѣненіе разсматриваемаго права возможно въ двухъ формахъ: въ формѣ преемства и въ формѣ соучастія. а) Преемство. Проявляется оно на сторонѣ кредитора и на сторонѣ третьяго лица. аа) Преемство на сторонѣ кредитора. Право опровергать акты есть accessorium права требованія кредитора [1]), а потому съ переходомъ послѣдняго путемъ сингулярнаго или универсальнаго преемства, подобно поручительству и залогу [2]), оно переходитъ къ правопреемникамъ его [3]). Въ частности, относительно сингулярнаго преемства, надо сказать, что уступка права опроверженія отдѣльно отъ главнаго права не можетъ быть допущена въ интересѣ должника [4])—если бы это было допущено, то должникъ, удовлетворивъ третье лицо по его обратному требованію, оставался бы должникомъ своего кредитора [5]). бб) Преемство на сторонѣ третьяго лица. Тутъ надо различать преемство mortis causa отъ преемства inter vivos. Въ первомъ случаѣ наслѣдникъ становится вполнѣ въ положеніе наслѣдодателя; онъ при сохраненіи status quo ante отвѣчаетъ въ той же мѣрѣ, какъ и наслѣдодатель, но при измѣненіи въ его лицѣ субъективнаго момента, мѣняется и отвѣтственность: въ тѣхъ случаяхъ, когда fides его того же рода, какъ и въ лицѣ наслѣдодателя — перемѣны нѣтъ, но если наслѣдодатель находился in bona fide и соотвѣтственно этому долженъ былъ отвѣчать, а наслѣдникъ находится in mala fide, или, наоборотъ, наслѣдодатель находился in mala fide, а наслѣдникъ in bona fide, то наслѣдникъ до момента вступленія въ наслѣдство отвѣчаетъ такъ, какъ отвѣтилъ бы наслѣдодатель, а съ момента вступленія сообразно тому, находится ли онъ in mala или in bona fide [6]). Что же касается преемства inter vivos, то интересъ представляетъ лишь тотъ случай его, когда третье лицо передаетъ по тому или другому акту свои права на пріобрѣтенныя имъ in fraudem creditorum должника вещи или права другому лицу. Спрашивается, при какихъ условіяхъ это-то послѣднее лицо отвѣчаетъ? Прежде всего,

---

[1]) Menzel, н. с., стр. 35.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 166.

[3]) Въ этомъ смыслѣ и должны быть понимаемы слова Ульпіана: haec actio heredi ceterisque successoribus competit. L. 10 § 25. D. qu. in fr. cred. 42. 8.

[4]) Cosack, н. с., стр. 305.

[5]) Menzel, н. с., стр. 301.

[6]) Menzel, н. с., стр. 261—267. Cosack, н. с., стр. 325—326.

доктрина почти не останавливается на вопросѣ о томъ, въ какомъ отношеніи находится право обращенія къ правопреемнику къ праву требовать отъ самого третьяго лица стоимость отчужденнаго имъ имущества. На это имѣются лишь мимолетныя указанія; а именно Гартманъ [1]), Козакъ [2]) и Франке [3]) говорятъ, что обращеніе къ тому или другому лицу зависитъ отъ кредитора и что онъ даже можетъ одновременно привлечь обоихъ. Поставить эти два требованія въ извѣстное соотношеніе настоятельно необходимо — нельзя предоставить это одному усмотрѣнію кредитора; сдѣлать это необходимо не только въ интересахъ частныхъ лицъ: при возможности одновременнаго обращенія и къ третьему лицу, и къ правопреемнику, придется допустить взысканіе и съ того, и съ другого, т. е. двойное взысканіе—какъ оговаривается и Козакъ; этого допущено быть не должно. Поставить оба требованія въ опредѣленныя, ясныя отношенія необходимо и въ интересѣ гражданскаго оборота: уничтоженіе правомѣрныхъ самихъ по себѣ актовъ есть нѣчто нежелательное; случаи допустимости этого уничтоженія должны быть сведены къ возможному минимуму—только въ крайнихъ случаяхъ они должны быть допустимы. Въ виду этой желательной экономіи въ разрушеніи юридическихъ актовъ нельзя предоставить кредитору право сразу обратиться къ правопреемнику и уничтожить актъ, по которому имущество или право перешло къ нему; допуская это, мы открываемъ уничтоженію широкое поле—будутъ уничтожены два акта: актъ правопреемника съ третьимъ лицомъ и актъ этого лица съ должникомъ, тогда какъ можно бы было обойтись уничтоженіемъ лишь одного послѣдняго, тѣмъ болѣе, что кредитору совершенно безразлично, получитъ ли онъ удовлетвореніе путемъ взысканія съ имущества третьяго лица или его правопреемника. Потому-то слѣдовало бы предоставить кредитору право обратиться къ правопреемнику только въ случаѣ, когда взысканіе стоимости отчужденнаго имущества съ третьяго лица окажется безуспѣшнымъ.

Признавая, такимъ образомъ, зависимость права обращенія къ правопреемнику отъ исполнимости рѣшенія суда, постановленнаго противъ третьяго лица, не можемъ не остановиться на вопросѣ, имѣетъ ли для этого права значеніе рѣшеніе, постановленное въ пользу этого лица, не пресѣкается ли этимъ рѣшеніемъ возможность обращенія къ правопреемнику. Вопросъ

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 166, 207.
[2]) Cosack, н. с., стр. 321.
[3]) Francke, н. с., стр. 179, 181.

этотъ рѣшается въ смыслѣ отрицательномъ, при чемъ приводится то соображеніе, что res judicata jus facit inter partes и, слѣдовательно, не можетъ имѣть обязательнаго значенія для правопреемника; право кредитора опровергнуть актъ противъ правопреемника обусловлено (какъ увидимъ ниже) опровержимостью акта по отношенію къ третьему лицу; кредиторъ, приводя этотъ фактъ, можетъ приводить другіе факты, а не тѣ, которые имъ были приведены въ процессѣ противъ третьяго лица [1]). Эти малосодержательныя соображенія не могутъ насъ удовлетворить ни сами по себѣ, ни въ связи съ тѣмъ значеніемъ, какое мы придаемъ обвинительному, противъ третьяго лица, рѣшенію. Сами по себѣ они неудовлетворительны потому, что, во-1-хъ, содержатъ въ себѣ contradictio in adjecto; если рѣчь идетъ о правопреемникѣ, то на него не можетъ не распространиться сила рѣшенія, постановленнаго въ пользу его правопредшественника — юридически это тождественыя лица; преемникъ является именно тою pars, о которой идетъ рѣчь; во-2-хъ, если опровержимость акта по отношенію къ третьему лицу есть условіе опроверженія акта противъ правопреемника его, то, что̀ же кромѣ судебнаго рѣшенія является лучшимъ подтвержденіемъ неопровержимости рѣшенія въ пользу третьяго лица — тутъ правило о jus inter partes не къ чему и примѣнять; въ-3-хъ, конечно, кредиторъ можетъ противъ правопреемника приводить и другіе факты, и мы ниже увидимъ, что безъ этого онъ не можетъ обойтись, но что̀ же, спрашивается, изъ этого? Любой тяжущійся, проигравъ процессъ, чрезъ нѣсколько лѣтъ надумаетъ рядъ несокрушимыхъ доводовъ въ свою пользу; но развѣ это даетъ ему право требовать новаго рѣшенія; только фактъ, вновь обнаруженный, даетъ ему это право; то же самое и кредиторъ въ процессѣ съ правопреемникомъ: то, что онъ можетъ привести другіе факты, не приведенные имъ въ первомъ процессѣ, не даетъ ему права начать дѣло вновь съ правопреемникомъ; въ-4-хъ, современная доктрина смѣшиваетъ въ этомъ случаѣ силу рѣшенія съ преюдиціальностью [2])—exceptio praejudicii далеко не одно и то же, что exceptio rei judicatae; такъ называемая отрицательная функція послѣдней, т.-е. исключеніе новаго рѣшенія по тождественному дѣлу [3]), въ случаѣ, если рѣшеніе было оправдательнымъ,

[1]) Hartmann, н. с., стр. 198—199. Völderndorf, н. с., стр. 134. Otto, н. с., стр. 116. Jaeckel, н. с., стр. 117, пр. 24. Cosack, н. с., стр. 324.

[2]) Renaud, н. с., стр. 402, 434,

[3]) См. мое соч. Принципъ тождества въ гражд. процессѣ (2 изд.), стр. 128—133, 201—206.

весьма близка къ функціи exceptionis praejudicii, но построена далеко не на одинаковыхъ началахъ; прежде всего, тождества лицъ тутъ вовсе не требуется, а въ иныхъ случаяхъ оно прямо исключается, напр., когда одно правоотношеніе является предположеніемъ другого; это мы видимъ въ поручительствѣ: обязанность поручителя обусловлена осужденіемъ должника; то же самое при очисткѣ: обязанность продавца обусловлена осужденіемъ покупщика и т. д.; въ этихъ случаяхъ res inter alios judicata est, а между тѣмъ значеніе для неучаствовавшаго въ дѣлѣ лица имѣетъ; такъ и тутъ, мы имѣемъ дѣло не съ силой рѣшенія, а съ преюдиціей; отношеніе между кредиторомъ и правопреемникомъ третьяго лица обусловлено отношеніемъ между кредиторомъ и третьимъ лицомъ; оправдательное рѣшеніе по послѣднему уничтожаетъ условіе существованія перваго — оно сложиться не можетъ. Наконецъ, въ-5-хъ, если мы поставимъ условіемъ права кредитора обратиться къ правопреемнику — неосуществимость рѣшенія по иску его къ третьему лицу объ уничтоженіи акта, — что̀, какъ мы видѣли, безусловно необходимо, — то послѣдовательность заставитъ насъ признать, что разъ судъ не призналъ права кредитора требовать уничтоженія акта противъ самого третьяго лица, то кредиторъ уже не можетъ обратиться съ искомъ къ правопреемнику этого лица.

Выставивъ условіемъ обращенія кредитора къ правопреемнику третьяго лица безуспѣшность взысканія кредитора противъ самого этого лица по иску объ уничтоженіи акта, имъ совершеннаго, мы могли бы не выставлять условіемъ этого обращенія къ правопреемнику опровержимости акта, совершеннаго правопредшественникомъ съ должникомъ; это разумѣется само собой; если безуспѣшность взысканія является условіемъ, то въ этомъ условіи уже заключается опровержимость акта — если бы актъ не былъ опровержимъ, то до взысканія дѣло бы не дошло. Безуспѣшность взысканія является условіемъ обращенія къ правопреемнику лишь въ томъ случаѣ, когда есть возможность обратиться къ самому третьему лицу или его наслѣднику; если же возможности этой нѣтъ, то о безуспѣшности взысканія нечего говорить, равно и объ искѣ объ опроверженіи акта. Когда кредиторъ обращается къ правопреемнику, то тутъ-то и всплываетъ вопросъ: является ли условіемъ этого обращенія опровержимость акта? Съ нашей точки зрѣнія отвѣтъ только и можетъ быть утвердительный: отсутствіе возможности обращенія къ третьему лицу не измѣняетъ основного требованія, имѣющаго мѣсто и при возможности обращенія къ этому лицу. Но и съ точки зрѣнія теоріи, не признающей

связи между обращеніемъ къ правопреемнику и требованіемъ къ третьему лицу, отчудившему имущество или право, означенное условіе выставляется, и понятно почему. Если бы этого условія не выставлялось, то это значило бы, что возможно обращеніе кредитора къ недобросовѣстному пріобрѣтателю имущества, пріобрѣвшему его отъ добросовѣстнаго третьяго лица; третье лицо, положимъ, не знало объ animus fraudandi должника, а лицо, пріобрѣвшее отъ него имущество, знало это обстоятельство—неужели отъ него можно требовать имущество? Вѣрно замѣчаетъ Козакъ [1]), что слѣдуетъ по возможности защищать добросовѣстныхъ пріобрѣтателей имущества. Всѣ ограниченія въ правѣ оспариванія основаны на желаніи по возможности упрочить гражданскій оборотъ; добросовѣстное третье лицо, благодаря тому, что кредиторъ обратился къ его недобросовѣстному правопреемнику, пострадаетъ болѣе, чѣмъ оно пострадало бы, если бы кредиторъ обратился прямо къ нему; напр., онъ купилъ имущество bona fide за малую цѣну, продалъ его за большую; кредиторъ обращается къ недобросовѣстному пріобрѣтателю, отбираетъ у него имущество и продаетъ его; кредиторъ беретъ сумму равную покупной цѣнѣ; пріобрѣтатель обращается съ обратнымъ требованіемъ къ третьему лицу, и оно уплачиваетъ эту бо́льшую цѣну, тогда какъ раньше оно, благодаря отобранію имущества, лишилось бы меньшей суммы. Но независимо отъ этихъ соображеній есть еще одно. Знаніе добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ animus fraudandi должника, какъ обстоятельство совершенно постороннее, по отношенію къ акту между должникомъ и третьимъ, — а объ этомъ именно только и идетъ рѣчь,—не можетъ оказывать никакого вліянія на дѣйствительность акта; такое признаніе акта недѣйствительнымъ, такъ сказать, рикошетомъ, логически немыслимо; нѣтъ моста, логически соединяющаго вопросъ о силѣ акта съ вопросомъ о сознаніи пріобрѣтателя имущества о томъ, что должникъ дѣйствовалъ cum animo fraudandi. Грютцманъ [2]) совершенно вѣрно замѣчаетъ, что обязанность, проистекающая изъ conscientia fraudis, заключается только въ томъ, чтобы сохранить имущество за кредиторами, а не въ томъ, чтобы неопровержимо отчужденное имущество снова для нихъ пріобрѣсти. Какъ можно, спрашиваетъ онъ, нарушить права кредиторовъ, какъ можно стать передъ ними отвѣтственнымъ вслѣдствіе заключенія акта объ отчужденіи имущества, когда при незаключеніи этого акта кре-

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 307—308.
[2]) Grützmann, н. с., стр. 77.

диторы, ни при какихъ условіяхъ, не получили бы отчужденнаго имущества, не имѣли бы права требовать его.

Несмотря на безусловную правильность этихъ соображеній и мотивируемаго ими правила, не всѣ ученые это раздѣляютъ. Такъ, Otto [1]) находитъ вполнѣ достаточнымъ mala fides правопреемника при неопровержимости акта; по его мнѣнію, актъ, по которому правопреемникъ пріобрѣлъ имущество противоправно, перпетуируетъ дѣйствіе убыточнаго акта (Perpetuirung des Verkürzungseffectes des Ursprungsgeschäfts). Это заключеніе невѣрно уже по тому одному, что перпетуаціи тутъ никакой нѣтъ; до отчужденія Verkürzungseffect имѣетъ одно значеніе, а по отчужденіи—другое; до отчужденія Effect этотъ, юридически говоря, отсутствовалъ, убыточность не дѣлала возможнымъ опроверженіе, а по отчужденіи, оказывается, она дѣлала его возможнымъ. Какая же это перпетуація, если до перпетуирующаго обстоятельства было одно явленіе, а по его наступленіи появляется другое.

Если, такимъ образомъ, mala fides правопріобрѣтателя, при неопровержимости акта противъ третьяго лица, не даетъ основанія кредитору обратиться къ первому изъ нихъ для возвращенія вещи въ число объектовъ взысканія, противъ должника направленнаго, то, съ другой стороны, спрашивается, возможно ли такое обращеніе, наоборотъ, при опровержимости акта противъ третьяго лица и bona fides правопріобрѣтателя? Юристъ Павелъ [2]) отвѣчаетъ на этотъ вопросъ отрицательно; ссылаясь на Сабина, онъ говоритъ: bona fide emtorem non teneri, quia dolus ei duntaxat nocere debeat, qui eum admisit, quemadmodum diximus, non teneri eum, si ab ipso debitore ignorans emerit. Изъ этого мы выводимъ a contrario, что, по мнѣнію Павла, для обращенія кредитора къ правопреемнику, требуется, чтобы на его сторонѣ была mala fides [3]) — тутъ съ точки зрѣнія Павла, стоящаго на почвѣ деликтной теоріи, будетъ имѣть мѣсто dolus правопреемника, который ему и долженъ nocere; иначе говоря, въ виду вышеизложеннаго, для обращенія къ правопреемнику необходимо, чтобы mala fides была на той и на другой сторонѣ. Съ этимъ согласна и современная доктрина [4]), видоизмѣнившая мотивировку Павла лишь въ томъ, что основаніемъ отвѣтственности правопреем-

[1]) Otto, н. с., стр. 115.

[2]) Paulus въ L. 9. D. qu. in fr. cred. 42. 8.

[3]) Отъ такого вывода воздерживается Francke, н. с., стр. 478, считая его zu wenig zwingend.

[4]) Cosack, н. с., стр. 317. Völderndorf, н. с., стр. 135—136. Hartmann, н. с., стр. 198.

ника служитъ причастность его дѣлу нанесенія ущерба кредитору, причастность, проявившаяся въ томъ, что онъ пріобрѣлъ имущество, зная о намѣреніи должника причинить ущербъ своимъ кредиторамъ. Въ этомъ именно и должна заключаться mala fides правопреемника. Но тутъ естественно возникаетъ вопросъ: почему же для предъявленія требованія къ правопреемнику необходима оспариваемость акта и, слѣдовательно, наличность тѣхъ условій ея, которыя касаются субъективной стороны акта, и нѣтъ необходимости въ знаніи правопреемникомъ всѣхъ обстоятельствъ, въ которыхъ выражается эта субъективная сторона, т.-е. и animus fraudandi должника, и conscientia fraudis третьяго лица: требуется лишь первая, а не вторая. Противорѣчія въ этомъ усматривать нельзя; наличность извѣстныхъ обстоятельствъ не все равно, что̀ знаніе объ этихъ обстоятельствахъ. Для оспариваемости необходима conscientia fraudis третьяго лица, а для обращенія требованія къ третьему лицу знаніе этой conscientia можетъ и не требоваться. Да и по внутреннимъ основаніямъ въ знаніи conscientia третьяго лица нѣтъ надобности; требованіе это ставило бы кредитора въ чрезвычайно затруднительное положеніе—какъ доказать знаніе знанія?—и дѣлало бы самое право его обратиться къ правопреемнику призрачнымъ; если правопреемникъ знаетъ намѣреніе должника причинить вредъ кредиторамъ, то этимъ дается уже достаточный поводъ дѣлать его отвѣтственнымъ за пріобрѣтенное имущество. Франке [1]) разсуждаетъ совершенно справедливо, говоря, что, кто знаетъ, что вещь, имъ пріобрѣтенная, отчуждена его контрагенту въ ущербъ кредиторамъ, тотъ долженъ имѣть въ виду возможность, что контрагентъ пріобрѣлъ ее противоправнымъ способомъ; кто, не взирая на эту возможность, все-таки пріобрѣтаетъ вещь, того слѣдуетъ считать одобрившимъ противоправное пріобрѣтеніе и, слѣдовательно, отвѣтственнымъ за свое пріобрѣтеніе.

Что касается самаго знанія о намѣреніи должника причинить ущербъ кредиторамъ, то относительно пониманія его въ литературѣ разногласія нѣтъ. Понимается подъ этимъ знаніемъ знакомство съ такими фактами, изъ которыхъ видно, что, во-1-хъ, пріобрѣтеніе правопреемника основано на убыточномъ для кредитора правопредшественника актѣ и, во-2-хъ, что актъ совершенъ между должникомъ и правопредшественникомъ при наличности сознанія первымъ изъ нихъ причиненія вреда кредито-

---

[1]) Francke, н. с., стр. 481.

рамъ [1]). Нѣсколько иначе на эти два положенія смотритъ Фёльдерндорфъ [2]); высказывая ихъ, онъ имъ даетъ въ дальнѣйшемъ такое объясненіе, что вся дѣлаемая имъ предпосылка оказывается стоящею внѣ связи съ выводомъ. По его объясненіямъ, если разъ наличный владѣлецъ знаетъ, что осуществленное имъ пріобрѣтеніе происходитъ отъ сдѣлки, совершенной въ ущербъ кредиторамъ, то отсюда уже слѣдуетъ сдѣлать заключеніе, что онъ зналъ о намѣреніи должника причинить вредъ кредитору. Такое объясненіе насъ не можетъ удовлетворить. Наличность ущерба отъ данной сдѣлки должника сама по себѣ еще не указываетъ на сознаніе этого вреда; если бы одно вытекало изъ другого, то незачѣмъ было бы требовать для опроверженія акта субъективнаго элемента—намѣренія причинить вредъ; всякая сдѣлка, вредная для кредиторовъ, подлежала бы уничтоженію безотносительно къ тому, сознавалъ ли должникъ этотъ вредъ. Въ виду вышеизложеннаго о намѣреніи должника причинить вредъ кредиторамъ, такое пониманіе субъективнаго условія уничтоженія акта слишкомъ широко; отъ вреда до сознанія вреда далеко; а только при послѣднемъ можно говорить объ опровержимости акта. То же самое слѣдуетъ сказать о знаніи намѣренія должника: изъ того, что правопреемникъ зналъ о вредѣ, причиняемомъ кредитору, еще нельзя выводить, что онъ зналъ о сознаніи должникомъ этого вреда; должникъ и не могъ, скажемъ, предполагать, что актъ окажется вреднымъ его кредиторамъ, а между тѣмъ оказалось, что вредъ произошелъ; ясно, что правопреемникъ третьяго лица тоже не можетъ считаться знающимъ то, чего не могъ знать его правопредшественникъ.

Всѣ изложенныя нами положенія объ условіяхъ отвѣтственности правопреемника примѣняются безусловно къ тѣмъ случаямъ, когда актъ, путемъ котораго имущество перешло къ третьему лицу, совершается при дѣйствительномъ animus fraudandi, знаніе коего и требовалось отъ правопреемника. Естественно возникаетъ вопросъ, какъ быть въ тѣхъ случаяхъ, когда акты между должникомъ и третьимъ лицомъ или между третьимъ лицомъ и его правопреемникомъ безмездны; исключается ли тутъ безусловно animus fraudandi, или онъ является дѣйствующимъ факторомъ, но въ видѣ предполагаемаго, презумптивнаго. Что касается перваго случая, то ученые склоняются въ пользу того мнѣнія, что

---

[1]) Jaeckel, н. с., стр. 116. Völderndorf, н. с., стр. 134. Francke, н. с., стр. 479. Hartmann, н. с., стр. 199—200.

[2]) Völderndorf, н. с., стр. 136.

знаніе правопреемникомъ намѣренія должника причинить вредъ кредиторамъ требуется безусловно, какова бы ни была причина его отсутствія, т.-е. лежала ли она въ самой сдѣлкѣ или внѣ ея; первая имѣетъ мѣсто относительно безмездныхъ актовъ; если актъ безмезденъ, то относительно правопреемника не предполагается, что онъ зналъ о намѣреніи должника; намѣреніе это, какъ мы видѣли, презумируется, на самомъ дѣлѣ его нѣтъ, потому и знать о немъ правопреемникъ не можетъ; отъ него можетъ быть отобрано пріобрѣтенное имъ отъ третьяго лица имущество, хотя третье лицо пріобрѣло его безмездно, только въ томъ случаѣ, если имѣлъ мѣсто animus fraudandi должника и о немъ зналъ правопреемникъ; только въ этомъ случаѣ актъ, по безмездному характеру своему, опровержимъ; но если имущество отчуждено третьимъ лицомъ, то къ пріобрѣтателю его требованіе предъявлено быть не можетъ [1]). Такое мнѣніе встрѣтило протестъ со стороны практика Фёльдерндорфа [2]), который совершенно основательно признаетъ возможность обращенія къ правопреемнику не только тогда, когда тотъ зналъ о намѣреніи должника, но и когда онъ зналъ, что къ его правопредшественнику имущество перешло путемъ акта, подлежащаго опроверженію; если законъ выставляетъ относительно безмездныхъ актовъ предположеніе, что они совершены animo fraudandi, то, конечно, правопреемникъ, зная о такомъ характерѣ акта, признается знающимъ самый animus fraudandi. Насколько эти соображенія основательны, можно видѣть изъ слѣдующаго. Если стоять на почвѣ господствующаго мнѣнія, то придется санкціонировать вопіющіе факты: на глазахъ кредитора должникъ даритъ свое имущество третьему лицу, съ котораго взять нечего; а это лицо продаетъ имущество другому за хорошую цѣну; выходитъ, что къ этому пріобрѣтателю имущества, такъ какъ оно не знало о намѣреніи должника, нельзя обратиться. Могутъ сказать, что это очень хорошо; чѣмъ виновато это лицо, что имущество перешло путемъ опровержимаго акта къ его auctor'у—оно было бы виновато въ томъ случаѣ, если бы знало, что имущество было подарено. Точно также можно бы было сказать, чѣмъ виноватъ и одаренный, а между тѣмъ безотносительно къ тому, знаетъ или не знаетъ онъ о намѣреніи должника, имущество отъ него отби-

[1]) Otto, н. с., стр. 115. Korn, н. с., стр. 158. Menzel, н. с., стр. 216. Hartmann, н. с., стр. 199. Cosack, н. с., стр. 310, 317. Jaeckel, н. с., стр. 116.

[2]) Völderndorf, н. с., стр. 136—137.

рается; что̀ справедливо относительно перваго пріобрѣтателя, справедливо и относительно второго, третьяго и послѣдующихъ.

Переходя ко второму случаю, замѣтимъ, что вопросъ о возможности обращенія къ правопреемнику, безмездно и bona fide пріобрѣвшему имущество отъ третьяго лица, къ которому оно перешло отъ должника, дѣйствовавшаго animo fraudandi, раздѣляетъ ученыхъ на два лагеря — одни отрицаютъ возможность обращенія къ правопреемнику, другіе—признаютъ. Что касается первыхъ, то проводимая ими теорія, которую можно назвать абсолютною, сводится къ безусловному признанію того положенія, что правопреемникъ долженъ знать о намѣреніи должника, и въ безмездныхъ актахъ, самихъ по себѣ, какъ таковыхъ, это знаніе не предполагается, а должно быть доказано; если правопреемникъ не зналъ о намѣреніи должника, то онъ и не отвѣчаетъ— будетъ ли самый актъ, по которому имущество къ нему перешло, возмездный или безмездный—все равно. Представители этой теоріи—Корнъ [1]), Гартманъ [2]) и др. — исходятъ изъ того, что правопреемникъ, пріобрѣтая безмездно и bona fide, ни прямо, ни косвенно не нарушаетъ правъ кредиторовъ своего предшественника. Отождествлять одареннаго правопреемника съ одареннымъ третьимъ лицомъ нельзя; положенія ихъ различны—послѣднему легче и удобнѣе узнать, что даръ сдѣланъ должникомъ in fraudem creditorum; относительно его и возможно предположеніе, что оно знаетъ намѣреніе должника; правопреемникъ же третьяго лица стоитъ далеко отъ должника и его кредиторовъ и не можетъ знать всей обстановки заключенія сдѣлки. Противъ этихъ соображеній высказываются представители относительной теоріи, не видящіе различія между первымъ пріобрѣтателемъ имущества, т.-е. третьимъ лицомъ, и послѣдующимъ, т.-е. правопреемникомъ. Теорія эта ставитъ ихъ въ одинаковое положеніе—разъ имѣется основаніе дѣлать отвѣтственнымъ одареннаго непосредственнымъ должникомъ, то нѣтъ основаній не дѣлать отвѣтственнымъ одареннаго третьимъ лицомъ; основанія отвѣтственности остаются тѣ же самыя... Козакъ [3]), Франке [4]), Іекель [5]), Менцель [6]) и др. приводятъ слѣдующія возраженія противъ абсолютной теоріи: во-1-хъ, если при непосредственномъ безмездномъ пріобрѣтеніи имущества отъ долж-

[1]) Korn, н. с., стр. 161.
[2]) Hartmann, н. с., стр. 199.
[3]) Cosack, н. с., стр. 309.
[4]) Francke, н. с., стр. 482—483.
[5]) Jaeckel, н. с., стр. 114.
[6]) Menzel, н. с., стр. 217, пр. 20.

ника, третье лицо обязано его возвратить, несмотря на фактическое отсутствіе нарушенія права кредитора, то при этихъ же условіяхъ нѣтъ повода освобождать отъ отвѣтственности и правопреемника; между этими пріобрѣтателями нѣтъ разницы; оба они безъ возмездія пріобрѣли имущество, послѣдствіемъ чего былъ ущербъ кредитора (Франке); во-2-хъ, единственное желаніе провести принципъ виновности съ полною послѣдовательностью не можетъ быть оправдываемо; соображенія цѣлесообразности тутъ должны преобладать надъ соображеніями принципіальными (Менцель); и, дѣйствительно, чувство справедливости не можетъ быть удовлетворено при видѣ кредитора, которому при непосредственномъ безмездномъ переходѣ имущества къ третьему лицу позволяется обратить взысканіе на это имущество, а при посредственномъ безмездномъ переходѣ его къ другому лицу—не позволяется; да и третье лицо въ первомъ случаѣ едва-ли можетъ безъ основательнаго недовольства видѣть, какъ второй и послѣдующіе безмездные пріобрѣтатели имущества освобождаются судомъ отъ всякой отвѣтственности. Для нихъ сознаніе единства проведеннаго въ законѣ принципа слишкомъ малое утѣшеніе. Въ-3-хъ, что касается различія въ положеніи третьяго лица и его правопреемника относительно бо́льшей или ме́ньшей возможности знакомства съ обстановкой, при которой сдѣлка совершена, то, по справедливому замѣчанію Козака, это соображеніе теряетъ всякое значеніе въ виду опасности, которую можно ожидать отъ безотвѣтственнаго перехода имущества изъ рукъ въ руки,—и только потому безотвѣтственнаго, что переходъ этотъ безмезденъ.

Наконецъ, нечего останавливаться на вопросѣ о томъ, что правопреемникъ, которымъ возвращено имущество въ число объектовъ взысканія, имѣетъ право регресса къ своему auctor'у—примѣняются тутъ тѣ же правила, какъ и въ случаѣ обращенія взысканія къ самому третьему лицу.

б. Соучастіе. Субъективное измѣненіе права кредитора опровергать акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ, возможно, какъ сказано выше, и въ формѣ соучастія, т.-е. когда имѣются нѣсколько лицъ или на сторонѣ кредитора или на сторонѣ третьяго лица. аа) Соучастіе на сторонѣ кредитора. Вопросъ этотъ, по справедливому замѣчанію Корна [1]), страдаетъ цѣлымъ рядомъ недоразумѣній. Намъ кажется, что главнѣйшая причина этихъ недоразумѣній заключается въ недостаточно рѣзкомъ разграниченіи содержанія составныхъ частей права кре-

[1]) Korn, н. с., стр. 236.

дитора опровергать акты, совершенные должникомъ; изъ отдѣльныхъ соображеній ученыхъ видно, что они имѣютъ въ виду то ту, то другую составную часть, и соображенія, касающіяся одной, переносятъ на другую или говорятъ объ этихъ частяхъ нераздѣльно. Согласно вышеизложенному, мы различаемъ право кредитора требовать уничтоженія акта отъ права его требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія. Что касается перваго изъ этихъ правъ, то Козакъ [1]) правъ въ томъ, что видитъ въ немъ при стеченіи правъ кредиторовъ признакъ солидарности, и возраженіе Корна [2]), будто-бы тутъ имѣется не солидарность, а стеченіе титуловъ залогового права, не основательно, потому что относится не къ праву требовать уничтоженія акта, а къ праву требовать возврата вещи; при стеченіи правъ кредиторовъ на уничтоженіе залоговая точка зрѣнія не даетъ ничего для разъясненія вопроса; за то она дастъ все для разъясненія вопроса о стеченіи правъ требовать возврата. Стеченіе залоговыхъ правъ по отношенію къ праву требовать уничтоженія акта сохраняетъ лишь то значеніе, что одинъ изъ кредиторовъ, осуществляя это право, является лишь иниціаторомъ въ осуществленіи права судебнаго залога, онъ первый дѣлаетъ начальные шаги къ осуществленію этого права— дѣлать то же самое остальнымъ кредиторамъ нѣтъ надобности; они, какъ сейчасъ увидимъ, дѣлаютъ лишь дальнѣйшіе шаги въ осуществленіи права судебнаго залога, каждый за себя—и тутъ уже о солидарности и рѣчи быть не можетъ. И такъ, въ правѣ требовать уничтоженія акта мы видимъ если не солидарное право требованія по какому-то обязательственному отношенію, то простое право, какъ accessorium права по главному требованію съ признаками солидарности; солидарность эта заключается въ томъ, что, когда одинъ изъ кредиторовъ требуетъ уничтоженія акта въ полномъ объемѣ, то остальные могутъ и не требовать этого,—и безъ того они могутъ воспользоваться выгодами уничтоженія акта; за ними сохраняется право требовать возвращенія имущества въ число объектовъ взысканія, хотя бы не они всѣ, а лишь одинъ изъ нихъ очистилъ, такъ сказать, поле для взысканія. Осуществленіемъ права уничтоженія акта однимъ изъ кредиторовъ прекращается это право и для другихъ—они его не могутъ осуществить; имъ предоставляется лишь пользоваться этимъ правомъ; рѣшеніе суда о недѣйстви-

[1]) Cosack, н. с., стр. 228.
[2]) Korn, н. с., стр. 235.

тельности акта распространяется и на нихъ—и въ ихъ глазахъ акта не существуетъ. Но мы должны оговориться, что эта солидарность имѣетъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, когда кредиторъ-иниціаторъ требуетъ уничтоженія акта въ полномъ объемѣ, что, въ свою очередь, возможно только тогда, когда сумма акта равна или меньше суммы его требованія, если же сумма акта больше суммы требованія, то, по требованію одного изъ кредиторовъ, актъ уничтожается лишь въ размѣрѣ его требованія; чтобы воспользоваться выгодами взысканія, остальнымъ кредиторамъ необходимо требовать уничтоженія той части акта, которая осталась неуничтоженной, какъ превышающая сумму требованія перваго кредитора — къ этому случаю идея солидарности не примѣняется.

Обращаясь къ принадлежащему нѣсколькимъ добившимся признанія акта недѣйствительнымъ лицамъ праву требовать возврата имущества въ число объектовъ взысканія, мы видимъ, что большинство соображеній ученыхъ касается именно этой составной части права кредитора опровергать актъ и притомъ главнымъ образомъ вопроса: какое соотношеніе правъ кредиторовъ имѣется въ случаяхъ ихъ стеченія? Если имѣть въ виду нашу теорію опроверженія актовъ, то вопросъ разрѣшается очень просто—мы видимъ здѣсь случай стеченія судебно-залоговыхъ правъ, установленныхъ въ одномъ объектѣ въ пользу нѣсколькихъ лицъ; а если такъ, то вопросъ о ихъ соотношеніи и осуществленіи ими этихъ правъ разрѣшается такъ, какъ будто-бы объектъ этого залога не находился вовсе въ обладаніи третьяго лица, а продолжалъ находиться въ обладаніи самого должника. Словомъ, вопросъ сводится къ примѣненію правилъ процессуальнаго законодательства о стеченіи взысканій. Но это примѣненіе возможно, когда кредиторы, имѣющіе исполнительные акты, являются одновременно и требуютъ возврата имущества въ число объектовъ взысканія; въ этомъ случаѣ происходитъ равномѣрное удовлетвореніе. Болѣе сложнымъ представляется тотъ случай, когда, уже по удовлетвореніи одного изъ этихъ кредиторовъ, являются другіе. Какое значеніе имѣетъ удовлетвореніе этого кредитора для другихъ? Козакъ [1]) примѣняетъ къ этому случаю идею солидарности, хотя этимъ онъ лишь даетъ извѣстную юридическую квалификацію тому, господствующему въ наукѣ, мнѣнію [2]), что если одинъ изъ кредито-

[1]) Cosack, н. с., стр. 228.

[2]) Hartmann, н. с., стр. 161—162. Otto, н. с., стр. 240—241. Völderndorf, н. с., стр. 108. Jaeckel, н. с., стр. 153—154.

ровъ путемъ взысканія получилъ удовлетвореніе, то остальные уже не могутъ предъявлять къ третьему лицу никакихъ требованій; лицо это исполнило свою обязанность—и нѣтъ основанія требовать отъ него вторичнаго исполненія ея. Иную квалификацію даетъ этому случаю Корнъ; онъ отрицаетъ примѣненіе идеи солидарности; по его мнѣнію удовлетвореніе одного изъ кредиторовъ оставляетъ въ полной неприкосновенности права другого, какъ главныя, такъ и придаточныя (Beirecht), т.-е. на уничтоженіе акта, да къ тому же одинъ залоговой титулъ не можетъ исключить другого, особенно титулъ погашенный. Такъ что, въ принципѣ, удовлетвореніе одного кредитора не погашаетъ правъ другого, но въ виду того, что права кредиторовъ на опроверженіе акта касаются одного предмета, положеніе вещей измѣняется; разъ кредиторомъ осуществлено право судебнаго залога, онъ имѣетъ право на полученіе вырученной отъ продажи суммы, а остальные осуществить свое право опроверженія до конца не могутъ. Входить въ критическую оцѣнку этихъ двухъ квалификацій нѣтъ надобности въ виду нераздѣляемаго нами воззрѣнія, что полученіемъ однимъ изъ кредиторовъ удовлетворенія путемъ взысканія погашаются безусловно права остальныхъ. Если исходить изъ безусловно вѣрнаго мнѣнія Корна, что при наличности нѣсколькихъ кредиторовъ, имѣющихъ право опроверженія, имѣется стеченіе залоговыхъ титуловъ, то придется не только въ принципѣ, но и вообще при единствѣ предмета взысканія, признать, что эти титулы имѣютъ совершенно одинаковое право на существованіе и осуществленіе; осуществленіе одного въ ущербъ другимъ будетъ явленіемъ неправомѣрнымъ. Фактъ запозданія кредиторомъ до конца осуществить установленное въ его пользу право не долженъ влечь за собою потери этого права. Третье лицо, привлеченное къ суду всѣми кредиторами, осуществляющими свои залоговыя права и запоздавшими, знало, конечно, что на имуществѣ, находящемся въ его обладаніи, стеклось нѣсколько судебно-залоговыхъ правъ [1]), и, допустивъ конечное осуществленіе права залога однимъ изъ кредиторовъ, повинно предъ остальными: оно должно было во время взысканія заявить органу власти, исполняющему рѣшеніе суда, что имѣются, кромѣ даннаго,

[1]) Проф. Гриммъ спрашиваетъ, откуда я взялъ, что третье лицо непремѣнно должно знать всѣхъ кредиторовъ своего контрагента. Отвѣчаю: конечно, всѣхъ онъ знать не можетъ, но тѣхъ, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, онъ всѣхъ знаетъ: это тѣ, которые вмѣстѣ съ кредиторомъ осуществляютъ свое залоговое право, они предъявили свои иски какъ соучастники къ третьему лицу и добились исполнительнаго титула. Не знать онъ ихъ, слѣдовательно, не можетъ.

еще другія залоговыя права на взысканіе. Если оно этого не сдѣлало, то, само собой понимается, что оно дѣйствовало animo fraudandi, и кредиторъ, оставшійся безъ удовлетворенія, имѣетъ право на денежное вознагражденіе сообразно размѣру его требованія. Напр., уничтоженъ актъ по имуществу, которое и было продано за 10,000 р.; требованіе кредитора, обратившаго на него взысканіе, 15,000 р.; требованія же кредиторовъ, запоздавшихъ: перваго въ 5,000 р., второго—10,000 р.,—кредиторъ-взыскатель получаетъ 10,000 р., а запоздавшіе—ничего; послѣдніе и могутъ предъявить къ третьему лицу требованіе въ 5,000 р.—первый въ 1,666 р., второй въ 3,333 р.—эту сумму они получили бы, если бы третье лицо дѣйствовало правомѣрно; нѣтъ основаній отнимать у нихъ право на ея полученіе отъ третьяго лица только потому, что они не довели до конца осуществленіе залогового права, въ ихъ пользу судомъ установленнаго.

Непослѣдовательность господствующей доктрины о погашеніи права опроверженія кредитора, въ виду прекращенія этого права путемъ взысканія въ лицѣ одного изъ нихъ—проявляется всего рѣзче въ томъ случаѣ, если удовлетвореніе этого кредитора произошло путемъ денежнаго платежа. Чтобы быть послѣдовательнымъ, слѣдовало бы и тутъ признать, что, коль скоро одинъ изъ опровергшихъ актъ кредиторовъ получилъ уплату, всѣ остальные лишились своихъ правъ требовать отъ третьяго лица возврата имущества. Къ числу такихъ послѣдовательныхъ представителей доктрины принадлежитъ Козакъ [1])—онъ допускаетъ широкое право выбора на сторонѣ третьяго лица—кого изъ кредиторовъ оно желаетъ удовлетворить, того и удовлетворяетъ, а остальныхъ отстраняетъ. И это серьезно считается цѣлесообразнымъ и справедливымъ. Менцель [2]) совершенно основательно говоритъ, что это зло, которое должно быть устранено, хотя бы косвеннымъ путемъ; а именно, онъ предлагаетъ считать третье лицо отвѣтственнымъ въ виду того, что по его винѣ стало невозможнымъ осуществленіе притязаній запоздавшихъ кредиторовъ. Конечно, это косвенный путь, пригодный только для законодательства, склоняющагося въ пользу господствующей доктрины. Но, разсуждая de lege ferenda, надо признать безусловное преимущество воззрѣнія, по которому одинаково разрѣшается и случай удовлетворенія одного изъ кредиторовъ путемъ взысканія, и случай удовлетворенія его платежемъ. Въ дѣйствительности

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 228—229, также Jaeckel, н. с., l. c.

[2]) Menzel, н. с., стр. 291.

получились бы въ первомъ случаѣ возмутительные результаты. Кредиторъ, которому третье лицо благоволитъ, получаетъ удовлетвореніе, другіе—не получаютъ и должны съ этимъ примириться. Гартманъ [1]), въ противоположность Козаку, принадлежитъ къ непослѣдовательнымъ представителямъ господствующей доктрины—онъ допускаетъ погашеніе права кредиторовъ при удовлетвореніи одного изъ нихъ путемъ взысканія и не допускаетъ—при удовлетвореніи его путемъ уплаты; но онъ ограничивается лишь выраженіемъ сомнѣнія въ возможности разрѣшенія второго случая одинаково съ первымъ. Средняго мнѣнія держится Экціусъ [2])—онъ различаетъ предметы, подлежащіе возвращенію въ число объектовъ взысканія, а именно: опредѣленныя вещи и денежныя суммы; въ послѣднемъ случаѣ онъ признаетъ, что уплатою этой суммы одному изъ кредиторовъ погашаются права остальныхъ, въ первомъ же случаѣ—если третье лицо, вмѣсто возврата вещи, уплатило кредитору, то оно сдѣлало это на свой страхъ и не можетъ противиться обращенію запоздавшими кредиторами взысканія на находящееся у него имущество. Такая смѣшанная теорія не выдерживаетъ критики; юридически, въ этомъ случаѣ разница въ объектахъ взысканія не имѣетъ значенія—будетъ ли кредиторъ требовать возврата денежной суммы или извѣстной вещи—это безразлично; получилъ ли онъ денежную сумму, которую долженъ былъ получить прямо отъ третьяго лица, или онъ получилъ ее, имѣя право получить ее путемъ публичной продажи имущества, не можетъ имѣть вліянія на права другихъ кредиторовъ; и въ томъ и въ другомъ случаѣ третье лицо совершаетъ неправомѣрное дѣйствіе въ нарушеніе залоговыхъ правъ кредиторовъ—различно обсуждать эти случаи нѣтъ основанія.

Съ нашей точки зрѣнія и уплата, произведенная одному изъ кредиторовъ, не погашаетъ правъ остальныхъ—и они въ правѣ обратить взысканіе на имѣющееся у третьяго лица имущество. Все различіе между этимъ случаемъ и удовлетвореніемъ кредитора путемъ взысканія то, что въ первомъ изъ нихъ, какъ мы видѣли, за запоздавшими кредиторами признается право на вознагражденіе, за вычетомъ того, что по соразмѣрности причиталось уже удовлетворенному кредитору, во второмъ же случаѣ они—буде ихъ требованія не менѣе стоимости имущества—получаютъ полную сумму, вырученную отъ продажи.

бб) Соучастіе на сторонѣ третьяго лица не вызываетъ

---

[1]) Hartmann, н. с., стр. 163.

[2]) Eccius, н. с., стр. 620.

и не можетъ вызвать никакихъ затрудненій. Если нѣсколько лицъ пріобрѣли имущество или право отъ должника, и по отношенію къ каждому изъ нихъ имѣются въ наличности условія отвѣтственности, то отвѣчаетъ каждый за то, что̀ онъ получилъ; но если имущество, подлежащее возврату, недѣлимо, то недѣлима и отвѣтственность [1]).

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Охраненіе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

Искъ объ опроверженіи акта. Истецъ. Отвѣтчикъ. Основанія привлеченія его. Третьи лица. Мнѣніе Кранихфельда. Возраженія Отто. Судъ. Основанія подсудности. Мнѣнія Отто и Корна. Мнѣнія Козака, Гартмана и Іекеля. Критика предлагаемыхъ основаній подсудности. Попытка разрѣшенія вопроса о подсудности. Основанія иска. Возраженія. Мнѣніе Отто. Господствующее мнѣніе. Виды возраженій: а) Производныя. Мнѣніе Іекеля, Корна, Іесса, Козака и Менцеля. б) Самостоятельныя. Возраженіе объ опровержимости акта.

Право кредитора опровергать акты охраняется какъ искомъ, такъ и возраженіемъ. Что касается перваго, то искъ этотъ [2]) можетъ быть предъявленъ всякимъ кредиторомъ, при наличности указанныхъ условій опроверженія. Отвѣтчикомъ по этому иску является третье лицо [3]). Съ точки зрѣнія деликтной теоріи и теоріи исключительной охраны интересовъ кредитора это мотивируется очень легко—третье лицо участвовало въ совершеніи деликта, на третье лицо возлагается обязательство ex lege, оно, а никто другой, не можетъ являться отвѣтчикомъ. Но съ точки зрѣнія теоріи исполнительной силы рѣшенія вопросъ какъ будто бы осложняется; на самомъ же дѣлѣ и тутъ затрудненій нѣтъ. Гартманъ [4]), представитель этой теоріи, говоритъ, что искъ этотъ

---

[1]) Menzel, н. с., стр. 252. Korn, н. с., стр. 58. Cosack, н. с., стр. 264. Hartmann, н. с., стр. 172.

[2]) Искъ этотъ, actio Pauliana, имѣетъ свою чрезвычайно интересную исторію, вызвавшую дѣлую литературу, см. Reinhart, н. с., стр. 1—92. Mankiewitz, н. с., стр. 1—37. Grützmann, н. с., стр. 1—10. Schey, н. с., стр. 184—195.

[3]) Венулей въ L. 25 § 7 D. q. in fr. cred. 42. 8 утверждаетъ, что и противъ должника можетъ быть предъявленъ этотъ искъ. Шёнеманъ (стр. 44) замѣчаетъ, что это не имѣетъ практическаго значенія, ибо имущество находится не у него, а у третьяго лица. См. Gimmerthal. Ueber die heut. Anwendbarkeit der actio Pauliana gegen den Schuldner въ Arch. f. pract. RW. B. 3. H. 3. S. 225—238.

[4]) Hartmann, н. с., стр. 60.

можетъ быть направленъ только противъ пріобрѣтателя имущества, ибо конечная цѣль опроверженія акта—возвратъ противоправно доставшагося имущества, которое и находится въ обладаніи третьяго лица. Съ точки зрѣнія нашей теоріи, примыкающей къ теоріи исполнительной силы рѣшенія, предъявленіе иска противъ третьяго мотивируется въ существѣ также; кредиторъ осуществляетъ право судебнаго залога относительно имущества, переданнаго нарушителемъ его залогового права третьему лицу; нахожденіе объектовъ взысканія у этого лица является сильнымъ указателемъ на то, что именно къ нему, а не къ кому другому искъ не можетъ быть предъявленъ. Вящшимъ подтвержденіемъ этому служитъ его conscientia fraudis, дѣйствительная или предполагаемая; безъ этого послѣдняго признака теряется различіе между этимъ лицомъ и всякимъ другимъ противоправнымъ обладателемъ объектовъ взысканія. И въ этомъ особенность иска объ опроверженіи акта — та сторона его содержанія и права опроверженія, которая касается права на возвратъ имущества, хотя не придавая ему значенія actio in rem, тѣмъ не менѣе уподобляетъ его этой actio; различіе его отъ этой послѣдней и заключается въ томъ, что искъ объ опроверженіи акта можетъ быть предъявленъ не ко всякому обладателю имущества, а лишь къ тому, который обладаетъ cum conscientia fraudis. См. выше стр. 29—31, 111—112, 115—116.

Затѣмъ, въ дальнѣйшемъ мы видимъ, что въ процессѣ по иску объ опроверженіи акта, кромѣ истца и отвѣтчика, могутъ участвовать и третьи, въ процессуальномъ смыслѣ, лица; такъ, всѣ лица, къ которымъ одна изъ сторонъ можетъ предъявить обратное требованіе, могутъ вступать въ процессъ въ качествѣ пособниковъ; сюда прежде всего принадлежитъ самъ должникъ. Мы видѣли выше, что третье лицо, отъ котораго взыскано имущество, можетъ обратиться съ требованіемъ къ должнику—должникъ, имѣя интересъ въ исходѣ процесса, очевидно можетъ вступать въ качествѣ пособника [1]). Но это общепринятое мнѣніе находитъ себѣ противника въ Кранихфельдѣ [2]), который не допускаетъ пособничества должника, потому что на его сторонѣ нѣтъ такого интереса, который далъ бы ему право вступить въ качествѣ пособника; такимъ интересомъ нельзя признать желаніе

[1]) Мой Учебн. рус. гр. суд., 5-е изд. стр. 105—107. Jaeckel, н. с., стр. 193. Otto, н. с., стр. 239. Hartmann, н. с., стр. 181. Менцель (стр. 295) требуетъ для вступленія должника въ качествѣ пособника согласія третьяго лица, не объясняя причины этого требованія.

[2]) Kranichfeld, н. с., стр. 47.

его, чтобы тотъ или другой изъ обоихъ его кредиторовъ, т.-е. или первоначальный его кредиторъ, или третье лицо, по обратному требованію, получило ранѣе удовлетвореніе. Противъ этого Отто [1]) справедливо возражаетъ, что право регресса, которое третье лицо имѣетъ къ должнику, заставляетъ признать за послѣднимъ достаточный интересъ для участія въ качествѣ пособника. Къ этому надо прибавить, что едва-ли найдется должникъ, сознающій грозящую ему невыгоду и знающій о возможности отвращенія послѣдней путемъ вступленія въ процессъ, будетъ думать о такомъ вздорѣ, какъ порядокъ удовлетворенія двухъ кредиторовъ. Кромѣ должника въ роли пособника можетъ фигурировать и правопреемникъ его. Но возможно ли привлечь этихъ лицъ путемъ litis denuntiatio. И въ этомъ вопросѣ Крайхфельдъ [2]) одинъ высказывается въ отрицательномъ смыслѣ, ссылаясь на то, что притязаніе третьяго лица къ должнику основано на особомъ ихъ частноправовомъ отношеніи. И противъ этого Отто [3]) справедливо возражаетъ, что если въ этомъ видѣть препятствіе къ привлеченію должника, то вообще litis denuntiatio никогда невозможна, ибо она всегда основана на особомъ отношеніи привлекающаго къ привлекаемому.

Что касается суда, которому искъ объ опроверженіи акта подсуденъ, то это спорный вопросъ. Предложены были самыя разнообразныя основанія подсудности. Представителямъ деликтной теоріи всего болѣе пристало бы принять forum delicti commissi. Корнъ [4]) и Отто [5]) остались вѣрны деликтной теоріи. Но forum delicti commissi не можетъ быть примѣнено уже потому, что въ основаніи иска не лежитъ деликтъ [6]); независимо отъ того, это основаніе подсудности непримѣнимо къ тѣмъ случаямъ, въ которыхъ, по сознанію самихъ представителей деликтной теоріи, нѣтъ деликта, именно, при добросовѣстномъ пріобрѣтеніи по безмездному акту. Отто въ виду этого и предлагаетъ примѣнить къ этому случаю forum solutionis contractus, приведя то соображеніе, что тутъ искъ направленъ на уничтоженіе (Aufhebung) отчужденія, всего чаще совершающагося въ формѣ договора. Въ этой аргументаціи кроются всѣ недостатки аргументируемаго положенія: во-1-хъ, въ случаяхъ безмезднаго отчужде-

---

[1]) Otto, н. с., стр. 240.
[2]) Kranichfeld, н. с., стр. 46—47.
[3]) Otto, н. с., l. c.
[4]) Korn, н. с., стр. 255.
[5]) Otto, н. с., стр. 231.
[6]) Jaeckel, н. с., стр. 185.

нія всего чаще встрѣчается договорная форма, а гдѣ ея нѣтъ, какое основаніе подсудности слѣдуетъ принять? — forum delicti commissi или другое какое? во-2-хъ, для исковъ однородныхъ даются два различныхъ основанія подсудности ихъ, изъ-за того, что въ одномъ рѣчь идетъ объ актѣ возмездномъ, въ другомъ— безмездномъ, въ одномъ имѣется дѣйствительный animus fraudandi, въ другомъ его можетъ и не быть; въ-3-хъ, предлагается распространеніе правилъ о подсудности исковъ по договорамъ на акты, отъ нихъ отличные—это противно мысли законодателя, установившаго это правило только для договоровъ. Господствующее въ наукѣ мнѣніе склоняется въ пользу отсутствія надобности въ какомъ-либо одномъ, спеціальномъ основаніи подсудности для исковъ объ уничтоженіи акта; примѣнены должны быть правила процессуальнаго законодательства о подсудности, смотря по характеру даннаго иска. Не выставляя общаго правила, ученые указываютъ, какія основанія подсудности, по ихъ мнѣнію, не должны быть примѣняемы, какія ограниченія въ этихъ случаяхъ должны быть установлены. Козакъ [1]) прямо указываетъ примѣрами на примѣнимость: мѣста жительства отвѣтчика, мѣста исполненія договора и мѣста исполненія рѣшенія, но не допускаетъ примѣненія мѣста правонарушенія и мѣста нахожденія имущества. Гартманъ [2]), не выставляя общаго правила, перечисляетъ непримѣнимыя основанія подсудности, а именно: мѣсто исполненія рѣшенія, мѣсто исполненія договора и мѣсто нахожденія недвижимаго имущества. Іекель [3]), допуская примѣненіе основаній подсудности, установленныхъ для личныхъ исковъ, а также мѣсто нахожденія недвижимаго имущества, исключаетъ изъ числа допустимыхъ основаній — мѣсто исполненія договора и мѣсто правонарушенія. Господствующее мнѣніе, въ основномъ его положеніи не можетъ быть принято, потому что, во-1-хъ, искъ объ уничтоженіи акта не проявляется въ столькихъ разнообразныхъ формахъ, чтобы къ нему могли быть примѣняемы различныя спеціальныя основанія подсудности; единственное различіе, могущее имѣть въ данномъ случаѣ значеніе, это — относится ли искъ къ движимому или недвижимому имуществу. Когда придется примѣнить мѣсто исполненія договора, когда мѣсто исполненія рѣшенія— ученые не говорятъ, да и сказать трудно; оставить судебную практику и законодательство безъ всякихъ руководящихъ началъ тоже нельзя;

---

[1]) Cosack, н. с., стр. 226.
[2]) Hartmann, н. с., стр. 27—28.
[3]) Jaeckel, н. с., стр. 185.

во-2-хъ, самое разнообразіе взглядовъ ученыхъ этой группы указываетъ на то, что общая ихъ точка зрѣнія не вѣрна; исходя изъ одной и той же мысли объ отсутствіи надобности въ спеціальныхъ правилахъ, каждый создаетъ свои правила — и дѣлаетъ изъ нихъ свои исключенія. Рождается вопросъ, какія же основанія подсудности могутъ быть предложены изъ шести основаній подсудности, указанныхъ Корномъ, Отто, Козакомъ, Гартманомъ и Іекелемъ. О мѣстѣ правонарушенія мы уже говорили. Что касается мѣста исполненія договора, то оно не можетъ быть примѣнено, во-1-хъ, уже потому, что, установляя его для исковъ объ исполненіи договоровъ, законодатель исходилъ изъ той мысли, что, гдѣ должно было послѣдовать добровольное исполненіе, тамъ всего удобнѣе требовать принудительнаго исполненія; въ искахъ же объ уничтоженіи акта рѣчь идетъ не объ исполненіи, а о возвратѣ полученнаго во исполненіе акта [1]); во-2-хъ, это основаніе установлено для договаривающихся сторонъ, а третье лицо стоитъ внѣ договорнаго соглашенія [2]); въ-3-хъ, въ искахъ объ уничтоженіи акта рѣчь вовсе не идетъ о спорѣ между договаривающимися сторонами [3]); отношенія между сторонами ими не затрогиваются, отношенія эти сами по себѣ остаются въ силѣ [4]). Неудовлетворительно и мѣсто исполненія рѣшенія, во-1-хъ, по своей неопредѣленности; вѣдь искъ объ уничтоженіи акта предъявляется, когда исполненіе оказалось безуспѣшнымъ; быть можетъ его и вовсе не было, потому что оно не могло состояться; довольно мудрено по такому основанію подсудности предъявить искъ; во-2-хъ, допустимъ, что исполненіе было, но, напр., по продажѣ недвижимаго имущества оказалось, что кредиторъ не получилъ полнаго удовлетворенія; неужели ему необходимо предъявить искъ объ уничтоженіи акта по мѣсту нахожденія уже проданнаго имущества? въ этихъ случаяхъ, — а подобныхъ имъ можетъ быть множество, — чисто случайное обстоятельство рѣшаетъ вопросъ, гдѣ искъ долженъ быть разрѣшенъ; въ-3-хъ, хотя искъ объ уничтоженіи акта есть вспомогательный искъ при исполненіи рѣшенія, но изъ этого еще нельзя выводить, что онъ подсуденъ суду по мѣсту исполненія рѣшенія [5])—отъ предъявленія его, въ видахъ цѣлесообразности и удобства, другому какому-либо суду, не теряется значеніе его, какъ вспомогательнаго иска. Наконецъ,

[1]) Ibid., l. c.
[2]) Ibid., l. c.
[3]) Menzel, н. с., стр. 296, пр. 20.
[4]) Hartmann, н. с., стр. 28.
[5]) Ibid., стр. 27.

противъ мѣста жительства отвѣтчика и мѣста нахожденія недвижимаго имущества мы ничего возразить не имѣемъ—они и должны быть примѣняемы.

Намъ кажется, что спорный вопросъ о подсудности долженъ быть рѣшенъ такимъ образомъ: искъ объ уничтоженіи акта, въ сущности, есть искъ, вызванный нарушеніемъ права судебнаго залога; если требуется возвратить въ число объектовъ взысканія движимое имущество, то, въ силу правила mobilia ossibus inhaeret, примѣняется общее основаніе подсудности — мѣсто жительства отвѣтчика; но если требуется возвратъ въ число объектовъ взысканія недвижимаго имущества, иначе говоря, если, во-1-хъ предметомъ опровергаемаго акта является недвижимое имущество и, во-2-хъ, оно in natura находится во владѣніи третьяго лица, то всего цѣлесообразнѣе и удобнѣе примѣнить мѣсто нахожденія недвижимаго имущества. Первое изъ этихъ положеній было высказано Іекелемъ, но встрѣтило то возраженіе со стороны Гартмана [1]) и др., что искъ объ уничтоженіи акта не есть actio in rem. Это теоретическое соображеніе не можетъ имѣть серьезнаго значенія тамъ, гдѣ рѣчь идетъ объ удобствахъ, а идетъ она именно при обсужденіи вопросовъ о подсудности. Это возраженіе странно слышать отъ Гартмана [2]), который признаетъ, какъ мы видѣли, условіемъ легитимаціи отвѣтчика обладаніе имъ даннымъ имуществомъ. Но и съ нашей точки зрѣнія это возраженіе малосодержательно, такъ какъ мы неоднократно указывали, что въ искѣ о возвратѣ имущества въ число объектовъ взысканія имѣются нѣкоторыя черты actionis in rem. Второе изъ этихъ положеній необходимо выставить потому, что если недвижимая вещь уже не находится in natura у третьяго лица, то къ нему предъявляется требованіе о вознагражденіи, которое, конечно, не подлежитъ суду по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества.

Что касается самаго иска объ уничтоженіи акта, то къ вопросу объ основаніяхъ его примѣняются общія правила въ томъ видѣ, какъ это уже не разъ было указано нами въ предшествующемъ изложеніи. Истецъ долженъ сослаться на эти основанія, при чемъ требуется указаніе на факты, при наличности коихъ актъ могъ бы быть признанъ недѣйствительнымъ и имущество могло быть возвращено въ число объектовъ взысканія, или же это возвращеніе могло быть замѣнено денежною уплатою. Мысль объ отдѣленіи иска о недѣйствительности акта отъ implоratio

---

[1]) Ibid., стр. 28.
[2]) Ibid., стр. 60.

officii judicis, относительно возврата имущества въ число объектовъ взысканія, несмотря на свою теоретическую безупречность, не можетъ быть проведена въ процессѣ съ полною послѣдовательностью, а потому и искъ кредитора долженъ быть направленъ и на недѣйствительность акта, и на возвратъ вещи или уплату денежной суммы.

Не мало затрудненій представляетъ вопросъ о возраженіяхъ, которыя могутъ быть предъявлены отвѣтчикомъ—третьимъ лицомъ противъ требованія кредитора. Выставить такое положеніе, что отвѣтчикъ не можетъ предъявлять никакихъ возраженій противъ требованія, насколько представляется заманчивымъ и само собою напрашивающимся, — ибо разъ судебнымъ рѣшеніемъ признано его существованіе, оно стоитъ незыблемо, — настолько же и неосновательнымъ. Тенденція современной доктрины какъ разъ противоположна; она стремится, по возможности, расширить кругъ этихъ возраженій. Крайнимъ выразителемъ ея является Отто [1]), который никакихъ въ этомъ отношеніи преградъ не ставитъ; онъ допускаетъ всякаго рода возраженія противъ требованія, какъ касательно его возникновенія и существованія, такъ и исполнительной его силы, мотивируя это тѣмъ, что, во-1-хъ, сила рѣшенія, признавшаго требованіе кредитора, не распространяется далѣе спорящихъ сторонъ; въ силу этого рѣшенія должникъ лишенъ права предъявлять возраженія, для него оно обязательно, но третьяго лица не касается и, во-2-хъ, если на кредитора возлагается обязанность представить исполнительный титулъ, то это имѣетъ именно то значеніе, что на третье лицо переносится тяжесть доказыванія, что требованія не существуетъ, т.-е. предоставляется предъявлять всякаго вида возраженія. Понятно, почему это крайнее мнѣніе никѣмъ не принято. Что касается перваго соображенія, то оно само по себѣ вѣрно, но, при сохраненіи его въ полной неприкосновенности, все-таки, какъ мы увидимъ ниже, возможны случаи, когда третьему лицу не должно быть предоставлено право предъявлять такія возраженія противъ требованія, которыя стоятъ внѣ предѣловъ силы судебнаго рѣшенія. Второе же соображеніе безусловно несостоятельно само по себѣ; необходимости предъявленія кредиторомъ исполнительнаго титула едва-ли можно придавать лишь то значеніе, что благодаря ей переносится на отвѣтчика тяжесть доказыванія несуществованія требованія; она имѣетъ, какъ мы видѣли выше, свое особое значеніе и, установляя его, нельзя и предположить,

[1]) Otto, н. с., стр. 239.

что изъ этого можетъ быть сдѣланъ подобный выводъ [1]). Развѣ можно изъ установленнаго, напр., закономъ требованія, чтобы кредиторъ представилъ извѣстный фактъ, обосновывающій его право, всегда выводить, что требованіе это установлено именно съ цѣлью перенести тяжесть доказыванія противнаго на должника; если это иногда и бываетъ, то далеко не всегда; этого не бываетъ тогда, когда данному факту, приводимому истцомъ, придается безусловная сила; напр., фактъ признанъ судебнымъ рѣшеніемъ, облеченъ въ законную форму и т. д. — тутъ исключается всякая возможность доказательства противнаго.

Господствующее мнѣніе отводитъ отвѣтчику извѣстный кругъ, въ предѣлахъ котораго онъ можетъ предъявлять противъ требованія кредитора извѣстныя возраженія. Всѣ возможныя въ этомъ случаѣ возраженія могутъ быть сведены къ двумъ группамъ: производныя и самостоятельныя; первыя черпаются изъ правовой сферы должника, послѣднія—изъ правовой сферы самого третьяго лица. Что касается производныхъ возраженій, то одни ученые допускаютъ, другіе не допускаютъ ихъ предъявленія. Такъ Іекель [2]) и Корнъ [3]) безусловно отрицаютъ возможность ихъ примѣненія, приводя то соображеніе, что, во-1-хъ, хотя сила рѣшенія и не распространяется на третьихъ лицъ, но если условіемъ опроверженія акта является исполнительная сила требованія кредитора, то этимъ уже указывается на дѣйствіе исполнительнаго титула и противъ третьихъ лицъ; тѣмъ болѣе, что право опроверженія связано съ исполнительною силою требованія—и цѣль его заключается въ расширеніи круга тѣхъ предметовъ, изъ которыхъ кредиторъ можетъ получить удовлетвореніе; во-2-хъ, возраженія, почерпнутыя изъ правовой сферы должника, суть такъ-называемыя exceptiones ex jure tertii, предъявленіе коихъ не допускается. Кромѣ этихъ соображеній нелишне замѣтить и то, что, въ-3-хъ, судебное рѣшеніе, если и не создаетъ новаго права, то создаетъ новое самостоятельное основаніе требованія; быть можетъ, даннаго требованія въ дѣйствительности вовсе не было или противъ него имѣлась масса возраженій, но разъ рѣшеніе постановлено, создается тождественное съ прежнимъ по содержанію и свободное отъ всякихъ возраженій новое требованіе; разъ такое требованіе установлено рѣшеніемъ, без-

---

[1]) Korn, н. с., стр. 19.

[2]) Jaeckel, н. с., стр. 17.

[3]) Korn, н. с., l. c., ссылающійся на сочиненіе Hinschius'a въ Anwalts Zeitung 1866, № 79.

условно исключается вопросъ о томъ, существуетъ ли оно по праву или противно праву [1]). Другіе ученые, однако, высказываются не столь безусловно противъ производныхъ возраженій. Іессъ [2]) и отчасти Козакъ [3]) даютъ отрицательную формулу: третье лицо не въ правѣ предъявлять такія возраженія, которыя самъ должникъ не могъ бы еще предъявить. Такая формулировка совершенно излишняя тонкость; Іессъ не рѣшается формулировать свою мысль положительно, потому что положеніе: третье лицо можетъ предъявлять лишь тѣ возраженія, на которыя можетъ ссылаться должникъ — будетъ не вѣрно, ибо надо тутъ оговорить одно исключеніе; исключеніе это — возраженія чисто личнаго свойства, т. н. exceptiones personae cohaerentes. Мысль этихъ ученыхъ та, что, за исключеніемъ послѣднихъ возраженій, третье лицо можетъ предъявлять возраженія, которыя открыты еще для самого должника; напр., оно можетъ предъявить споръ о подлогѣ акта, можетъ указать на то, что должникъ произвелъ уплату взамѣнъ взысканія, и, слѣдовательно, что кредиторъ удовлетворенъ и т. д. Но, съ другой стороны, понятно само собой, что возраженія, которыя были уже сдѣланы должникомъ и судомъ отвергнуты и которыхъ онъ не предъявлялъ и не можетъ въ данный моментъ предъявить [4]), не могутъ быть предъявлены и отвѣтчикомъ—третьимъ лицомъ. Эту мысль въ болѣе категоричной и ясной формѣ высказываетъ Менцель [5]). Онъ дѣлитъ возраженія, названныя нами производными, на двѣ категоріи: возраженія, которыя могутъ быть предъявлены должникомъ, и возраженія, которыя болѣе имъ не могутъ быть предъявлены; предъявленіе первыхъ должно быть, вторыхъ—не должно быть допущено, по соображеніямъ, сходнымъ съ вышеизложенными.

Вторую категорію возраженій образуютъ возраженія самостоятельныя; черпая свои основанія изъ сферы правъ отвѣтчика, они допускаются уже потому, что основанія эти лежатъ за предѣлами силы судебнаго рѣшенія [6]). Сюда относятся, во-1-хъ, возраженія, основанныя на особыхъ правахъ отвѣтчика; такъ, напр., возраженіе о зачетѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ

---

[1]) Iesz, н. с., стр. 41.

[2]) Ibid., н. с., стр. 41.

[3]) Cosack, н. с., стр. 38.

[4]) Едва-ли основательно и замѣчаніе Гартмана (стр. 66), что право возраженія отвѣтчика не производится и независимо отъ должника.

[5]) Menzel, н. с., стр. 45.

[6]) Jaeckel, н. с., стр. 18.

объ уничтоженіи акта направленъ на полученіе денежнаго платежа [1]), во-2-хъ, возраженіе о томъ, что само требованіе кредитора къ должнику подлежитъ опроверженію, — хотя, конечно, лишь въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ въ то же время кредиторъ даннаго должника и актъ совершенъ въ его ущербъ [2]), въ-3-хъ, exceptio doli, въ широкомъ смыслѣ, т.-е. возраженіе, направленное противъ кредитора, добившагося судебнаго рѣшенія; сюда относится возраженіе о симуляціи, т.-е. соглашеніи кредитора и должника, въ силу котораго симулируется актъ съ тѣмъ, чтобы онъ былъ потомъ опровергнутъ [3]); напр., А выдалъ Б безденежное заемное письмо, по которому и состоялось судебное рѣшеніе; затѣмъ, А получаетъ съ своего должника В платежъ, не скрывая своего имущественнаго положенія; если Б предъявитъ искъ объ уничтоженіи акта платежа и В можетъ доказать безденежность заемнаго письма, то отказывать ему въ правѣ сдѣлать это возраженіе—нѣтъ основанія, въ-4-хъ, возраженія одареннаго о его ignorantia fraudis или bona fides при условіяхъ и въ случаяхъ вышеизложенныхъ.

Что касается доказательствъ въ процессѣ опроверженія актовъ, то тутъ примѣняются общія правила въ томъ видѣ и съ тѣми особенностями, какъ это изложено выше.

Наконецъ, въ началѣ этой главы мы упомянули, что право кредитора опровергать акты охраняется и возраженіями. Reus in exceptione actor est. Понятно, что пользоваться этими возраженіями кредиторъ, привлеченный третьимъ лицомъ, можетъ при тѣхъ же условіяхъ, какъ если бы онъ желалъ предъявить къ послѣднему отдѣльное исковое требованіе. Такъ что, строго говоря, объ этомъ случаѣ нечего упоминать. Но есть въ немъ одна особенность, указываемая современною доктриною. Положеніе такого отвѣтчика нѣсколько облегчается съ процессуальной стороны— предлагается не требовать отъ него немедленнаго указанія на исполнительную силу акта; ему дается срокъ для представленія доказательствъ того, что актъ обладаетъ таковою силою [4]). Такое облегченіе весьма важно для отвѣтчика и вполнѣ цѣлесообразно; хотя, съ другой стороны, нѣтъ такого законодательства, которое не давало бы суду права въ послѣднемъ случаѣ просить отсрочки

---

[1]) Menzel, н. с., стр. 48.

[2]) Ibid., l. c.

[3]) Hartmann, н. с., стр. 48. Otto, н. с., стр. 239.

[4]) Cosack, н. с., стр. 36. Jaeckel, н. с., стр. 23. Menzel, н. с., стр. 292.

для предъявленія исполнительнаго титула. Наконецъ, не можетъ подлежать сомнѣнію и возможность обращенія кредитора къ третьему лицу и со встрѣчнымъ искомъ [1]).

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Прекращеніе права кредитора опровергать юридическіе акты, совершенные должникомъ въ его ущербъ.

Прекращеніе главнаго права. Самостоятельное прекращеніе права кредитора.

Право кредитора опровергать акты прекращается общими способами прекращенія гражданскихъ правъ. Сведены эти способы могутъ быть къ двумъ: во-1-хъ, оно прекращается съ прекращеніемъ главнаго права, т.-е. права требованія кредитора къ должнику; какъ accessorium оно уже съ прекращеніемъ перваго теряетъ всякое значеніе; напр., если кредиторъ взыскалъ все ему причитающееся изъ другого имущества должника, или получилъ уплату, или простилъ долгъ, или зачелъ его и т. п. [2]); во-2-хъ, оно прекращается, какъ отдѣльное право при существованіи главнаго. Nemo invitus agere cogatur; а потому воля кредитора имѣетъ безусловное значеніе — онъ можетъ и отступиться отъ своего права [3]), можетъ замѣнить свое требованіе и т. д. Особенное же значеніе придается давности: мы уже видѣли, что для осуществленія права опровергать безмездный актъ весьма цѣлесообразно установить особенную краткую давность.

---

[1]) Völderndorf, н. с., стр. 96. Contra Hartmann, н. с., стр. 146.
[2]) Menzel, н. с., стр. 303.
[3]) Cosack, н. с., стр. 352.

II.

Опытъ построенія общаго ученія

О ПРАВѢ РЕГРЕССА [1]).

I.

Наука гражданскаго права благодаря генію римскихъ юристовъ, чрезвычайно богата широкими обобщеніями. Если въ цѣломъ рядѣ институтовъ проявляются извѣстныя общія черты, то онѣ оттуда выдѣляются, и создается общее понятіе и общее ученіе, такъ что при изложеніи отдѣльныхъ институтовъ указывается лишь на особенности этого понятія. Конечно, многаго уже сдѣлано въ этомъ направленіи, но, думается, еще многаго не сдѣлано; между прочимъ, еще не установлено общее понятіе и не построено общее ученіе о правѣ регресса, проявляющемся въ цѣломъ рядѣ отдѣльныхъ институтовъ. Были попытки обобщенія нѣкоторыхъ формъ регресса. Напр., Шей обобщилъ случаи названнаго нами посредственнаго регресса уплаченнаго; Кабанъ обобщилъ права регресса поручителя и собственника заложенной другимъ вещи и др., но все это очень далеко до общаго ученія. Ученія этого еще нѣтъ. Въ незавидномъ положеніи оказались ученые, поставленные почему-либо въ необходимость остановиться на общемъ понятіи регресса. Въ такомъ положеніи оказался извѣстный цивилистъ Эккъ, когда онъ взялъ на себя составленіе статьи „Regress“ въ словарѣ Гольцендорфа. Вышелъ онъ изъ затрудненія, нельзя сказать, чтобы остроумно. Онъ пришелъ къ отрицательному результату, объявивъ, что регрессъ нельзя изложить какъ единый юридическій институтъ, такъ какъ основанія и послѣд-

---

[1]) Журн. Мин. Юст. 1911. Ноябрь.

ствія его въ различныхъ случаяхъ различны; только и возможно перечислить отдѣльные случаи, гдѣ говорится о регрессѣ. Самъ онъ далъ очень неопредѣленную характеристику регрессу, какъ притязаніе на возмѣщеніе убытковъ, понесенныхъ кѣмъ-либо въ его сношеніяхъ (Verhandlungen) съ третьимъ лицомъ, при чемъ или третье лицо выступаетъ въ качествѣ его кредитора, или самъ онъ выступаетъ въ качествѣ кредитора третьяго лица; а затѣмъ Экъ перечисляетъ четыре случая регресса. Меня, однако, безотрадное мнѣніе Экка не остановило; оно меня еще болѣе заинтриговало, и я рѣшилъ сдѣлать попытку построенія общаго ученія о правѣ регресса, изложивъ его въ сжатомъ очеркѣ.

II.

Подъ регрессомъ (правомъ регресса) слѣдуетъ разумѣть побочное, по отношенію къ главному, обязательство sui generis, по силѣ коего одно лицо, называемое регредіентомъ, имѣетъ право требовать обратно отъ другого, называемаго регрессатомъ, извѣстную сумму денегъ, уплаченную регредіентомъ или полученную регрессатомъ во исполненіе главнаго обязательства, при томъ или иномъ отношеніи къ сему исполненію третьяго лица, а именно: или этому лицу уплачена данная сумма регредіентомъ, или отъ него получена эта сумма регрессатомъ, или же, хотя регредіентъ и уплатилъ эту сумму непосредственно регрессату, но оставленіе ея у себя послѣднимъ зависитъ отъ образа дѣйствія третьяго лица. Въ первомъ случаѣ сумма уплачена регредіентомъ третьему лицу за счетъ регрессата и потому должна быть возвращена первому; во второмъ случаѣ сумма получена регрессатомъ отъ третьяго лица за счетъ регредіента, а потому должна быть выдана послѣднему, въ третьемъ случаѣ уплаченная сумма подлежитъ возврату регрессатомъ регредіенту вслѣдствіе совершенія третьимъ лицомъ дѣйствія, аннулирующаго исполненіе регрессатомъ главнаго обязательства.

Наиболѣе характерные случаи указанныхъ трехъ категорій суть:

1) право регресса поручителя къ должнику, за счетъ котораго онъ уплатилъ кредитору, право регресса солидарнаго содолжника къ остальнымъ, за счетъ коихъ онъ уплатилъ кредитору, право регресса лица, принявшаго на себя и уплатившаго чужой долгъ кредитору за счетъ должника, право регресса собственника, выкупившаго свою вещь, заложенную другимъ лицомъ, за счетъ этого лица, право регресса лица, застраховавшаго чужую вещь,

право регресса комиссіонера, купившаго вещь за счетъ коммитента, и т. п.

2) право регресса солидарныхъ сокредиторовъ къ кредитору, получившему долгъ за счетъ остальныхъ, право регресса коммитента къ комиссіонеру, продавшему вещь за счетъ перваго, и т. п.

3) право регресса цессіонарія къ цеденту, если должникъ не уплатилъ долга (при bonitas nominis) или доказалъ отсутствіе veritatis nominis, право регресса покупщика къ продавцу (evictio), если вступщикъ доказалъ свое право собственности, и т. п.

Таковы наиболѣе характерные случаи примѣненія права регресса. Каждый изъ нихъ, какъ бы своеобразенъ онъ ни былъ, содержитъ въ себѣ тѣ общіе признаки, которые сведены въ нашей характеристикѣ.

Разсмотримъ каждый изъ этихъ признаковъ въ отдѣльности.

1) Регрессъ есть обязательство sui generis. Этимъ я хочу сказать, что, какъ бы разнообразны ни были случаи регресса, онъ остается во всѣхъ этихъ случаяхъ тѣмъ же обязательствомъ, центромъ котораго является право требовать возврата полученнаго или уплаченнаго во исполненіе главнаго обязательства при извѣстномъ отношеніи къ исполненію третьяго лица. Утверждать, что въ однихъ случаяхъ это обязательство по mandatum'у, въ другихъ по negotiorum gestio, въ третьихъ condictio либо sine causa, либо ob causam finitam, въ пятыхъ subrogatio и т. д., какъ будетъ указано ниже, совершенно неосновательно по существу и лишено научной цѣны. Регрессъ есть регрессъ, какъ заемъ—заемъ, наемъ—наемъ и т. д.; никакія тутъ аналогіи различнымъ типамъ обязательствъ не нужны. Какъ по отношенію ко всякому обязательству sui generis, такъ и по отношенію къ регрессу, совершенно неумѣстно возбуждать вопросъ, къ какому другому обязательству его пріурочить. Конечно, я не отрицаю, что и регрессъ можетъ быть видоизмѣненъ, дополненъ, принять черты другого обязательства, вслѣдствіе различныхъ обстоятельствъ, а именно: во-первыхъ, контрагенты могутъ внести въ него, по взаимному соглашенію, тѣ или другія индивидуальности; напримѣръ, они могутъ установить, что поручитель, уплативъ кредитору, можетъ осуществить свое право регресса лишь черезъ извѣстный срокъ или въ нѣсколько сроковъ, или, напримѣръ, цессіонарій можетъ согласиться съ цедентомъ насчетъ условій регресса, т. е. на счетъ отвѣтственности только за veritas nominis или такъ же за bonitas; или: солидарный должникъ, уплативъ весь долгъ кредитору, можетъ сверхъ уплаченнаго за остальныхъ требовать съ каждаго извѣстный процентъ и т. п. Во-вторыхъ,

нѣкоторыя особенности вносятся въ право регресса существомъ главнаго обязательства и притомъ двояко: или а) при рѣзко различныхъ главныхъ обязательствахъ, напримѣръ, при поручительствѣ и при цессіи—право регресса различно: въ первомъ случаѣ оно направлено противъ лица, за счетъ котораго произведена уплата, во второмъ—противъ лица, получившаго уплату; или же б) въ предѣлахъ одного и того же главнаго обязательства право регресса различно, когда главное обязательство связано такъ или иначе съ другимъ обязательствомъ; напримѣръ, право регресса различно при цессіи, смотря по тому, по какому обязательству совершена цессія; въ однихъ изъ этихъ случаевъ цедентъ отвѣчаетъ за bonitas, въ другихъ — за veritas nominis: въ первыхъ право регресса обусловлено неисполненіемъ, во вторыхъ—порочностью права. Или, напримѣръ, на право регресса имѣетъ вліяніе тотъ или другой видъ товарищества съ круговою отвѣтственностью (пассивная солидарность); такъ, при артельной организаціи членъ, уплатившій кредитору артели, имѣетъ право регресса сначала къ артели, а затѣмъ къ отдѣльнымъ артельщикамъ и т. д.

Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ право регресса теряетъ, какъ увидимъ ниже, свой специфическій характеръ и уступаетъ мѣсто праву по главному обязательству или по обязательству, съ коимъ главное связано; это совершается путемъ уступки права, цессіи—это такъ называемая суброгація, beneficium cedendarum actionum. Такъ, кредиторъ по пассивно солидарному обязательству, получивъ полностью уплату отъ одного изъ должниковъ, уступаетъ ему свое право, кредиторъ, получившій уплату отъ поручителя, уступаетъ ему свое право и т. п. Тутъ регредіентъ, помимо права регресса, осуществляетъ право, перешедшее къ нему.

2) Регрессъ есть обязательство побочное по отношенію къ главному. Оно побочное, не въ смыслѣ случайнаго, могущаго быть или не быть, — не быть оно можетъ лишь въ силу особаго соглашенія между регредіентомъ и регрессатомъ, напримѣръ, когда поручитель donandi animo исполняетъ свою обязанность передъ кредиторомъ,—но это никогда не предполагается само собой. Оно побочное и не въ смыслѣ придаточнаго: придаточное сопутствуетъ главному и съ прекращеніемъ его прекращается, а тутъ именно съ прекращеніемъ главнаго возникаетъ право регресса. Оно побочное въ томъ смыслѣ, что дополняетъ собою главное, является уже его послѣдствіемъ и притомъ естественнымъ послѣдствіемъ исполненія главнаго: уплаченное за счетъ другого должно быть послѣднимъ возвращено, полученное

за счетъ другого должно быть ему возвращено, какъ и уплаченное условно. Оно такъ же побочно, какъ, напримѣръ, condictio или вознагражденіе за убытки по отношенію къ обязательству, котораго они касаются, хотя, какъ увидимъ ниже, отождествлены съ нимъ быть не могутъ.

Ставить регрессъ въ болѣе тѣсную связь съ главнымъ обязательствомъ едва-ли имѣется основаніе; неправильно было бы утверждать, что право регресса входитъ въ составъ главнаго обязательства, находя въ немъ свою causa obligationis, какъ при займѣ, напримѣръ, обязанность возврата полученнаго входитъ въ составъ заемнаго правоотношенія, находя свою causa въ дачѣ взаймы извѣстной суммы, такъ-де и здѣсь обратное требованіе входитъ въ составъ главнаго обязательства, находя свою causa въ уплатѣ или полученіи извѣстной суммы.

Прежде всего, право регресса относится къ самымъ разнообразнымъ обязательствамъ, и, внося его, какъ составную часть, въ эти обязательства, мы его, если можно такъ выразиться, совершенно обезличимъ, а главное обязательство получитъ такой элементъ, который ничего не прибавитъ къ его индивидуальности. Наоборотъ, возвратъ суммы, напр., данной взаймы, индивидуализируетъ заемъ, какъ возвратъ вещи, данной въ пользованіе, индивидуализируетъ наемъ и т. д. Засимъ, causa obligationis вовсе не должна входить въ составъ даннаго сложнаго обязательственнаго отношенія даннаго типа,—она можетъ лежать и внѣ его: рядъ кондикцій находитъ свои causae въ другихъ обязательствахъ, напримѣръ, conditio ob turpem causam, ob causam datorum, ob causam finitam и т. д.

Регрессъ является побочнымъ обязательствомъ по отношенію къ другому, которое въ свою очередь можетъ быть связано съ третьимъ, по отношенію къ нему главнымъ. Назовемъ это третье основнымъ обязательствомъ. Такъ, право регресса поручителя къ должнику есть побочное по отношенію къ поручительству, а поручительство — придаточное по отношенію къ обязательству, имъ обезпеченному; право регресса цессіонарія къ цеденту есть побочное по отношенію къ обязательству изъ договора уступки обязательственнаго права, а это обязательство связано съ обязательствомъ, по поводу котораго заключенъ цессіонный договоръ; право регресса комиссіонера, купившаго вещь за счетъ коммитента, есть побочное по отношенію къ обязательству по комиссіи покупки, а это обязательство связано съ куплей-продажей, заключенной комиссіонеромъ; право регресса уплатившаго долгъ солидарнаго должника къ остальнымъ или солидарныхъ кредито-

ровъ къ кредитору, получившему долгъ, есть побочное къ обязательству уплатить или получить за счетъ другихъ, а это обязательство связано съ долговымъ обязательствомъ, въ которое вступили содолжники и сокредиторы. Въ большинствѣ же случаевъ главное обязательство по отношенію къ регрессу не находится въ связи съ другимъ обязательствомъ. Право регресса покупщика къ продавцу побочное право прямо по отношенію къ куплѣ-продажѣ и т. д.—уже третьяго обязательства, связаннаго съ главнымъ нѣтъ, само главное обязательство является основнымъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется въ наличности промежуточное обязательство, основное обязательство не находится въ непосредственной связи съ правомъ регресса; главнымъ по отношенію къ послѣднему остается данное промежуточное обязательство. Основное обязательство лишь можетъ, какъ мы упомянули выше, внести въ право регресса ту или другую черту, особенность, измѣненіе, дополненіе.

3) Регрессъ предполагаетъ исполненіе главнаго обязательства. Это исполненіе въ видѣ уплаты или полученія, какъ увидимъ ниже, есть causa obligationis регресса. Или регредіентъ уплатилъ извѣстную сумму денегъ, или регрессатъ получилъ таковую,—первый въ правѣ требовать возврата уплаченнаго, второй обязанъ выдать полученное. Но особенность регресса заключается въ томъ, что далеко не всегда, даже въ сравнительно немногочисленныхъ случаяхъ, уплатившій можетъ требовать обратно уплаченное непосредственно отъ получившаго, или получившій обязанъ возвратить полученное непосредственно тому, отъ котораго онъ получилъ. Къ этимъ малочисленнымъ случаямъ относится, напримѣръ, право регресса цессіонарія къ цеденту: цессіонарій исполнилъ свое обязательство по отношенію къ цеденту, уплативъ ему за уступленное право; или право регресса покупщика къ продавцу: покупщикъ исполнилъ свою обязанность по отношенію къ продавцу, уплативъ ему за купленную вещь, и т. п. Въ большинствѣ же случаевъ регредіентъ уплатилъ не регрессату, а третьему лицу, а регрессатъ получилъ не отъ регредіента, а отъ третьяго лица; въ первомъ случаѣ регредіентъ исполнилъ свое обязательство по отношенію къ третьему, напримѣръ, поручитель уплатилъ кредитору, во второмъ — регрессатъ получилъ отъ третьяго, осуществилъ по отношенію къ нему свое право по главному обязательству; напримѣръ, солидарный сокредиторъ получилъ уплату отъ должника полностью. Словомъ, по отношенію къ данному регредіенту регрессатомъ является: въ первомъ случаѣ не тотъ, которому онъ уплатилъ, во второмъ не

тотъ, отъ котораго получена уплата, а другое лицо. На томъ различіи, въ правѣ ли уплатившій требовать обратно уплаченное непосредственно отъ получившаго и обязанъ ли получившій выдать полученное непосредственно уплатившему, или это право и эта обязанность осуществляется непосредственно передъ другимъ лицомъ, можетъ быть основано раздѣленіе права регресса на два вида — непосредственное и посредственное. Это дѣленіе регресса на два вида имѣетъ, какъ увидимъ изъ дальнѣйшаго, очень важное значеніе. Но какъ бы то ни было, во всѣхъ случаяхъ регресса главное обязательство предполагается исполненнымъ: уплата произведена, полученіе состоялось. И то и другое является causae obligationis регресса, и уплаченное и полученное требуется обратно. Но въ обыденномъ смыслѣ подъ обратнымъ требованіемъ разумѣется требованіе лица, давшаго что-либо другому, вернуть полученное имъ; регрессъ понимается шире: обратно можно требовать не только то, что̀ требующій передалъ тому, отъ кого требуетъ, но и требованіе того, что̀ послѣдній получилъ отъ другого и что̀ причитается требующему, а также требованіе того, что̀ требующій уплатилъ другому и что̀ обязанъ былъ уплатить тотъ, къ которому требованіе предъявлено.

4) Регрессъ предполагаетъ то или иное отношеніе къ исполненію главнаго обязательства третьяго лица побочнаго обязательства (регресса), а именно: либо регредіентъ уплатилъ извѣстную сумму третьему за счетъ регре́ссата или регрессатъ получилъ таковую отъ третьяго за счетъ регредіента, либо регрессатъ получилъ извѣстную сумму отъ регредіента, но третье лицо совершило дѣйствіе, аннулирующее исполненіе главнаго обязательства.

Наличность извѣстнаго отношенія третьяго лица къ исполненію является характерной чертой регресса, хотя при посредственномъ правѣ регресса эти отношенія сами по себѣ очень просты: въ однихъ случаяхъ это третье лицо есть получившій долгъ кредиторъ главнаго обязательства, въ другихъ—уплатившій долгъ должникъ. Третьимъ лицомъ является кредиторъ, когда исполненіе главнаго обязательства заключается въ уплатѣ регредіентомъ извѣстной суммы; напримѣръ, при правѣ регресса поручителя къ должнику третьимъ лицомъ является кредиторъ, коему поручитель произвелъ уплату; при правѣ регресса собственника заложенной вещи, выкупившаго ее, къ лицу, ее заложившему, третьимъ является кредиторъ — залогопринимательница, коему произведена уплата, и т. д. Третьимъ лицомъ является

должникъ главнаго обязательства, когда исполненіе этого обязательства заключается въ полученіи регрессатомъ извѣстной суммы; напримѣръ, въ правѣ регресса солидарныхъ сокредиторовъ къ сокредитору, получившему уплату, третьимъ является должникъ даннаго активно-солидарнаго обязательства—онъ уплатилъ долгъ кредитору; или: при правѣ регресса коммитента къ комиссіонеру при комиссіи продажи третьимъ является покупщикъ, уплатившій за вещь комиссіонеру и т. д.

Какъ эти отношенія ни просты сами по себѣ, они предполагаютъ и вызываютъ нѣкоторыя осложненія, ибо уплата долга должникомъ или полученіе долга кредиторомъ совершаются за счетъ другого. Выраженіе „за счетъ“ другого пріобрѣло право гражданства при характеристикѣ отношеній по договору комиссіи покупки и продажи; оно можетъ быть распространено на посредственное право регресса. Это нѣчто похожее на mandatum qualificatum, но болѣе широко понимаемое, безотносительно къ факту порученія. Дѣйствовать за счетъ другого значитъ дѣйствовать отъ собственнаго имени, въ силу собственнаго права и собственной обязанности, по порученію или безъ порученія, — это безразлично, но дѣйствіе, совершенное лицомъ, связываетъ его съ другимъ въ томъ смыслѣ, что послѣдній является или обязаннымъ или управомоченнымъ по отношенію къ дѣйствовавшему, имѣетъ, благодаря дѣйствію, извѣстныя къ нему права или обязанности. Напримѣръ, поручитель исполняетъ опредѣленную обязанность отъ собственнаго имени—онъ платитъ кредитору, но эта уплата связываетъ его съ должникомъ, онъ имѣетъ право требовать съ должника уплаченное—онъ платитъ за его счетъ. Или: солидарный сокредиторъ получилъ долгъ съ должника полностью, осуществилъ свое право отъ собственнаго имени, но это полученіе связало его съ остальными сокредиторами, онъ обязанъ выдать имъ соотвѣтственныя доли,—онъ получилъ за ихъ счетъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ регредіентъ имѣетъ право требовать обратно то, что̀ уплачено имъ за счетъ регрессата, или регрессатъ обязанъ выдать регредіенту то, что̀ за его счетъ получилъ.

Гораздо сложнѣе сами по себѣ отношенія третьяго лица къ исполненію главнаго обязательства при непосредственномъ правѣ регресса—тутъ роль третьяго лица такова, что тѣ или иныя дѣйствія его аннулируютъ исполненіе главнаго обязательства; такъ, напримѣръ, при цессіи такимъ третьимъ лицомъ является debitor cessus; если при отвѣтственности цедента за veritas nominis debitor cessus доказалъ отсутствіе veritatis nominis или при отвѣтственности цедента за bonitas nominis, сославшись на не-

имѣніе средствъ, не уплатилъ цессіонарію, то аннулируется исполненіе главнаго обязательства, т.-е. обязательства по уступкѣ (цессіи) права; или, напримѣръ, при эвикціи—третьимъ лицомъ является вступщикъ, надлежащій собственникъ; если онъ докажетъ свое право собственности на проданную вещь, то аннулируется исполненіе главнаго обязательства, т.-е. обязательства покупщика по куплѣ-продажѣ и т. п.

Во всѣхъ этихъ случаяхъ, исполненіе главнаго обязательства теряетъ свою силу благодаря наступленію именно того обстоятельства, которымъ обусловлено побочное обязательство, т. е. право регресса. Регредіентъ осуществляетъ свое право регресса не потому, что у регрессата данная сумма въ рукахъ sine causa, а потому, что обязательство по регрессу обусловлено потерею исполненіемъ главнаго обязательства своей силы или, точнѣе, совершеніемъ третьимъ лицомъ такого дѣйствія, которое обезсилило это исполненіе. Тутъ исполненіе побочнаго обязательства обусловлено потерею исполненіемъ главнаго обязательства своей силы. Исполненіе регрессатомъ своей обязанности по главному обязательству, напр., уступка права цессіонарію, передача вещи покупщику, разсматриваются какъ несовершенныя; они не исполнили обязательства, такъ какъ третье лицо, напр., debitor cessus, доказалъ отсутствіе veritatis nominis или настоящій собственникъ доказалъ свое право; въ виду этого регрессатъ и обязанъ вернуть полученный эквивалентъ неисполненной обязанности. Condictio sine causa не можетъ быть примѣнена къ случаямъ неисполненія опредѣленнаго обязательства. Регредіентъ требуетъ обратно данную сумму въ силу и во исполненіе обязательства, лежащаго на регрессатѣ, а не въ силу удержанія sine causa. Идя такимъ путемъ, можно прійти къ тому, что и заимодавецъ требуетъ уплаты долга посредствомъ condictio sine causa!

Переходимъ къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ моментовъ права регресса: его возникновенія, бытія, осуществленія, охраненія и прекращенія.

III.

Для возникновенія права регресса необходимо: 1) наличность главнаго обязательства и прежде всего наличность фактическая, т.-е. самый фактъ существованія главнаго обязательства, оставляя пока въ сторонѣ вопросъ о томъ, дѣйствительно оно или недѣйствительно. Разъ регрессъ есть обязательство побочное, то онъ естественно и предполагаетъ существованіе главнаго.

Отсюда можно бы сдѣлать выводъ объ одновременномъ возникновеніи побочнаго и главнаго обязательствъ, такъ что съ возникновеніемъ главнаго обязательства возникаетъ и право регресса. Но въ такой общей формѣ выводъ не точенъ. Съ момента возникновенія главнаго обязательства побочное возникаетъ лишь условно, съ этого момента регредіентъ пріобрѣтаетъ право, не обладающее еще исполнительною, реальною силою; сила его обусловлена другими конститутивными элементами и прежде всего, въ порядкѣ ихъ наступленія, фактомъ уплаты регредіентомъ извѣстной суммы или фактомъ полученія регрессатомъ таковой. Право регредіента въ этотъ моментъ имѣетъ то значеніе, что оно возникаетъ въ полной силѣ, если совершится уплата или полученіе, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и другіе конститутивные элементы, напр., при цессіи и эвикціи—аннулированіе исполненія; лишь послѣ этого и вслѣдствіе этого регредіентъ можетъ предъявить обратное требованіе, онъ можетъ сказать, что и до наступленія потребныхъ конститутивныхъ элементовъ онъ имѣетъ право регресса, но долженъ прибавить: „если уплачу“ или „если регрессатъ получитъ“. Такъ, при возникновеніи поручительства возникаетъ и условное право регресса поручителя къ должнику; разъ поручитель уплатилъ кредитору, онъ имѣетъ уже полное, безусловное право регресса; или: возникло обязательство по цессіи,—цессіонарій имѣетъ условное право регресса къ цеденту, но, разъ произведена уплата за цедированное право и аннулировано исполненіе, право регресса безусловно и т. д. Понятно само собою, если осуществится условіе, т.-е. окажутся налицо потребные конститутивные элементы, то фактъ наступленія ихъ, какъ условіе, имѣетъ обратную силу къ моменту возникновенія главнаго обязательства; напримѣръ, если при активной солидарности кредиторъ получитъ весь долгъ отъ должника, то право регресса остальныхъ сокредиторовъ считается возникшимъ съ момента установленія солидарнаго обязательства. Вотъ въ какомъ смыслѣ надо понимать одновременность возникновенія побочнаго и главнаго обязательствъ. Эти два періода существованія права регресса, какъ условнаго и безусловнаго, имѣютъ важное значеніе по вопросу о давности; начальные моменты ея при главномъ обязательствѣ и при правѣ регресса не совпадаютъ; моменты осуществимости ихъ различны: въ первомъ таковымъ моментомъ является срокъ, установленный договоромъ или закономъ, во второмъ — наступленіе конститутивныхъ элементовъ, коими право регресса было обусловлено, и прежде всего уплата или полученіе денежной суммы.

Но нѣкоторые ученые, а именно Гиртаннеръ [1]) и Кабанъ [2]) по отношенію къ поручительству полагаютъ, что право регресса поручителя къ должнику безусловно возникаетъ одновременно съ установленіемъ поручительства; еще до уплаты долга кредитору онъ можетъ требовать съ должника вознагражденіе за убытки, возмѣщеніе издержекъ и т. п. Очевидно, эти ученые стали на ту неправильную точку зрѣнія, что объектомъ права регресса является также сумма причиненнаго убытка, понесенныхъ издержекъ и т. п., о чемъ рѣчь впереди.

Отъ фактической наличности главнаго обязательства надо отличать наличность юридическую, т. е. наличность юридически дѣйствительнаго главнаго обязательства. Спрашивается, допустимо ли право регресса при недѣйствительности главнаго обязательства, конечно, регресса безусловнаго, т.-е. когда уплата или полученіе уже совершились. Вопросъ этотъ не имѣетъ значенія въ тѣхъ случаяхъ непосредственнаго регресса, гдѣ именно недѣйствительность главнаго обязательства является конститутивнымъ его моментомъ. Такъ, при цессіи для права регресса цессіонарія требуется юридическая неосуществимость (juristische Unrealisirbarkeit), какъ выразился Шлиманъ [3]), т.-е. недѣйствительность цессіоннаго договора, самого по себѣ, или вызванная недѣйствительностью „объекта цессіи“, т.-е. основного обязательства. Но при регрессѣ по эвикціи недѣйствительность главнаго обязательства является конститутивнымъ моментомъ въ одномъ лишь направленіи—обязательство недѣйствительно по причинѣ продажи чужой вещи; если оно, кромѣ того, недѣйствительно и по другой причинѣ, то для регресса это совершенно безразлично—это и не конститутивный моментъ, и не препятствіе для возникновенія права регресса; напримѣръ, покупка вещи лицомъ неправоспособнымъ, продажа по принужденію, обману и т. п. Всѣ эти дефекты не мѣшаютъ регрессу: купля-продажа уже уничтожена, а фактъ полученія цѣны безъ выдачи вещи остался. Что касается регресса посредственнаго, то тутъ наличность юридически дѣйствительнаго главнаго обязательства является условіемъ возникновенія регресса. При этой формѣ регресса регредіентъ имѣетъ право регресса къ лицу, за счетъ котораго произведена уплата или за счетъ котораго послѣдовало полученіе при условіи дѣйствительности обязательства; если уплата и полученіе совершены по недѣйствительному обязательству, то лица,

[1]) Girtanner. Die Bürgschaft nach gem. Civilrecht B. III. S. 517 и слѣд.
[2]) Kaban. Der Regress des Bürgen und Pfandeigenthümers. S. 16, 21—23.
[3]) Schliemann. Die Haftung des Cedenten. S. 70.

за счетъ коихъ это сдѣлано, ни къ чему не могутъ быть обязаны и никакихъ правъ не имѣютъ. Положимъ, поручитель уплатилъ кредитору по недѣйствительному поручительству непосредственно или по недѣйствительному основному обязательству, напримѣръ, при неправоспособности кредитора или по долгу по игрѣ; онъ не можетъ обратиться съ регрессомъ къ должнику; произошла solutio indebiti; условіемъ регресса является уплата во исполненіе главнаго обязательства, а тутъ исполненія нѣтъ, слѣдовательно, съ должника ничего требовать нельзя; такой поручитель можетъ искать съ кредитора путемъ condictio indebiti. Или, при активной солидарности, одинъ изъ кредиторовъ получилъ долгъ отъ должника, но оказывается, что долгъ произошелъ по игрѣ; основное обязательство, а за нимъ и главное—недѣйствительны, остальные сокредиторы не имѣютъ права регресса къ получившему долгъ; это значило бы признать долгъ по игрѣ; должникъ уплатившій можетъ требовать отъ кредитора возврата уплаченной суммы путемъ condictio ob injustam causam. Ни о какомъ правѣ регресса въ этимъ случаяхъ рѣчи быть не можетъ. 2) Надлежащее основаніе возникновенія регресса. Между основаніями этими надо различать основанія внѣшнія, формальныя, отъ основаній внутреннихъ, матеріальныхъ (causae obligationis). а) Формальнымъ основаніемъ регресса является prima facie законъ, а засимъ и договоръ. Регрессъ, какъ обязательство, есть обязательство ex lege. При наличности извѣстнаго состава фактовъ (Thatbestand) возникаетъ обязанность для одной изъ сторонъ, которой (обязанности) соотвѣтствуетъ право другой, въ силу данной юридической нормы закона. Такъ и право регресса при наличности опредѣленныхъ условій, предположеній, конститутивныхъ моментовъ возникаетъ въ силу закона; для возникновенія его активнаго проявленія воли не требуется—оно необходимо лишь для осуществленія его. Но норма, законъ, участвующій въ порожденіи права регресса, ни въ римскомъ правѣ, ни въ современныхъ кодификаціяхъ не является общей нормой, обнимающей всѣ разновидности права регресса. И понятно почему: наука не выработала этого понятія, какъ мы это наблюдаемъ въ другихъ институтахъ; напримѣръ, солидарныя обязательства, condictio, dies, modus и т. д. Самое большое, что можно найти въ кодификаціяхъ,—это обобщеніе нѣкоторыхъ формъ въ одну группу; напримѣръ, въ германскомъ уложеніи обобщено право регресса при цессіи и эвикціи [1]), въ австрійскомъ—право регресса при

[1]) BGB. § 434.

различныхъ формахъ уплаты чужого долга [1]) и т. п. Съ другой стороны, норма закона въ рѣдкихъ случаяхъ выражена точно и опредѣленно, какъ, напримѣръ, въ art. 1214 французскаго и 896 австрійскаго кодексовъ относительно права регресса при пассивной солидарности. Обыкновенно право регресса какъ бы предполагается само собой, и не выражается expressis verbis: то законъ говоритъ объ отвѣтственности, напримѣръ, германскій— объ отвѣтственности цедента и продавца (Haftung, Haftpflicht), а иногда и сразу объ осуществленіи права регресса; напримѣръ, австрійскій [2]), да и германскій тоже [3]), о правѣ регресса поручителя къ должнику говорятъ со стороны осуществленія его путемъ цессіи (beneficium cedendarum actionum) и т. д. Но такое уклоненіе законодателя отъ прямой и опредѣленной формулировки права регресса дѣлу не вредитъ; благодаря этому все-таки нельзя сказать, что нѣтъ нормы, опредѣляющей право регресса. Когда мы говоримъ, что для возникновенія извѣстнаго права необходима соотвѣтственная юридическая норма, то этимъ вовсе не сказано, что норма эта должна быть ad hoc формулирована; она можетъ содержаться въ другихъ нормахъ — данный законъ можетъ быть закономъ выводнымъ; таковымъ во многихъ случаяхъ и является законъ, на которомъ основано право регресса. Напримѣръ, въ приведенномъ параграфѣ германскаго уложенія сказано: „насколько поручитель удовлетворилъ кредитора, къ нему переходитъ требованіе кредитора къ должнику“. Очевидно, здѣсь содержится норма, опредѣляющая право регресса, но, къ величайшему сожалѣнію, неразрывно связанная съ нормою, опредѣляющей beneficium cedendarum actionum. Нѣсколько лучше § 426, гдѣ сказано, что, насколько солидарный должникъ удовлетворитъ кредитора и можетъ отъ остальныхъ содолжниковъ требовать уравненія (Ausgleichung), т.-е. требовать обратно уплаченное, къ нему переходитъ требованіе кредитора къ другимъ должникамъ“. И тутъ въ сущности норма о beneficium cedendarum actionum содержитъ въ себѣ норму о правѣ регресса и т. д.

Будетъ ли право регресса ясно выражено въ данное нормѣ или выведено изъ другой, — все равно, во всякомъ случаѣ она носитъ характеръ нормы диспозитивной, и, если проводить различіе между нормою активно-диспозитивной, т. е. требующей для своего примѣненія выраженія воли частнаго лица, и пассивно-диспозитивной,—этого выраженія не требующей, вступающей въ

[1]) ABG. § 1348 и слѣд.
[2]) ABG. § 1358.
[3]) BGB. § 774.

силу сама собой, а, наоборотъ, требующей выраженія воли для своего непримѣненія, то норма, опредѣляющая право регресса, будетъ нормою послѣдняго рода. Пока нѣтъ точнаго и опредѣленнаго выраженія о ея непримѣненіи, она примѣняется, и регредіентъ, если будутъ налицо всѣ конститутивные моменты, можетъ его осуществить, регрессатъ не можетъ возразить, что оно не выговорено. Напримѣръ, если должникъ вступилъ въ солидарное обязательство; хотя солидарность, т.-е. обязанность каждаго уплатить или получить, должна быть выговорена, но о регрессѣ можно и не упоминать; разъ солидарность установлена, регрессъ разумѣется самъ собой, безъ особаго упоминанія [1]).

Благодаря такому диспозитивному характеру нормы о признаніи права регресса, и договорное соглашеніе касательно этого права имѣетъ очень большое значеніе. Конечно, объ установленіи его договоромъ не можетъ быть рѣчи, ибо оно уже установлено закономъ; упоминать объ этомъ установленіи излишне,— это было бы лишь повтореніемъ; но договоръ имѣетъ значеніе: или дополняющее, т.-е. когда въ него вносятся нормы, не существующія въ законѣ, напримѣръ, о порядкѣ осуществленія права регресса должникомъ при пассивно-солидарномъ обязательствѣ, или измѣняющее, т.-е. когда норма, содержащаяся въ законѣ, замѣняется другою, договорною [2]), напримѣръ, расширяются или ограничиваются условія отвѣтственности цедента предъ цессіонаріемъ [3]), или, наконецъ, отмѣняющее, т.-е. когда возможный регредіентъ отказывается отъ права регресса; напримѣръ, когда лицо, обязавшееся уплатить чужой долгъ, обязалось donandi animo, о чемъ рѣчь впереди. б) Матеріальныя основанія возникновенія регресса (causae obligationis) я дѣлю на ближайшее (c. obl. proxima) и дальнѣйшее (c. obl. remota). аа) Ближайшимъ основаніемъ является уплата или полученіе извѣстной суммы денегъ во исполненіе главнаго обязательства [4]). Безъ уплаты или полученія — нѣтъ обратнаго требованія; это правопроизводящій фактъ, ранѣе завершенія коего и право регресса (безусловное) возникнуть не можетъ, какъ заемъ не можетъ возникнуть ранѣе полученія валюты. Но эти факты, хотя и вполнѣ реальные, ма-

---

[1]) Savigny Obl. R. B. II. S. 228—229. Contra Ryck. Die Lehre von d. Schuldverhältnissen. S. 80—81.

[2]) Я вижу въ договорѣ, какъ и во всякой сдѣлкѣ, совокупность leges privatae согласно воззрѣнію Рикка. См. Ryck. Irrthum bei Rechtsgeschäften въ Festgabe für prof. Beseler S. 123 и слѣд.

[3]) Schliemann, н. с., стр. 93 и слѣд.

[4]) Savigny, н. с., стр. 238 (уплаты при пассивной солидарности).

теріальные, какъ и всякая другая causa efficiens, содержатъ въ себѣ и психическій моментъ, моментъ намѣренія. Будущій регредіентъ, одинъ изъ субъектовъ главнаго обязательства, долженъ при самомъ вступленіи въ послѣднее имѣть намѣреніе обязать другого, будущаго регрессата къ выдачѣ уплаченнаго или полученнаго во исполненіе этого обязательства. Благодаря факту уплаты или полученія, это намѣреніе выражается во внѣшней, осязательной формѣ. Не фактъ уплаты или полученія самъ по себѣ достаточенъ, а именно выраженное имъ намѣреніе важно— безъ этого намѣренія, какъ увидимъ ниже, обратнаго требованія быть не можетъ. Но надо имѣть въ виду, что фактъ уплаты выражаетъ намѣреніе уплатившаго, но фактъ полученія не выражаетъ намѣреніе получившаго, а знаменуетъ собой наличность и извѣстность намѣренія обязать его къ обратной выдачѣ полученнаго противной сторонѣ. Такъ, въ уплатѣ поручителемъ долга за счетъ должника выражается намѣреніе поручителя обязать должника къ регрессу; въ уплатѣ цессіонаріемъ за цедированное право выражается намѣреніе его обязать цедента къ регрессу; въ уплатѣ однимъ изъ солидарныхъ содолжниковъ долга кредитору—намѣреніе уплатившаго обязать остальныхъ содолжниковъ къ регрессу и т. д.; но, напримѣръ, въ полученіи однимъ изъ солидарныхъ кредиторовъ долга отъ должника выражается не намѣреніе этого кредитора, а наличность и извѣстность ему намѣренія остальныхъ сокредиторовъ обязать получившаго къ регрессу; онъ получаетъ въ сознаніи того, что у остальныхъ сокредиторовъ имѣется намѣреніе обязать его къ регрессу.

Упомянутое намѣреніе регредіента обязать регрессата всегда предполагается, но, также всегда, до доказательства противнаго. Разъ противное доказано,—нѣтъ регресса. Это противное заключается въ выраженіи противоположнаго намѣренія при вступленіи въ главное обязательство. Если лицо, при наличности другихъ конститутивныхъ моментовъ, выражаетъ ясно и очевидно намѣреніе не обязывать возможнаго регрессата къ регрессу, о регрессѣ и рѣчи быть не можетъ; напримѣръ, оно производитъ уплату за счетъ регрессата donandi animo: поручитель уплачиваетъ долгъ кредитору съ намѣреніемъ одарить должника; то же самое дѣлаетъ одинъ изъ солидарныхъ содолжниковъ по отношенію къ должнику, уплатившему его долю кредитору, или одинъ изъ солидарныхъ сокредиторовъ по отношенію къ кредитору, получившему долгъ отъ должника. Что касается цессіи и эвикціи, то наличность animus donandi при самомъ заключеніи соотвѣтственнаго договора обращаетъ цессію въ безмездную, куплю въ

дареніе, и, конечно, регресса нѣтъ; но при цессіи возмездной, и куплѣ-продажѣ съ уплатою цѣны вещи возможно проявленіе animus donandi: цессіонарій, уплативъ цеденту, заявляетъ, что, въ случаѣ неполученія денегъ отъ должника, онъ въ видѣ дара (sub conditione) оставляетъ полученную сумму у цедента; то же самое при эвикціи: покупщикъ оставляетъ у продавца въ видѣ дара уплаченную ему за вещь сумму въ случаѣ ея отсужденія и т. д. Вообще при вступленіи въ главное обязательство регредіентъ можетъ отказаться отъ права регресса. Римское право даже знало особый договоръ по отношенію къ эвикціи—pactum de non praestanda evictione. Точно такъ же, равносильно отказу и соглашеніе о томъ, чтобы сумма полученная или уплаченная пошла на погашеніе долга; напримѣръ, поручитель, уплативъ за должника, согласно договору, тѣмъ самымъ уплачиваетъ сумму должную имъ должнику; то же самое дѣлаетъ солидарный содолжникъ, уплатившій кредитору; при активной солидарности кредиторъ получившій оставляетъ у себя долю, причитающуюся одному изъ своихъ сокредиторовъ, въ уплату долга; при цессіи, цессіонарій, уплативъ цеденту, предоставляетъ ему, въ случаѣ неполученія отъ должника, оставить у себя полученную имъ сумму въ уплату долга цессіонарія; то же при эвикціи: покупщикъ предоставляетъ продавцу, при заключеніи договора, въ случаѣ отсужденія вещи, погасить причитающеюся ему суммою лежащій на немъ долгъ и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ исключается намѣреніе обязать къ регрессу, а потому и право регресса возникнуть не можетъ. бб) Дальнѣйшее основаніе (causa remota) возникновенія права регресса различно при регрессѣ посредственномъ и непосредственномъ. При первомъ таковымъ является согласіе регрессата на то, чтобы регредіентъ уплатилъ или получилъ денежную сумму за его счетъ. Никто не можетъ по волѣ другого стать обязаннымъ, какъ и быть облагодѣтельствованнымъ. Одной уплаты за счетъ другого съ намѣреніемъ обязать его къ возврату недостаточно, чтобы дѣйствительно его обязать,—онъ можетъ этого и не желать; это можетъ ему причинять вредъ, убытокъ, обиду [1]); такъ же нежелательнымъ можетъ быть и полученіе за счетъ другого—это даже совсѣмъ недопустимо. Поручитель уплачиваетъ кредитору безъ вѣдома должника, комиссіонеръ — комиссару безъ вѣдома коммитента, стороннее лицо уплачиваетъ за должника (вступленіе за честь) и т. п.—что эти уплатившіе имѣютъ право регресса, утверждать

[1]) Kaban, н. с., стр. 22 и слѣд.

въ безусловной формѣ нельзя. Лица, за которыхъ произведены уплаты, сами желаютъ имѣть дѣло со своими контрагентами, безъ участія какихъ-то непрошенныхъ благодѣтелей и посредниковъ. Это согласіе во многихъ случаяхъ, даже въ большинствѣ случаевъ выражается предварительно, до произведенной уплаты или до послѣдовавшаго полученія путемъ договорнаго соглашенія между лицомъ, берущимъ на себя уплату или полученіе за счетъ другого, съ послѣднимъ; это соглашеніе можетъ принять форму порученія (не полномочія) [1]), даваемаго однимъ другому; напримѣръ, коммитентъ поручаетъ комиссіонеру купить или продать вещь. Но соглашеніе можетъ и не носить характера порученія; напримѣръ, солидарные содолжники вовсе не даютъ другъ другу порученія, а вступаютъ въ соглашеніе sui generis объ установленіи солидарнаго обязательства и тѣмъ обязываютъ другъ друга къ уплатѣ или полученію за счетъ остальныхъ. Въ другихъ случаяхъ это согласіе является позднѣйшимъ (ratihabitio), выраженнымъ уже послѣ полученія или уплаты, при чемъ, конечно, не требуется явнаго выраженія этого согласія—оно можетъ быть выражено и молчаливо, непредъявленіемъ лицомъ, за счетъ котораго произведена уплата, возраженія. Лицо это можетъ возразить, что игнорируетъ фактъ уплаты, желаетъ имѣть дѣло непосредственно съ получившимъ уплату, и это возраженіе дѣлаетъ невозможнымъ право регресса. Напримѣръ, нѣкто вступился за честь другого и уплатилъ его долгъ; должникъ отказывается платить уплатившему и долженъ имѣть право настаивать, чтобы платежъ былъ принятъ непосредственно кредиторомъ. Какой ему въ томъ интересъ, это для насъ безразлично: быть можетъ, кредиторъ состоитъ ему должнымъ, и ему не придется вовсе платить, а просто произвести зачетъ; а если признать уплату, произведенную вступщикомъ за честь, то ему придется произвести платежъ. Но подобныя возраженія не могутъ быть предъявлены въ тѣхъ случаяхъ, когда въ согласіи того, за счетъ котораго произведена уплата, нѣтъ надобности, когда уплата остается въ силѣ и уплатившій имѣетъ право регресса. Случаи эти имѣютъ мѣсто тогда, когда неуплата вызываетъ нарушеніе чьего-либо права или связана съ таковымъ нарушеніемъ. Если стороннее лицо или поручитель уплатили кредитору *до* истеченія срока даннаго обязательства, должникъ можетъ возразить и игнорировать уплату; если лица эти уплатили *по* истеченіи срока, т.-е. послѣ того,

[1]) О полномочіи (полная мощь), Vollmacht (volle macht) въ случаяхъ регресса и рѣчи быть не можетъ.

какъ должникъ нарушилъ право кредитора, никакихъ возраженій быть не можетъ, и право регресса остается въ силѣ [1]); точно такъ же въ тѣхъ случаяхъ, когда собственникъ выкупаетъ свою вещь, произвольно заложенную другимъ лицомъ, возраженіе не возможно, такъ какъ дѣйствіемъ регрессата нарушены права регредіента; или: залогопріниматель страхуетъ заложенное имущество, уплативъ страховую премію, — возраженіе не возможно, когда срокъ страхованія истекъ и, слѣдовательно, имѣется опасеніе за возможное нарушеніе права (убытки) залогопринимателя, и т. д.

Что касается непосредственнаго права регресса, то дальнѣйшее основаніе возникновенія его иное, чѣмъ при посредственномъ. Такимъ основаніемъ является обнаружившееся впослѣдствіи и доказанное третьимъ лицомъ обстоятельство, благодаря которому главное обязательство почитается неисполненнымъ [2]). Всѣ эти обстоятельства суть такъ называемые недостатки (Mängel) въ правѣ, возмездно уступленномъ однимъ лицомъ другому, будетъ ли уступлена вещь въ собственность или требованіе,—все равно; уступившій право, получивъ возмездіе, почитается неуступившимъ это право; право въ дѣйствительности къ пріобрѣтателю не перешло, а между тѣмъ возмездіе уступившимъ получено. Это-то обстоятельство и должно быть доказано третьимъ лицомъ: при возмездной цессіи—должникомъ, при куплѣ-продажѣ—вступщикомъ-собственникомъ. Пока это не доказано, право регресса нельзя считать возникшимъ. Но изъ этого не слѣдуетъ выводить, что право это возникаетъ въ моментъ доказанности; въ этомъ случаѣ, какъ и всегда, доказываются факты прошедшіе, и свойственная имъ сила наступаетъ совершенно независимо отъ того, когда факты эти стали доказанными и констатированными судомъ; фактъ этотъ во всякомъ случаѣ долженъ былъ наступить до возникновенія главнаго обязательства, а моментъ возникновенія права регресса наступаетъ позднѣе,—когда всѣ конститутивные моменты налицо.

Какіе это „недостатки въ правѣ“, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, зависитъ отъ особенностей той или другой формы главнаго обязательства и подлежитъ изслѣдованію въ соотвѣтственномъ спеціальномъ ученіи. Здѣсь ограничусь однимъ замѣчаніемъ ка-

---

[1]) Высказываемый многими писателями взглядъ, будто бы поручительство можетъ быть установлено даже въ противность желанію должника (ср. Kaban н. с., l. c.), вѣрно лишь въ томъ случаѣ, когда должникъ уже in mora.

[2]) Bekker, Zur Lehre von der Evictionsleistung въ Jahrb. f. gem. d. Recht. B. VI. S. 233.

сательно типичныхъ видовъ права регресса—при цессіи и эвикціи. Я оставляю совершенно въ сторонѣ такъ называемые „физическіе недостатки", т.-е. отсутствіе bonitas nominis при цессіи и недостатки вещи при куплѣ-продажѣ. Относительно перваго и наука [1]), и законодательство [2]) пришли къ заключенію, что отвѣтственность за отсутствіе bonitas есть созданное частною волею (договоромъ) расширеніе отвѣтственности цедента: къ отвѣтственности за отсутствіе veritas присоединяется отвѣтственность за отсутствіе bonitas. Естественно, что при построеніи общаго ученія о регрессѣ эти, какъ и всякія другія модификаціи, созданныя контрагентами, остаются за предѣлами изслѣдованія; что же касается отвѣтственности за недостатки вещи, то это, какъ справедливо замѣчаетъ Крайнцъ, совершенно иной институтъ, чѣмъ отвѣтственность за недостатокъ въ правѣ [3]). Это—право покупщика требовать уничтоженія договора вслѣдствіе недостатка вещи, а не право регресса.

IV.

Регрессъ, какъ обязательство, есть юридическое отношеніе между регредіентомъ и регрессатомъ. Отношеніе это можетъ быть разсматриваемо со стороны объема права регредіента и со стороны его содержанія. а) Со стороны объема право регредіента ограничивается размѣромъ той денежной суммы, которая уплачена регредіентомъ или получена регрессатомъ. Но это положеніе въ столь тѣсномъ смыслѣ не можетъ считаться общепринятымъ. По общему мнѣнію, регрессъ есть не только обратное требованіе, но и нѣчто большее, заключающее въ себѣ требованіе вознагражденія за убытки, возмѣщеніе издержекъ, понесенныхъ регредіентомъ, и др. И все это обобщается въ понятіе Entschädigung, вознагражденія за убытки, а въ единственномъ въ наукѣ опредѣленіи регресса, данномъ Эккомъ [4]), онъ характеризуется прямо какъ Schadenersatz. Такое соединеніе въ одномъ понятіи совершенно разнородныхъ явленій недопустимо. Въ этомъ общемъ понятіи слиты три разнородныхъ понятія: обратное требованіе уплаченной или полученной суммы денегъ, требованіе вознагражденія за убытки и требованіе возмѣщенія произведен-

[1]) Schliemann, н. с., стр. 83 и слѣд.
[2]) §§ 437, 438 BGB.
[3]) Krainz. System des öster. gem. Privatrechts. ed. 4. B. II. S. 87.
[4]) Eck. Regress y Holzendorf'a стр. 56.

ныхъ издержекъ. Только первое характеризуетъ регрессъ, послѣднія же суть понятія совсѣмъ иного рода, построенныя на совершенно другихъ началахъ. То обстоятельство, что лицо, имѣющее право регресса, можетъ требовать одновременно и совмѣстно вознагражденія и возмѣщенія, еще не указываетъ на возможность объединенія этихъ понятій въ одномъ; лицо можетъ требовать вознагражденія и возмѣщенія, но можетъ и не требовать; право регресса совершенно самостоятельно и независимо отъ нихъ. Съ другой стороны, видѣть въ суммѣ денегъ, подлежащей обратному требованію, сумму, погашающую убытокъ, тоже невозможно—выдачей этой суммы никакой убытокъ и никакія издержки не погашаются. Словомъ, объемъ права регресса опредѣляется исключительно размѣромъ той суммы, какая въ однихъ случаяхъ уплачена, точнѣе, почитается уплаченной регредіентомъ, въ другихъ получена, точнѣе, почитается полученною регрессатомъ. Я говорю „почитается“, такъ какъ въ тѣхъ случаяхъ, когда регредіентъ, вслѣдствіе зачета, прощенія и т. п., въ дѣйствительности получилъ меньше, чѣмъ слѣдовало, или вовсе не получилъ, онъ можетъ требовать полную сумму. Такъ, если поручитель часть суммы уплатилъ деньгами, а часть зачелъ со своимъ долгомъ, то съ должника можетъ путемъ регресса требовать всю сумму: до внутреннихъ отношеній и расчетовъ между поручителемъ и вѣрителемъ ему никакого дѣла нѣтъ; или: если цессіонарій сдѣлалъ то же самое съ цедентомъ, онъ можетъ регредировать полную сумму, при чемъ, однако, и зачетъ почитается несостоявшимся, ибо совершенъ онъ былъ условно; точно такъ же при эвикціи: если покупщикъ часть покупной цѣны уплатилъ деньгами, часть зачелъ со своимъ долгомъ, онъ, въ случаѣ присужденія вещи собственнику, можетъ требовать обратно всю покупную сумму; и тутъ зачетъ почитается несостоявшимся, и т. д.

Итакъ со стороны объема право регресса ограничивается суммою уплаченною или полученною—она не болѣе и не менѣе ея.

б) По вопросу о содержаніи права регресса мы видимъ въ наукѣ крайне разнообразную юридическую его характеристику или, иначе, юридическую квалификацію самого права регресса. Ни одна изъ этихъ квалификацій насъ удовлетворить не можетъ, ибо, какъ было указано выше, регрессъ есть обязательство sui generis, а предложенныя квалификаціи всѣ ищутъ аналогіи; если бы даже по отношенію къ той или другой группѣ правъ регресса данная аналогія была правильна, то она непріемлема уже по тому одному, что относится лишь къ одной группѣ, не обнимаетъ собою всѣхъ группъ—лишена общаго значенія. Какъ обя-

зательство sui generis, регрессъ никакой общей квалификаціи по аналогіи подлежать не можетъ, а содержаніе его опредѣляется изложенными выше признаками, входящими въ составъ его понятія (гл. II).

Перехожу къ разсмотрѣнію различныхъ попытокъ квалификаціи регресса.

Самая старая, еще извѣстная римскимъ юристамъ, развитая глоссаторами, да и нынѣ еще господствующая, квалификація многихъ случаевъ регресса—это теорія возмѣщенія произведенныхъ издержекъ при исполненіи чужого дѣла отъ своего имени или по порученію (mandatum), или безъ порученія (negotiorum gestio). Выражаясь языкомъ римскихъ юристовъ, можно сказать, что регрессатъ, дающій порученіе или въ интересахъ котораго дѣйствуетъ gestor, имѣетъ actio mandati directa и actio negotiorum gestorum directa, а регредіентъ уплатившій имѣетъ соотвѣтственныя actiones contrariae въ возмѣщеніе уплаченнаго, такъ что право регресса есть право mandatarius'a или gestor'a на полученіе обратно уплаченнаго за mandans'a и dominus'a. Такая квалификація примѣнена къ поручительству, къ случаямъ уплаты чужого долга вообще, къ солидарнымъ обязательствамъ и даже къ цессіи. Что касается поручительства, то примѣненіе къ нему mandatum'a совершенно невозможно, ибо, во-первыхъ, видѣть въ должникѣ mandans'a, а въ поручителѣ—mandatarius'a противно жизненной природѣ поручительства; поручитель—господинъ, онъ оказываетъ одолженіе должнику, а чаще кредитору, а должникъ занимаетъ подчиненное положеніе; а тутъ выходитъ, что должникъ, mandans, что-то поручаетъ другому, поручителю, какъ бы повелѣваетъ надъ нимъ; во-вторыхъ, если бы поручитель былъ mandatarius'омъ должника, то онъ произвелъ бы уплату долга кредитору въ силу mandatum'a, но вѣдь, какъ вѣрно замѣчаетъ Гиртаннеръ [1]) (хотя и впадая въ противорѣчіе съ собственнымъ взглядомъ), поручитель платитъ въ силу договора поручительства, договора, какъ это общепризнано и безспорно, заключеннаго между вѣрителемъ и поручителемъ; въ-третьихъ, для возникновенія права регресса, какъ мы видѣли выше, вовсе не требуется ни mandatum'a, ни какого другого договора между регрессатомъ и регредіентомъ, должникомъ и поручителемъ; разъ всѣ конститутивные моменты налицо,—регрессъ возникъ; въ-четвертыхъ, основной принципъ mandatum'a—возможность для mandans'a въ любой моментъ отмѣнить порученіе, а тутъ этого должникъ, при

[1]) Girtanner, н. с., стр. 529.

наличности mora, сдѣлать не можетъ; поручитель обязался передъ вѣрителемъ и долженъ произвести платежъ; въ-пятыхъ, одновременное существованіе двухъ договоровъ, двухъ основаній уплаты долга кредитору—и поручительства и mandatum'а, хотя и мыслимо и допустимо, но въ искусственномъ созданіи этой двойственности нѣтъ надобности; пусть въ данномъ случаѣ и состоялось соглашеніе между должникомъ и поручителемъ, оно никакого значенія имѣть не можетъ—поручитель обязанъ былъ уплатить, а, уплативъ, пріобрѣлъ и право регресса, какъ будто никакого соглашенія и не состоялось. Выходитъ, что для обоснованія регресса необходимо сочинить совершенно ненужную юридическую фигуру. Нѣкоторые писатели, напримѣръ, Кабанъ [1]), а также законодательства, напримѣръ, германское [2]), допускаютъ такое совмѣстное существованіе двухъ договоровъ, облегчая для поручителя возможность освободиться отъ обязательства; но, если допустить двойственность, то придавать ей такое значеніе совершенно непослѣдовательно; вѣдь выходитъ, что, если сверхъ поручительства заключено mandatum, то послѣднее парализуетъ силу перваго; каково же положеніе кредитора? Поручитель передъ нимъ обязался, а также заключилъ mandatum, при наличности котораго онъ, поручитель, можетъ отказаться отъ исполненія своихъ обязанностей предъ кредиторомъ. Я не отрицаю возможности заключенія договора между поручителемъ и должникомъ, но съ цѣлью урегулированія ихъ отношеній по праву регресса; но это не вліяетъ ни на квалификацію этого права, ни на самое его существованіе, и договоръ никакъ не можетъ быть разсматриваемъ какъ mandatum,—это договоръ, подтверждающій поручительство, но не созидающій его, а лишь со стороны регресса дополняющій.

Насколько наличность порученія, mandatum'а, лишена квалифицирующаго значенія для права регресса поручителя, видно уже изъ того, что регрессъ имѣетъ мѣсто и безъ порученія со стороны должника. Но мысль о необходимости порученія засѣла такъ глубоко, что, когда этого порученія нѣтъ, то оно фингируется—созидается quasi договоръ negotiorum gestio. Поручитель почитается уплатившимъ якобы по порученію должника и можетъ требовать возмѣщенія издержекъ, т.-е. имѣетъ право регресса къ должнику. Съ построеніемъ фикцій вообще надо быть

[1]) Kaban, н. с., стр. 14, 16, 21.

[2]) BGB. § 775. Появленіе этого параграфа объясняется желаніемъ ослабить примѣненіе § 257, заслуживающимъ безусловнаго порицанія. Это единственное оправданіе § 775. См. BGB. Ed. Haidlen B. I. S. 861—862.

осторожнымъ; если въ нихъ нѣтъ настоятельной практической или теоретической необходимости, или онѣ не созданы самою жизнью (какъ, напримѣръ, при представительствѣ), то и пользованіе ими нежелательно. Въ данномъ случаѣ, конечно, этого не имѣется. Мало того: должникъ по положенію своему не можетъ быть dominus'омъ поручителя; наконецъ, gestor, предполагается, ведетъ чужое дѣло, а поручитель исполняетъ свое обязательство передъ кредиторомъ.

Какъ при поручительствѣ для квалификаціи права регресса, не требуется обращенія ни къ mandatum'у, ни къ negotiorum gestio, такъ и при уплатѣ чужого долга вообще. И тутъ, будь предварительное соглашеніе между плательщикомъ и должникомъ и не будь его,—все равно, въ первомъ случаѣ требуется согласіе (Genehmigung) кредитора, во второмъ оно всегда будетъ; благодаря этому, въ обоихъ случаяхъ на первомъ мѣстѣ договоръ между кредиторомъ и плательщикомъ, на второмъ—между плательщикомъ и должникомъ. Словомъ, получается фигура, аналогичная поручительству [1]); вся разница въ томъ, что при поручительствѣ требуется непремѣнно неисправность должника, а при уплатѣ чужого долга—не требуется. Соображенія, изложенныя по поводу поручительства, примѣняются и къ уплатѣ чужого долга вообще. Шей, посвятившій цѣлую монографію вопросу о регрессѣ, тоже высказывается противъ взгляда на право регресса поручителя, какъ на право возмѣщенія издержекъ, принадлежащее gestor'у negotii, т.-е. тоже относится отрицательно къ квалификаціи упомянутыхъ случаевъ, какъ negotiorum gestio. Но доводъ его не можетъ быть принятъ. Доводъ тотъ, что, благодаря уплатѣ gestor'омъ за dominus'а, имущество послѣдняго не увеличилось [2]). Съ этой точки зрѣнія, вообще, возмѣщенія издержекъ быть не можетъ; издержки, производимыя за другого, возмѣщаются не потому, что, благодаря имъ, увеличилось имущество этого другого, а благодаря тому, что никто не обязанъ безмездно расходовать свои средства на пользу другого.

Итакъ, уплатившій долгъ поручитель и всякій другой плательщикъ имѣютъ право регресса не въ силу отношеній своихъ къ должнику по mandatum'у или negotiorum gestio, а, какъ мы видѣли выше, въ силу закона, при опредѣленныхъ условіяхъ, признающаго это право, какъ право sui generis. То же самое

[1]) L. Lippmann. Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme. S. 24—25. Липпманъ удивляется, что въ наукѣ не обращено вниманія на сходство уплаты чужого долга съ поручительствомъ.

[2]) Schey. Das Regressrecht bei Bezahlung fremder Schulden. S. 15—16.

слѣдуетъ сказать о примѣніи mandatum'a и negotiorum gestio къ пассивно солидарнымъ обязательствамъ. Примѣненіе второго даже не заслуживаетъ опроверженія, такъ какъ „солидарное обязательство“ создается не односторонне и не безъ вѣдома содолжниковъ, а благодаря сознательной совмѣстной дѣятельности всѣхъ участниковъ [1]). О примѣненіи mandatum'a говорятъ въ томъ смыслѣ, что каждый изъ содолжниковъ поручаетъ каждому другому, къ которому кредиторъ обратится за удовлетвореніемъ полностью, уплатить, вмѣстѣ со своею долею, и долю долга, причитающагося съ каждаго изъ остальныхъ. Уплатившій должникъ-mandatarius потомъ можетъ требовать отъ каждаго изъ остальныхъ, его mandantes, возмѣщенія произведенной уплаты (регрессъ). И тутъ надо сказать, что эта квалификація чужда воззрѣнію самихъ контрагентовъ: они, вступая въ обязательство, не думали о „порученіи“, о „возмѣщеніи издержекъ“, объ „actio mandati contraria“, о томъ, что они „mandantes“ и т. п. Они вступили въ обязательство, при которомъ „одинъ уплачиваетъ за всѣхъ“ и естественно, въ силу закона, имѣетъ и право регресса. И тутъ солидарный должникъ производитъ уплату не въ силу mandatum'a, а въ силу того обязательства, которое лежитъ на немъ передъ вѣрителемъ, именно, уплатить весь долгъ. Затѣмъ, какъ правильно замѣчаетъ Савиньи, mandatum не можетъ квалифицировать регресса при солидарномъ обязательствѣ уже потому, что mandatum есть договоръ, а солидарное обязательство можетъ возникнуть и путемъ духовнаго завѣщанія. Наконецъ, глоссаторы, которые твердо стояли за опровергаемую нами квалификацію, видѣли въ пассивно-солидарномъ обязательствѣ случай „взаимнаго поручительства“, чѣмъ дается намъ возможность сослаться на вышеизложенныя соображенія о непримѣнимости теоріи mandatum'a къ поручительству.

Высшей точки своей несообразности теорія mandatum'a достигла въ примѣненіи къ цессіи. Выходитъ такъ, что цедентъ, получивъ уплату, поручаетъ цессіонарію получить долгъ съ должника; не получивъ уплаты, цессіонарій предъявляетъ обратно требованіе къ цеденту. Слѣдовательно, по этой теоріи цессіонарій не есть самостоятельный субъектъ права; онъ suo nomine осуществляетъ чужое право,—онъ procurator in rem suam, т.-е. это та несуразная юридическая фигура, существованіе коей могло быть оправдано съ точки зрѣнія римскаго консерватизма, съ его vinculum juris, сдѣлавшаго впослѣдствіи уступку требованіямъ

[1]) Savigny, н. с., стр. 232—234.

гражданскаго оборота, настаивавшимъ на допущеніи цессіи. Шлиманъ справедливо замѣчаетъ, что, если цессіонарію предоставить actio mandati contraria, то ему только и могутъ быть присуждены издержки и убытки, но онъ никогда не получитъ суммы, имъ уплаченной цеденту [1]). Наконецъ, цессіонарій — самостоятельный субъектъ пріобрѣтаемаго права и квалифицированъ какъ mandatarius быть не можетъ.

Весьма оригинальную квалификацію случаевъ регресса уплаченнаго за счетъ другого даетъ Шей. Теорію его можно назвать теоріей раздвоенія долга: поручитель и вообще лицо, обязавшееся уплатить долгъ за счетъ другого, уплачиваетъ формально свой собственный, а матеріально—чужой долгъ, солидарный должникъ уплачиваетъ и формально, и матеріально свой долгъ, платящій, не обязанный къ платежу, платитъ формально и матеріально чужой долгъ [2]). Если даже стать на точку зрѣнія Шея о формально и матеріально своемъ и чужомъ долгѣ, то солидарный должникъ уплачиваетъ формально свой, а матеріально—вмѣстѣ со своею долею чужой долгъ, т.-е. долгъ остальныхъ; да и вступщикъ то же самое; такъ какъ требуется, какъ мы видѣли выше, Genehmigung кредитора, т.-е. договорное соглашеніе между кредиторомъ и плательщикомъ (хотя бы и не оформленное), то вступщикъ, платя, платитъ свой долгъ, такъ что и тутъ, съ точки зрѣнія самого Шея, онъ платитъ формально свой, а матеріально—чужой долгъ. Если бы точка зрѣнія Шея была вѣрна, то она должна бы была быть примѣнима ко всѣмъ случаямъ уплаты чужого долга. Она безусловно неудовлетворительна: юридически одновременное признаніе долга и чужимъ и своимъ—nonsens. Неудобомыслимо существованіе долга и моего и чужого,—или онъ мой, или чужой: tertium non datur. Если принять точку зрѣнія Шея, то надо признать одинъ долгъ настоящимъ, а другой—фиктивнымъ, т.-е. создать фикцію; но тогда и уплата его будетъ фиктивна, фиктивенъ будетъ и регрессъ, и т. д. Наука отъ такого загроможденія фикціями ничего не пріобрѣтетъ, да и жизнь тоже.

Далѣе, право регресса, при активной солидарности, цессіи и эвикціи иногда квалифицируется, какъ кондикція того или иного рода. Понятно, само собой, что примѣненіе кондикціи къ тѣмъ случаямъ, когда требуется обратно полученное за счетъ другого, невозможно, ибо тутъ рѣчь идетъ не о возвратѣ полу-

---

[1]) Schliemann, н. с., стр. 17.
[2]) Schey, н. с., стр. 11.

ченнаго, не объ обогащеніи, а о возмѣщеніи уплаченнаго. Но и къ упомянутымъ тремъ случаямъ примѣненіе этой теоріи едва-ли пріемлемо. Нельзя отрицать того несомнѣннаго факта, что доктрина злоупотребляетъ понятіемъ кондикціи: что ни обратное требованіе, то кондикція. Необходимо поставить послѣднюю въ надлежащіе предѣлы. Здѣсь не мѣсто входить въ подробности, замѣчу лишь, что для нашей цѣли вполнѣ достаточно указать на одну, хотя и отрицательную черту кондикцій: подъ понятіе кондикцій не подойдутъ тѣ обратныя требованія, которыя заключаются въ требованіи возврата уплаченнаго во исполненіе извѣстнаго обязательства. „Гдѣ существуетъ самостоятельное обязательственное отношеніе, справедливо замѣчаетъ Гриммъ, будь это obligatio ex lege, ex negotio или ex delicto, обогащеніе обязаннаго не имѣетъ самостоятельнаго значенія; въ такихъ случаяхъ дѣло сводится или къ иску объ исполненіи, или къ иску о вознагражденіи за вредъ и убытки“ [1]), а не къ кондикціи, скажемъ, отъ себя. Разъ ставъ на ту точку зрѣнія, что регрессъ есть обязательство, мы тѣмъ самымъ исключаемъ всякую возможность квалификаціи его, какъ кондикціи; солидарные кредиторы, требуя обратно полученное однимъ изъ нихъ отъ должника, цессіонарій, требуя обратно полученное цедентомъ за уступленное право, покупщикъ, требуя сумму полученную продавцомъ за отсужденную вещь, — не кондицируютъ извѣстную сумму, а требуютъ исполненія особаго обязательства.

Перехожу къ теоріи принудительной и фингированной цессіи. Савиньи весьма склоняется къ этой теоріи и, излагая ее въ примѣненіи къ солидарнымъ обязательствамъ, намекаетъ на общее ея значеніе [2]). Эта теорія чисто-римскаго происхожденія. Савиньи догматически ее достаточно обосновалъ. Основнымъ положеніемъ ея было то, что солидарный должникъ не ранѣе обязанъ былъ уплатить обратившемуся къ нему кредитору, пока тотъ не уступитъ ему свое право по солидарному обязательству. Онъ могъ принудить его къ этому подъ угрозой предъявить противъ него exceptio doli. Если цессія состоялась [3]), то должникъ могъ осуществить свое право регресса къ остальнымъ содолжникамъ въ

---

[1]) Д. Гриммъ. Очерки по ученію объ обогащеніи. Вып. I, стр. 40.

[2]) Savigny, н. с., стр. 39.

[3]) Сначала она сопровождалась массою излишнихъ формальностей и обращеніемъ должника-цессіонарія въ procurator'a in rem suam; это была дѣйствительная цессія; затѣмъ она совершалась безъ этихъ формальностей, и должникъ-цессіонарій дѣйствовалъ suo nomine; тутъ она стала фингированной цессіей.

качествѣ цессіонарія по главному обязательству. Эта теорія не есть, въ сущности, теорія квалификаціи права регресса; она ничего не даетъ для характеристики этого права; она относится къ чему-то совсѣмъ другому, а именно къ осуществленію права регресса, она лежитъ въ основаніи ученія объ одномъ изъ способовъ его осуществленія, въ основаніи того, что̀ послѣдующіе юристы назвали суброгаціей, къ разсмотрѣнію которой мы сейчасъ перейдемъ.

Считая совершенно ненужнымъ придавать праву регресса какую-либо общую юридическую квалификацію, мы видимъ въ немъ обязательственное право, право регредіента требовать, при наличности извѣстныхъ условій, уплаченную или полученную сумму. Затѣмъ, регредіентъ, какъ и всякій кредиторъ, на основаніи общихъ правилъ имѣетъ право устанавливать всякаго рода мѣры обезпеченія (поручительство, неустойка, залогъ и т. п.), имѣетъ право на проценты замедленія, право на возмѣщеніе издержекъ и на вознагражденіе за убытки неисполненія, можетъ уступить свое право другому и т. п.

V.

Осуществляется право регресса или добровольной уплатой регрессатомъ регредіенту данной суммы или судебнымъ ея взысканіемъ. При регрессѣ уплаченнаго за счетъ другого возможенъ еще нѣсколько осложненный путь осуществленія права регресса. Нормально регредіентъ, уплативъ за счетъ регрессата, или беретъ съ получившаго отдѣльную расписку въ полученіи, или можетъ требовать выдачи самого акта, на которомъ и дѣлается расписка. Но по тѣмъ или другимъ соображеніямъ регредіенту можетъ быть желательна уступка, цессія самаго обязательства, и онъ осуществляетъ свое право регресса къ должнику въ качествѣ цессіонарія. Это и есть та фиктивная цессія, о которой говорилъ Савиньи, это и есть та суброгація, которой, какъ сейчасъ увидимъ, придано неподобающее значеніе. Съ теоретической стороны суброгація, въ смыслѣ уступки кредиторомъ главнаго обязательства своего права регредіенту съ цѣлью осуществленія послѣднимъ своего обратнаго требованія, разсматривается какъ видъ регресса— регрессъ въ силу принципа суброгаціи и противополагается регрессу, на основаніи внутреннихъ отношеній между регредіентомъ и регрессатомъ (mandatum и negotiorum gestio). Это совершенно неправильно, ибо, во-первыхъ, суброгація не есть регрессъ;

право регресса должно самостоятельно возникнуть, а, возникнувъ и оставаясь правомъ регресса, оно можетъ быть лишь осуществлено путемъ суброгаціи, и, во-вторыхъ, самое противоположеніе несостоятельно, если признать возможность установленія регресса путемъ mandatum'a или negotiorum gestio; на чемъ бы регрессъ ни былъ основанъ, допустимъ даже на mandatum или negotiorum gestio, суброгація не исключается, она существуетъ совершенно безотносительно къ отношенію между субъектами регресса. Съ практической стороны, въ области законодательства мы замѣчаемъ удивительное стремленіе связать неразрывно суброгацію съ регрессомъ, иначе говоря, стремленіе вытѣснить нормальный способъ осуществленія регресса и замѣнить его суброгаціей. Самое бо̀льшее, что̀ можно допустить, это, — что̀ Савиньи называетъ вынужденной цессіей, т.-е. регредіентъ долженъ имѣть право настоять на уступкѣ ему права кредитора; если тотъ не соглашается, то самымъ фактомъ уплаты кредитору право почитается цедированнымъ. Противъ этого ничего нельзя имѣть, но, когда законъ выражается такъ, что норма его можетъ быть признана прецептивною и суброгація является принудительной для регредіента, какъ будто бы не допускающей иного, по нашему мнѣнію, нормальнаго способа осуществленія, то противъ этого нельзя не возражать. Такъ, по отношенію къ поручительству, французскій кодексъ [1]) и германское уложеніе [2]) своей редакціей прямо указываютъ, что суброгація и регрессъ неразрывны [3]). Это недопустимо уже потому, что иногда вовсе не въ интересѣ регредіента воспользоваться суброгаціей [4]). Для принужденія его къ этому никакихъ основаній не имѣется, и законъ, редактированный въ смыслѣ, повидимому, нормы прецептивной, долженъ быть разсматриваемъ какъ норма диспозитивная по отношенію къ регредіенту.

VI.

Охраняется право регресса искомъ, конечно, съ исполнительной силой; искъ этотъ ничего особеннаго изъ себя не представляетъ: предъявляется и разсматривается на основаніи общихъ

[1]) Code civil art. 2029.

[2]) BGB. § 774.

[3]) То же самое относительно пассивной солидарности. См. § 426 BGB. Abs. 2.

[4]) См. о неудобствахъ суброгаціи Kaban, н. с., стр. 43—47.

правилъ. Но, кромѣ этого, всѣ законодательства устанавливаютъ рядъ мѣръ, облегчающихъ регредіенту достиженіе своей цѣли. Онъ можетъ привлечь регрессата или въ качествѣ пособника (германская теорія) [1]), или въ качествѣ эвентуальнаго отвѣтчика (французская) [2]). Первое возможно, во-первыхъ, въ случаяхъ посредственнаго права регресса, пока, какъ было изложено выше, регрессъ находится въ стадіи условности, пока ни уплата, ни полученіе регредіентомъ еще не послѣдовали и когда собственно о регрессѣ можно говорить въ смыслѣ возможности его. Когда уплата уже произведена, то при посредственномъ регрессѣ о процессѣ между регредіентомъ и третьимъ лицомъ, по главному обязательству, не можетъ быть и рѣчи. Регредіентъ привлекаетъ регрессата какъ третье лицо, могущее оказать ему помощь по спорнымъ вопросамъ о срокѣ, о размѣрѣ и т. п. Въ процессѣ кредитора съ поручителемъ послѣднему полезно привлечь должника, какъ непосредственнаго участника сдѣлки. Во-вторыхъ, при непосредственномъ регрессѣ привлеченіе регрессата въ качествѣ третьяго, пособника, возможно только въ стадіи безусловнаго права регресса—уплата произведена, возникаетъ процессъ между цессіонаріемъ и должникомъ, и первый привлекаетъ цедента въ помощь; возникаетъ процессъ между покупщикомъ и вступщикомъ, и покупщикъ привлекаетъ продавца и т. д. Что касается привлеченія регрессата въ качествѣ эвентуальнаго отвѣтчика, то это возможно только при непосредственномъ регрессѣ. Эта форма участія представляетъ больше удобствъ и выгодъ для регредіента, чѣмъ привлеченіе въ качествѣ пособника. Просьба о привлеченіи регрессата въ качествѣ эвентуальнаго отвѣтчика квалифицируется какъ искъ о регрессѣ, и онъ разсматривается совмѣстно и одновременно со споромъ между регредіентомъ и третьимъ лицомъ, и, въ случаѣ разрѣшенія этого спора противъ регредіента, судъ постановляетъ рѣшеніе и по иску о регрессѣ; въ противномъ случаѣ рѣшеніе вовсе не постановляется. Напримѣръ, цессіонарій въ процессѣ съ должникомъ привлекаетъ цедента, и судъ, разрѣшивъ споръ противъ цессіонарія, признаетъ и право регресса послѣдняго къ цеденту; покупщикъ привлекаетъ продавца въ спорѣ со вступщикомъ, и, въ случаѣ рѣшенія спора въ пользу послѣдняго, судъ признаетъ и право регресса покупщика къ продавцу.

---

[1]) Wach. Handbuch des d. Civilprozessrechts B. I. S. 653—659.

[2]) Boitard. Leçon de proc. civile, t. I, p. 501. См. мой Учебникъ гражданскаго судопроизводства, изд. 5, стр. 245—246.

VII.

Прекращается регрессъ тѣми же способами, какъ и всякое другое обязательство: исполненіемъ, зачетомъ, прощеніемъ и т. д. То обстоятельство, что на сторонѣ регредіента или регрессата имѣется нѣсколько лицъ, связанныхъ солидарностью, ничего особеннаго въ вопросъ о прекращеніи регресса не вноситъ. Исполняется, зачитывается, признается и т. д. каждое отдѣльное обязательство, не затрогивая остальныхъ. Такъ, солидарный должникъ, уплативъ полностью кредитору, можетъ требовать исполненіе по регрессу съ одного и не требовать съ другого; если одинъ изъ содолжниковъ является его кредиторомъ, то, при наличности общихъ условій, можетъ быть произведенъ зачетъ, и это остальныхъ содолжниковъ не касается и т. д. То же самое при активной солидарности: любой изъ регредіентовъ-сокредиторовъ можетъ разсчитаться съ кредиторомъ, получившимъ уплату, какъ ему угодно.

III.

ПРИНЯТІЕ НАСЛѢДСТВА ИЛИ ОТРЕЧЕНІЕ ОТЪ НАСЛѢДСТВА? [1]).

(По поводу практическаго случая).

Въ судебной практикѣ возникъ чрезвычайно интересный вопросъ: являются ли дѣйствія, совершенныя даннымъ лицомъ, принятіемъ наслѣдства или отреченіемъ отъ него? Одинъ и тотъ же составъ фактовъ (Thatbestand) квалифицированъ истицею, какъ отреченіе отъ наслѣдства, отвѣтчиками — какъ принятіе наслѣдства. Истица Ж. доказывала, что въ пользу бабки ея Т. С—ой открылось наслѣдство, послѣ родственника въ боковой линіи гр. М., вслѣдствіе отреченія отъ этого наслѣдства ея брата гр. Ю. С—скаго; отвѣтчики С—скіе доказывали, что братъ истициной бабки гр Ю. С—скій не только не отрекся отъ наслѣдства, но даже принялъ его и тѣмъ самымъ устранилъ отъ наслѣдства свою сестру Т. С—ую, бабку истицы Ж. Такъ что вопросъ, имѣетъ ли истица Ж. право на наслѣдство, свелся къ вопросу: являются ли дѣйствія брата истициной бабки гр. Ю. С—скаго принятіемъ наслѣдства или отреченіемъ отъ него. Установимъ сначала составъ фактовъ.

23 іюня 1876 г. гр. Ю. С—скій (черезъ повѣреннаго) подалъ въ К—скую Палату гр. и уг. суда, гдѣ, въ охранительномъ порядкѣ, производилось дѣло объ утвержденіи отвѣтчиковъ С—скихъ въ правахъ наслѣдства послѣ гр. М., прошеніе объ утвержденіи его въ этихъ правахъ, какъ единственнаго наслѣдника. Прошеніе это опредѣленіемъ 7 августа, за пропускомъ шести-мѣсячнаго

---

[1]) „Юридическая Газета“ 16 января 1905 г. № 3.

срока, было оставлено Палатою безъ разсмотрѣнія. Не зная еще о такомъ исходѣ своего дѣла, гр. Ю. С—скій подаетъ 4 сентября въ В—скую Палату гр. и уг. суда прошеніе объ отреченіи его отъ наслѣдства послѣ гр. М. Что онъ въ это время, т.-е. 4 сентября, не зналъ объ оставленіи его прошенія объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства безъ разсмотрѣнія, видно изъ того, что, во-1-хъ, въ прошеніи объ отреченіи, поданномъ въ В—скую Палату 4 сентября, онъ проситъ, чтобы прошеніе, поданное въ К—скую Палату, „оставить безъ дальнѣйшихъ послѣдствій". Эта просьба не имѣла бы никакого смысла, если бы гр. Ю. С—скій уже зналъ, что Палата постановила опредѣленіе объ оставленіи его просьбы безъ разсмотрѣнія; онъ, очевидно, думалъ, что дѣло его еще не окончено. Во-2-хъ, такое же невѣдѣніе его объ окончаніи дѣла явствуетъ изъ сдѣлки, заключенной имъ 4 сентября съ отвѣтчиками С—скими, гдѣ говорится, что „въ К—ской Палатѣ производится дѣло о наслѣдствѣ гр. М., къ имѣнію котораго предъявлены наслѣдственныя права со стороны гр. Ю. С—скаго" и т. д. Если бы ему было извѣстно опредѣленіе Палаты отъ 7 августа, то онъ 4 сентября не говорилъ бы о своемъ дѣлѣ, которое якобы еще производится въ Палатѣ.—4 сентября въ г. В. пишется, и въ тотъ же день свидѣтельствуется В—скою же полиціей, для подачи въ В—скую же Палату уг. и гр. суда, прошеніе объ отреченіи гр. Ю. С—каго отъ наслѣдства послѣ гр. М. Мотивовъ отреченія приводится два: 1) гр. Ю. С—скій убѣдился, что „линія С—скихъ состоитъ въ ближайшей родственной степени съ гр. М.", т.-е. полагаетъ, что они имѣютъ преимущественное передъ нимъ право на наслѣдство послѣ гр. М.; 2) гр. Ю. С—скій имѣетъ „въ виду предъявленныя къ наслѣдственному имуществу денежныя претензіи", т.-е. признаетъ „несоразмѣрность наслѣдства съ долгами". Въ концѣ прошенія сказано, что оно „къ поданію подлежитъ въ В—скую Палату". Какъ написанное въ городѣ, гдѣ находится Палата, надо думать, оно было подано въ Палату въ день написанія, т.-е. 4 сентября. Подлинникъ этого прошенія, однако, оказался въ К—ской Палатѣ, какъ это видно изъ надписи, сдѣланной на прошеніи этою Палатою. Едва-ли прошеніе было подано въ К—скую Палату самимъ просителемъ; признавъ, что умѣстнѣе подать его въ К—скую Палату, какъ въ учрежденіе, гдѣ „производится" дѣло объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства, проситель переписалъ бы его или исправилъ; трудно допустить, наконецъ, чтобы самъ онъ въ К—скую Палату подалъ прошеніе, въ которомъ сказано, что оно „къ поданію подлежитъ въ В—скую Палату". Всего вѣ-

роятнѣе, что сама В—ская Палата переслала прошеніе въ К—скую, въ виду производства тамъ дѣла объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства; это тѣмъ болѣе вѣроятно, что податель въ прошеніи объ отреченіи, поданномъ въ В—скую Палату, проситъ оставить безъ послѣдствій прошеніе объ утвержденіи въ правахъ, поданное въ *К—скую* Палату. К—ская Палата, вѣроятно, получила прошеніе 13 сентября, а въ опредѣленіи своемъ отъ 7 ноября она признала прошеніе поданнымъ именно въ этотъ день. Очевидно, не этотъ день надо было считать днемъ подачи прошенія объ отреченіи, а 4 сентября, день подачи его въ В—скую Палату. И В—скую Палату (какъ и К—скую) надо считать „надлежащимъ (по мѣсту нахожденія наслѣдственнаго имущества) присутственнымъ мѣстомъ“ для подачи въ него прошенія объ отреченіи (ст. 1266)—ей слѣдовало постановить опредѣленіе, а не посылать, воспользовавшись ссылкой на дѣло, производящееся въ другой Палатѣ, въ эту Палату; но посылка прошенія туда не мѣняетъ положенія: прошеніе должно и юридически считаться поданнымъ 4 сентября. Да и сами заинтересованныя лица признаютъ, что прошеніе было подано ранѣе 13 сентября. Отрекающемуся, несомнѣнно, было извѣстно, что прошеніе его переслано въ К—скую Палату, и онъ считаетъ его поданнымъ именно въ эту Палату и говоритъ 4-го сентября объ этой подачѣ, какъ о совершившемся уже фактѣ; а именно, въ сдѣлкѣ, заключенной между гр. Ю. С—скимъ и С—скими, первый выражается въ прошедшемъ времени: „заявивъ К—ой Палатѣ объ отреченіи“ и т. д. Очевидно, въ одинъ и тотъ же день было подано прошеніе объ отреченіи и заключена между гр. Ю. С—скимъ и С—скими сдѣлка, но первое было сдѣлано ранѣе, чѣмъ второе. 4-го же сентября, послѣ отреченія, состоялась вышеупомянутая сдѣлка между гр. Ю. С—скимъ и С—скими, въ которой первый подтверждаетъ „обязательность“ для него заявленнаго имъ отреченія, но „съ тѣмъ, что, если бы“ впослѣдствіи онъ, гр. Ю. С—скій, оспорилъ права С—скихъ на наслѣдство и самъ былъ признанъ въ таковыхъ правахъ, то на обязанности его лежало бы принятіе на себя и исполненіе всѣхъ иныхъ обязательствъ и договоровъ, заключенныхъ С—скими относительно наслѣдства послѣ гр. М. 10 сентября, посланный С—скими изъ г. П. (считая трое сутокъ ѣзды) 7 сентября въ г. К., докторъ Т. вручилъ лично гр. Ю. С—скому 15,000 руб. отъ имени С—скихъ „вслѣдствіе сдѣлки объ отреченіи“, какъ сказано въ распискѣ, выданной гр. Ю. С—скимъ. Черезъ годъ, въ 1877 г., гр. Ю. С—скому пришла мысль отмѣнить свое отреченіе, отнять

наслѣдство отъ С—скихъ, съ каковою цѣлью онъ подаетъ заявленіе К—скому губернскому прокурору, указывая на подложность документовъ, на которыхъ С—скіе основываютъ свои права. Это заявленіе не имѣло никакихъ послѣдствій. Въ 1884 г., когда гр. Ю. С—скій былъ объявленъ несостоятельнымъ должникомъ, присяжный попечитель по его дѣламъ пытался опровергнуть его отреченіе, но ему было отказано въ искѣ. Таковъ составъ фактовъ, подлежащій юридической квалификаціи.

Принятіе наслѣдства, какъ изъявленіе воли лица, имѣющаго права наслѣдованія, о признаніи его наслѣдникомъ по данному имуществу, можетъ выразиться въ различныхъ формахъ: во-1-хъ, въ формѣ положительной; такое выраженіе можетъ быть или явнымъ или выведеннымъ изъ отношенія лица къ наслѣдственному имуществу. Явное выраженіе воли въ этомъ случаѣ всего чаще принимаетъ форму обращенія къ суду съ просьбой объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства въ охранительномъ порядкѣ; но это обращеніе къ суду имѣетъ значеніе не само по себѣ, а лишь въ томъ случаѣ, если судъ просьбы не отвергнетъ, не оставитъ безъ разсмотрѣнія, по тѣмъ или другимъ, хотя-бы формальнымъ, причинамъ. Просьба объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства не есть односторонній актъ, принимаемый судомъ лишь къ свѣдѣнію—судъ долженъ дать свою санкцію, свое утвержденіе; безъ этой санкціи юридическаго значенія самому обращенію къ суду придавать нельзя, безъ нея это юридическій nonsens. Столь же несомнѣнно и то, что, если просьба подана и, до санкціонированія ея судомъ, взята обратно, т.-е. если самое обращеніе къ суду отмѣнено самимъ, сдѣлавшимъ ее, то ни о какой силѣ ея рѣчи быть не можетъ. Нечего, казалось бы, и говорить о томъ случаѣ, когда имѣли мѣсто оба эти обстоятельства, т.-е. и судъ отказалъ въ своей санкціи и обратившійся къ суду за этой санкціей взялъ свое обращеніе обратно. Это возможно, когда судъ отказалъ въ санкціи, а обратившійся къ нему за санкціей объ отказѣ этомъ не зналъ и въ этомъ невѣдѣніи отмѣнилъ свое обращеніе къ суду. Тутъ мы видимъ совокупное дѣйствіе двухъ парализующихъ силъ—обращеніе къ суду стало юридическимъ нулемъ. Другая положительная форма принятія наслѣдства—прямое, непосредственное, фактическое отношеніе лица, имѣющаго право наслѣдованія, къ наслѣдственному имуществу. Нашъ законъ (ст. 1261) указываетъ въ этомъ смыслѣ на владѣніе и пользованіе имуществомъ въ личную себѣ прибыль. Кассаціонная практика (напр. рѣш. Г. К. Д. 1869 г. № 501) видитъ принятіе наслѣдства и въ распорядительныхъ дѣйствіяхъ

лица по отношенію къ наслѣдственному имуществу; лицо, сдѣлавшее такія распоряженія, напр. совершившее акты и сдѣлки, изъ которыхъ видно его желаніе такъ или иначе непосредственно вліять на распредѣленіе, приращеніе, измѣненіе и т. п. наслѣдственнаго имущества, должно считаться принявшимъ наслѣдство. Одинъ изъ этихъ положительныхъ способовъ принятія наслѣдства принимаетъ, однако, отрицательную форму—къ нему мы и перейдемъ. Во-2-хъ, отрицательная форма принятія наслѣдства выражается въ видѣ отказа отъ права на наслѣдственное имущество въ пользу опредѣленныхъ лицъ, наслѣдниковъ. Подобные отказы, уступки въ жизни очень рѣдки. Если уступка дѣлается безмездно, то, въ виду неосвобожденія уступающаго отъ платежа долговъ,—это совершенно исключительное благодѣяніе; если она дѣлается возмездно въ пользу сонаслѣдника, то получаетъ характеръ выдѣла не натурою, а въ видѣ эквивалента, а при спорности правъ съ большею или меньшею скидкою; если же она дѣлается въ пользу сторонняго лица—это купля-продажа sui generis. Этотъ отказъ отъ права на наслѣдственное имущество имѣетъ слѣдующіе юридическіе признаки. Во-1-хъ, отказъ этотъ есть уступка не права наслѣдованія, какъ чисто личнаго, неотчуждаемаго права; право это за уступающимъ сохраняется; не отъ него онъ отказывается, не его уступаетъ, а отказывается отъ права на наслѣдственное имущество, являющагося осуществленіемъ его права наслѣдованія; онъ отказывается отъ того, что уже стало его принадлежностью; то, что ему принадлежитъ, онъ получить не желаетъ. Совершенно несовмѣстимо съ понятіемъ такого отказа заявленіе уступающаго, въ самой же сдѣлкѣ, что онъ отказывается потому, что никакого права наслѣдованія на уступаемое имущество не имѣетъ; право наслѣдованія есть основное условіе права на наслѣдственное имущество; если у отказывающагося нѣтъ права наслѣдованія, то нѣтъ и права на наслѣдственное имущество и уступить онъ ничего не можетъ. Нельзя передать другому то, чего самъ не имѣешь. Во-2-хъ, отказъ отъ права на наслѣдственное имущество выражается въ сдѣлкѣ, заключенной: а) съ опредѣленнымъ лицомъ; путемъ этой сдѣлки то, что принадлежитъ данному лицу, прямо и непосредственно уступается другому, опредѣленному лицу; безличный отказъ отъ права на наслѣдственное имущество лишенъ всякаго практическаго смысла; можно обойтись и безъ него—послѣдствія совершенно одинаковы; б) сдѣлка должна быть заключена съ лицомъ, имѣющимъ такое право наслѣдованія, которое не исключаетъ собою право наслѣдованія отказывающагося; разъ отказы-

вающійся переноситъ на другого свое право на наслѣдственное имущество, являющееся осуществленіемъ его права наслѣдованія, то онъ тѣмъ самымъ показываетъ, что у лица, коему уступается право на наслѣдственное имущество, нѣтъ права наслѣдованія именно въ этомъ имуществѣ; если бы оно у него было, то у него было бы и право на наслѣдственное имущество, а слѣдовательно и нечего, и незачѣмъ было бы его ему уступать; онъ имѣлъ бы это право и безъ того, въ силу собственнаго права наслѣдованія. Полнѣйшая несообразность заключается въ заявленіи отказывающагося, что онъ признаетъ за тѣмъ, въ пользу котораго отказывается, исключительное право на имущество; это значитъ: даю тебѣ то, что и безъ того твое. Въ-3-хъ, отказавшійся по сдѣлкѣ отъ права на наслѣдственное имущество односторонне отступиться не можетъ, не можетъ отмѣнить сдѣланное имъ и принятое противной стороной распоряженіе и требовать, чтобы наслѣдственное имущество ему было предоставлено обратно; это общее правило договорнаго права—одностороннее отступленіе отъ договора не допускается; такое право отступленія должно быть спеціально выговорено и отнюдь не предполагается. Потому-то противно договорному характеру уступки указаніе въ сдѣлкѣ лишь на особыя послѣдствія односторонняго отступленія, якобы могущаго быть совершеннымъ по праву; такого права, разумѣемаго само собой, при уступкѣ быть не можетъ. Въ-4-хъ, отказъ отъ права на наслѣдственное имущество не избавляетъ отказавшагося отъ обязанности отвѣчать за долги наслѣдодателя; вѣдь онъ не только сохранилъ за собою право наслѣдованія, но и осуществилъ его, уступивъ свое право на наслѣдственное имущество другому лицу; а потому, если въ сдѣлкѣ сказано, что уступающій отказался отъ права на наслѣдственное имущество въ виду обремененности наслѣдства долгами, т.-е. вслѣдствіе нежеланія ихъ платить, то онъ сказалъ нѣчто несовмѣстимое съ отказомъ—отказъ отъ права на наслѣдственное имущество, т.-е. отъ принятаго наслѣдства, не избавляетъ отъ отвѣтственности за долги; онъ, очевидно, совершилъ не отказъ, а нѣчто другое, избавляющее отъ этой отвѣтственности. Наконецъ, въ-5-хъ, для отказа отъ права на наслѣдственное имущество вовсе не существенна наличность вознагражденія, выдача извѣстной суммы—онъ можетъ быть и безмезднымъ, а самая уступка дарственной; природа отказа остается тою же. Изъ того, что, въ данномъ случаѣ, лицо уклонилось отъ наслѣдства и получило отъ лицъ, отъ этого не уклонившихся, извѣстную сумму, нельзя вывести, что мы непремѣнно имѣемъ дѣло съ отказомъ отъ права на наслѣдственное имуще-

ство, съ уступкой, а не иною формою уклоненія; наличность этого признака несущественна. Другое дѣло размѣръ этой суммы — онъ можетъ иногда быть прочнымъ указателемъ, что дѣло идетъ объ отказѣ, уступкѣ; напр., когда размѣръ ея является полнымъ (или съ небольшой скидкой) эквивалентомъ размѣра наслѣдственной доли; съ другой стороны онъ можетъ быть указателемъ, что дѣло идетъ не объ отказѣ, уступкѣ—когда размѣръ полученной суммы ничтоженъ по сравненію со стоимостью наслѣдства. Таковы признаки отказа отъ права на наслѣдственное имущество, какъ отрицательной формы принятія наслѣдства.

Обращаясь къ занимающему насъ практическому случаю, мы не находимъ въ немъ признаковъ ни положительной, ни отрицательной формъ принятія наслѣдства. Положительной формы въ видѣ подачи просьбы объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства признать нельзя потому, что гр. Ю. С—скій хотя и подалъ просьбу въ К—скую Палату объ утвержденіи его въ правахъ наслѣдства послѣ гр. М., но эта просьба была парализована съ двухъ сторонъ: Палатою, оставившею его, опредѣленіемъ 7 августа, безъ разсмотрѣнія, и самимъ гр. Ю. С—скимъ, который, не зная о состоявшемся опредѣленіи, подалъ 4 сентября въ В—скую Палату (пересланное въ К—скую) заявленіе объ оставленіи его прошенія объ утвержденіи въ правахъ „безъ дальнѣйшихъ послѣдствій“. Другой, положительной формы принятія наслѣдства — прямого, непосредственнаго, фактическаго отношенія къ наслѣдственному имуществу—и слѣда нѣтъ. Гр. Ю. С—скій не могъ стать въ такое отношеніе къ наслѣдству послѣ гр. М. уже потому одному, что все время проживалъ безвыѣздно за границею. Спорнымъ является лишь вопросъ объ отрицательномъ его отношеніи къ наслѣдству, какъ формы принятія наслѣдства. Имѣются-ли въ дѣйствіяхъ гр. Ю. С—скаго признаки отказа отъ наслѣдства послѣ гр. М., признаки уступки въ пользу С—скихъ? Во-1-хъ, тотъ признакъ отказа, уступки права на наслѣдственное имущество, что, перенося это право на другого, переносящій сохраняетъ за собою право наслѣдованія, въ дѣйствіяхъ гр. Ю. С—скаго отсутствуетъ; сдѣлавъ первый шагъ къ тому, чтобы судъ санкціонировалъ его право наслѣдованія, онъ немедленно отступаетъ, отрекается отъ наслѣдства, требуетъ, чтобы право наслѣдованія за нимъ не было признано. Въ заявленіи объ отреченіи онъ отрицаетъ свое право наслѣдованія, считая, что состоитъ въ болѣе далекой „родственной степени съ гр. М.“, чѣмъ С—скіе. Значитъ, что же онъ могъ уступить С—скимъ, коли не считалъ себя даже наслѣдникомъ гр. М.? Во-2-хъ,

нѣтъ никакой сдѣлки, на основаніи которой гр. Ю. С—скій уступаетъ С—скимъ свое право на наслѣдственное имущество; въ заявленіи объ отреченіи онъ о С—скихъ лишь говоритъ, какъ о ближайшихъ наслѣдникахъ, а въ сдѣлкѣ, состоявшейся между нимъ и С—скими послѣ отреченія и названной ими „мировой", рѣчь идетъ, какъ увидимъ ниже, только о гарантіяхъ на случай отмѣны отреченія, ранѣе состоявшагося, а не объ уступкѣ. Можно ли говорить объ уступкѣ гр. Ю. С—скимъ права на наслѣдственное имущество, когда онъ признаетъ С—скихъ состоящими въ „ближайшей родственной степени съ гр. М."? Онъ признаетъ, что имъ принадлежитъ право наслѣдованія, а слѣдовательно и право на наслѣдственное имущество. Чего же ради уступать С—скимъ то, что̀ они уже имѣютъ? Въ-3-хъ, въ сдѣлкѣ, состоявшейся между гр. Ю. С—скимъ и С—скими послѣ отреченія, не выговаривается спеціально право перваго односторонне отступиться отъ якобы-договора уступки; объ этомъ говорится какъ о чемъ-то такомъ, на что̀ онъ имѣетъ право, и указывается лишь, какія послѣдствія это отступленіе должно имѣть. Если бы гр. Ю. С—скій впослѣдствіи, сказано тамъ, „оспорилъ права С—скихъ и былъ признанъ въ таковыхъ правахъ", то онъ обязанъ исполнить договоры и т. д. Такое оспариваніе и признаніе, прежде всего, предполагаетъ отмѣну отказа отъ наслѣдственнаго имущества, т.-е. одностороннее отступленіе. Гр. Ю. С—скій и С—скіе прямо считаютъ это правомъ гр. Ю. С—скаго; считаютъ его возможнымъ помимо взаимнаго соглашенія и, очевидно, при содѣйствіи суда,—чего допустить нельзя, если бы стороны заключили договоръ объ уступкѣ права на наслѣдственное имущество. Въ-4-хъ, мы видѣли, что въ заявленіи своемъ объ отреченіи отъ наслѣдства гр. Ю. С—скій мотивируетъ свое отреченіе задолженностью наслѣдства. Если бы онъ отказался отъ своего права на наслѣдственное имущество, уступивъ право на наслѣдственное имущество С—скимъ, то, конечно, цѣли своей, т.-е. освобожденія отъ платежа долговъ, достигнуть бы не могъ; а имѣя въ виду эту цѣль, онъ не могъ избрать средство, къ этой цѣли не ведущее. Для освобожденія себя отъ платежа долговъ нельзя совершить такое дѣйствіе (уступку), которымъ выражается принятіе наслѣдства; ссылаясь на задолженность, онъ тѣмъ самымъ отнялъ основаніе видѣть въ его дѣйствіяхъ отказъ, уступку. Въ-5-хъ, гр. Ю. С—скій получилъ, вскорѣ по отреченіи, 15,000 р. отъ С—скихъ. Фактъ полученія этой суммы еще недостаточенъ для признанія въ данномъ случаѣ уступки права на наслѣдственное имущество. Если бы это была уступка, то фактъ уплаты указы-

валъ бы, что эта уступка возмездна; но и возмездной уступки тутъ нѣтъ уже потому, что 15,000 р., а за вычетомъ куртажа, 12,000 р., не могутъ быть разсматриваемы, какъ эквивалентъ милліоннаго наслѣдства, оставленнаго гр. М.; это ничтожная сумма сравнительно со стоимостью наслѣдственнаго имущества. Въ виду вышеизложеннаго, мы считаемъ абсолютно невозможнымъ квалифицировать дѣйствія гр. Ю. С—скаго, какъ отказъ отъ права на наслѣдственное имущество, а слѣдовательно, не видимъ съ его стороны принятія наслѣдства послѣ гр. М.

Единственно правильная юридическая квалификація дѣйствій гр. Ю. С—скаго, которую самъ онъ признаетъ, а также признаютъ всѣ лица и учрежденія, прикосновенныя къ этимъ дѣйствіямъ—это отреченіе отъ наслѣдства. Разсмотримъ юридическіе признаки отреченія.

Отреченіе отъ наслѣдства—антиподъ, полная противоположность отказа отъ права на наслѣдственное имущество—это отказъ отъ пользованія правомъ наслѣдованія, полное отстраненіе себя отъ какого-либо отношенія къ открывшемуся наслѣдству. Признаки его могутъ быть сведены къ слѣдующимъ: во-1-хъ, предметомъ отреченія является чисто-личное, неотчуждаемое право наслѣдованія; оно такъ же неотчуждаемо, какъ неразрывно съ нимъ связанная квалификація лица, какъ мужа, жены, брата, отца и т. д.; какъ нельзя передать другому свою квалификацію, какъ мужа, брата и т. д., такъ нельзя и передать другому свои права, какъ мужа, брата и т. д. [1]) Отъ права наслѣдованія можно только отречься, устраниться, т.-е. заявить о нежеланіи воспользоваться тѣмъ правомъ, которое связывается съ данною квалификаціей лица. Совершенно безразличны мотивы, вызвавшіе это нежеланіе. Они могутъ лежать внѣ этой квалификаціи; напр., лицо опасается несоразмѣрности наслѣдства съ долгами; но они могутъ лежать и въ самой квалификаціи: отрекающійся можетъ колебаться, можетъ

[1]) Улиточная запись (ст. 1256) представляетъ изъ себя уродливую, неподдающуюся точному отграниченію, вымирающую юридическую фигуру. Ею отчуждается „открывшееся, но еще не принятое наслѣдство“, отчуждается то, что еще не принадлежитъ лицу. Юридическая квалификація ея возможна только путемъ созданія фикціи; ею фиктивно отчуждается квалификація, состояніе даннаго лица, какъ мужа, брата, сестры и т. д. по поводу даннаго открывшагося наслѣдства. Лицо, ставшее, въ силу улиточной записи, въ состояніе, напр., сына, обязано выдать своимъ quasi-сестрамъ приданое (ст. 1157 п. 3; Р. Г. К. Д. 1892 г. № 86), терпѣть право законнаго залога, обезпечивающее приданое его quasi-матери (ст. 1005 п. 2) и т. д. Гдѣ предѣлы этой фикціи — сказать затруднительно. Во всякомъ случаѣ путемъ улиточной записи отчуждается не право наслѣдованія; если бы оно отчуждалось, то какъ объяснить вышеупомянутыя обязанности—изъ права наслѣдованія ихъ не вывести.

сомнѣваться въ этой, дающей ему право наслѣдованія, квалификаціи, можетъ сомнѣваться въ достаточной близости своего родства съ наслѣдодателемъ; наконецъ, онъ, конечно, съ чисто субъективной точки зрѣнія (можетъ быть, объективно и не вѣрной), можетъ вполнѣ отрицать эту свою квалификацію; съ цѣлью отвращенія возможныхъ неудобствъ, напр., обращенія къ нему кредиторовъ наслѣдодателя; для собственнаго спокойствія онъ отрекается отъ наслѣдства, заявляетъ, что никакого отношенія къ нему имѣть не желаетъ; словомъ, отрицая свою квалификацію, какъ наслѣдника, онъ отказывается отъ своего права наслѣдованія, въ его обладаніи отъ этого права ничего не остается, да и не должно оставаться. Во-2-хъ, отреченіе безлично, т.-е. не должно быть сдѣлано въ пользу опредѣленнаго лица; разъ отрекающійся заявляетъ, что онъ совершенно отстраняется отъ наслѣдства, то все касающееся наслѣдованія предоставляется своему естественному юридическому теченію, помимо всякаго участія отрекшагося. Отреченіе строго односторонній актъ: для силы его ничьего согласія или принятія не требуется. Конечно, отрекающійся можетъ знать и почти всегда знаетъ, кто станетъ наслѣдникомъ; но не онъ опредѣляетъ это,—наслѣдникъ становится таковымъ по собственному праву; къ нему ничего отъ отрекшагося не переходитъ. Мало того, отрекшійся можетъ въ актѣ отреченія даже назвать лицъ, которыя станутъ наслѣдниками, но къ нимъ наслѣдство поступитъ не потому, что на нихъ указалъ отрекающійся; если они имѣютъ право наслѣдованія, то они и станутъ наслѣдниками, а если права этого не имѣютъ, то не станутъ, а станутъ другіе, на которыхъ отрекающійся не указалъ. Эти указанія могутъ имѣть значеніе мотива; отрекающійся можетъ наименовать лицъ, имѣющихъ преимущественное передъ нимъ право наслѣдованія, ссылаясь на это какъ на мотивъ отреченія. Это нисколько не противно характеру отреченія: если имѣются лица, къ которымъ, вслѣдствіе отреченія, наслѣдство должно поступить, то этимъ уже указывается, что право наслѣдованія этихъ лицъ должно исключить собою право отрекающагося, а потому и указаніе въ актѣ отреченія на исключительное право этихъ лицъ вполнѣ согласно съ природой отреченія. Въ-3-хъ, отреченіе можетъ быть отмѣнено, не только путемъ опроверженія его кредиторами, въ ущербъ коихъ оно сдѣлано, но и самимъ отрекшимся. Въ какой мѣрѣ и при наличности какихъ условій возможно послѣднее, это другой вопросъ—вопросъ спорный въ нашей судебной практикѣ. Прямого указанія въ законѣ не имѣется. Разъ отреченіе односторонній актъ и для силы его не требуется согласія кого-либо, даже санкціи суда (онъ дол-

женъ лишь принять его къ свѣдѣнію), словомъ, разъ ему чужды договорныя начала, открывается возможность его отмѣны самимъ отрекшимся, но, конечно, при извѣстныхъ условіяхъ, напр., когда отрекшійся заявитъ готовность платить долги наслѣдодателя, докажетъ, что лица, принявшія наслѣдство, не имѣютъ право наслѣдованія, такъ какъ основали свои права на подложныхъ документахъ, а другіе наслѣдники своихъ правъ не заявили. При этихъ условіяхъ можно говорить о правѣ отрекшагося отмѣнить свое отреченіе. Ничто не мѣшаетъ лицамъ, принявшимъ наслѣдство, войти съ отрекшимся, послѣ отреченія, въ тѣ или другія сдѣлки, исходя изъ того, что онъ имѣетъ право отмѣнить свое отреченіе; они могутъ, напр., связать его въ пользованіи этимъ правомъ, возложивъ на него тѣ или другія обязательства, на случай отмѣны, могутъ уплатить ему извѣстную сумму и т. п.; все это не требуетъ установленія въ его лицѣ особаго права отмѣны отреченія. Въ 4-хъ, мотивомъ отреченія, самымъ обыкновеннымъ, даже указываемымъ нашимъ закономъ, является задолженность наслѣдства, несоразмѣрность наслѣдства съ долгами; да и главнѣйшій практическій смыслъ отреченія заключается въ освобожденіи отъ отвѣтственности за долги наслѣдодателя. Теоретически говоря, такое освобожденіе есть выводъ изъ того, что предметомъ отреченія является право наслѣдованія. Хотя, конечно, мотивъ отреченія никакого значенія не имѣетъ, но тѣмъ не менѣе, если выставляется этотъ мотивъ, то это одно изъ весьма сильныхъ основаній для того, чтобы утверждать, что въ данномъ случаѣ имѣлось въ виду не что-либо иное, а отреченіе отъ наслѣдства. Въ 5-хъ, наконецъ, когда отреченіе послѣдовало, то, конечно, ничто не мѣшаетъ вступленію отрекшагося съ наслѣдниками въ различныя отношенія; возможно, напр., что наслѣдники выдадутъ ему извѣстную сумму, поставивъ ее въ ту или иную, болѣе или менѣе далекую связь съ отреченіемъ. Если извѣстная сумма предварительно выговорена за отреченіе, то это можетъ дать основаніе признать въ данномъ случаѣ не отреченіе, а отказъ отъ права на наслѣдственное имущество. Если же ни о какихъ-либо предварительныхъ переговорахъ, ни о мотивахъ выдачи ничего неизвѣстно, а извѣстенъ лишь голый фактъ выдачи отрекшемуся наслѣдниками нѣкоторой суммы, то это еще не является указателемъ на то, что мы имѣемъ дѣло съ уступкой права на наслѣдственное имущество, а не съ отреченіемъ; нельзя сказать: есть выдача суммы—уступка, нѣтъ выдачи—отреченіе; можетъ быть и наоборотъ: при наличности выдачи можетъ оказаться отреченіе, а при отсутствіи ея—уступка. На рѣ-

шеніе этого вопроса, какъ мы выше упоминали, и не можетъ не имѣть вліянія размѣръ выданной суммы сравнительно съ стоимостью наслѣдственнаго имущества и моментъ выдачи этой суммы. Если размѣръ этотъ никоимъ образомъ не является эквивалентомъ стоимости наслѣдства и выдача послѣдовала послѣ отреченія, то имѣются несомнѣнныя данныя для рѣшенія вопроса въ пользу отреченія. Выдача могла послѣдовать внѣ всякой связи съ отреченіемъ: черезъ нѣсколько лѣтъ по отреченіи наслѣдникъ даритъ отрекшемуся ничтожную сумму денегъ,—нѣтъ никакого основанія ставить выдачу въ связь съ отреченіемъ, да и едва-ли кто и рѣшится сдѣлать это. Но намъ нѣтъ надобности заходить такъ далеко; отреченіе остается отреченіемъ даже при наличности извѣстной связи его съ выдачею денежной суммы, и состоявшійся фактъ отреченія можетъ играть извѣстную роль въ мотивахъ выдачи. Такъ, напр., когда отреченіе послѣдовало въ предположеніи несоразмѣрности наслѣдства съ долгами, а потомъ оказалось, что никакихъ долговъ нѣтъ, то наслѣдники могутъ войти въ положеніе человѣка, пострадавшаго отъ ошибки, и дать ему извѣстную сумму; или, напр., во время отреченія отрекшійся былъ богатымъ человѣкомъ, а въ одинъ несчастный день, вскорѣ по отреченіи, лишился всего своего состоянія; наслѣдники изъ жалости могутъ ему дать извѣстную сумму; или, напр., наслѣдники, зная легкомысліе отрекшагося, опасаются, что онъ отмѣнитъ свое отреченіе; они могутъ требовать, чтобы онъ еще въ особой сдѣлкѣ подтвердилъ обязательность для него, безповоротность отреченія и за это, яко-бы гарантирующее средство, могутъ уплатить ему извѣстную сумму; выдача денегъ будетъ, слѣдовательно, платою не за отреченіе, а за обязательность, безповоротность отреченія. Предположеніе о наличности этого мотива находитъ себѣ полное подтвержденіе въ тѣхъ случаяхъ, когда наслѣдники вообще принимаютъ извѣстныя мѣры къ тому, чтобы гарантировать обязательность, безповоротность отреченія, напр., связываютъ отрекшагося тяжелыми обязательствами, если бы онъ вздумалъ отмѣнить свое отреченіе и т. п. Таковы признаки отреченія отъ наслѣдства.

Обращаясь къ занимающему насъ случаю, мы находимъ въ немъ всѣ признаки отреченія отъ наслѣдства. Во-1-хъ, что гр. Ю. С—скій именно отрекся отъ наслѣдства, т.-е. отказался отъ права наслѣдованія, видно изъ заявленія его объ отреченіи, поданнаго 4 сентября въ В—скую Палату и пересланнаго въ К—скую. Тамъ онъ прямо отрицаетъ свою квалификацію, какъ родственника, достаточно, сравнительно съ С—скими, близкаго къ гр. М., чтобы имѣть право наслѣдованія въ имуществѣ по-

слѣдняго; иначе говоря, онъ не признаетъ основного условія права наслѣдованія. Если бы онъ только отказывался отъ права на наслѣдственное имущество, то вопроса о квалификаціи своей и не коснулся бы; но онъ именно на это указываетъ. Будучи лично убѣжденъ въ отсутствіи права наслѣдованія, а съ другой стороны, какъ видно изъ того же заявленія, зная о задолженности наслѣдства, онъ отрекается, дабы быть увѣреннымъ, что кредиторы гр. М. не будутъ его безпокоить. Во-2-хъ, отреченіе гр. Ю. С—скаго совершенно безлично; въ заявленіи объ отреченіи, поданномъ въ Палату, онъ не называетъ лицъ, къ которымъ должно перейти право наслѣдованія, вслѣдствіе его отреченія; но онъ говоритъ о нихъ только какъ о лицахъ, имѣющихъ по закону право наслѣдованія, исключающее его право наслѣдованія, такъ какъ онъ ихъ признаетъ „въ ближайшей родственной степени къ гр. М.“; ссылкою на нихъ выражается одинъ изъ мотивовъ отреченія. Никакой здѣсь сдѣлки съ опредѣленными лицами нѣтъ. Сдѣлкою съ опредѣленными лицами является сдѣлка, заключенная гр. Ю. С—скимъ съ С—скими послѣ состоявшагося отреченія; въ ней гр. Ю. С—скій говоритъ о такомъ правѣ, которое уже принадлежитъ исключительно С—скимъ, а не ему, которое уже стало ихъ исключительной принадлежностью, вслѣдствіе его отреченія и въ силу закона. Въ-3-хъ, стороны въ только-что упомянутой сдѣлкѣ прямо исходятъ изъ того, что отреченіе, сдѣланное гр. Ю. С—скимъ, можетъ быть имъ отмѣнено впослѣдствіи; онѣ видятъ въ этомъ признанное закономъ право гр. Ю. С—скаго и вовсе не выговариваютъ это право спеціально, а прямо начинаютъ съ того, что если гр. Ю. С—скій этимъ правомъ воспользуется, т.-е. „оспоритъ права С—скихъ и самъ будетъ признанъ въ таковыхъ правахъ“, то и т. д. С—скіе ужасно боятся, какъ бы гр. Ю. С—скій не воспользовался этимъ, по ихъ мнѣнію, несомнѣннымъ своимъ правомъ, какъ бы не отмѣнилъ свое отреченіе. Въ этихъ видахъ они всячески хотятъ его связать; онъ въ упомянутой сдѣлкѣ—и въ этомъ единственная цѣль и назначеніе сдѣлки—подтверждаетъ обязательность заявленнаго имъ отреченія и принимаетъ на себя еще крайне тяжелое обязательство, если бы онъ вздумалъ и ему удалось отмѣнить свое отреченіе: онъ обязуется принять на себя исполненіе всѣхъ обязательствъ и договоровъ, какіе окажутся заключенными С—скими относительно оставшагося послѣ гр. М. наслѣдства. С—скіе уже позаботились бы довести сумму этихъ „обязательствъ и договоровъ“ до совершенно непосильныхъ для гр. Ю. С—скаго размѣровъ.

Ничѣмъ инымъ, какъ страхомъ этой отмѣны отреченія, объясняется и другое ихъ дѣйствіе—уплата извѣстной суммы, но объ этомъ рѣчь впереди. Въ-4-хъ, гр. Ю. С—скій въ заявленіи объ отреченіи, поданномъ въ Палату, однимъ изъ мотивовъ отреченія приводитъ задолженность наслѣдства—„предъявленныя къ наслѣдству денежныя претензіи", чѣмъ прямо указывается, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ отреченіемъ. Наконецъ, въ-5-хъ, вскорѣ послѣ заявленнаго отреченія, надо думать черезъ 7 дней, докторъ Т. отъ имени С—скихъ вручаетъ гр. Ю. С—скому 15,000 р. Выдача этой суммы послѣ отреченія и ничтожность ея по сравненію со стоимостью наслѣдства уже говорятъ въ пользу признанія въ данномъ случаѣ отреченія отъ наслѣдства. Но этого мало, въ пользу такой квалификаціи говоритъ и связь, существующая между выдачей суммы и отреченіемъ—это плата за его безповоротность, за воздержаніе отъ отмѣны его. Именно этотъ мотивъ находитъ себѣ подтвержденіе вообще въ усиліяхъ С—скихъ, прилагаемыхъ ко тому, чтобы гарантировать безповоротность отреченія гр. Ю. С—скаго; съ этой же цѣлью, какъ мы видѣли выше, С—скіе связали гр. Ю. С—скаго тяжелыми обязательствами въ случаѣ поворота отреченія. Въ распискѣ, выданной гр. Ю. С—скимъ доктору Т., сказано, что деньги получены „вслѣдствіе сдѣлки объ отреченіи". Никакой другой сдѣлки между гр. Ю. С—скимъ и С—скими, кромѣ не разъ нами упомянутой, заключено не было; въ распискѣ, конечно, имѣется въ виду эта сдѣлка, но она сдѣлкой „объ" отреченіи никакъ названа быть не можетъ; она не можетъ быть таковою уже потому одному, что заключена послѣ состоявшагося отреченія („заявивъ отреченіе, признаю" и т. д.) и говорится въ ней объ отреченіи, какъ о совершившемся фактѣ. Отставному ротмистру и доктору медицины позволительны невѣрныя юридическія квалификаціи въ совершаемыхъ ими актахъ. Сдѣлка, на которую они ссылаются, есть сдѣлка объ обязательности отреченія, безповоротности его, воздержанія отъ отмѣны, а не о самомъ отреченіи.

Всѣ вышеизложенныя соображенія убѣждаютъ въ томъ, что дѣйствія гр. Ю. С—каго только и могутъ быть квалицифированы какъ отреченіе отъ наслѣдства: всѣ признаки послѣдняго налицо и ни одного признака уступки права на наслѣдственное имущество. Мы признаемъ его не принявшимъ наслѣдство послѣ гр. М., а отрекшимся отъ него и тѣмъ открывшимъ право наслѣдованія сестрѣ своей Т. С—кой, бабкѣ истицы Ж.

IV.

СЛѢДЫ ГЕГЕЛЕВОЙ ФИЛОСОФІИ

въ трудахъ Кавелина въ области правовѣдѣнія [1]).

Рѣчь, произнесенная 3-го мая 1910 г. въ торжественномъ собраніи Александровской военно-юридической академіи по случаю двадцатипятилѣтія со дня кончины проф. К. Д. Кавелина.

М.м. Г.г. Умъ человѣческій ужъ такъ устроенъ: философская доктрина, всецѣло завладѣвшая умомъ ученаго въ молодые годы, оставляетъ по себѣ вѣчный, неизгладимый слѣдъ. Конечно, все зависитъ отъ качества восхищеннаго доктриною ума и отъ качества восхитившей умъ доктрины. Несомнѣнно, и умъ и философская доктрина должны быть высокихъ качествъ. При этихъ условіяхъ слѣдъ, оставляемый философской доктриной, такъ глубокъ, что вліяніе ея сказывается не только въ періодъ принадлежности ученаго къ сторонникамъ этой доктрины, — что вполнѣ естественно,—но и въ періодъ полнаго охлажденія къ ней, даже отрицательнаго къ ней отношенія.

Яркой иллюстраціей этихъ мыслей является высокодаровитый Константинъ Дмитріевичъ Кавелинъ въ его отношеніи къ всеобъемлющей философіи Гегеля, на чемъ я и намѣренъ нѣсколько остановить ваше просвѣщенное вниманіе.

Перенесемся мыслью въ Москву 30-хъ и 40-хъ годовъ. Въ однихъ слояхъ—„темное царство“ со своею философіею самодурства; изрѣдка и робко проникающій туда „лучъ свѣта“ быстро и безслѣдно исчезаетъ. Въ другихъ слояхъ, вылощенныхъ на заморскій ладъ, но не болѣе свѣтлыхъ, тоже своя философія „умѣренности и аккуратности“; философія „радѣнія родному чело-

---

[1]) „Журналъ Министерства Юстиціи“ 1910 г. іюнь.

вѣчку"; тамъ „отъ ума" испытывали „горе". Нечего говорить о другихъ слояхъ, тамъ — тьма непроглядная. И вотъ, на этомъ темномъ фонѣ ярко блестятъ нѣсколько свѣтящихся точекъ, въ этой умственной пустынѣ оказываются нѣсколько чудныхъ оазисовъ, гдѣ путникъ находитъ пищу и уму, и сердцу. Эти свѣтящіяся точки, эти оазисы—Московскій университетъ того времени и знаменитые кружки истинныхъ интеллигентовъ.

То была свѣтлая пора въ жизни университета—такъ называемая „Строгановская эра". Только-что вернулись изъ-за границы молодые профессора, слушавшіе тогдашнихъ свѣтилъ философской и юридической науки; работали они въ германскихъ университетахъ, насчитывавшихъ въ то время среди своихъ профессоровъ не одинъ десятокъ крупныхъ научныхъ именъ. То было время ослѣпительнаго блеска Гегеля и его философіи, апогея его научнаго величія и вліянія на умы. Немудрено, что наши молодые ученые, будущіе профессора, вернулись въ Россію насквозь проникнутыми гегелевой философіей. Въ Московскій университетъ были назначены: на каѳедру энциклопедіи и философіи права П. Г. Рѣдкинъ, краса и гордость Петербургскаго университета 70-хъ годовъ, и на каѳедру римскаго права Н. И. Крыловъ—„профессоръ-виртуозъ". Оба высокоталантливые люди, гегельянцы до мозга костей, достойные своего учителя проводники въ умы тогдашняго студенчества философіи Гегеля. Вліяніе ихъ было чарующее. Въ лицѣ Рѣдкина мы видимъ даровитаго, если не популяризатора, то истолкователя гегелевой философіи; онъ обладалъ неоцѣнимымъ даромъ облекать глубокія, трудныя научныя проблемы въ ясную, точную форму; прибавьте къ этому блестящія ораторскія способности и искреннее увлеченіе великимъ философомъ, и станетъ ясно, какъ Рѣдкинъ горячо увлекалъ, глубоко захватывалъ свою аудиторію.

Другимъ свѣтлымъ явленіемъ на темномъ фонѣ московской жизни были кружки высокообразованныхъ интеллигентовъ. Уже съ 20-хъ годовъ въ Москвѣ образовывались эти кружки сначала въ салонахъ аристократическихъ фамилій, а потомъ и въ скромныхъ покояхъ выдающихся ученыхъ и литераторовъ. Въ 30-хъ и 40-хъ годахъ особенно славились кружки, собиравшіеся у Елагиной-Кирѣевской, Свербеевыхъ, Станкевича, Грановскаго. Это были центры, имѣвшіе большое просвѣтительное значеніе. Люди зрѣлые находили въ нихъ удовлетвореніе потребности обмѣняться мыслями, подѣлиться научными и литературными новинками. Философскія теченія Запада находили здѣсь живой откликъ, сознательное отраженіе; Шеллингъ, Гегель, особенно Гегель, со-

ставляли предметъ оживленныхъ дебатовъ. Вернувшійся изъ-за границы въ 1836 г. Станкевичъ, какъ говорили, „вывезъ изъ Германіи Гегеля“; „это было не только открытіе, это было откровеніе“—вся мыслящая часть общества была охвачена, скажу болѣе, ослѣплена гегельянствомъ. Для молодыхъ посѣтителей этихъ собраній кружки были школою—въ нихъ пробуждался интересъ къ высшимъ вопросамъ науки и жизни; они прислушивались къ спорамъ, сами, сначала робко, потомъ смѣлѣе, участвовали въ нихъ и постепенно укрѣплялись въ любви къ наукѣ и воспринимали господствовавшія въ кружкахъ философскія доктрины. Да и вся тогдашняя журналистика, главными работниками въ которой были тѣ же университетскіе профессора и тѣ же выдающіеся члены кружковъ, была вся пропитана преимущественно гегелевой философіей.

Съ первыхъ дней поступленія въ университетъ, въ 1835 году, передъ К. Д. Кавелинымъ широко раскрылись двери гегельянства. Я живо себѣ представляю даровитаго, воспріимчиваго, налету схватывающаго мысли профессора, студента Кавелина въ аудиторіи Рѣдкина. Я живо себѣ представляю его въ кружкѣ Елагиной, куда онъ былъ принятъ вскорѣ по поступленіи въ университетъ, какъ онъ тамъ прислушивался къ дебатамъ, какъ сопоставлялъ то, что̀ слышалъ въ аудиторіи, съ тѣмъ, что̀ слышитъ въ кружкѣ. Очевидно, въ этой средѣ все вращалось вокругъ Гегеля. Самъ Кавелинъ говоритъ, что „испыталъ на себѣ всю обаятельную прелесть и все благотворное вліяніе этой среды въ золотые годы студенчества; ей онъ обязанъ направленіемъ всей своей послѣдующей жизни“. И журналистика того времени, естественно, подогрѣвала въ усердно занимавшемся, всѣмъ интересующемся студентѣ расположеніе къ гегельянству.

По окончаніи курса въ университетѣ, Кавелинъ, послѣ небольшого перерыва, продолжаетъ постоянныя сношенія, поддерживаетъ близкія отношенія со своими профессорами-гегельянцами; онъ сближается съ кружками Станкевича и Грановскаго; и теперь, не взирая на ѣдкую критику философіи Гегеля со стороны даровитаго Герцена, не порываетъ, благодаря окружающей атмосферѣ, своей связи съ гегельянствомъ; по крайней мѣрѣ, нѣтъ никакихъ данныхъ утверждать, что въ эту пору онъ отрицательно относился къ Гегелю. Я постараюсь показать, что вышедшая въ это время изъ-подъ его пера знаменитая эпопея древней русской жизни „Взглядъ на юридическій бытъ древней Россіи“ написана подъ несомнѣннымъ и сильнымъ вліяніемъ Гегеля.

Отрицательное отношеніе къ метафизикѣ начинаетъ проявляться гораздо позже: со второй половины 60-хъ годовъ. И тутъ, съ этого времени, ярый противникъ гегельянства широко пользуется философіею Гегеля.

Я не намѣренъ утомлять ваше вниманіе изложеніемъ, хотя бы въ общихъ чертахъ, философіи Гегеля; я скажу лишь пару словъ о тѣхъ ея частяхъ, которыя имѣютъ значеніе для темы моей рѣчи. Одинъ изъ крайнихъ противниковъ гегелевой философіи, Льюисъ, дошедшій даже до уподобленія логики великаго философа „логикѣ сумасшедшихъ", признаетъ однако за нимъ большую заслугу въ установленіи новаго научнаго метода. Изо всей философіи Гегеля только методъ его имѣетъ для насъ значеніе. Методъ этотъ извѣстенъ въ наукѣ подъ разными названіями: „тріада", „схема тріединства", „трехчленный ритмъ" и др., я бы его назвалъ закономъ отысканія равнодѣйствующей борющихся силъ; самъ Гегель его называетъ „діалектическимъ закономъ"; самъ онъ его характеризуетъ, какъ „три стороны логической идеи", „три момента всякаго понятія или всякой истинной мысли". Всякое понятіе, идея, мысль, чтобы дойти до истиннаго понятія, истинной идеи, истинной мысли, проходитъ три ступени: утвержденіе, отрицаніе и сниманіе противорѣчія — тезисъ, антитезисъ и синтезисъ. Но отрицаніе здѣсь нельзя понимать въ смыслѣ уничтоженія, разрушенія утвержденія; тезисъ не уничтожается антитезисомъ, не обращается въ ничто, а синтезируется съ нимъ, т.-е. между ними устанавливается связь, соотношеніе, единство; противоположности примиряются. Возможность примиренія предполагаетъ возможность компромисса; отъ тезиса нѣчто отходитъ и входитъ въ антитезисъ, отъ антитезиса нѣчто отходитъ и входитъ въ тезисъ; слѣдовательно, тезисомъ и антитезисомъ могутъ быть лишь понятія соотносительныя, такія понятія, которыя не исключаютъ возможности компромисса, взаимныхъ уступокъ. Если же мы возьмемъ два понятія не соотносительныя, противоположныя до взаимнаго уничтоженія, исключающія возможность компромисса, то, по закону противорѣчія, одно другое исключаетъ, и никакой синтезъ невозможенъ, — остается пустота. Черезъ противоположность, какъ выражается Рѣдкинъ, теряется односторонность и утвержденія и отрицанія, уничтожается въ нихъ все то, что, не будучи общимъ, является только особеннымъ. Пояснимъ изложенное примѣромъ. Гегель въ связи съ основными, исходными положеніями своей философской доктрины, послѣдовательно переходитъ къ понятію государства, какъ высшей основы нашего бытія. Мы возьмемъ государство

въ видѣ пояснительнаго примѣра. Гегель устанавливаетъ истинное его понятіе; для этого онъ синтезируетъ два противоположныхъ понятія: понятіе свободы и понятіе необходимости; необходимость не исключаетъ, не разрушаетъ свободы; это такія противоположности, мирное, совмѣстное существованіе коихъ возможно, ибо возможенъ компромиссъ: свобода ограничивается необходимостью, необходимость смягчается свободой; они мирно уживаются въ государствѣ; личная, индивидуальная воля подчиняется волѣ общей, объективной; свобода сохраняется среди необходимости, и обѣ вмѣстѣ представляютъ изъ себя одно единое цѣлое, воплощающееся въ государствѣ. До понятія государства не дойти, если взять два понятія противоположныхъ до взаимнаго уничтоженія, напр., свободу и рабство. Таковъ, въ двухъ словахъ, методъ Гегеля.

Кавелинъ придавалъ въ наукѣ большое значеніе методу. Онъ, напр., горячо упрекалъ Погодина въ пренебреженіи методомъ и видѣлъ въ этомъ причину неудовлетворительности его работъ. Очевидно, Кавелинъ, проникшись философіей Гегеля, прежде всего проникся его методомъ — именно методъ Гегеля глубоко внѣдрился въ его умѣ.

Тоже покойный, другъ и товарищъ Кавелина, Владиміръ Даниловичъ Спасовичъ, тоже „прошедшій черезъ школу Гегеля“, высказалъ въ высокой степени важную для нашей цѣли мысль. „Мы“,—говоритъ онъ,—„оба (т.-е. онъ и Кавелинъ) пріучились орудовать по трехчленному ритму гегелевой діалектики“. Да, это глубоко вѣрно. Кавелинъ всегда орудовалъ по этому ритму. Всѣ болѣе выдающіяся его работы построены по методѣ Гегеля, на его „тріадѣ“ — во всѣхъ находилъ приложеніе діалектическаго закона и примѣнялъ Кавелинъ „схему тріединства“ именно такъ, какъ училъ Гегель. Онъ противополагалъ два понятія одно другому и путемъ синтеза приходилъ къ третьему объединяющему, примиряющему ихъ, при чемъ его антитезисъ никогда не разрушалъ тезиса, а прибавлялъ къ тезису или отнималъ у него то, что̀ необходимо было для полученія истиннаго понятія.

Конечно, нельзя отрицать, что примѣненіе, если можно такъ выразиться, голой „тріады“, изолированной, отрѣшенной какъ отъ исходныхъ, такъ и конечныхъ пунктовъ гегелевой философіи, является нѣсколько одностороннимъ, формальнымъ; но это нѐ умаляетъ ея методологическаго значенія; она и сама по себѣ цѣнна, какъ нѣчто всеобъемлющее, безпредѣльное въ своемъ примѣненіи. Можно и не быть гегельянцемъ, а признавать и примѣнять „тріаду“.

Уже въ студенческой работѣ своей, удостоенной золотой медали (1838—1839 г.), „О теоріяхъ владѣнія“, Кавелинъ „орудуетъ по трехчленному ритму гегелевой діалектики“. Вопросъ объ основаніяхъ защиты владѣнія и посейчасъ остается неразрѣшимою проблемою. Дѣйствительно, нелегко обосновать судебную охрану и защиту факта владѣнія, владѣнія, быть можетъ, вора и грабителя, даже противъ собственника. Задача науки дать такую характеристику владѣнія, установить такое, истинное его понятіе, которое оправдывало бы его защиту. Кавелинъ подошелъ къ проблемѣ такъ, какъ подошли къ ней гегельянецъ чистой крови Гансъ и гегельянецъ по сохранившимся въ немъ слѣдамъ гегельянства Іерингъ. Они обратились къ „тріадѣ“, они противоположили владѣнію собственность и путемъ синтеза установили связь между этими понятіями. Гансъ пришелъ къ тому, что владѣніе есть „начинающаяся собственность“, Іерингъ — что оно есть „вѣроятная собственность“, „видимость собственности“, въ большинствѣ случаевъ оказывающаяся таковою; этимъ и опредѣляется основаніе его защиты. Такъ же поступилъ Кавелинъ. Замѣчательное явленіе: студентъ Кавелинъ создаетъ теорію защиты владѣнія, въ существѣ своемъ, очень близкую къ теоріи, черезъ 27 лѣтъ предложенной профессоромъ Іерингомъ и ставшей предметомъ его ученой славы... Кавелинъ исходитъ изъ понятія владѣнія, какъ фактическаго обладанія вещью съ желаніемъ ее усвоить; это владѣніе можетъ быть справедливымъ, когда оно основано на законномъ способѣ пріобрѣтенія, и несправедливымъ, когда этого внѣшняго признака справедливости у него нѣтъ; первое есть не что иное, какъ собственность. Эти два понятія, одно другому противоположныя, Кавелинъ синтезируетъ: оба вида владѣнія охраняются и защищаются отъ нарушенія,—это общее ихъ свойство, — первое въ виду его справедливости, второе,—и въ этомъ центръ тяжести его теоріи—въ виду невозможности въ отдѣльныхъ случаяхъ знать, справедливое оно или несправедливое; нѣтъ критерія для ихъ разграниченія; отказать несправедливому владѣнію въ защитѣ значитъ во многихъ случаяхъ отказать и справедливому владѣнію, каковымъ оно можетъ быть, но у владѣльца въ данный моментъ нѣтъ доказательствъ справедливости его владѣнія; иначе говоря, и несправедливое владѣніе защищается, какъ предполагаемое, вѣроятное справедливое до доказательства противнаго. Въ завершеніе синтеза: владѣніе есть предполагаемая, вѣроятная собственность. Какъ изволите видѣть, результатъ добытъ Кавелинымъ путемъ примѣненія гегелевой „тріады“: тезисъ—владѣніе, лишенное внѣшняго признака справедливости,

антитезисъ—собственность, синтезисъ—владѣніе предполагаемая, вѣроятная собственность. Съ владѣнія снятъ признакъ возможной несправедливости, къ нему перешелъ признакъ собственности, хотя и вѣроятной, отъ собственности взятъ признакъ справедливости, къ ней перешелъ признакъ возможной несправедливости.

По окончаніи университетскаго курса Кавелинъ прожилъ еще 3 года въ Москвѣ и въ 1842 г. переѣхалъ въ Петербургъ. Здѣсь онъ написалъ свою магистерскую диссертацію „Основныя начала русскаго судоустройства и гражданскаго судопроизводства отъ уложенія до учрежденія о губерніяхъ“. Характерное явленіе: это сочиненіе, сохранившее и понынѣ большое значеніе въ исторіи русскаго гражданскаго процесса, ни въ малѣйшей степени не отразило въ себѣ философскихъ воззрѣній Гегеля. Видно, петербургская атмосфера не благопріятствовала гегельянству... Но стоило Кавелину возвратиться, послѣ двухлѣтней разлуки, въ Москву, онъ, снова попавъ въ дорогую ему среду, пишетъ капитальный трудъ „Взглядъ на юридическій бытъ древней Россіи“, гдѣ не только примѣняется гегелева „тріада“, но и воспроизводится нѣчто въ родѣ установленныхъ Гегелемъ трехъ ступеней соціальной эволюціи. Позволю себѣ нѣсколько остановиться на этой части гегелевой философіи права.

Гегель отожествляетъ міръ метафизическій, трансцендентальный съ міромъ конкретнымъ; и государство, по его мнѣнію, есть нѣчто отвлеченное и въ то же время нѣчто конкретное, и оно развивается въ исторіи по тремъ ступенямъ; первыя двѣ противоположны одна другой, въ третьей онѣ синтезируются, объединяются; первая ступень—семья, вторая—гражданское общество или „государство нужды и разсудка“, третья—„настоящее“ государство. Семья есть единеніе членовъ ея, основанное на чувствѣ взаимной любви; члены ея какъ бы отрекаются отъ своей личности и восполняютъ одинъ другого; тутъ нѣтъ свободы; нравственныя узы крѣпко сковываютъ членовъ семьи, выхода изъ семьи нѣтъ. Но такое состояніе продолжается недолго. Съ развитіемъ въ отдѣльныхъ членахъ семьи сознанія своей самостоятельной личности начинается распаденіе семьи. Наступаетъ вторая ступень. Вмѣсто прежнихъ родственныхъ отношеній между множествомъ семей и лицъ, устанавливаются внѣшнія отношенія между отдѣльными лицами съ ихъ обособленными, личными интересами. Покинувъ семью, члены ея образуютъ свои семьи, свободно осуществляютъ свои личныя цѣли, стремленія, интересы; образуются отдѣльные классы, сословія, корпораціи и другія единенія. Хотя въ этомъ уже сложившемся „гражданскомъ обще-

ствѣ“ царитъ личный интересъ, но начинаетъ проявляться и общій интересъ и стремленіе къ общему порядку. Зарождается настоящее государство. Въ немъ и семья, и гражданское общество достигаютъ своего настоящаго, полнаго развитія; семья, сохраняя свой основной нравственный строй, теряетъ свой исключительный, подневольный характеръ; гражданскому обществу обезпечивается достиженіе цѣлей и интересовъ отдѣльныхъ членовъ, классовъ, союзовъ и цѣлаго общества. Такъ Гегель примѣняетъ свою „тріаду“ къ соціальной эволюціи.

Что же мы находимъ въ упомянутомъ трудѣ Кавелина? Находимъ примѣненіе всей той же гегелевой „тріады“, но трехчленная схема историческаго развитія юридическаго быта Россіи, развитія, завершившагося сложеніемъ государства, совсѣмъ другая. По его мнѣнію, въ древнѣйшія времена у насъ господствовалъ бытъ родовой; отдѣльные роды жили поселеніями; во главѣ ихъ стоялъ старшій въ родѣ, вся власть сосредоточивалась въ его лицѣ; отдѣльной собственности не было, владѣніе землей было общее — владѣльцемъ считался родъ. Это первая ступень. Затѣмъ начинается распаденіе рода на отдѣльныя семьи; во главѣ каждой семьи свой старѣйшина; родъ разростается; число семей увеличивается; трудно рѣшить, кто старшій въ родѣ и по лѣтамъ, во главѣ поселенія становится уже не старшій въ родѣ, а избранный семейными старѣйшинами; постепенно власть его ослабѣваетъ и переходитъ къ нимъ; сначала они съ нимъ совѣщаются, а затѣмъ общія дѣла рѣшаютъ общимъ собраніемъ, вѣчемъ; образуются общины; вся власть сосредоточивается въ вѣчахъ, и общій старѣйшина избирается только въ случаѣ войны. Въ этотъ періодъ образовалась отдѣльная собственность: земля не выходила изъ предѣловъ семьи. Сложилась вторая ступень, носящая, однако, въ себѣ задатки своего разрушенія: начинаются неурядицы, междоусобія, призываются варяги; ихъ власть захватываетъ все большія и большія области; общинный строй падаетъ; сначала создается нѣчто въ родѣ феодальнаго строя, затѣмъ берутъ верхъ національные элементы; какъ ранѣе они проявлялись въ частномъ быту, такъ они перешли въ бытъ государственный; княжескій родъ переживаетъ тѣ же періоды: періодъ родовой,—главенство старшаго въ родѣ, великаго князя, принадлежность Руси княжескому роду — и періодъ семейный—распаденіе рода на семьи, переходъ власти къ отдѣльнымъ князьямъ, принадлежность Руси отдѣльнымъ княжескимъ семьямъ на вотчинномъ началѣ. Единство княжескаго рода утрачивается. „Изъ-подъ великокняжеской вотчины проглядываетъ государство“,—говоритъ Кавелинъ. Засимъ

идетъ обратный процессъ: усиленіе Москвы, „собираніе“ Руси— слагается государство. Но сложилось оно лишь со времени Петра: осуществляется доселѣ неизвѣстное понятіе человѣческой личности. „Вся государственная дѣятельность Петра“,—говоритъ Кавелинъ,—„есть первая фаза осуществленія начала личности въ русской исторіи“. Завершается и третья ступень.

Такова схема Кавелина. Развѣ это не примѣненіе гегелевой „тріады“? Самъ Кавелинъ въ одной изъ рецензій на сочиненіе С. М. Соловьева схему свою формулируетъ такъ: 1) родъ и общее владѣніе, 2) семья и отдѣльная собственность или вотчина, 3) личность и государство. Отбросивъ въ первыхъ двухъ членахъ имущественный моментъ, какъ послѣдствіе, и въ третьемъ— личность, какъ одинъ изъ объектовъ государственной дѣятельности, получимъ схему: родъ, семья, государство. Отличіе этой схемы отъ гегелевой существенно и объясняется особыми условіями русской жизни. Кавелинъ самъ даетъ рядъ указаній, которыми объясняется различіе схемъ. Въ схемѣ Гегеля нѣтъ „рода“ схемы Кавелина. Кавелинъ, сопоставляя нашъ древній бытъ съ западнымъ, приходитъ къ тому, что на Западѣ не было періода родового; германскія племена вели боевой, подвижный образъ жизни; у нихъ не было и не могло быть родовыхъ поселеній, съ родоначальникомъ во главѣ; тамъ были боевыя дружины, союзы съ военачальникомъ во главѣ. Затѣмъ, въ схемѣ Кавелина нѣтъ „гражданскаго общества“ схемы Гегеля. У насъ „гражданскаго общества“ не было; не было союзовъ, сословій, корпорацій; потребность въ нихъ могла сказаться лишь при развитіи понятія о личности, которая „въ гражданскомъ обществѣ, говоритъ Кавелинъ, находила себѣ просторъ“; у насъ же въ догосударственный періодъ понятіе о личности еще не сложилось.

Будучи еще профессоромъ гражданскаго права въ Петербургскомъ университетѣ, Кавелинъ, по его словамъ, все болѣе и болѣе убѣждался въ несостоятельности господствующаго воззрѣнія на предметъ этой науки. Въ 1864 году, находясь за границею, онъ въ Боннѣ привелъ въ порядокъ накопившіяся мысли и написалъ извѣстную статью „Что есть гражданское право, и гдѣ его предѣлы“? Еще у Гегеля, въ его ученіи о гражданскомъ обществѣ, проглядываетъ мысль о неразрывной связи публичнаго и частнаго элементовъ въ общественной жизни. Убѣжденный гегельянецъ, извѣстный цивилистъ Лассаль въ своей „Системѣ пріобрѣтенныхъ правъ“ ясно и точно формулируетъ эту мысль: „гдѣ, казалось бы“, говоритъ онъ,—„гражданское право совершенно освобождается отъ публичнаго, тамъ оно болѣе пуб-

лично, чѣмъ само публичное право". Мысль эта очень занимала, даже увлекала Кавелина. Чтобы рѣшить основной вопросъ: какія права и правоотношенія суть гражданскія, онъ опять „орудуетъ по трехчленному ритму гегелевой діалектики"; онъ беретъ два противоположныхъ понятія, право частное и право публичное, и, синтезируя ихъ, приходитъ къ общему понятію права гражданскаго. Кавелинъ не отрицаетъ различія между частнымъ и публичнымъ моментами въ государственномъ быту; онъ различаетъ эти понятія, какъ онъ говоритъ, по строго юридическому признаку, признаку субъективному: въ области публичной мы видимъ дѣятельность представителей государства, какъ единаго цѣлаго, проводящихъ извѣстныя идеи, начала, а въ области частной— дѣятельность отдѣльныхъ единицъ, изъ коихъ общество слагается. „Этотъ признакъ",—говоритъ Кавелинъ,—„стоитъ твердо въ наукѣ". Взявъ эти съ субъективной точки зрѣнія противоположныя понятія, онъ ихъ синтезируетъ, стремится установить между ними связь, соотношеніе, единство. „Государство"— говоритъ онъ,— „осуществляя извѣстныя идеи, начала, посредствомъ своихъ органовъ и учрежденій, оказываетъ большое вліяніе на частный бытъ". Органы государства приходятъ въ соприкосновеніе съ частными лицами; конкретно, въ дѣйствительности между ними устанавливаются и приватныя отношенія, но лишь видоизмѣненныя, особо скомбинированныя подъ вліяніемъ началъ и идей государственныхъ. Такъ, между частнымъ лицомъ, поступающимъ на государственную службу, и правительствомъ устанавливается частное отношеніе по обязательству уплаты жалованья; между плательщикомъ подати и органомъ финансоваго управленія — частное отношеніе по обязательству уплаты подати; между собственникомъ экспропріируемой недвижимости и органомъ администраціи—частное отношеніе по обязательствамъ уступить имущество и уплатить вознагражденіе и т. д.; все это частныя, гражданскія отношенія, хотя ихъ основанія и цѣли характера публичнаго. Такимъ образомъ, по мнѣнію Кавелина, расширяется кругъ частныхъ, гражданскихъ отношеній, и вмѣстѣ съ тѣмъ, что чрезвычайно важно, теряется грань между частнымъ, въ общепринятомъ смыслѣ, и публичнымъ; неизвѣстно, гдѣ кончается одно и начинается другое; публичное и частное право сливаются воедино, и это сліяніе, оказывается, происходитъ на почвѣ имущественной, въ области правъ на имущества, на цѣнности; гражданскія права суть права имущественныя. Слѣдовательно, и тутъ синтезъ противоположностей — права частнаго и права публичнаго,—привелъ Кавелина къ установленію, по его

мнѣнію, истиннаго понятія гражданскаго права. Тезисъ: частное право, антитезисъ—публичное право, синтезисъ—имущественное право. Публичное право не исключаетъ частнаго, публичное входитъ въ частное, дополняетъ его, частное входитъ въ публичное; они сливаются въ правѣ имущественномъ.

Со второй половины 60-хъ годовъ начинаетъ сказываться отрицательное отношеніе Кавелина къ гегельянству; онъ иногда даже очень рѣзко выражается по адресу этой философской доктрины, въ родѣ: „метафизическая кабалистика“, „мертвечина“, „великій и трескучій вздоръ“ и т. п. Онъ категорически заявлялъ В. Д. Спасовичу, что покончилъ со всякими „метафизическими абсолютами“, что теперь онъ полагаетъ, что „не природа есть проявленіе духа“, а наоборотъ, „духъ есть проявленіе природы“. И, не взирая на это, онъ остается приверженцемъ гегелевой „тріады“, продолжаетъ „орудовать по трехчленному ритму“. Такъ, результаты, добытые примѣненіемъ „тріады“ къ понятію гражданскаго права, онъ продолжаетъ развивать далѣе и стремится примѣнить ихъ въ преподаваніи и къ законодательству. Призванный въ 1878 г. преподавать гражданское право въ Военно-Юридической Академіи, онъ въ первомъ же учебномъ году выпустилъ прочитанный имъ курсъ, подъ заглавіемъ „Права и обязанности по имуществамъ и обязательствамъ“. Здѣсь онъ съ замѣчательной послѣдовательностью и систематичностью, въ изложеніи дѣйствующаго русскаго законодательства, проводитъ установленный имъ путемъ „тріады“ взглядъ на гражданское право, какъ на право имущественное вообще. Засимъ, когда въ 1882 г. была образована комиссія для составленія проекта новаго гражданскаго уложенія, Кавелинъ восторженно встрѣтилъ это законодательное начинаніе и написалъ статью „Русское гражданское уложеніе“, въ которой указываетъ, какъ провести установленный имъ взглядъ на гражданское право въ законодательномъ актѣ.

Независимо отъ упомянутыхъ капитальныхъ юридическихъ трудовъ, Кавелинъ по цѣлому ряду частныхъ вопросовъ права прибѣгаетъ къ „тріадѣ“, напр., давность онъ характеризуетъ, какъ примиреніе факта съ правомъ; такъ и рисуется „тріада“: фактъ, право, давность.

Я разсмотрѣлъ, съ интересующей меня точки зрѣнія, всѣ выдающіеся труды Кавелина въ области правовѣдѣнія и на этомъ могъ бы закончить свою рѣчь, но мнѣ хотѣлось бы, хотя-бы въ самыхъ краткихъ словахъ, еще болѣе обосновать мысль, что гегелева „тріада“ вошла въ плоть и кровь Кавелина и при-

мѣнялась имъ не только въ трудахъ по правовѣдѣнію, но и въ трудахъ его по другимъ отраслямъ науки, и притомъ въ періодъ отрицательнаго отношенія къ гегельянству. Онъ много работалъ по вопросамъ философскимъ, психологическимъ, экономическимъ, соціальнымъ и др. И во всѣхъ своихъ трудахъ „орудуетъ по трехчленному ритму“. Такъ, въ области философіи, въ статьяхъ „Мысли о современныхъ научныхъ направленіяхъ“ и „Апріорная философія и положительная наука“ онъ синтезируетъ противоположныя понятія: „идеализмъ“ и „матеріализмъ“ и приходитъ къ тому, что это „родные братья, дѣти одной семьи враждующія между собою, забывъ, что они вышли изъ одного гнѣзда“; они сливаются въ лицѣ положительной науки, изучающей и „метафизическіе“ и внѣшніе факты. Синтезъ этихъ понятій ведется имъ болѣе подробно и главнымъ образомъ въ примѣненіи къ психологіи, въ извѣстномъ сочиненіи его „Задачи психологіи“. И тутъ, борясь съ крайностями обоихъ направленій, Кавелинъ приходитъ къ тому, что, хотя, какъ онъ выражается, „носители психической жизни“ матеріальны — мозгъ и нервы (это дань матеріализму), но существуютъ извѣстныя „первоначальныя“ и „прирожденныя“ свойства души, какъ особаго существа, а именно: способность внутренняго зрѣнія и способность получать и сохранять психическія впечатлѣнія, и все психическое и есть обнаруженіе этихъ свойствъ души (это дань идеализму). Вотъ синтезъ, который приводитъ къ примиренію идеализма съ матеріализмомъ, какъ вѣрно замѣтилъ проф. Троицкій. Примѣненіе той же гегелевой „тріады“ мы находимъ при разрѣшеніи Кавелинымъ крестьянскаго вопроса въ знаменитой его „Запискѣ“. Развѣ освобожденіе крѣпостныхъ крестьянъ съ землею и на началахъ выкупа не есть синтезъ, примиреніе двухъ противоположностей: правъ помѣщиковъ на землю и правъ крестьянъ на нее? Наконецъ, даже въ такомъ вопросѣ, какъ западничество и славянофильство, мы находимъ примѣненіе „трехчленнаго ритма“. Эти двѣ, какъ ихъ называетъ Кавелинъ, „школы“ являются полными антиподами, противоположностями; Кавелинъ ихъ примиряетъ, но.... въ своемъ лицѣ: онъ былъ западникомъ, со значительною примѣсью славянофильства, онъ объединилъ въ себѣ лучшія стороны западничества и славянофильства.

И вотъ, мы, начавъ съ философіи Гегеля, съ его діалектическаго закона, подошли къ личности Константина Дмитріевича. Это былъ замѣчательно синтетическій, объединяющій, примиряющій умъ, и это качество его ума перешло въ область его души — и душа его была, да простятъ мнѣ присяжные психологи, синтети-

ческая, объединяющая, примиряющая. Мы, молодые тогда, въ первые годы по преобразованіи Академіи, товарищи его, крѣпко объединились вокругъ нашего, какъ мы его называли и въ глаза и за глаза, патріарха; мы шли къ нему съ нашими житейскими тезисами и антитезисами, и онъ вносилъ миръ въ нашу среду.

Жизнь и смерть—тоже тезисъ и антитезисъ, и синтезъ ихъ возможенъ, но въ области творческаго духа; при жизни — творческій духъ дѣятеленъ, онъ творитъ, раскрываетъ свою творческую силу, по смерти—духъ лишается этой способности: творческая сила его изсякаетъ, но духъ, уже раскрывшійся въ твореніяхъ, продолжаетъ жить въ потомствѣ; и въ этомъ смыслѣ можно сказать: Кавелинъ живъ!

V.

УЧАСТІЕ

ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

въ отправленіи гражданскаго правосудія.

Актовая рѣчь 8 февраля 1905 г.

Мм. Гг! На мою долю выпала высокая честь занять ваше просвѣщенное вниманіе традиціонною актовою рѣчью. Избралъ я вопросъ, близко затрагивающій, съ одной стороны, интересы юридической науки, съ другой — интересы правосудія — этихъ двухъ могучихъ рычаговъ общественнаго механизма. Интересы науки права не исчерпываются удовлетвореніемъ пытливости и любознательности человѣческаго ума; въ интересы ея входитъ и общественное служеніе, между прочимъ, содѣйствіе дѣлу отправленія правосудія; правосудіе же прямо не достижимо безъ помощи и содѣйствія науки права.

Жизненные силы и соки науки проникаютъ въ дѣло отправленія правосудія вообще и гражданскаго въ частности различными путями. Одинъ изъ самыхъ наглядныхъ путей — подготовка научно-образованныхъ судебныхъ дѣятелей юридическими школами — университетами, лицеями, академіями и т. п. Школа юридическая, отнюдь не задаваясь практическими цѣлями, давая своимъ питомцамъ строго научное образованіе, тѣмъ самымъ дѣлаетъ ихъ умѣлыми дѣятелями въ отправленіи правосудія. Но этотъ путь далеко не единственный. Юристъ, надлежаще подготовленный школою, чтобы стоять на высотѣ своего призванія, продолжаетъ, скажу болѣе, поставленъ въ необходимость продолжать питаться свѣжими плодами науки: новыя ученія, новыя квалификаціи и конструкціи, новыя толкованія закона, даже

новыя историческія изысканія, должны быть имъ усваиваемы въ продолженіе всей его судебной дѣятельности. Въ обоихъ этихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло — въ первомъ, съ будущими, во второмъ, съ настоящими судебными дѣятелями, имѣющими заняться или занимающимися ex professo отправленіемъ правосудія и не претендующими на званіе ученыхъ юристовъ. Но есть и такіе пути проникновенія науки въ правосудіе, когда участіе въ послѣднемъ принимаютъ профессіональные ученые-юристы и во всеоружіи своихъ научныхъ познаній оказываютъ непосредственную помощь суду. Такое участіе выражается въ нѣсколькихъ формахъ. Не говоря уже о случаяхъ оставленія профессіональными учеными-юристами своей прежней дѣятельности и вступленіи въ ряды судебныхъ дѣятелей, сюда относятся, какъ совмѣстительство, т. е. тотъ случай, когда представитель науки, оставаясь таковымъ, въ то же время состоитъ судебнымъ дѣятелемъ, такъ и тѣ уже отжившія свое время формы, когда ученые-юристы или приглашались въ составъ суда ad hoc, только по данному дѣлу, въ качествѣ судей—это средневѣковые итальянскіе causidici [1]), или избирались въ судьи сторонами — это понтифексы древнѣйшей исторіи Рима [2]). Сюда же надо отнести тотъ въ высшей степени интересный случай, когда ученый-юристъ, не покидая своей профессіи, не вступая въ ряды судебныхъ дѣятелей, не будучи даже временно введенъ въ составъ суда или избранъ въ судьи, приглашается лишь высказать свое компетентное мнѣніе по возбужденному въ данномъ дѣлѣ вопросу права, дать responsum, consitium, consultation, Gutachten, заключеніе. На этомъ-то случаѣ я и намѣренъ подробнѣе остановиться.

Какую бы форму судъ, въ пору своего зарожденія, ни принялъ въ той или другой странѣ, несомнѣнно, вездѣ лица, призванныя творить судъ, изыскивали всевозможныя средства для правильнаго разрѣшенія гражданскихъ споровъ; средства эти съ теченіемъ времени пріумножались, совершенствовались, входя въ обиходъ суда, постоянно однообразно примѣняясь; складывались судебные обычаи, usus fori. Съ развитіемъ начала государственности, постепенно пробивается стремленіе фиксировать судебно-обычное право: первые сборники судебныхъ правилъ были сборниками обычно-правовыхъ нормъ; санкціонированные государствен-

---

[1]) Ficker. Forschungen zur Reichs und Rechtsgeschichte Italiens. B. III. S. 101—103.

[2]) Ihering. Geist des röm. R. B. I. S. 297. Покровскій. Право и фактъ въ римскомъ правѣ, т. II, стр. 58, 63, 71.

ною властью, они обращались въ сборники законовъ. Съ этой лишь поры начинаетъ проявляться законодательное творчество въ усовершенствованіи способовъ и средствъ наилучшаго разрѣшенія гражданскихъ споровъ; судъ въ дѣятельности своей подчиняется уже этимъ законодательнымъ нормамъ. Но переходъ дѣла упорядоченія судебной дѣятельности въ руки законодателя не парализовалъ, да и не могъ парализовать, особенно вначалѣ, творческую силу суда, проявляющуюся въ установленіи тѣхъ или иныхъ правилъ, не противорѣчащихъ закону, обращавшихся со временемъ въ правила судебно-обычныя. И эти судебно-обычныя нормы продолжаютъ фиксироваться законодателемъ, обращаться въ законы, при чемъ, однако, творческая дѣятельность законодательства не оскудѣваетъ: она продолжается рядомъ, параллельно. Исторія занимающаго насъ института заключеній ученыхъ-юристовъ представляетъ большой интересъ со стороны взаимоотношенія и взаимодѣйствія судебно-обычныхъ нормъ и законовъ, то воплотившихъ въ себя эти нормы, то являвшихся съ самостоятельнымъ содержаніемъ. Замѣчательное явленіе: творчество законодателя въ данномъ случаѣ, съ точки зрѣнія цѣли и значенія института, оказалось сплошь неудачнымъ, и продукты этого творчества недолговѣчными, а судебно-обычныя нормы, то фиксированныя, то не фиксированныя законодателемъ, далеко пережили продукты его творчества и продолжаютъ жить по-сейчасъ.

I.

Зачатки участія ученыхъ знатоковъ права въ дѣлѣ суда находимъ въ древнемъ Римѣ. По мнѣнію однихъ ученыхъ [1]) явленіе это было извѣстно уже въ царскій періодъ римской исторіи: царь вѣдалъ всѣ дѣла управленія и суда и въ затруднительныхъ случаяхъ обращался къ знатокамъ права, требуя отъ нихъ объясненій, заключеній; такими знатоками права были жрецы, понтифексы. По другому мнѣнію понтифексы, хотя и были знатоками права, но ихъ дѣятельность выражалась не въ дачѣ заключеній по вопросамъ права, а въ исполненіи чисто-судебныхъ обязанностей; дѣятельность ихъ была юрисдикціонная, при чемъ, по мнѣнію однихъ [2]), спорящія стороны избирали ихъ своими судьями; по мнѣнію другихъ [3]), они судили въ составѣ коллегіи, съ

[1]) Karlowa. Römische Rechtsgeschichte. B. 1. S. 58.
[2]) Ihering, н. с. l. c. Покровскій, н. с. l. c.
[3]) Puchta. Institutionen B 1. S. 23.

царемъ, какъ pontifex maximus, во главѣ. Всѣ эти мнѣнія основаны на болѣе или менѣе остроумныхъ догадкахъ. Если допустить, что взглядъ на понтифексовъ царскаго періода какъ на судей имѣетъ за себя большую достовѣроятность и вѣроятность, то взглядъ на нихъ, какъ на юрисконсультовъ, можетъ быть принятъ и находитъ себѣ полное подтвержденіе въ источникахъ лишь по отношенію къ послѣдующему періоду исторіи Рима, періоду республиканскому. Юрисдикціонная ихъ дѣятельность, благодаря появленію децемвировъ, центумвировъ и частныхъ присяжныхъ судей, скоро исчезаетъ; на ихъ долю, приблизительно, въ теченіе доброй половины республиканскаго періода, остается лишь дѣятельность юрисконсультская. Заключенія понтифексовъ до появленія свѣтскихъ юристовъ, какъ процессуальный институтъ, намъ очень мало извѣстны. Имѣются лишь свѣдѣнія о томъ, что существовала коллегія понтифексовъ, которая избирала на годъ одного изъ своихъ членовъ для дачи заключеній по дѣламъ гражданскимъ [1]) и обсуждала болѣе спорные и сомнительные вопросы, этому члену предложенные [2]). Responsa давались отдѣльными понтифексами, а не всей коллегіею, при чемъ, надо полагать, къ нимъ обращались и тяжущіеся, и судьи. О юридической обязательности для судей ихъ заключеній никакихъ слѣдовъ мы не находимъ, тѣмъ не менѣе несомнѣнно, что пока на смѣну понтифексамъ не выступили свѣтскіе юристы, заключенія ихъ обладали громаднымъ авторитетомъ и нравственно были безусловно обязательны. Но если скудны свѣдѣнія наши о формальной сторонѣ responsa понтифексовъ, то многое извѣстно намъ касательно матеріальной, внутренней стороны ихъ дѣятельности. Такъ называемая понтификальная юриспруденція,—продуктъ ихъ юрисконсультской дѣятельности—колыбель современной науки гражданскаго права; она положила основаніе тому анализу, который прославилъ потомъ римскихъ юристовъ [3]); предложенныя понтифексами различенія, установленныя ими юридическія понятія, являются основою современной системы гражданскаго права; такія понятія, какъ права вещныя и права обязательственныя, права на чужую вещь и т. п. обязаны своимъ происхожденіемъ понтификальной юриспруденціи [4]). Со времени изданія XII таблицъ проявляется во всемъ блескѣ и другая сторона этой юриспруденціи—истолковательная; понтифексы дали рядъ драгоцѣнныхъ пріемовъ толкованіи закона;

[1]) L. 2 § 6 D. de orig. juris. I. 2 (Pomponius).
[2]) Krüger. Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts. 1. 49.
[3]) Муромцевъ. Гражданское право древняго Рима, стр. 180.
[4]) Karlowa, н. с., стр. 478.

аналогія, какъ пріемъ толкованія законовъ, дающій возможность „поддерживать юридическія нормы въ согласіи съ жизнью“, широко примѣнялась понтифексами и перешла къ намъ, какъ пріемъ восполненія „недостатка“ законовъ. Высокое качество плодовъ дѣятельности понтифексовъ даетъ послѣднимъ полное право на званіе ученыхъ-юристовъ, и заключенія ихъ нельзя не признать формою участія представителей науки въ гражданскомъ процессѣ. Но эта дѣятельность понтифексовъ мало-по-малу угасаетъ. Спеціальное изученіе и знаніе науки права захватываетъ все болѣе и болѣе широкіе круги. Жречество вообще и понтификатъ въ частности были исключительнымъ достояніемъ патриціевъ; они были даже орудіемъ въ рукахъ патриціевъ, стремившихся, какъ извѣстно, къ усиленію и упроченію своего значенія и вліянія. Понтификатъ принималъ кастическій характеръ, пополняя свои ряды членами понтификальныхъ родовъ; знаніе права было монополизировано понтифексами; въ сферѣ, ихъ окружающей, знанія эти были мало доступны; малодоступность усиливалась по мѣрѣ развитія и осложненія самой науки. Но вотъ связь между религіею и правомъ ослабѣваетъ, ослабѣло благодаря этому и значеніе понтифексовъ. Терялъ свое значеніе и патриціатъ; плебеямъ былъ открытъ доступъ къ понтификату (Lex Ogulnia). Издаются сборники формулъ и исковъ, выработанныхъ понтифексами (jus Flavianum). Рядомъ съ понтифексами являются лица, не принадлежащія къ жречеству, которыя посвящаютъ себя изученію права и даютъ заключенія лицамъ, къ нимъ обращающимся; около нихъ собираются группы ихъ учениковъ: учителя даютъ свои заключенія въ присутствіи этихъ учениковъ. Кругъ образованныхъ юристовъ расширяется; изъ провинціи молодежь пріѣзжаетъ въ Римъ учиться юриспруденціи у свѣтскихъ ученыхъ, слава коихъ крѣпнетъ и распространяется; образуются искусные, а затѣмъ и великіе мастера. Выдержать съ ними конкурренцію было не по силамъ понтификату—онъ долженъ былъ уступить и постепенно уступалъ имъ мѣсто въ области responsa. Jurisconsulti, prudentes продолжали чисто-научную работу понтифексовъ.

Популярность свѣтскихъ ученыхъ-юристовъ росла неимовѣрно; они пользовались колоссальнымъ, вполнѣ заслуженнымъ ими, уваженіемъ въ глазахъ и общества, и государства. Domus jurisconsulti, говоритъ Цицеронъ, totius est oraculum civitatis [1]). Собирая въ домахъ своихъ массу слушателей, окруженные на форумѣ толпою вопрошающихъ, наиболѣе выдающіеся изъ нихъ

[1]) Cicero De orat. I, 45.

становились любимцами народными. Слава хорошаго юрисконсульта обезпечивала достиженіе высокихъ государственныхъ должностей. Одному изъ нихъ, Сципіону, по свидѣтельству Помпонія, государство подарило домъ на лучшей улицѣ Рима,—via Sacra—дабы удобнѣе было обращаться къ нему за заключеніями [1]). Но... tempora mutantur... Что составляло чуть не предметъ обожанія, что такъ культивировалось въ республиканскія времена, стало предметомъ ненависти и вызвало реакцію въ періодъ императорскій. Въ императорахъ возбуждалась понятная ревность къ юрисконсультамъ: дѣло образованія и развитія права какъ бы ускользнуло изъ ихъ рукъ, и самая видная роль въ этомъ великомъ дѣлѣ выпала на долю ученыхъ-юристовъ; магистраты, присяжные судьи, общество не только прислушивались къ ихъ голосамъ, но и слѣпо имъ вѣрили. Надо было такъ или иначе сломить ихъ авторитетъ. Императоръ Августъ былъ слишкомъ уменъ, чтобы сразу устранить или ограничить дѣятельность юрисконсультовъ; онъ задумался надъ вопросомъ: какъ привести ихъ дѣятельность въ связь съ новымъ государственнымъ устройствомъ и поставить ее въ зависимость отъ него: можно было объявить ихъ дѣятельность чисто частною или признать эту дѣятельность государственною. Онъ избралъ средній путь: онъ предоставилъ имъ особое право, jus respondendi, право давать заключенія по судебнымъ дѣламъ ex autoritate principis [2]); дача заключеній, освященныхъ авторитетомъ императора, была монополизирована: императоръ предоставилъ это право лицамъ, признаннымъ имъ достойными, а такъ какъ заключенія эти освящены высокимъ авторитетомъ, имъ была присвоена, въ значительной мѣрѣ, обязательная сила. Такимъ путемъ были достигнуты двѣ цѣли: юрисконсульты поставлены въ зависимость отъ императора и ограничена свобода присяжныхъ судей [3]). Каково же было положеніе юрисконсультовъ, оставшихся за флагомъ, не удостоенныхъ jus respondendi? Право давать заключенія у нихъ отнято не было, но заключенія ихъ носили чисто приватный характеръ; они ни для кого не имѣли обязательной силы; нравственная ихъ обязательность основывалась или на внутренней убѣдительности ихъ или на авторитетѣ респондента; но авторитетъ этотъ естественно подтачивался тѣмъ, что jus respondendi они удостоены не были. Въ удостоеніи этомъ господствовалъ полный произволъ. Это видно

[1]) L. 2 § 37 D. de orig. juris I. 2 (Pomponius).
[2]) Puchta, н. с., стр. 324
[3]) Karlowa, н. с., стр. 661.

изъ не отвѣчающихъ истинѣ оправданій Августа: онъ скрывалъ истинные мотивы введенія jus respondendi, прикрываясь тѣмъ, что responsa, даваемыя по праву, жалуемому императоромъ, будутъ обладать большимъ авторитетомъ; а когда императору Адріану нужно было отказать ученому въ удостоеніи jus respondendi, то и онъ также сказалъ неправду, указавъ, что это право предоставляется не изъ милости, а за заслуги [1]). Словомъ, фальшь лежала въ основѣ jus respondendi, но рядомъ съ нимъ, если и не процвѣтало, то продолжало жить такое по существу свободное явленіе, какъ заключенія ученыхъ, не удостоенныхъ патента на расположеніе императора.

II.

Какъ процессуальный институтъ, responsa prudentium послѣ появленія свѣтскихъ юрисконсультовъ, какъ при одновременномъ функціонированіи ихъ съ понтифексами, такъ и послѣ вытѣсненія послѣднихъ носили довольно опредѣленное очертаніе. Прежде всего, въ виду совмѣстнаго существованія jus respondendi, въ собственномъ смыслѣ, и права лицъ, его не удостоенныхъ, давать заключенія, надо констатировать два вида responsa prudentium, рѣзко другъ отъ друга отличающіеся: responsa publica и responsa privata. Различаются они по лицамъ, коими давались, и по степени обязательности: первыя давались лишь лицами, имѣвшими jus respondendi, и имѣли, хотя и въ извѣстныхъ предѣлахъ, обязательную силу; вторыя давались и лицами, не имѣвшими jus respondendi, и ни для кого обязательной силы не имѣли. Но не слѣдуетъ думать, что это дѣленіе есть чисто субъективное, т.-е. что responsum будетъ publicum только потому, что оно давалось лицомъ, имѣвшимъ jus respondendi; нѣтъ, различеніе это объективное: лицо, и обладающее jus respondendi, могло, при извѣстныхъ условіяхъ, давать лишь responsum privatum, ни для кого не обязательное. Различіе между responsa privata и responsa publica проявлялось, какъ увидимъ, еще въ двухъ направленіяхъ: со стороны мотивировки и формы заключеній. Да и исторически responsa privata предшествовали responsa publica.

Что касается лицъ, которыя давали заключенія, то ограниченія были установлены только относительно responsa publica: давать ихъ могли, какъ мы сказали, лишь лица, получившія

[1]) S. 2 § 47 D. de orig. jur. I. 2 (Pomponius).

jus respondendi отъ императора, при чемъ, повидимому, оно не испрашивалось, а давалось proprio motu [1]). Форма, въ какой оно предоставлялось, совершенно неизвѣстна; изъ выраженій „concessum erat", „datur" [2]) и т. п. никакихъ выводовъ сдѣлать нельзя. Изъ того, что Адріанъ отклонилъ просьбу о предоставленіи jus respondendi въ формѣ рескрипта, нельзя выводить, что право это даровалось въ такой именно формѣ; въ данномъ случаѣ рескриптъ данъ въ отвѣтъ на просьбу. О лицахъ, коимъ jus respondendi не было предоставлено, только и можно сказать, что они „fiduciam studiorum suorum habebant": это были лица, пользовавшіяся довѣріемъ, благодаря своимъ знаніямъ. Обращались за заключеніями къ отдѣльнымъ ученымъ, хотя едва-ли можетъ подлежать сомнѣнію, что юрисконсульты, по крайней мѣрѣ пользовавшіеся jus respondendi, если и не имѣли точно опредѣленной корпоративной организаціи, подобной коллегіи понтифексовъ, то собирались и подвергали обсужденію болѣе сложные и спорные вопросы. Это видно уже изъ того, что въ случаѣ совмѣстнаго обсужденія вопроса въ responsa упоминалось, состоялось ли рѣшеніе единогласно или большинствомъ голосовъ [3]). Наконецъ, нельзя не вѣрить Ювеналу, упоминающему о томъ, что юрисконсульты засѣдали близъ храма Аполлона—„sedebant et tractabant" [4]).

Кто обращался за заключеніями? Обращеніе къ юрисконсультамъ за заключеніемъ никогда не было интегрирующей частью гражданскаго процесса, никогда ни для кого это обращеніе не было обязательнымъ. Это зависѣло вполнѣ отъ усмотрѣнія органовъ судебной власти и тяжущихся. Имѣются вполнѣ достовѣрныя, хотя и скудныя, данныя, что за заключеніями обращались магистраты, преторы; не говоря уже о томъ, что издававшіеся ими эдикты часто носили на себѣ явные слѣды участія въ составленіи ихъ ученыхъ юристовъ [5]), они несомнѣнно обращались къ послѣднимъ и по дѣламъ, у нихъ возбужденнымъ. Такъ Ульпіанъ свидѣтельствуетъ, что преторъ Флавій-Респектъ обратился къ Цельсію съ просьбой дать заключеніе по вопросу о значеніи послѣдующаго подтвержденія лицомъ дѣйствія, совершеннаго имъ во время несовершеннолѣтія [6]), и что преторъ

---

[1]) Ibid.
[2]) Ibid.
[3]) Ibid.
[4]) Zimmern. Geschichte des römischen Privatrechts bis Iustinian. B. 1. S. 200. 201.
[5]) Karlowa, н. с., стр. 479.
[6]) L. 3 § 1 D. de minor. IV. 4 (Ulpianus).

Юліанъ обратился къ Папиніану по вопросу о судьбѣ приданаго послѣ смерти мужа [1]) и т. п. Ни одинъ преторъ не обходился безъ помощи своихъ друзей-юрисконсультовъ [2]). Засимъ, обращались къ ученымъ-юристамъ и судьи, judex'ы. Это общее мнѣніе всѣхъ романистовъ, хотя прямого указанія въ источникахъ не имѣется. Наконецъ, обращались къ юрисконсультамъ непосредственно и тяжущіеся—это самый распространенный случай; именно онъ имѣется въ виду во множествѣ сохранившихся до насъ правилъ, касающихся responsa. За заключеніями могли, конечно, обращаться и повѣренные тяжущихся (procuratores и cognitores); но бывали случаи, такъ сказать, смѣшанные: обращались за заключеніями сами тяжущіеся, а получали эти заключенія не они, а ихъ повѣренные [3]).

Что касается содержанія заключеній ученыхъ-юристовъ, то, конечно, оно ограничивалось исключительно юридическою стороною дѣла; обсужденію подвергался казусъ, возникшій въ судебной практикѣ; въ responsum указывалось, какъ его разрѣшить. Обыкновенно, сначала излагался этотъ казусъ, затѣмъ формулировался вопросъ: „quaesitum est", и, наконецъ, слѣдовалъ отвѣтъ, обыкновенно въ третьемъ лицѣ: „respondit". Но было возможно и обращеніе съ общимъ вопросомъ права и отвѣтъ въ общей формѣ. Это было возможно, по крайней мѣрѣ, со времени перваго понтифекса максимуса изъ плебеевъ, Тиберія Корунканія, который публично объявилъ, что будетъ давать responsa по общимъ вопросамъ. И дѣйствительно, во многихъ responsa вовсе не упоминается о казусѣ, а сразу ставится общій вопросъ послѣ „quaesitum est". Въ обсужденіе фактической стороны дѣла ученые вовсе не входятъ—для нихъ это, какъ и для претора, гипотетически твердо стоящій, установленный матеріалъ. Но кромѣ безспорности фактическаго матеріала для возможности надлежащаго заключенія требовалась достаточная его опредѣленность и полнота; юристъ Сцевола по одному дѣлу отказался дать заключеніе, ссылаясь на неопредѣленность и неполноту матеріала и невозможность юридически квалифицировать данный искъ [4]). Иногда, конечно, и при неполнотѣ и неопредѣленности матеріала responsum было возможно въ условной формѣ: если такой-то фактъ имѣлъ мѣсто — предлагалось одно заключеніе, если не

---

[1]) L. 2 D. de pact. XXIII. 4 (Ulpianus).
[2]) Puchta, н. с., стр. 177.
[3]) Krüger, н. с., стр. 111.
[4]) L. 13. § 1 D. de annuis leg. XXXIII 1 (Scaevola).

имѣлъ—другое и т. п. [1]). Въ содержаніе responsum входили и мотивы его, если изложеніе ихъ представлялось необходимымъ. Въ этомъ отношеніи проводилось различіе между responsa privata и responsa publica. Первыя, какъ ни для кого необязательныя, дѣйствующія лишь своею внутреннею убѣдительностью, должны были быть мотивированы; вторыя же, какъ въ извѣстныхъ случаяхъ юридически обязательныя, могли быть и не мотивированы; лаконичность нѣкоторыхъ изъ нихъ доходила до того, что юрисконсультъ ограничивался однимъ словомъ: Сцевола на вопросъ, заканчивающійся фразой: danda sit utilis actio?—отвѣтилъ однимъ словомъ: danda [2]). Иное дѣло, когда ожидалось или уже имѣлось въ виду суда заключеніе, противное интересамъ стороны, тогда responsum мотивировалось [3]).

Относительно времени дачи заключеній надо сказать, что они давались, какъ до начала процесса,—что иногда очевидно изъ самой постановки вопроса,—такъ и, преимущественно, въ теченіе процесса. Естественно возникаетъ вопросъ: во всякой ли стадіи процесса возможно было обращеніе за responsum, особенно въ процессѣ формулярномъ (о легисакціонномъ я не говорю, такъ какъ свѣдѣнія о немъ очень неполны и сбивчивы, а воспроизведенія его въ наукѣ фантастичны и безпочвенны)—были ли responsa возможны какъ въ стадіи in jure, передъ преторомъ, такъ и in judicio, передъ судьею? Отвѣтъ на этотъ вопросъ уже предрѣшенъ: разъ самъ преторъ, дѣятель въ стадіи in jure, и судья, дѣятель въ стадіи in judicio, могли ex officio обращаться за responsa, значитъ, послѣднія были возможны и in jure и in judicio. Что и стороны могли обратиться за заключеніями и представить ихъ суду въ любой изъ этихъ стадій, не можетъ подлежать сомнѣнію. — никакихъ основаній выставить какія-либо ограниченія на этотъ счетъ не имѣется. Не находимъ мы также никакихъ препятствій къ допустимости заключеній въ обѣихъ стадіяхъ процесса со стороны процессуальнаго характера и существа каждой изъ этихъ стадій. Стадія in jure была какъ нельзя болѣе пригодна для использованія заключеній; responsa находили себѣ въ стадіи in jure родственную сферу: содержаніе responsa было чисто юридическое, а въ стадіи in jure преторъ имѣлъ дѣло съ юридическими вопросами—о примѣненіи и толкованіи опредѣленныхъ источниковъ права, о примѣненіи новыхъ

---

[1]) Krüger, н. с., стр. 111.
[2]) L. 8. De excus. XXXII, 1 (Scaevola).
[3]) Karlowa, н. с., стр. 110.

нормъ, о составленіи формулы, о ея дополненіяхъ и т. п. Сомнѣнія могутъ возникнуть относительно стадіи in judicio, стадіи по преимуществу фактической. Конечно, въ стадіи этой на первомъ планѣ стояли вопросы факта—собственно провѣрка того, что̀ преторъ предполагалъ условно-существующимъ или несуществующимъ; но изъ этого не слѣдуетъ, что никакихъ юридическихъ вопросовъ судьямъ не приходилось разрѣшать, и, слѣдовательно, никакой помощи они отъ ученыхъ-юристовъ не могли ожидать. Напротивъ, не надо забывать, съ одной стороны, что формулы преторскія были очень кратки и лаконичны, и требовалось ихъ толкованіе, съ другой, что преторъ вовсе не исходилъ изъ того, что judex профанъ въ области права; онъ, не стѣсняясь, употреблялъ такія выраженія, смыслъ и значеніе коихъ могли быть раскрыты лишь лицомъ, свѣдущимъ въ правѣ; напр., иски называлъ онъ технически установившимися названіями, говорилъ о dolus и culpa, dominium и possessio, testamentum и codicillus, ссылался на leges и senatusconsulta и т. п.; judex, устанавливая факты, считался съ ихъ юридическимъ характеромъ, предѣлами и послѣдствіями и т. п.; когда въ формулѣ не было квалификаціи иска, judex'у приходилось его квалифицировать, т.-е. рѣшать вопросы о наличности его условій, основаній и т. д. Всѣхъ юридико-логическихъ операцій, которыя приходилось производить judex'у, не перечесть. Было достаточно юридической работы и судьѣ, и тяжущимся, и имѣлось достаточно поводовъ обращаться къ помощи ученыхъ-юристовъ.

Что касается формы, въ которую облекались responsa, то она была различна, смотря по тому, было ли responsum privatum или publicum. Первое давалось или устно на судѣ, при чемъ ученый выступалъ не въ качествѣ представителя стороны, даже не orator'a, а какъ юрисконсультъ, лишь отвѣчающій на вопросы права—или письменно; при безусловно свободномъ отношеніи къ responsa privata, и форма была свободна: юрисконсультъ излагалъ свое заключеніе въ письмѣ къ претору или судьѣ; если стороны обращались за заключеніемъ, то сами приносили или письмо или запись устнаго заключенія, сдѣланную либо самимъ юрисконсультомъ, либо стороною, при чемъ въ послѣднемъ случаѣ вѣрность записи удостовѣрялась свидѣтелями [1]). Responsa publica всегда облекались въ письменную форму; собственноручное заключеніе юрисконсульта должно было быть снабжено его печатью, а запись устнаго заключенія—печатями

[1]) Karlowa, н. с., стр. 660. L. 2 § 47 D. de orig. jur. 1. 2.

свидѣтелей. Эти формальности имѣли важное значеніе какъ гарантія подлинности заключеній [1]).

Наконецъ, значеніе responsum для суда было различно. Responsa privata ни для кого не имѣли обязательнаго значенія. До введенія jus respondendi всѣ responsa были privata, но послѣ введенія его, таковое необязательное значеніе, т.-е. характеръ responsa privata сохранили: во-1-хъ, responsa даваемыя лицами, коимъ jus respondendi не было даровано; для достиженія главной цѣли введенія jus respondendi,—поставить юристовъ въ зависимость отъ императоровъ,—вовсе не требовалось запрещенія лицамъ, этимъ правомъ не обладающимъ, давать responsa; достаточно было не придавать ихъ responsa обязательнаго значенія. Во-2-хъ, характеръ responsa privata сохранили заключенія, даваемыя по иниціативѣ преторовъ и судей юрисконсультами, удостоенными jus respondendi, разъ для нихъ не было обязательно обращеніе къ юрисконсультамъ, разъ стороны не могли этого требовать, то и самыя responsa, если они были ими истребованы, не могли имѣть для нихъ обязательнаго значенія [2]). Наконецъ, въ-3-хъ, таковой приватный характеръ сохранили responsa, даваемыя лицами, имѣвшими jus respondendi, при испрошеніи ихъ сторонами, когда дѣло находилось въ стадіи in jure; нельзя допустить, чтобы responsa были обязательны для претора и въ случаѣ испрошенія ихъ тяжущимися; это выводъ изъ того, что, во-1-хъ, преторъ занималъ слишкомъ высокое положеніе, чтобы императоры рѣшились связать его заключеніями ученыхъ, во-2-хъ, одна изъ цѣлей введенія jus respondendi,—ограничить свободу судей,—не могла касаться претора, и, въ-3-хъ, во всѣхъ источникахъ нашихъ, гдѣ рѣчь идетъ объ обязательности responsa, говорится о judex'ѣ, которому стороны представляли responsa, а не о преторѣ [3]). Обязательными для суда, какъ responsa publica, признавались, слѣдовательно, заключенія, данныя имѣвшими jus respondendi юрисконсультами, по просьбѣ тяжущихся и въ стадіи in judicio. Обязательность эта простиралась, однако, не далѣе того судьи, который разрѣшалъ дѣла. Мнѣніе объ общей обязательности responsa, т.-е. и для другихъ судей [4]), ни на чемъ не основано; но для даннаго судьи они имѣли силу закона. Но судья могъ отклонить responsa, какъ по формальнымъ, такъ и по матеріальнымъ причинамъ; по формальнымъ, напр., когда сомнѣвался, что

[1]) Karlowa, н. с. l. c. L. 2 § 47 D. h. t.
[2]) Krüger, н. с., стр. 110.
[3]) Gai. Institut. I. 7. Justin. Instit. § 8 de jure nat. I. 2.
[4]) Scheurl. Beiträge zur Bearbeit. des röm. R. B. I. S. 121.

responsum исходитъ отъ юриста, имѣющаго jus respondendi, и по матеріальнымъ, напр., когда изложенныя въ responsum фактическія обстоятельства не соотвѣтствовали установленному судьею составу фактовъ [1]). Обязательность заключенія, какъ responsum publicum, однако, падала, и оно получало характеръ responsum privatum, когда обѣ стороны предъявляли заключенія, одно другому противорѣчащія; въ этомъ случаѣ, какъ говоритъ Гай, основываясь на рескриптѣ Адріана: judici licet, quam velit, sententiam sequi.

Responsa prudentium, съ описаннымъ нами довольно опредѣленнымъ юридическимъ обликомъ, однако, постепенно исчезаютъ отъ взоровъ въ историческомъ туманѣ, покрывшемъ императорскій Римъ. Упадокъ юриспруденціи, измельчаніе научныхъ силъ, съ одной стороны, откровенное оглашеніе, что императоръ есть единственный conditor et interpres legum, привели къ вымиранію responsa prudentium. Живыхъ юрисконсультовъ предложено было замѣнить мертвыми: судьямъ и тяжущимся рекомендовано было въ случаѣ сомнѣній обращаться къ сочиненіямъ старыхъ авторовъ. Конечно, трудно установить моментъ исчезновенія responsa изъ судебнаго обихода; я полагаю даже, что responsa непатентованныхъ юристовъ вовсе не прекращали, быть можетъ, даже влачить свое жалкое существованіе; что же касается jus respondendi и порожденныхъ имъ responsa publica, то послѣднее извѣстіе объ удостоеніи этого права относится къ временамъ Діоклетіана. Юстиніанъ говоритъ о немъ, какъ о явленіи давно-прошедшемъ.

Сыгравъ свою внѣшнюю историческую роль, исчезнувъ какъ процессуальное явленіе, responsa prudentium оставили неизгладимые слѣды въ судебной практикѣ, законодательствѣ, наукѣ древняго Рима. Слѣды ихъ явственно видны въ формулахъ преторовъ, рѣшеніяхъ judex'овъ, преторскихъ эдиктахъ, императорскихъ конституціяхъ; на Дигестахъ, какъ законодательномъ актѣ, не только отразились responsa—множество фрагментовъ являются извлеченіемъ изъ responsa и quaestiones знаменитыхъ юрисконсультовъ. Но Дигесты не только законодательный актъ—это сокровищница римской юриспруденціи, это все, или почти все, что̀ сохранилось отъ римской науки права и лежитъ въ основѣ современной науки гражданскаго права. Мы безъ преувеличенія можемъ сказать, что масса положеній римскаго права, сдѣлавшихся достояніемъ и гордостью науки, ставшихъ руководящими

[1]) Karlowa, н. с., стр. 660.

началами судебной практики, давшихъ образцы законодательныхъ опредѣленій, нашли себѣ впервые выраженіе въ responsa римскихъ юристовъ...

III.

Въ періодъ расцвѣта юриспруденціи въ средневѣковой Италіи мы тамъ снова встрѣчаемся съ responsa prudentium подъ названіемъ consilia sapientium. Названіе другое—существо то же самое: ученые юристы, сначала отдѣльно, а потомъ, по зарожденіи университетовъ, въ составѣ коллегій, давали совѣты судамъ, судьямъ и тяжущимся по отдѣльнымъ гражданскимъ дѣламъ. Эти consilia не являются чѣмъ-то заимствованнымъ у римлянъ—тогда бы они сразу приняли форму своего первообраза: скорѣе ихъ можно разсматривать, какъ результатъ изученія и распространенія римскаго права. Пока право это, какъ чужое, не пробило себѣ дѣйствительнаго пути въ судебную практику, до тѣхъ поръ и не было случаевъ обращенія къ ученымъ юристамъ. А пробивало оно себѣ путь очень медленно. Повелѣніе покорителя Италіи Юстиніана, чтобы на всю покоренную территорію распространились плоды его законодательной дѣятельности, и прежде всего Дигесты, осталось пустымъ звукомъ. На протяженія шести вѣковъ примѣненіе ихъ было весьма слабое. Конратъ даже полагаетъ, что въ Италіи было неизвѣстно, что Дигесты изданы Юстиніаномъ [1]), т.-е. что самыя Дигесты были знакомы, но не знали лишь, что это „дѣйствующій законъ“. Можетъ быть это слишкомъ смѣлое предположеніе, но несомнѣнно, что раньше XI вѣка о практическомъ значеніи римскаго права въ Италіи едва-ли можно говорить. Но задолго до того почва для его примѣненія подготовлялась. Извѣстно, что, особенно въ итальянскихъ городахъ, было не мало лицъ хорошо знакомыхъ съ римскимъ правомъ; были въ Италіи въ седьмомъ и восьмомъ вѣкахъ дѣйствительно ученые юристы, писавшіе научные трактаты преимущественно по римскому праву; извѣстно также, что въ Римъ ѣздила провинціальная, итальянская молодежь изучать юриспруденцію у великихъ учителей и по возвращеніи на родину стремилась приложить свои знанія, такъ или иначе, къ жизни. Но въ общемъ все это было очень далеко до глубокаго воспріятія римскаго права. Съ пробужденіемъ интереса къ этому праву,

[1]) Conrat (Cohn). Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter. 8. 73.

оно даетъ себя знать въ судебной практикѣ, и появляются все чаще и чаще consilia sapientium. Оно и понятно: мѣстные суды и судьи, не находя въ національномъ правѣ отвѣта на вопросы все болѣе развивающагося гражданскаго быта, тяжущіеся, не видя въ судьяхъ лицъ, обладающихъ достаточными знаніями для рѣшенія сложныхъ вопросовъ, обращались къ ученымъ, свѣдущимъ юристамъ, знатокамъ римскаго права. Болонскій университетъ сталъ однимъ изъ сильнѣйшихъ двигателей въ развитіи юриспруденціи и распространеніи римскаго права; учрежденіе его въ XII в. — это эра, съ которой идетъ счетъ періода расцвѣта итальянской юриспруденціи. Косвенно онъ повліялъ и на развитіе consilia, но юрисконсультская дѣятельность его профессоровъ не выступаетъ особенно выпукло. Правда, извѣстенъ случай (1154 г.), когда подестъ г. Болоньи разрѣшилъ какое-то гражданское дѣло, какъ онъ выразился: consilio sapientium meorum, т.-е. пользуясь заключеніемъ профессоровъ Болонскаго университета [1]). Профессора эти неохотно занимались консиліями. Въ Болонскомъ университетѣ были двѣ юридическія коллегіи, къ которымъ можно было обращаться за заключеніемъ, но онѣ, чтобы устранить себя отъ консультаціонной дѣятельности, до крайности повысили цѣну за заключенія [2]). То же имѣло мѣсто и въ Пизанской коллегіи [3]).

Средневѣковыя итальянскія consilia sapientium, какъ процессуальный институтъ, представляютъ не малый интересъ, такъ какъ они оказали извѣстное вліяніе на исторію занимающаго насъ института, именно, на образованіе и развитіе его въ Германіи.

Свѣдѣнія наши о consilia sapientium въ церковныхъ и коронныхъ судахъ очень скудны. Извѣстно лишь, что суды эти рѣшали дѣла consilio sapientium laicorum. Мы не знаемъ даже, кому принадлежала иниціатива обращенія къ ученымъ; есть основаніе думать, что въ большинствѣ случаевъ сами суды и судьи ex officio къ нимъ обращались, хотя извѣстенъ случай (1119 г.), когда это обращеніе было сдѣлано съ согласія тяжущихся; но тутъ судья-епископъ былъ третейскимъ судьей, вѣрнѣе судьей пророгированнымъ, и въ составъ договора входило обращеніе къ ученымъ [4]). Форма заключеній была устная и письменная; по-

[1]) Ficker, н. с., стр. 322.

[2]) Savigny. Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. B. III. S. 180, 235—237.

[3]) Ibid., стр. 306.

[4]) Ficker, н. с., стр. 307.

слѣдняя постепенно входила въ обычай; бывали случаи обращенія къ иногороднимъ ученымъ; тогда, конечно, присылались письменныя заключенія [1]). Обязательнаго значенія consilia, очевидно, не имѣли; нѣтъ никакихъ на это указаній, а самое слово consilium, совѣтъ, исключаетъ мысль объ обязательности.—Болѣе подробныя свѣдѣнія сохранились о consilia въ городскихъ судахъ—судахъ сначала консула, а затѣмъ подеста, они-то и представляютъ тотъ историческій интересъ, о которомъ я упомянулъ. По вопросу, къ кому можно было обращаться за заключеніемъ, въ статутахъ итальянскихъ городовъ мы не находимъ указаній на университетскія коллегіи; рѣчь идетъ только объ отдѣльныхъ лицахъ, извѣстныхъ своими познаніями, при чемъ въ статутѣ Модены даже косвенно запрещено обращаться къ иногороднимъ ученымъ: заключенія могли давать лишь лица имматрикулированныя въ городѣ [2]). Что касается иниціативы обращенія за consilia, то таковая принадлежала, какъ судьямъ, такъ и тяжущимся. Когда подестъ самъ судилъ, то онъ обращался къ ученымъ-юристамъ, а когда подъ вліяніемъ римскаго права создалось слабое подобіе двухъ стадій процесса, in jure и in judicio, и подестъ назначалъ по отдѣльнымъ дѣламъ особыхъ судей, то право обращаться за заключеніями переходило къ послѣднимъ [3]). Иниціатива тяжущихся заключалась въ томъ, что они могли обратиться не къ ученому непосредственно, а къ судьѣ, прося его обратиться за заключеніемъ. Выборъ ученыхъ принадлежалъ судьѣ, когда по его иниціативѣ надлежало обратиться за заключеніемъ; когда же иниціатива исходила отъ тяжущихся, то они выбирали, при чемъ могли еще до суда остановиться на данномъ лицѣ и затѣмъ уже заявить объ этомъ суду [4]), или каждая изъ сторонъ предлагала судьѣ нѣсколькихъ ученыхъ, и тотъ, на которомъ они сошлись, считался избраннымъ; если же избраніе почему-либо не состоялось, то судья избиралъ ученыхъ [5]). Отсылка дѣла, т.-е. просьбы суда о дачѣ заключенія со всѣми документами, производилась въ присутствіи тяжущихся; дѣло запечатывалось въ особый пакетъ и per fidam personam отправлялось къ ученому. Въ просьбѣ указывалось на срокъ, къ которому заключеніе должно быть доставлено въ судъ [6]). Форма заключе-

[1]) Ibid., стр. 307, 305, 333—334.
[2]) Ficker, н. с., стр. 322.
[3]) Ibid., стр. 322—323.
[4]) Ibid., стр. 322.
[5]) Wach. Arrestproc. S. 193 Anm. 62.
[6]) Ibid., l. c.

нія была исключительно письменная; къ назначенному сроку оно должно было быть прислано судьѣ, тоже въ запечатанномъ пакетѣ [1]). Заключеніе имѣло безусловно обязательную силу для суда—онъ долженъ былъ ему подчиниться. Если было дано заключеніе нѣсколькими учеными, то оно было обязательно при единогласіи; при разногласіи же обязательно было мнѣніе большинства давшихъ заключеніе. Если судья не подчинялся заключенію, то подвергался денежному штрафу, а самое рѣшеніе его признавалось недѣйствительнымъ [2]).

Consilia sapientium имѣли крупное историческое значеніе не только какъ процессуальный институтъ и слѣдовательно въ области гражданскаго процесса, но и какъ совокупность научныхъ мнѣній по вопросамъ права гражданскаго. Къ XIII стол. они были чрезвычайно распространены, и авторы ихъ стали издавать сборники своихъ заключеній; образовалась цѣлая литература; громкія имена Бальдуса, Бартолуса и др. встрѣчаются въ этой богатой литературѣ. Она не только заслужила вниманіе ученыхъ, но и высоко ими цѣнится [3]). Къ XV ст. она достигла высшей точки своего проявленія. Вліяніе ея на дальнѣйшее развитіе гражданскаго права было громадно и вышло далеко за предѣлы Италіи. Если то, что̀ называется рецепціей римскаго права, было въ сущности рецепціей права римско-итальянскаго, если главнѣйшимъ средствомъ для достиженія рецепціи было распространеніе научныхъ знаній въ этой области, если, наконецъ, въ трудахъ итальянскихъ юристовъ и въ качественномъ и въ количественномъ отношеніи преобладали сборники ихъ заключеній по судебнымъ дѣламъ [4]), то этимъ уже все сказано въ смыслѣ того громаднаго значенія, какое имѣли въ исторіи права consilia sapientium.

IV.

Германія восприняла римское право въ его итальянской разработкѣ. Масса молодежи ѣздила въ Италію учиться, слушала профессоровъ университетовъ Болоньи и Падуи; государство и города учреждали стипендіи для лицъ, ѣдущихъ учиться въ Италію; въ зарождающихся, молодыхъ германскихъ университетахъ,

---

[1]) Ibid., l. c. Ficker, н. с., стр. 322.
[2]) Wach, н. с., стр. 193 Anm. 62.
[3]) Savigny, н. с., т. 6, стр. 470.
[4]) Ibid., стр. 20.

было не мало итальянцевъ профессоровъ [1]). Все это содѣйствовало не только изученію и примѣненію къ жизни римскаго права, но и ознакомленію съ тѣмъ, какъ оно примѣнялось въ Италіи, какими средствами облегчалось тамъ его примѣненіе. Самымъ осязательнымъ, и для насъ въ данномъ случаѣ имѣющимъ особенно важное значеніе, результатомъ этого ознакомленія было обращеніе германскихъ, преимущественно церковныхъ судовъ, за consilia къ итальянскимъ ученымъ-юристамъ [2]) и въ итальянскіе университеты [3]). Отсюда былъ шагъ до обращенія къ своимъ ученымъ, къ своимъ университетамъ. Шагъ этотъ скоро и былъ сдѣланъ.

Съ XIII ст. въ Германіи появляются consilia sapientium, какъ процессуальное явленіе, въ видѣ обращенія за заключеніями къ отдѣльнымъ нѣмецкимъ ученымъ-юристамъ [4]), а съ XV ст. въ видѣ обращенія къ нѣмецкимъ университетамъ [5]). Успѣлъ образоваться не малый контингентъ своихъ ученыхъ знатоковъ римскаго права; они уже въ силахъ были удовлетворить потребности практики и выводить ее изъ затрудненій въ примѣненіи реципированнаго права; судьи несомнѣнно отстали отъ людей науки въ знакомствѣ съ римскимъ правомъ; адвокаты тоже, оказавшіеся знатоками римскаго права, постоянно ссылались на римскіе источники, на отдѣльные тексты и приводили судей въ большое смущеніе—тексты эти судьи плохо понимали [6]). До XV вѣка суды обращались исключительно къ отдѣльнымъ ученымъ и обращались весьма часто; тяжущіеся отъ нихъ не отставали. Изготовленіемъ заключеній занимались не только профессора, но и Privatgelehrte, обративъ это въ свою профессію [7]). Много сохранилось весьма цѣнныхъ сборниковъ этихъ заключеній; сохранилось не мало и судебныхъ рѣшеній, постановленныхъ при участіи ученыхъ; рѣшенія эти поразительно, по формѣ и способамъ выраженія, напоминаютъ рѣшенія итальянскихъ судовъ, постановлявшихся при участіи sapientes [8]): очевидно, авторы этихъ рѣшеній учились въ Италіи. Сначала услугами ученыхъ

---

[1]) Stölzel. Die Entwickelung des gelehrten Richterthums. B. I. S. 46. Stinzing. Geschichte der deutsch. Rechtswissenschaft B. I. S. 23. 24. 62.

[2]) Stobbe. Geschichte der deutschen Rechtsquellen. B. I. S. 629.

[3]) Ibid., B. II. S. 75.

[4]) Stölzel, н. с., стр. 191—193.

[5]) Первый случай былъ въ 1413 году. Stobbe, l. c.

[6]) Schultze. Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung. S. 204.

[7]) Stinzing, н. с., стр. 65.

[8]) Stölzel, н. с., т. I, стр. 180.

пользовались суды церковные и третейскіе судьи, а затѣмъ и свѣтскіе, не исключая шеффеновъ, встрѣчавшихъ постоянныя затрудненія при рѣшеніи дѣлъ. Словомъ, консультаціонная дѣятельность отдѣльныхъ ученыхъ приняла громадные размѣры, но тѣмъ не менѣе о юридической структурѣ института заключеній ученыхъ, получившихъ названіе Rechtliche Gutachten, мы ничего не знаемъ. Надо думать, что слагался usus fori по образцу итальянскихъ городскихъ судовъ, но, вѣроятно, безъ обязательности этихъ заключеній для суда.

Болѣе полны наши свѣдѣнія объ университетскихъ заключеніяхъ. Съ XV в. рядомъ съ консультаціонной дѣятельностью отдѣльныхъ ученыхъ, какъ мы сказали, начинается таковая дѣятельность университетовъ. Прежде всего, издается рядъ мѣстныхъ законодательныхъ актовъ, предписывающихъ судамъ обращаться къ университетамъ за Gutachten [1]); засимъ, статуты нѣкоторыхъ университетовъ даютъ рядъ правилъ о порядкѣ составленія заключеній [2]), и, наконецъ, какъ видно изъ изданныхъ консультантами сборниковъ заключеній, сложились и нѣкоторые usus fori [3]). Институтъ представляется въ такомъ видѣ. За Gutachten суды обращались обыкновенно въ одинъ, а иногда и два университета; иногда въ законѣ прямо указывалось, въ какіе университеты, преимущественно мѣстные, по дѣламъ даннаго суда надлежитъ обращаться; въ большинствѣ же случаевъ предлагалось обращаться къ „unparteiische, unverdächtige“ университетамъ. Инициатива обращенія могла принадлежать и суду и сторонамъ; первымъ законъ иногда указывалъ, когда именно они могутъ обратиться за Gutachten: въ случаѣ разногласія среди судей и въ случаѣ затруднительности. Повидимому, если въ законѣ прямо не былъ указанъ университетъ, то выборъ того или другого принадлежалъ суду. Сносился съ университетомъ судъ. Объ обязательности для университетовъ дать испрашиваемое Gutachten прямо не упоминалось, но это разумѣлось само собой въ тѣхъ случаяхъ, когда предписаніе обращаться къ университету содержалось въ законѣ, при чемъ, конечно, обязанъ былъ дать заключеніе университетъ, находящійся въ территоріи, на которую законъ распространялъ свою силу; для остальныхъ университетовъ это было лишь правомъ, которымъ они, однако, всегда пользовались. Форма Gutachten была всегда письменная, при чемъ пи-

---

[1]) Ibid., т. II, стр. 76—78.
[2]) Ibid., т. I, стр. 199—200.
[3]) Ibid., т. I, стр. 227.

салось оно отъ имени не университета, а факультета и подписывалось двумя или тремя членами, принимавшими участіе въ его составленіи. Gutachten должно было быть составлено не менѣе какъ тремя членами факультета; оно должно было быть изготовлено не позже двухъ дней со времени полученія дѣла и вручено тому, кто дѣло доставилъ. Значеніе Gutachten, судя по выраженіямъ Rath, Belehrung, должно было быть не обязательно для суда; но имѣются данныя, которыя указываютъ на обязательность его при двухъ условіяхъ: во-1-хъ, когда обѣ стороны просили объ испрошеніи Gutachten, и, во-2-хъ, когда дача заключенія была возложена на два университета и они оба дали тождественные отвѣты.

Съ теченіемъ времени эта консультаціонная дѣятельность университетовъ до крайности разрослась. Такъ, въ Ростокскомъ университетѣ она выразилась въ цифрѣ 600 Gutachten въ годъ [1]), въ Грейфсвальдскомъ—150 [2]). Такое непомѣрное отвлеченіе профессоровъ отъ непосредственныхъ ихъ обязанностей долго продолжаться не могло, и по мѣрѣ улучшенія состава судовъ, пополненія ихъ образованными, знакомыми съ римскимъ правомъ, юристами, — къ чему такъ усердно стремилась государственная власть,—дѣятельность университетовъ въ области Gutachten входила въ нормальныя границы. Впрочемъ, эти колебанія не могутъ быть отнесены исключительно на счетъ Gutachten въ собственномъ смыслѣ: университеты оказывали помощь судамъ и въ иной формѣ...

V.

Рядомъ съ консультаціонною дѣятельностью университетовъ съ начала XVI ст. проявляется дѣятельность университетскихъ коллегій болѣе рѣшительная и рѣшающая. Нарождается какъ-бы новый институтъ, неудачно названный „отсылкой актовъ“, „Actenversendung“, неудачно потому, что въ названіи схвачена лишь внѣшняя черта явленія, а не сущность его. Actenversendung было высшей точкой, до которой могли достигнуть заключенія университетскихъ коллегій со стороны своей юридической силы. Если римскія responsa prudentium publica, средневѣковыя итальянскія consilia sapientium и старыя германскія Gutachten университетовъ имѣли для суда обязательную силу лишь при извѣстныхъ

[1]) Stölzel, н. с., т. I, стр. 200.
[2]) Stobbe, н. с., стр. 78.

условіяхъ, то заключенія, состоявшіяся путемъ Actenversendung, были и матеріально и формально безусловно обязательны для суда: университетская коллегія, точнѣе, юридическій факультетъ облекалъ свое заключеніе въ форму рѣшенія отъ имени того суда, который обратился къ университету; судъ только объявлялъ какъ-бы свое рѣшеніе. Дальше этого, если не обращать университетъ въ форменный судъ, уже нельзя было идти.

Происхожденіе и развитіе института Actenversendung представляетъ большой историческій интересъ. Сложился онъ изъ крайне разнообразныхъ элементовъ, чужеземныхъ и національныхъ, т.-е. средневѣковыхъ итальянскихъ и старогерманскихъ, элементовъ, связанныхъ съ его существомъ, и постороннихъ, т.-е. касающихся его какъ заключенія и возникшихъ на почвѣ другого института, а именно,—отсылки дѣла въ другой судъ; какъ мнѣніе университетской коллегіи—это старое германское Gutachten; какъ процедура отсылки дѣла—это учрежденіе средневѣково-итальянское, смѣшанное съ старо-германской отсылкой дѣла въ другой судъ; какъ порученіе составить рѣшеніе—это та же германская отсылка дѣла. Что касается исторической послѣдовательности въ сочетаніи этихъ элементовъ, то сначала, несомнѣнно, выработались извѣстныя намъ правила университетскихъ Gutachten и затѣмъ къ нимъ были присоединены правила отсылки дѣлъ въ высшій судъ съ порученіемъ составить рѣшенія, а эти правила дополнены извѣстными намъ средневѣково-итальянскими правилами о consilia sapientium, практиковавшимися въ городскихъ судахъ. Въ Германіи существовалъ старинный обычай: когда судъ, въ особенности судъ шеффеновъ, при рѣшеніи дѣла встрѣчалъ затрудненіе въ томъ или другомъ юридическомъ вопросѣ, то онъ пересылалъ дѣло въ другой судъ, пріобрѣвшій извѣстность своими знаніями въ области права; такіе авторитетные суды получили названіе Oberhöfe, высшіе суды, такъ какъ къ нимъ посылались также уже рѣшенныя дѣла ad revidendum. Въ Oberhöfe засѣдали рядомъ съ практиками и ученые-юристы. Сами стороны, а иногда одинъ изъ шеффеновъ, отвозили дѣло въ высшій судъ; сначала отвозилась только краткая записка (cedil), заключавшая въ себѣ изложеніе дѣла, а впослѣдствіи и всѣ документы [1]). Oberhöfe составляли рѣшеніе на основаніи присланныхъ данныхъ не отъ своего имени, а отъ имени суда, къ нимъ обратившагося. Рѣшеніе отсылалось въ судъ и объявлялось тяжущимся, какъ рѣшеніе не Oberhöf'a, а самого суда. Въ

[1]) Schultze, н. с., стр. 43.

университетскихъ городахъ вмѣсто Oberhöfe были особыя общества (Genossenschaften) [1]), подъ названіемъ Schöffenstühle, отправлявшія ихъ функціи; они иногда сплошь состояли изъ однихъ профессоровъ. Oberhöfe стали предметомъ гоненія со стороны владѣтельныхъ князей, такъ какъ таковыми судами, вслѣдствіе дробленія Германіи на мелкія политическія единицы, почти всегда оказывались не свои мѣстные суды, а суды сосѣдніе, чужіе. Владѣтельные князья не пожелали терпѣть такое ненормальное явленіе, чтобы чужой судъ, въ сущности, предписывалъ мѣстному, своему, какъ разрѣшить то или другое дѣло; они видѣли въ этомъ отрицаніе своей самостоятельности, независимости. Начинается изданіе законовъ, запрещающихъ судамъ обращаться къ чужимъ Oberhöfe, при чемъ предоставляется обращаться къ самимъ князьямъ и въ ихъ канцеляріи или въ свои Schöffenstühle, гдѣ они были учреждены или, наконецъ, къ университетамъ, къ юридическимъ факультетамъ. Вскорѣ владѣтельные князья отклонили отъ себя эту функцію, а Schöffenstühle исчезли сами собой, слившись съ университетскими коллегіями [2]). Такимъ образомъ, къ юридическимъ факультетамъ перешла функція Oberhöfe и дѣятельность ихъ опредѣлялась—какъ правилами этихъ судовъ, такъ и правилами о Gutachten и consilia sapientium. Результатомъ явилось уродливое явленіе, поражающее своею внутреннею и внѣшнею фальшью [3]).

VI.

Въ теченіе трехъ столѣтій накопился законодательный матеріалъ, по которому можно себѣ составить болѣе или менѣе точное представленіе объ институтѣ „Actenversendung“. По правдѣ сказать, матеріалъ этотъ не обиленъ, всего около десятка законодательныхъ актовъ общаго характера и рядъ мѣстныхъ узаконеній, съ теченіемъ времени все отпадавшихъ, вслѣдствіе постепеннаго упраздненія самого института. Мы изобразимъ послѣдній въ томъ видѣ, въ какомъ онъ оказался наканунѣ общаго его упраздненія.

Инициатива въ отсылкѣ дѣла въ университетъ принадлежала какъ сторонамъ, такъ и суду. О пользованіи такимъ способомъ

---

[1]) Ibid., стр. 199.

[2]) Stölzel, н. с., т. I, стр. 219—231. Stinzing, н. с., т. I, стр. 64—65. Stobbe, н. с., стр. 19.

[3]) Bülow, н. с., стр. 50—51.

разрѣшенія дѣла могли просить объ стороны вмѣстѣ [1]), одна же сторона, безъ присоединенія къ ней другой, могла объ этомъ просить лишь при наличности важныхъ причинъ (erhebliche Ursachen), и когда дѣло разсматривалось въ судѣ второй степени [2]); но по нѣкоторымъ мѣстнымъ законодательствамъ никакихъ ограниченій въ правѣ каждой изъ сторонъ отдѣльно просить объ отсылкѣ дѣла не установлено [3]). Суду принадлежала инициатива лишь въ случаяхъ, въ законѣ прямо указанныхъ, а именно, въ дѣлахъ фиска и по спорамъ между обладателями патримоніальной судебной власти [4]) и лицами имъ подчиненными [5]), а также, по нѣкоторымъ мѣстнымъ законодательствамъ, при равенствѣ голосовъ, оказавшемся при рѣшеніи дѣла въ судѣ [6]) и когда не могло быть достигнуто большинства голосовъ [7]). По нѣкоторымъ мѣстнымъ законодательствамъ дѣло должно было отсылаться въ указанный въ мѣстномъ законѣ университетъ [8]). Въ отсутствіе такого ограниченія выборъ того или другого университета принадлежалъ суду. Нѣкоторые университеты пользовались большою популярностью, такъ что къ нимъ обращались со всѣхъ концовъ Германіи [9]). Стороны могли лишь косвенно вліять на этотъ выборъ; имъ предоставлялось право устраненія (jus eximendi): они могли устранить три университета безъ указанія причинъ, а большее число лишь въ случаѣ признанія судомъ причинъ устраненія уважительными [10]). Объ университетѣ, на которомъ остановился судъ, сторонамъ не сообщалось—это оставалось для нихъ тайною [11]). Отсылка дѣла происходила безъ предварительнаго изъявленія университетомъ своего согласія: составленіе рѣшеній по порученію судовъ считалось munus publi-

---

[1]) Reichs-Abschied v. 1750. § 85, Coburg. Gesetz d. Civilpr. betref. v. 1858. art. 117.

[2]) Reichs-Deput.-Absch. v. 1600. § 16, D. Bund.-Absch. S. 1815. § 12. Lippisch. Gesetz d. Rechtspfl. betref. v. 1859. § 88, 90.

[3]) Adhalt Gesetz. d. betr. Proc.-Ord. v. 1864. Tit. 13 § 4.

[4]) Stölzel, н. с., стр. 342—348, 549—594.

[5]) Renaud Lehrb. d. d. Civilproc. S. 63. Ср. напр. Pr.-Landr. Th. II, Tit. 17 § 26 и слѣд.

[6]) Lippisches Gesetz v. 1859. § 83.

[7]) Coburg. Gesetz v. 1858. §§ 117, 118.

[8]) Landtagabsch. und Revers v. Küstlin. v. 1611. art. 11.

[9]) Hegler. Die pract. Thätigkeit der Juristenfacult. im XVII und XVIII Jahr. S. 7—8.

[10]) Reichs-Deput.-Absch. v. 1600. § 16.

[11]) Endemann. Das d. Civilprocess. S. 169. Wetzel, System des ord. Civilpr. S. 538.

cum университетовъ [1]). Самая отсылка, т.-е. упаковка и запечатаніе, происходили въ присутствіи сторонъ [2]), которыя предварительно извѣщались о мѣстѣ и времени отсылки; адресъ на пакетѣ писался уже по ихъ уходѣ. Отсылались прошенія, заявленія, документы, представленные сторонами, частныя опредѣленія суда и т. п. съ просьбою суда составить рѣшеніе [3]). Стороны, явясь въ судъ ко времени отсылки, могли провѣрить посылку, представить дополнительные документы; тутъ же онѣ могли дѣлать вышеупомянутое заявленіе объ устраненіи того или другого университета. Всему этому составлялся протоколъ, при составленіи котораго стороны могли оговорить замѣченныя ими неправильности [4]). Факультетъ, носившій въ этой функціи названіе Spruchcollegium, не извѣщалъ судъ о полученіи актовъ, а приступалъ къ производству. Деканъ, въ ближайшемъ по полученіи или въ особомъ засѣданіи, сообщалъ собранію факультета о полученной просьбѣ; факультетъ избиралъ особаго докладчика, который, по изученіи дѣла, долженъ былъ къ одному изъ послѣдующихъ засѣданій изготовить рефератъ; въ рефератѣ этомъ излагалась не только фактическая и юридическая сторона дѣла, но и сужденія и предположенія самого докладчика; факультетъ во второмъ засѣданіи обсуждалъ раздѣльно, по пунктамъ, вопросы, которые были или поставлены судомъ или выдѣлены докладчикомъ. Согласно принятымъ факультетомъ заключеніямъ, докладчикъ изготовлялъ мотивированное рѣшеніе, которое читалось и обсуждалось со стороны вѣрности, полноты и редакціи въ послѣднемъ засѣданіи факультета. Рѣшеніе составлялось, какъ мы уже упоминали, отъ имени суда, который поручилъ факультету его составленіе [5]); писалось оно: „auf eingeholten (или vorgelegten) Rath auswertiger Rechtsgelehrter“ [6]), что, какъ справедливо замѣчаетъ Сарторіусъ [7]), совершенно неправильно; слѣдовало бы писать: „Das Gericht NN erkennt nach eingeholtem Spruche“. Самое рѣшеніе подписывалось деканомъ и отсылалось въ судъ [8]). По полученіи судомъ рѣшенія фа-

[1]) Bülow, н. с., стр. 40.

[2]) Reichs-Deput.-Absch. v. 1600. § 16.

[3]) Wetzel, н. с., стр. 538.

[4]) Elsässer. Ueber den Geschäftsgang bei Versend. der Akten въ прилож. къ Danz-Grunds. der summarisch. Processe. S. 13—14.

[5]) Ibid., стр. 25—54. Reichs-Absch. v. 1654. § 153 и слѣд. v. 1750 § 25.

[6]) Wetzel, н. с., стр. 529. Bülow, н. с., стр. 51, прим. 38.

[7]) Sartorius. Revision der Lehre v. d. Actenversendung въ Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. B. 14. S. 241. Anm. 1.

[8]) Elsässer, н. с., стр. 70.

культета, назначался день и часъ объявленія его тяжущимся. Если они являлись, то въ ихъ присутствіи предсѣдатель суда вскрывалъ пакетъ и предлагалъ секретарю прочесть рѣшеніе, составленное факультетомъ [1]). Судъ не былъ въ правѣ ни измѣнять, ни исправлять рѣшенія съ матеріально-правовой стороны; но если въ рѣшеніи имѣлись нарушенія процессуальныхъ формъ и правилъ, то исправленіе ихъ допускалось [2]); если же судъ усматривалъ въ рѣшеніи такіе существенные и очевидные недостатки, которые дѣлали его ничтожнымъ, то, объявивъ объ этомъ сторонамъ, отсылалъ дѣло въ другой университетъ [3]). — Обжалованіе рѣшенія, конечно, допускалось, и оно подлежало исполненію на основаніи общихъ правилъ о рѣшеніяхъ даннаго суда.

Actenversendung, въ описанной формѣ, вызвала съ теоретической стороны большія недоумѣнія; она не поддавалась точной и опредѣленной юридической квалификаціи. Источникомъ недоумѣній былъ вопросъ о томъ, какія собственно функціи отправляетъ университетъ, факультетъ — что это учрежденіе въ данномъ случаѣ изъ себя изображаетъ. То видѣли въ немъ подобіе суда присяжныхъ, то подобіе суда шеффеновъ, то случай mandatum jurisdictionis, т.-е. порученіе осуществить судебную власть, то юридическую экспертизу [4]). Для государства, не особенно интересовавшагося этими теоретическими построеніями, мало-помалу стало выясняться лишь одно, а именно, что судъ въ полномъ объемѣ, безъ урѣзокъ, долженъ принадлежать исключительно его органамъ, и что, какъ ни квалифицировать Actenversendung, несомнѣнно, что при ней университеты выполняютъ несвойственныя имъ судебныя функціи, т.-е. часть того, что должно исходить отъ государства. Сами, всячески покровительствовавъ своимъ doctores,—пока нужны были ихъ знанія римскаго права, изъ котораго извлекались основанія для усиленія государственной власти [5]),—правители германскихъ государствъ, узрѣвъ въ Actenversendung нѣчто умаляющее ихъ власть, стали враждебно относиться къ этому институту. Уже въ концѣ XVI ст. мы находимъ симптомы, неблагопріятные для Actenversendung, находимъ случай враждебнаго къ нему отношенія власти, случай быть можетъ пока и исключительный и, по мнѣнію Штельцеля, не ока-

---

[1]) Ibid., стр. 77.
[2]) Wetzel, н. с., стр. 539, пр. 64. Bülow, н. с., стр. 10.
[3]) Sartorius, н. с., стр. 242. Bülow, н. с., стр. 10—11.
[4]) Критику этихъ воззрѣній см. у Bülow'a, н. с., стр. 14—44.
[5]) Stobbe, н. с., стр. 49.

завшій никакого вліянія на практику [1]). „Мы, говоритъ разгнѣванный ландграфъ Вильгельмъ, обращаясь къ Кильскому городскому суду, назначили судьями Васъ, а не университеты". Съ XVIII ст. начинается уже постепенное упраздненіе этого института; въ однихъ случаяхъ Actenversendung прямо отмѣняется, въ другихъ, напр. въ Лейпцигѣ, изъ состава факультета выдѣляется Spruchcollegium въ особое судебное учрежденіе, а затѣмъ уже, черезъ 10 лѣтъ вводится новое процессуальное законодательство, прямо отмѣнившее Actenversendung [2]). Къ 1879 году, году введенія общаго устава гражданскаго судопроизводства, Actenversendung сохранилась лишь въ нѣсколькихъ маленькихъ германскихъ княжествахъ. Съ введеніемъ въ дѣйствіе устава 1877 г. институтъ оказался упраздненнымъ, хотя въ самомъ уставѣ прямого указанія къ его упраздненію не имѣется, а въ комиссіи составителей устава, какъ и въ законодательныхъ инстанціяхъ, никто даже словомъ о немъ не обмолвился. Es wurde zu Tode geschwigen, какъ мѣтко выразился Бюловъ. Actenversendung не какъ заключеніе ученой коллегіи, а какъ особая форма процесса, съ участіемъ факультета, какъ особаго органа, отправляющаго судебную функцію, признана и теоріей и практикой несовмѣстимою съ современнымъ германскимъ судоустройствомъ и гражданскимъ судопроизводствомъ: факультетъ, какъ особый судъ, не подходитъ ни подъ одинъ изъ особенныхъ судовъ извѣстныхъ уставу; право судебныхъ учрежденій поручать составленіе рѣшеній факультетамъ и обязанность послѣднихъ исполнять подобныя порученія не находятъ себѣ никакихъ точекъ опоры въ уставѣ; наконецъ, письменная форма производства въ факультетѣ является не признаннымъ уставомъ отступленіемъ отъ общей, устной формы процесса [3]). Такъ исчезъ институтъ, въ которомъ старые нѣмецкіе процессуалисты видѣли: одни — существенную гарантію безпристрастнаго, нелицепріятнаго рѣшенія гражданскихъ дѣлъ [4]), другіе — торжество германской свободы [5]), третьи—нѣчто созданное ко благу юстиціи и на пользу тяжущимся [6])...

---

[1]) Stölzel, н. с., стр. 225.
[2]) Brasch. Geschichte der Universität Leipzig. S. 43.
[3]) Bülow, н. с., стр. 52—53.
[4]) Osterloh, н. с., стр. 206.
[5]) Göonner-Handbuch des gem. deutsch. Processes. B. I. S. 279.
[6]) Sartorius, н. с., стр. 246.

VII.

Что же сталось съ Gutachten, въ видѣ свободныхъ внутренно-авторитетныхъ мнѣній, заключеній ученыхъ, юристовъ? Они продолжали свое существованіе не только рядомъ съ Actenversendung, но и послѣ отмѣны послѣдней въ отдѣльныхъ частяхъ Германіи, и именно въ тѣхъ частяхъ, гдѣ она была отмѣнена. Мало того, они пережили Actenversendung даже послѣ общаго ея упраздненія и появляются посейчасъ. Выразились они въ своей естественной, свободной формѣ, какъ въ видѣ Gutachten отдѣльныхъ профессоровъ, такъ и въ видѣ Rechtliche Gutachten университетскихъ коллегій.

Что касается первыхъ, то множество сборниковъ заключеній, появившихся въ XVII и XVIII вѣкахъ, свидѣтельствуютъ о живучести и распространенности института рядомъ съ Actenversendung; о томъ же за XIX в. свидѣтельствуетъ масса, отдѣльно изданныхъ или помѣщенныхъ въ юридическихъ журналахъ, заключеній извѣстныхъ профессоровъ. Можно, безъ преувеличенія, сказать, что нѣтъ такого знаменитаго германскаго цивилиста, который не внесъ бы болѣе или менѣе цѣнный вкладъ въ науку въ видѣ заключеній по судебнымъ дѣламъ. Ни высокая научная образованность судей, ни отсутствіе законодательныхъ опредѣленій, наталкивающихъ судъ и тяжущихся обратиться за совѣтомъ къ профессорамъ, не помѣшали развиваться, крѣпнуть, пріобрѣсть устойчивость обычаю обращаться къ ученымъ—въ этомъ сказалась какая-то внутренняя неизбѣжность, рвалась наружу неодолимая потребность. И ученые шли навстрѣчу этой потребности, по мѣрѣ силъ и досуга старались ее удовлетворить. Не надо забывать, что и судъ и стороны могли пользоваться учеными юристами путемъ и Actenversendung,—пока и гдѣ она еще не была отмѣнена,—и обращеніемъ къ факультетамъ за Rechtliche Gutachten, но они, по крайней мѣрѣ, во многихъ случаяхъ, предпочитали этимъ путямъ обращеніе къ отдѣльнымъ профессорамъ. Это предпочтеніе слѣдуетъ себѣ объяснить тѣмъ, что авторы Rechtliche Gutachten всегда были извѣстны, тогда какъ факультетскія заключенія были съ формальной стороны коллективными научными работами. Большое значеніе, конечно, имѣлъ членъ-докладчикъ, но онъ оставался неизвѣстнымъ; степень участія выдающихся членовъ-цивилистовъ, даже, быть можетъ, и подписавшихъ заключеніе, тоже была неизвѣстна. Заключеніе от-

дѣльнаго профессора принадлежитъ опредѣленному автору; если онъ былъ выдающимся, извѣстнымъ ученымъ, то и заключеніе его имѣло бо́льшій авторитетъ, заставляло съ собою считаться. Извѣстныя Gutachten Іеринга, Лабанда, Дернбурга, Ваха, Гольдштадта, Рено, Беккера и др. должны были имѣть бо́льшее значеніе и вліяніе, чѣмъ заключенія тѣхъ факультетовъ, къ которымъ они принадлежали; было неизвѣстно, въ какой мѣрѣ они участвовали въ составленіи заключенія, да и вообще участвовали ли. Въ крайне рѣдкихъ случаяхъ, докладчики обнародывали факультетскія заключенія подъ своимъ именемъ [1]). Наконецъ, нельзя не констатировать того факта, что заключенія отдѣльныхъ профессоровъ оказываются болѣе цѣнными съ научной стороны, чѣмъ заключенія университетскихъ коллегій. Многія изъ первыхъ являются въ сущности учеными трактатами, имѣющими большую научную цѣнность, занявшими почетное мѣсто въ литературѣ. Достаточно напомнить заключеніе Іеринга по дѣлу Гейской желѣзной дороги. Между тѣмъ, заключенія, исходящія отъ факультетовъ, не выходятъ за предѣлы посредственныхъ трудовъ; въ большинствѣ эти работы выполнены очень добросовѣстно, съ большимъ знаніемъ и съ основательной аргументаціей. Старинный обычай издавать эти заключенія въ видѣ сборниковъ къ XIX в. исчезъ, а отдѣльные оттиски ихъ затерялись и лишь изрѣдка всплываютъ, какъ находка. Я думаю, если бы эти сборники и продолжали издаваться, то ни одинъ изъ нихъ не имѣлъ бы такого научнаго значенія, какъ, напр., двухтомный сборникъ заключеній профессора Рено [2]) или значительная часть Vermischte Schriften Іеринга, гдѣ помѣщены его заключенія. Можно позавидовать судамъ, для которыхъ эти заключенія были написаны: они находили въ нихъ богатое научное подспорье.

Процессуальная сторона заключеній отдѣльныхъ профессоровъ мало извѣстна. Обращались за заключеніями, во-1-хъ, стороны непосредственно; это—случай самый распространенный. Испрошенное заключеніе, по полученіи, печатается и представляется суду; судъ не ставилъ и не ставитъ никакихъ формальныхъ преградъ къ полному использованію заключеній: онъ не только принимаетъ эти заключенія, но и допускаетъ ихъ обсужденіе сторонами во время слушанія дѣла и, наконецъ, самъ ссылается на нихъ въ своемъ рѣшеніи, хотя о заключеніяхъ

---

[1]) Напр. Іерингъ свое заключеніе по дѣлу акц. общ. Лукка-Пистойской жел. дор. см. Ihering. Vermischte Schriften. S. 241—361.

[2]) Renaud. Rechtsgutachten. 2 B. 1873.

этихъ въ процессуальныхъ законахъ ни слова не говорится. Нерѣдки случаи, когда обѣ стороны представляютъ по нѣскольку заключеній, и судъ имѣетъ передъ собою четыре и болѣе мнѣній иногда знаменитыхъ профессоровъ; напр., по упомянутому дѣлу Гейской жел. дор. были представлены заключенія четырехъ профессоровъ: Іеринга, Рено, Гейслера и Броше. Во-2-хъ, судъ ex officio могъ и можетъ обратиться за заключеніями къ отдѣльнымъ ученымъ; признано это судебной практикой въ очень категоричной формѣ. Но объ условіяхъ, предѣлахъ и способахъ пользованія этимъ правомъ намъ ничего не извѣстно. Часто приводимому нѣмецкими процессуалистами рѣшенію Любекскаго апелляціоннаго суда отъ 21 марта 1843 г. [1]) нельзя придавать общаго значенія ни со стороны содержанія заключенія ученыхъ, ни со стороны его квалификаціи. Рѣшеніемъ этимъ допущено обращеніе къ профессорамъ по вопросамъ „иностранныхъ законодательствъ вообще и моисеева законодательства въ частности". Изъ этого нельзя дѣлать вывода, что допустимость обращенія ограничена вообще этими случаями и что внѣ ихъ обращеніе не допустимо. Въ данномъ дѣлѣ рѣчь шла о толкованіи Талмуда и апелляціонный судъ, очевидно, выразилъ ту мысль, что по вопросамъ иностранныхъ законодательствъ вообще и моисеева въ частности можно обращаться къ ученымъ за заключеніемъ, но вовсе не имѣлъ въ виду, что по другимъ вопросамъ обращеніе это невозможно. Такой выводъ можно бы было сдѣлать, если бы судъ призналъ недопустимымъ обращеніе по данному вопросу и указалъ, что это обращеніе допустимо только по вопросамъ иностранныхъ законодательствъ. Что касается юридической квалификаціи заключеній, то судъ квалифицировалъ въ данномъ случаѣ ученаго, приглашеннаго дать заключеніе, какъ эксперта. Изъ этого нельзя дѣлать того вывода, что германская судебная практика, не находя въ законѣ прямого указанія на допустимость обращенія судомъ ex officio къ отдѣльнымъ ученымъ за заключеніями, принуждена прибѣгнуть къ аналогіи и путемъ аналогическаго толкованія создать институтъ юридической экспертизы. Въ такомъ обоснованіи правъ суда обращаться за заключеніями не было никакой надобности: давній usus fori на сторонѣ суда; если судъ по обычаю, какъ увидимъ, и посейчасъ признаетъ себя въ правѣ, уже послѣ отмѣны Actenversendung, обращаться ex officio къ юридическимъ факультетамъ за заключеніями, то ни-

[1]) Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. B. I. S. 132. № 127.

какого обоснованія,—да еще столь неудачнымъ путемъ, какъ экспертиза,—права его обращаться ex officio къ отдѣльнымъ ученымъ не требовалось. Да и въ самомъ рѣшеніи нѣтъ и намека на то, что судъ намѣренно прибѣгаетъ къ какой-то аналогіи для обоснованія какого-то права; рѣшеніе очень кратко и лишь признаетъ въ данномъ случаѣ допустимость привлеченія Sachverständige. Конечно, самая мысль квалифицировать ученаго юриста, какъ эксперта, несостоятельна въ корнѣ. Экспертъ оперируетъ надъ фактами—онъ даетъ суду матеріалъ для установленія спорнаго факта при помощи данныхъ своей науки и своего искусства, данныхъ, знаніе коихъ для суда не обязательно. Ученый юристъ, дающій заключеніе, оперируетъ надъ юридической нормой—онъ дастъ суду свое личное мнѣніе по вопросу о толкованіи и примѣненіи юридической нормы, той нормы, которую судъ самъ долженъ знать: jura novit curia. Экспертъ даетъ суду матеріалъ для заключенія, по сохранившимся, наличнымъ слѣдамъ даннаго прошлаго событія, о томъ, что событіе это имѣло мѣсто или не имѣло мѣста; ученый юристъ высказываетъ свой взглядъ на смыслъ и примѣненіе закона къ даннымъ фактамъ. Экспертъ прибавляетъ нѣчто къ знаніямъ судьи, именно то, что онъ знаетъ изъ области своей спеціальности, ученый юристъ—ничего къ знаніямъ судьи не прибавляетъ, а только объясняетъ, какъ бы онъ, пользуясь научными пріемами, разрѣшилъ данный вопросъ. Экспертъ—учитель судьи, ученый юристъ—товарищъ судьи, судья, по профессіи своей болѣе, чѣмъ судья-практикъ, изощренный въ пріемахъ толкованія закона и установленіи юридическихъ квалификацій. Насколько различно отношеніе суда къ факту и праву, насколько различны процессуальныя нормы, касающіяся фактической и юридической стороны гражданскаго спора, настолько и различно процессуальное положеніе эксперта и ученаго юриста. Вопросы о допущеніи экспертизы въ зависимости отъ распредѣленія onus probandi, о формѣ заключеній, объ устраненіи эксперта, о недопущеніи его въ кассаціонномъ судѣ и т. п., не находятъ себѣ ни малѣйшаго примѣненія къ заключеніямъ ученыхъ юристовъ. Мало того, благодаря квалификаціи ученаго юриста, какъ эксперта, судъ беретъ на себя слишкомъ много: онъ, не имѣя никакихъ законныхъ основаній, возводитъ дачу заключеній учеными юристами въ munus publicum. Экспертиза по всѣмъ законодательствамъ обще-гражданская обязанность, въ каковую судъ произвольно обращаетъ и дачу Gutachten.

Если бы германская практика вздумала найти общее юри-

дическое основаніе обращенію судовъ за заключеніями къ отдѣльнымъ ученымъ юристамъ въ аналогіи съ экспертизой, то она жестоко ошиблась бы: такая аналогія прямой путь къ смерти стародавняго обычая—рамки экспертизы слишкомъ тѣсны.

VIII.

Перехожу къ заключеніямъ университетскихъ коллегій XVII—XIX ст. До упраздненія Actenversendung, рядомъ съ нею, какъ я упомянулъ, существовали факультетскія заключенія, имѣвшія для суда, при извѣстныхъ условіяхъ, обязательное значеніе. Исчезла Actenversendung и еще ранѣе ея исчезновенія теряется слѣдъ и обязательныхъ факультетскихъ заключеній. Съ XVIII ст. мы не встрѣчаемъ уже указаній на то, что факультетскія заключенія, внѣ порядка Actenversendung, были для кого-либо обязательны. Надо думать, что Actenversendung постепенно поглотило, вытѣснило собою эти заключенія; остались необязательныя, свободныя факультетскія заключенія, какъ научныя мнѣнія ученыхъ коллегій. Но замѣчательна сила традиціи. Эти Gutachten въ чистомъ, естественномъ ихъ видѣ облекались въ формы Actenversendung, какъ со стороны обращенія за ними и дачи ихъ, такъ и со стороны содержанія, текста. Конечно, получился одинъ остовъ Actenversendung; вкоренившіяся, обычно правовыя правила послѣдней соблюдались mutatis mitandis: исключалось все то, что носило печать обязательности. Сложилась особая форма, названная consultative Actenversendung. Рядомъ съ нею существовали и простыя Rechtliche Gutachten, воспринявшія черты Actenversendung въ самой незначительной степени. По существу между этими формами никакой разницы нѣтъ—и тѣ и другіе суть мнѣнія, заключенія факультетовъ. Что касается consultative Actenversendung (терминъ безсмысленный въ буквальномъ пониманіи, а по содержанію contradictio in adjecto), то наши свѣдѣнія о немъ очень не полны и отрывочны. Инціатива обращенія къ факультету принадлежала суду—только судъ, встрѣтивъ затрудненіе въ юридической сторонѣ дѣла, могъ обратиться за совѣтомъ къ факультету; стороны могли просить объ отсылкѣ дѣла въ университетъ, но эта просьба ихъ могла и не быть уважена, если судъ признаетъ, что онъ не нуждается въ совѣтѣ. Судъ могъ просить факультетъ объ изложеніи своего заключенія или въ видѣ проекта рѣшенія или въ видѣ простого мнѣнія. Право выбора университета предоставлялось суду, при

чемъ выбраны могли быть и нѣсколько университетовъ; судъ не сообщалъ сторонамъ, къ какому университету онъ предполагаетъ обратиться; такъ какъ заранѣе не было установлено, къ какимъ университетамъ судъ можетъ обращаться, то и о правѣ устраненія не можетъ быть и рѣчи; самое бо̀льшее, что стороны, узнавъ о рѣшеніи суда послать дѣло на заключеніе или уважить просьбу объ отсылкѣ, могли просить, въ видахъ устраненія замедленія, объ отсылкѣ дѣла въ ближайшій университетъ или въ одинъ, а не въ нѣсколько университетовъ. Отсылка дѣла производилась безъ всякихъ формальностей, безъ приглашенія тяжущихся [1]). Факультетъ составлялъ заключенія въ формѣ или мнѣнія или въ формѣ проекта рѣшенія, смотря по тому, о чемъ его просилъ судъ; исполнить просьбу суда факультетъ былъ въ правѣ, но не обязанъ (правила консультаціонной дѣятельности составлялись факультетомъ и помѣщались въ особомъ статутѣ); обыкновенно всѣ члены факультета участвовали въ этой работѣ, если же избиралась на этотъ конецъ особая комиссія (на которую было перенесено названіе Spruchcollegium), то каждый членъ факультета и не входящій въ составъ комиссіи могъ принять въ ней участіе; предсѣдательствовалъ въ комиссіи деканъ или особо избранный профессоръ, называвшійся ordinarius'омъ; избирались также одинъ или нѣсколько докладчиковъ; наконецъ, назначалось засѣданіе для обсужденія выработаннаго докладчиками заключенія, хотя оно могло быть вотировано и письменно и т. д. [2]). Форма заключеній, въ видѣ проекта рѣшенія, общая, установленная закономъ и обычаемъ; какъ и при Actenversendung оно составлялось отъ имени суда, при чемъ, однако, не указывалось на то, что было испрошено заключеніе факультета; если же заключеніе дано въ видѣ мнѣнія факультета, то оно излагалось въ формѣ оффиціальнаго постановленія, начинавшагося словами: „Намъ, ординаріусу и другимъ докторамъ . . . . . факультета предложено высказать наше мнѣніе о . . . . ; по ознакомленіи съ сообщенными документами и коллегіальномъ обсужденіи мы признали „für Recht“ слѣдующее“: и заканчивавшагося словами: „Alles von Rechts wegen“. Вскрытіе пакета съ заключеніемъ производилось безъ всякихъ формальностей и въ отсутствіи сторонъ. Судъ, не удовлетворенный заключеніемъ, могъ послать дѣло на заключеніе въ другой университетъ; но въ

[1]) Sartorius, н. с., стр. 230—232.

[2]) Schultze, н. с., стр. 38, пр. 1. Изъ изложенія же Elsässer'а выходитъ, что внутренній распорядокъ въ факультетѣ одинаковъ при юрисдикціонной и консультативной Actenversendung.

этомъ случаѣ требовалось согласіе сторонъ. Обязательнаго значенія заключеніе факультета для суда не имѣло [1]), онъ утилизировалъ его, какъ и насколько признавалъ нужнымъ.—Отъ этой consultative Actenversendung отличаются Rechtliche Gutachten факультетовъ, прежде всего тѣмъ, что иниціатива обращенія и выборъ факультета, обращеніе къ нему, передача заключенія суду—дѣло сторонъ; судъ въ это совсѣмъ не вмѣшивается. Actenversendung, чрезъ посредство консультативной его формы, на эти заключенія отразилась лишь въ стадіи составленія послѣдняго въ факультетахъ—къ нимъ примѣнялись тѣ же правила; непосредственное же вліяніе consultative Actenversendung на эти заключенія сказалось на ихъ формѣ: форма въ видѣ мнѣнія та же, но лишь указывалось, что оно составлено по просьбѣ такой-то стороны даннаго процесса. Какъ и при Gutachten отдѣльныхъ профессоровъ, мы видимъ, что стороны обращались къ нѣсколькимъ университетамъ; такъ, по дѣламъ о духовномъ завѣщаніи Штеделя (1827 г.) и Лукка-Пистойской желѣзной дороги (1867 г.) стороны представили заключенія семи университетовъ по каждому. Заслуживаетъ вниманія обычный пріемъ тяжущихся при обращеніи за заключеніями представлять печатныя заключенія противной стороны; а если сторона, какъ это было въ упомянутомъ дѣлѣ Штеделя, представитъ не всѣ заключенія противника, то факультетъ самъ ихъ добываетъ и указываетъ въ своемъ заключеніи.

IX.

Таковы, обрисованные нами въ самыхъ крупныхъ очертаніяхъ, главнѣйшіе моменты въ исторіи института „заключенія ученыхъ-юристовъ въ гражданскомъ процессѣ“. Мы видѣли, какую видную роль онъ сыгралъ въ исторіи права, какъ со стороны бытовой, такъ и научной. Responsa понтифексовъ создали науку гражданскаго права, responsa prudentium довели науку римскаго гражданскаго права до высокаго, почти идеальнаго, техническаго и практическаго, совершенства, consilia sapientium средневѣковой Италіи продолжили работу римскаго генія, пріуготовили побѣду универсальнаго, проникнутаго научнымъ духомъ, права надъ партикуляризмомъ мѣстныхъ до безконечности разнообразныхъ, неопредѣленныхъ и неустойчивыхъ правоположеній. Gutachten отдѣльныхъ ученыхъ и юридическихъ факультетовъ и Actenversen-

[1]) Sartorius, н. с., стр. 232—233.

dung завершили воспріятіе, въ видѣ рецензіи, этого духа универсальности, духа той научности, которая поставила германскую науку гражданскаго права на такую почетную высоту. Насколько велико было научное значеніе этихъ, скажемъ въ общемъ смыслѣ, responsa, настолько же благотворно они вліяли на дѣло отправленія гражданскаго правосудія. Результатомъ явилась здоровая основанная на научныхъ началахъ судебная практика. Но мы видѣли, что съ первыхъ десятилѣтій нашей эры къ нимъ было, если позволено такъ выразиться, привѣшено нѣчто совершенно противное ихъ существу: они были объявлены обязательными для судовъ, сначала условно-обязательными, какъ римскія responsa publica, итальянскія consilia sapientium, германскія Gutachten, до и внѣ порядка Actenversendung, а затѣмъ и безусловно обязательными, какъ готовыя судебныя рѣшенія при Actenversendung; у мнѣній ученыхъ было отнято именно то, что̀ свойственно мнѣнію какъ таковому: свободное къ нему отношеніе, внутренній его авторитетъ, одна убѣдительность; по природѣ своей оно только и могло имѣть силу autoritate rationis, а ему придана была сила ratione autoritatis; и внѣшній авторитетъ исходилъ отъ государства. Этотъ привѣсокъ, искажая природу института, и былъ причиною его гибели, но именно въ этихъ искаженныхъ формахъ. Погибло jus respondendi, погибли итальянско-германскія Gutachten, въ тѣхъ ихъ формахъ, которыя связывали судью, погибла и Actenversendung. А самый институтъ въ чистомъ, естественномъ его видѣ? Нѣтъ, онъ не погибъ. То, что̀ составляло его существо, то, что̀ имѣло такое громадное научно-историческое значеніе, то, что̀ такъ благотворно вліяло на отправленіе правосудія, жило независимо отъ той или другой изъ уродливыхъ формъ, которыя онъ принималъ, жило и въ этихъ уродливыхъ формахъ, жило и рядомъ съ ними, въ формахъ отвѣчающихъ его существу и продолжало жить въ послѣднихъ формахъ по исчезновеніи формъ уродливыхъ. Рѣка, уклонявшаяся-было въ нѣкоторыхъ мѣстахъ отъ своего природнаго теченія въ сторону, нисколько однако отъ этого не загрязняясь, снова вошла въ свое прежнее русло. Консультаціонная дѣятельность германскихъ профессоровъ и юридическихъ факультетовъ въ настоящее время хотя и не кипитъ ключемъ, но, какъ тяжелое орудіе, выдвигается въ крайнихъ случаяхъ; суды, главнымъ образомъ высшіе, и тяжущіеся обращаются къ профессорамъ и факультетамъ за заключеніями только по особенно сложнымъ, спорнымъ и важнымъ вопросамъ, зная, что только по такимъ вопросамъ и профессора и факультеты согласятся пожертвовать своимъ временемъ и трудомъ. Но и въ

этихъ предѣлахъ участіе представителей юридической науки въ отправленіи гражданскаго правосудія—крупное явленіе въ судебномъ строѣ; и совершается оно безъ содѣйствія процессуальнаго законодательства [1]) при одномъ господствѣ usus fori и stilus curiae, оказавшихся осадкомъ прежняго законодательства. Что стороны обращаются къ ученымъ и факультетамъ за заключеніями — это понятно само собой, это имъ подсказываетъ ихъ интересъ. Обращеніе ихъ къ научнымъ силамъ отнюдь не является плодомъ недовѣрія къ судьямъ, къ ихъ знаніямъ, а скорѣе представляется коррективомъ адвокатуры. Уже отмѣчено наукою то явленіе, что адвокатура тамъ стоитъ на подобающей ей высотѣ, гдѣ она отдѣлена отъ судебнаго представительства, гдѣ адвокатъ не ходатай, а ученый юристъ, помогающій сторонѣ своими знаніями, совершающій только такія дѣйствія, которыя требуютъ большихъ научно-юридическихъ познаній. Гдѣ это раздѣленіе функцій имѣется, напр, во Франціи, тамъ нѣтъ мѣста консультаціонной дѣятельности профессіональныхъ ученыхъ юристовъ. Во Франціи большинство адвокатовъ или профессора юридическихъ наукъ или авторы ученыхъ сочиненій, и то, что̀ они по дѣламъ гражданскимъ пишутъ для суда и говорятъ на судѣ, есть, по научности своей, совершенно то же самое, что̀ пишутъ нѣмецкіе профессора въ своихъ Gutachten. По этой-то причинѣ существовавшія когда-то во Франціи consultations оказались нежизнеспособными и слились съ чисто научною дѣятельностью адвокатовъ. Въ Германіи адвокатъ и ходатай, и ученый, и это смѣшеніе функцій отразилось на состояніи адвокатуры—стоитъ она очень не высоко. Не видя въ адвокатахъ людей, достаточно вооруженныхъ знаніями, тяжущіеся, наталкиваемые старыми традиціями, обращаются къ профессорамъ и факультетамъ. Но чѣмъ же, спрашивается далѣе, объяснить себѣ содѣйствіе, оказываемое судами институту заключенія ученыхъ юристовъ въ Германіи,—содѣйствіе, выражающееся не только во внимательномъ отношеніи къ представляемымъ тяжущимися заключеніямъ, но и въ обращеніи къ ученымъ-юристамъ за заключеніями ex officio? Три обстоятельства, главнымъ образомъ, объясняютъ это: во-1-хъ, глубокое уваженіе судебныхъ дѣятелей къ наукѣ и ея представителямъ; во-2-хъ, сознаніе пользы этихъ заключеній, дающихъ возможность наилучшимъ

[1]) Представители науки и не требуютъ законодательной регламентаціи. Исключеніе составляетъ Кунце (Das Jus respondendi in unserer Zeit), давшій эфемерный проектъ особаго консультаціоннаго трибунала. Объяснить и оправдать такой плодъ фантазіи можно лишь увлеченіемъ объединительными стремленіями 50-хъ годовъ.

образомъ выполнить судейское дѣло и тѣмъ удовлетворить высокоразвитое чувство служебнаго долга и, въ-3-хъ, отсутствіе ложнаго стыда, какъ-бы не подумали, что судья, пользующійся заключеніемъ ученаго-юриста или факультета или обращающійся къ нимъ за заключеніемъ, обладаетъ самъ недостаточными познаніями. Молчаніе закона, хотя-бы предоставляющаго право обращаться за заключеніями и пользоваться ими, по мнѣнію судей, не препятствуетъ имъ продолжать культивировать стародавній институтъ. Точно также и отдѣльные ученые и юридическіе факультеты считаютъ себя въ правѣ давать свои заключенія, хотя и объ этомъ въ процессуальномъ законѣ ничего не говорится: они даже считаютъ себя обязанными поддерживать добрыя традиціи.

X.

Естественно, самъ собою напрашивается вопросъ: какъ обстоитъ дѣло дачи заключеній учеными-юристами въ судахъ гражданскихъ у насъ на Руси? Если бы дѣятельность нашихъ гражданскихъ судовъ въ этой области представляла совершенную tabula rasa, то я закончилъ бы свою рѣчь выраженіемъ искренняго пожеланія, чтобы обращеніе судовъ и тяжущихся за заключеніями къ ученымъ-юристамъ и готовность послѣднихъ подѣлиться своими знаніями, пробили себѣ путь и въ нашу практику и чтобы былъ сдѣланъ первый шагъ къ подготовленію почвы для законодательной поддержи института, сыгравшаго столь видную роль въ исторіи западнаго права. Къ счастью, я поставленъ въ лучшее положеніе. Я располагаю положительными данными, хотя и скудными и случайными, но тѣмъ не менѣе дѣлающими мои послѣдующія разсужденія не безпочвенными [1]).

Случаевъ обращенія со стороны судовъ къ ученымъ юристамъ и университетамъ за заключеніями, до судебной реформы, мы не находимъ. Хотя еще императрица Екатерина II сознавала, что университетъ есть именно то учрежденіе, которое наиболѣе компетентно разрѣшать трудные и сложные вопросы, на практикѣ возникающіе; она придавала высокую цѣну „мнѣніямъ“ университета „въ тяжелыхъ матеріяхъ“ [2]). Случаи же обращенія

[1]) Считаю пріятнымъ долгомъ выразить глубокую благодарность дорогимъ моимъ коллегамъ Н. Л. Дювернуа и И. А. Ивановскому за сообщенныя свѣдѣнія изъ ихъ консультаціонной (по приглашенію судовъ) практики.

[2]) Случай касался практики законодательной. Императрица предписала Генералъ-Прокурору, въ „тяжелыхъ матеріяхъ и въ разногласіи“ между юрискон-

тяжущихся къ ученымъ юристамъ за заключеніями, до судебной реформы, бывали, но все это случаи единичные, не оставившіе въ судебномъ обиходѣ ни малѣйшихъ слѣдовъ. Вспоминаю вѣчную гордость нашей цивилистики, творца науки русскаго гражданскаго права, покойнаго казанскаго профессора Д. И. Мейера. Онъ, въ концѣ сороковыхъ годовъ, устраивалъ въ университетѣ особыя консультаціи для постороннихъ частныхъ лицъ; послѣднія являлись и излагали свои дѣла, а профессоръ въ присутствіи студентовъ давалъ свои совѣты и заключенія [1]). Я живо себѣ представляю картину, напоминающую дачу responsa римскими юрисконсультами. Мейеръ, въ кругу своихъ учениковъ, разбираетъ предлагаемые ему казусы. Сколько тутъ, надо думать, было тонкаго и глубокаго анализа и какой получился бы сборникъ этихъ consilia, который по достоинствамъ не уступалъ бы многочисленнымъ западнымъ! Все это пропало для науки и практики безслѣдно. Потребность въ помощи представителей науки была такъ настоятельна, что тяжущіеся, не находя заслуживающихъ ихъ довѣрія ученыхъ на родинѣ, обращались, какъ это нѣкогда было и въ Германіи, къ иностраннымъ научнымъ силамъ. Такъ, въ 1842 году нѣкто г. Порошинъ обратился къ тремъ извѣстнымъ французскимъ ученымъ, въ то же время адвокатамъ Парижскаго Cour royale, Foelix, Manguin и Duvergier, съ просьбой дать заключеніе по дѣлу Ал. Ланской. Центральный вопросъ, возбужденный въ этомъ дѣлѣ, заключался въ томъ: въ правѣ ли кредиторы по личнымъ долгамъ Ланской, живущей въ Петербургѣ, обратить взысканіе на недвижимое имѣніе, перешедшее къ ней по праву законнаго наслѣдованія отъ отца и находящееся въ предѣлахъ бывшаго княжества Литовскаго. Ученые, комментируя доставленныя имъ въ переводѣ статьи Литовскаго Статута, дали отрицательный отвѣтъ. Заключеніе ихъ, отпечатанное въ видѣ брошюры [2]), очевидно, предназначалось къ подачѣ въ судебное мѣсто, такъ какъ снабжено множествомъ засвидѣтельствованій подписей консультантовъ, между прочимъ и знаменитымъ Ше-Дестъ-Анжомъ. Было ли это заключеніе куда-либо представлено—неизвѣстно.

Великая судебная реформа 1864 г., снявшая съ суда и

сультами, состоящими при комиссіи о составленіи проекта новаго уложенія, требовать мнѣнія Московскаго Университета. I П. С. З. т. 18, № 12950 30 іюля 1769.

[1]) Моя ст. Д. Е. Мейеръ, его жизнь и дѣятельность въ изд. 9 Русск. гражд. права Д. И. Мейера, стр. XVIII.

[2]) Consultation par M. M. Foelix, Manguin et Duvergier. 19 p.

тяжущихся оковы безцѣльнаго формализма, предоставившая каждому изъ нихъ, въ предѣлахъ лежащей на немъ задачи, свободу дѣйствій, пріоткрыла двери суда и заключеніямъ ученыхъ-юристовъ. Пріоткрыла, говорю я, но не открыла широко. Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства ни слова объ этихъ заключеніяхъ не говорится: они и не дозволены и не запрещены. Такое положеніе въ связи съ очевидной потребностью въ этихъ заключеніяхъ привело къ тому, что они робко стали пробивать себѣ путь—вошли въ пріоткрытую дверь. Намъ извѣстны нѣсколько случаевъ обращенія къ отдѣльнымъ профессорамъ-юристамъ и къ юридическимъ факультетамъ за заключеніями по дѣламъ гражданскимъ.

Хотя опредѣленныхъ спеціальныхъ правилъ касательно этихъ случаевъ далеко еще не выработано, тѣмъ не менѣе легкая юридическая обрисовка этихъ случаевъ возможна. Случаи эти, прежде всего, могутъ быть сведены къ двумъ группамъ: заключенія въ собственномъ смыслѣ и заключенія-переводы. Первыя являются мнѣніями ученыхъ по предложенному имъ вопросу права, непосредственно возбужденному; вторыя же—по вопросу, разрѣшеніе коего обусловлено правильнымъ юридическимъ смысломъ и значеніемъ словъ или выраженій, содержащихся въ иноязычной юридической нормѣ. Съ точки зрѣнія судовъ имѣется еще то различіе, что случаямъ первой группы придается частный, не юридическій характеръ, случаи же второй группы облекаются въ ту или другую юридическую форму путемъ извѣстной ихъ юридической квалификаціи и соотвѣтственнаго примѣненія правилъ устава гражданскаго судопроизводства, при чемъ въ однихъ случаяхъ ученые, дающіе свое заключеніе, квалифицируются какъ эксперты, въ другихъ—какъ обыкновенные переводчики.

Что касается заключеній въ собственномъ смыслѣ, то обращеніе за ними исходило какъ отъ суда, такъ и отъ тяжущихся непосредственно, точнѣе, отъ кассатора или его противника, такъ какъ въ извѣстныхъ намъ случаяхъ заключенія эти давались лишь при производствѣ дѣла въ Гражданскомъ Кассаціонномъ Департаментѣ Сената. Въ случаѣ иниціативы Сената просьба дать заключеніе облекалась въ форму письма Оберъ-Прокурора или одного изъ его Товарищей. Самый вопросъ объ обращеніи къ ученому, обыкновенно, возбуждался въ распорядительномъ засѣданіи, и окончательное обсужденіе дѣла отлагалось до полученія отъ ученыхъ, избранныхъ въ этомъ засѣданіи, ихъ заключеній. Такъ что собственно иниціаторомъ обращенія за заключеніемъ являлся сенатъ (что очевидно и изъ писемъ, по-

сылаемыхъ Первоприсутствующимъ съ выраженіемъ профессорамъ благодарности за заключеніе „отъ имени г.г. сенаторовъ“). Представители прокуратуры въ этихъ случаяхъ суть лишь лица, дѣйствующія по порученію сената. Въ письмѣ къ профессору лишь ставился спорный или сомнительный вопросъ; обыкновенно, никакихъ документовъ не прилагалось. Обращались сенатъ или тяжущіеся за заключеніями къ отдѣльнымъ профессорамъ, а не къ факультетамъ, при чемъ не менѣе, чѣмъ къ двумъ профессорамъ; а въ одномъ дѣлѣ даже были даны заключенія шестью профессорами: четырьмя по просьбѣ сената и двумя по просьбѣ тяжущихся. Обыкновенно, когда одна изъ сторонъ обращается за заключеніемъ, то то же самое дѣлаетъ и другая. Форма заключенія въ случаяхъ иниціативы сената—письмо на имя представителя прокуратуры, обратившагося съ просьбой. Эти заключенія печатаются или въ текстѣ „записки“, составляемой по дѣлу, или въ видѣ дополненія къ „запискѣ“ и разсылаются сенаторамъ. Если заключеніе дано по просьбѣ тяжущихся, то оно или сохраняетъ форму заключенія или формально теряетъ ее: первое имѣетъ мѣсто тогда, когда заключеніе напечатано или въ видѣ статьи въ журналѣ или издано отдѣльной монографіей; второе—когда оно или вводится тяжущимся въ составъ бумаги, имъ подаваемой въ судъ, напр., въ кассаціонную жалобу или въ объясненіе, или печатается въ видѣ записки, подаваемой тяжущимся дополнительно. Предметъ заключенія—исключительно спорный вопросъ права; въ извѣстныхъ мнѣ случаяхъ по иниціативѣ тяжущихся давались заключенія по вопросамъ и общаго и мѣстнаго права, и дѣйствующаго и дѣйствовавшаго; по иниціативѣ же Сената ни разу не было дано заключеніе по вопросамъ общаго гражданскаго законодательства; это были или вопросы историческіе по мѣстному гражданскому праву, напр., вопросъ о правѣ наслѣдованія по Литовскому Статуту, въ частности, о дѣйствіи на Литвѣ польскихъ конституцій, о смыслѣ слова „gradus“ и переходѣ отцовскихъ имѣній въ родъ матери [1]); или это были вопросы частнаго международнаго права, напр., вопросъ, какимъ закономъ опредѣляется право на наслѣдство, открывшееся въ присоединенной къ Россіи по Берлинскому трактату части Бессарабіи, по мѣстнымъ бессарабскимъ или общерусскимъ [2]); или вопросъ, имѣетъ ли у насъ силу расторженіе совершен-

[1]) Рѣш. Гражд. Кассац. Деп. Сената 1897 г. № 15 по д. о наслѣд. гр. Манузи.

[2]) Ibid. 1895 г. № 72 по д. Маріи Гречунеско.

наго въ Россіи брака лица, бывшаго русскимъ подданнымъ, а затѣмъ ставшимъ подданнымъ румынскимъ, если бракъ этотъ расторгнутъ по румынскимъ законамъ [1]); или вопросъ, имѣетъ ли у насъ силу совершенное во Франціи духовное завѣщаніе бездѣтнаго русскаго подданнаго, коего родовое имѣніе, въ Россіи находящееся, должно перейти къ одному изъ его родственниковъ [2]) и т. д. Дальнѣйшая процессуальная судьба заключеній, конечно, состояла въ томъ, что, какъ заключенія, данныя по просьбѣ Сената, такъ и данныя по просьбѣ тяжущихся, отпечатанныя въ журналѣ или изданныя отдѣльной монографіей или вошедшія въ составъ бумагъ или записокъ, подвергались обсужденію въ предварительномъ, частномъ засѣданіи Департамента. Въ публичномъ засѣданіи стороны, естественно, не лишены были права ссылаться на данныя по ихъ просьбѣ заключенія, какъ обнародованныя путемъ печати, и ставшія, слѣдовательно, общеизвѣстными научными работами, такъ и содержащіяся въ бумагахъ и запискахъ, и ставшія, слѣдовательно, объясненіями самихъ тяжущихся; что же касается заключеній, данныхъ по просьбѣ Сената, то они для тяжущихся оставались тайною, развѣ бы профессоръ, давшій ихъ, отпечаталъ ихъ въ журналѣ или издалъ отдѣльной монографіей. Конечно, трудно скрыть отъ тяжущихся заключенія, данныя по просьбѣ Сената, такъ какъ они, хотя и на правахъ рукописи, все-таки печатаются и разсылаются; тяжущіеся, знакомясь случайно съ ихъ содержаніемъ, разумѣется, ссылаться на нихъ не въ правѣ, но косвенно они имѣютъ возможность подвергать ихъ обсужденію въ видѣ возможныхъ возраженій и соображеній, скрывая настоящій ихъ источникъ. Таковы наши свѣдѣнія о заключеніяхъ въ собственномъ смыслѣ.

Обращаясь къ заключеніямъ-переводамъ, замѣчу, что прежде всего можетъ возникнуть вопросъ, поскольку въ случаяхъ, когда ученымъ предлагаютъ установить истинный смыслъ иноязычной юридической нормы, можно говорить о „заключеніяхъ ученыхъ“, въ смыслѣ научныхъ мнѣній, взглядовъ. Я полагаю, что, при извѣстныхъ условіяхъ, и можно, и должно говорить.

Переводы могутъ быть двухъ родовъ: простые, т.-е. переложенія словъ, выраженій, предложеній, по ихъ обыденному, общему смыслу съ одного языка на другой, и юридико-технические. Что касается послѣднихъ, то надо имѣть въ виду,

---

[1]) Ibid., 1896 г. № 10 по д. Маріи Ботянъ.

[2]) Ibid., 1894 г. № 42 по д. о завѣщ. гр. Сенъ-При.

что юридическій языкъ въ смыслѣ терминологіи, способовъ выраженія и оборотовъ рѣчи есть нѣчто специфическое, пониманіе чего требуетъ не филологическихъ, или не только филологическихъ, но и спеціально юридическихъ, иногда очень глубокихъ познаній. При переводѣ иноязычныхъ юридическихъ нормъ главнѣйшую трудность представляетъ не самый переводъ, въ смыслѣ переложенія однихъ словъ на другія, одного предложенія на другое, а установленіе смысла слова, предложенія, нормы. Для филолога, имѣющаго въ виду обыденную рѣчь, иной переводъ никакихъ трудностей не представитъ, а для юриста, наоборотъ, можетъ представить большія затрудненія: иной переводъ требуетъ обстоятельнаго знакомства, быть можетъ, съ цѣлой исторической эпохой данной стороны юридическаго быта, съ тонкими разграничительными чертами нѣсколькихъ юридическихъ институтовъ и т. д. Прекрасный примѣръ трудности перевода иноязычныхъ законовъ даютъ упомянутыя мною выше заключенія по вопросу о правѣ наслѣдованія по литовскому праву; авторы этихъ заключеній дали тонкія историко-юридическія изслѣдованія смысла слова „gradus“, доказывая, что „gradus“ въ польскомъ правѣ есть не степень, а колѣно, иначе говоря, что слово gradus надо переводить словомъ колѣно, а не степень. Съ филологической стороны слово это никакихъ затрудненій не возбуждаетъ — gradus по-латыни означаетъ степень, а юристъ скажетъ: да, въ Римѣ означало, а не въ Польшѣ. Не даромъ иногда для перевода иного иностраннаго кодекса образуются цѣлыя коммиссіи изъ юристовъ и теоретиковъ, и практиковъ, какъ, напр., у насъ цѣлая комиссія перевела Code civil для губерній Царства Польскаго. Все это приводитъ къ тому, что юридико-техническій переводъ иноязычныхъ юридическихъ нормъ есть научная работа, работа высшаго порядка, а составленіе такого перевода ученымъ юристамъ для суда—заключеніе; порученіе такого перевода есть порученіе дать заключеніе. Случаи подобныхъ заключеній, какъ я упомянулъ, квалифицировались нашими судьями, или какъ экспертиза или какъ обыкновенные переводы.

Что касается случаевъ первой категоріи, то, подобно тому, какъ поступилъ Любекскій апелляціонный судъ въ упомянутомъ рѣшеніи, и нашъ судъ квалифицировалъ ученаго, приглашеннаго сдѣлать юридико-техническій переводъ, какъ эксперта, и примѣнилъ mutatis mutandis правила устава гражданскаго судопроизводства о заключеніяхъ свѣдущихъ людей. Съ этой точки зрѣнія процессуальные вопросы, касающіеся заключеній ученыхъ въ собственномъ смыслѣ, находятъ себѣ, конечно, вполнѣ опредѣленное разрѣшеніе. Такъ,

инициатива въ обращеніи къ ученымъ принадлежитъ и суду, и сторонамъ [1]). Въ извѣстномъ намъ случаѣ предсѣдатель суда, въ виду возникшаго сомнѣнія, предложилъ сторонамъ, не найдутъ ли онѣ нужнымъ, для „выясненія правильности перевода“ и „установленія точнаго значенія слова „Widmung“ на русскомъ языкѣ, произвести „экспертизу этого слова“, на что̀ стороны согласились. Выборъ ученыхъ принадлежитъ сторонамъ, по взаимному согласію, и если согласія не послѣдуетъ, то они избираются самимъ судомъ [2]). Въ данномъ случаѣ, одна сторона предложила филологовъ, а другая юристовъ; тогда предсѣдатель предоставилъ имъ прійти къ соглашенію, и они, послѣ нѣкотораго совѣщанія, избрали трехъ профессоровъ — двухъ юристовъ и одного филолога. Далѣе, ученые, на основаніи постановленія суда, приглашаются въ судъ повѣстками на общемъ основаніи [3]), такъ что точнаго указанія въ повѣсткѣ вопроса, который будетъ предложенъ на ихъ обсужденіе, не дѣлается. Такъ и въ данномъ случаѣ, ученымъ было лишь сообщено приглашеніе съ указаніемъ на дѣло, по которому назначена экспертиза. Дача заключенія, т.-е. явка на судъ для ученыхъ *обязательна* [4]); и въ данномъ случаѣ всѣ профессора явились. И тутъ-то, по открытіи публичнаго засѣданія суда [5]), предсѣдатель сообщилъ имъ вопросъ, по которому они приглашены дать заключеніе. Затѣмъ возникло характерное пререканіе о томъ, какими пособіями, принесенными сторонами, эксперты могутъ и не могутъ пользоваться при составленіи своего заключенія; судъ разрѣшилъ пользоваться одними и не разрѣшилъ пользоваться другими. Ученымъ передали самое „дѣло“ и дозволенныя пособія, и пригласили въ особую комнату, гдѣ они и должны были составить заключеніе. Форма заключенія должна быть письменная [6]), и въ данномъ случаѣ профессора на письмѣ изложили, за общею подписью, не общее ихъ мнѣніе, а мнѣніе каждаго изъ нихъ, при чемъ они ссылались не только на дозволенныя имъ пособія, но и на другія пособія, пришедшія имъ на память. Заключеніе, по изготовленіи его, было прочитано въ засѣданіи однимъ изъ профессоровъ. Стороны предложили имъ и дополнительные вопросы, при чемъ даже возбужденъ былъ новый вопросъ, а именно, о значе-

---

[1]) Ст. 515 у. г. с.
[2]) Ст. 518 у. г. с.
[3]) Ст. 516 у. г. с.
[4]) Ст. 520—528 у. г. с.
[5]) Ст. 500 у. г. с.
[6]) Ст. 525 у. г. с.

ніи слова „dargeben“, по которому каждый изъ профессоровъ далъ свое устное заключеніе. Предметомъ заключенія были, слѣдовательно, два слова „Widmung“ и „dargeben“, поскольку при одномъ ихъ пониманіи въ данномъ случаѣ имѣло мѣсто donatio sub modo по законамъ губерній Прибалтійскихъ, а по другому — договоръ поклажи. Наконецъ заключеніе для суда не обязательно, и онъ подчиняется ему, насколько оно согласно съ „достовѣрными обстоятельствами дѣла“ [1]); въ данномъ случаѣ судъ согласился съ мнѣніемъ большинства, т.-е. двухъ профессоровъ. Таково построеніе нашего института при квалификаціи ученыхъ-юристовъ какъ экспертовъ. Я уже представилъ свои соображенія противъ подобной квалификаціи. Не повторяя сказаннаго, укажу лишь на новые, частные недостатки такой неудачной аналогіи. Совершенно не вяжется съ условіями основательной научной работы, какъ несообщеніе ученымъ заблаговременно предмета заключенія, предложеніе дать заключеніе немедленно, безъ предварительной подготовки, такъ и вмѣшательство суда въ выборъ научныхъ пособій, сочиненій и поставленіе ученыхъ въ необходимость пользоваться лишь тѣмъ научнымъ матеріаломъ, который случайно прійдетъ на память. Наконецъ, какой несообразный критерій, — „согласіе съ достовѣрными обстоятельствами дѣла“, — дается для оцѣнки заключеній ученыхъ-юристовъ по вопросамъ права!..

Что касается второй группы заключеній-переводовъ, — куда подводятся тѣ случаи, когда ученый-юристъ квалифицируется какъ обыкновенный переводчикъ, — то при примѣненіи правилъ устава гражд. судопр. [2]) получается довольно опредѣленное юридическое построеніе нашего института, а именно: 1) иниціатива обращенія за заключеніемъ принадлежитъ и суду и сторонамъ; 2) самое обращеніе исходитъ непосредственно отъ суда; 3) обращается судъ не къ отдѣльнымъ ученымъ, а къ университету; 4) свободнаго выбора того или другого университета не допускается: за заключеніемъ судъ не въ правѣ обратиться въ иной университетъ, кромѣ ближайшаго; 5) университетъ обязанъ дать заключеніе. Относительно первыхъ четырехъ положеній можно, конечно, спорить о ихъ цѣлесообразности въ примѣненіи къ заключеніямъ ученыхъ-юристовъ, но ничего юридически недопустимаго они въ себѣ не содержатъ, но послѣднее изъ нихъ — обращеніе дачи заключенія-перевода въ munus publicum должно быть

[1]) Ст. 533 у. г. с.
[2]) Ст. 539—549 у. г. с.

отвергнуто безусловно. Сказанное мною въ этомъ отношеніи о квалификаціи ученыхъ-юристовъ, какъ экспертовъ, примѣняется и къ этой группѣ переводовъ-заключеній. Судъ беретъ на себя слишкомъ много, создавая общегражданскія обязанности, прямо не установленныя закономъ.

Въ извѣстныхъ намъ случаяхъ въ виду спорности, между сторонами, смысла отдѣльныхъ выраженій иноязычнаго текста, судъ постановилъ обратиться къ университету. Предсѣдатель суда оффиціально снесся съ ректоромъ университета, при чемъ въ одномъ случаѣ указалъ, что переводъ надлежало бы поручить профессорамъ римской и греческой словесности и римскаго права, въ другомъ—профессору гражданскаго права или судопроизводства и лектору французскаго языка. Избранъ былъ судомъ не ближайшій университетъ, а тотъ, въ которомъ, по мнѣнію суда, состояли лица наиболѣе компетентныя. Этимъ, очевидно, сдѣлано было отступленіе отъ правилъ устава гражданскаго судопроизводства о переводахъ. Но зато на примѣненіи другого правила устава, а именно объ обязательномъ для университета исполненіи порученія суда, судъ рѣшительно настаивалъ. Не видя изъ бумаги предсѣдателя, что̀ собственно является спорнымъ, въ чемъ заключается самое дѣло, предполагая, что требуется простой переводъ и основываясь на томъ, что данный актъ уже имѣется въ оффиціозномъ переводѣ, и что данный университетъ далеко не ближайшій, университетъ уклонялся отъ перевода. А когда изъ объясненій данныхъ судомъ и сообщенія подробностей оказалось, что требуется переводъ юридико-техническій, переводъ-заключеніе, то порученіе было исполнено, но отнюдь не по обязанности. Университетъ взглянулъ на дѣло серьезно. Въ извѣстныхъ намъ случаяхъ были образованы комиссіи изъ профессоровъ юристовъ и филологовъ. Предметомъ перевода-заключенія были либо иноязычные, уже потерявшіе силу, кодексы нашего мѣстнаго права, какъ-то: нѣсколько титуловъ Шестикнижія Арменопула, либо уставы акціонерныхъ компаній, какъ-то: нѣкоторые §§ устава „Русско-Бельгійскаго акціонернаго общества Орловскихъ доменныхъ печей“. Наконецъ, письменныя заключенія, т.-е. переводъ съ объясненіями и указаніемъ разногласій, весьма частыхъ среди членовъ смѣшанныхъ комиссій, черезъ ректора, были препровождены въ судъ.

Таковы тѣ слабыя очертанія, которыми обрисовывается у насъ институтъ „заключенія ученыхъ-юристовъ по дѣламъ гражданскимъ“. Въ однихъ случаяхъ, какъ заключенія въ собственномъ смыслѣ, это нѣчто очень безцвѣтное, робкое, даже какъ

будто боязливое, боящееся свѣта, въ другихъ, наоборотъ, нѣчто содержательное, смѣлое, открытое, но по существу неудачное. А въ общемъ, все-таки, сказывается „исканіе истины“, явно обнаруживается доброе желаніе использовать силы науки, но въ однихъ случаяхъ проявляется боязнь допустить то, что̀ закономъ не предусмотрѣно, а слѣдовательно (!) и не предоставлено, въ другихъ — попытка, хотя и неудачная, насильственно вдвинуть непредусмотрѣнное въ рамки закона. Мы имѣемъ передъ собою картину зарождающагося института, картину, если позволено будетъ такое сравненіе, начинающаго художника, неопытная кисть котораго стремится изобразить чудное зрѣлище утренней зари, но набрасываетъ на освѣщенные лучами предметы то слишкомъ блѣдныя, то слишкомъ яркія краски. Съ полною силою проявляется со стороны нашихъ судебныхъ учрежденій сознаніе цѣлесообразности и пользы новаго института и желаніе ввести его въ судебный обиходъ собственными средствами. Попытки ввести его путемъ неправильныхъ квалификацій мы должны оставить совершенно въ сторонѣ; онѣ имѣютъ цѣну лишь какъ фактъ, знаменующій извѣстное сознаніе и желаніе, и больше ничего. Здоровымъ ядромъ зарождающагося института являются лишь очерченныя нами заключенія въ собственномъ смыслѣ; они и только они имѣютъ большое и здоровое будущее; о нихъ я и считаю нужнымъ высказать нѣсколько соображеній.

Спрашивается, благопріятна ли у насъ почва для развитія новаго института. Даю безусловно утвердительный отвѣтъ. Прежде всего, можно ли сомнѣваться въ томъ, что современные представители русской юридической науки стоятъ на подобающей научной высотѣ и въ силахъ при свѣтѣ науки выводить судебныхъ дѣятелей изъ тѣхъ затрудненій, съ которыми тѣ встрѣчаются въ своей дѣятельности?

Съ другой стороны, также несомнѣнно, что наши судьи, какъ бы высоко юридически-образованными они ни оказались, неизбѣжно встрѣтятся въ своей дѣятельности съ затрудняющими ихъ вопросами права и будутъ имѣть достаточный поводъ обращаться къ помощи ученыхъ-юристовъ. Затрудненія въ разрѣшеніи вопросовъ права вызываются не только недостаточностью силъ для ихъ разрѣшенія, но и, до извѣстной степени, свойствомъ самыхъ вопросовъ, спорностью ихъ въ наукѣ, состояніемъ законодательства, отдаленностью вопроса отъ той области права, съ которой судья всегда имѣетъ дѣло, и т. п.

Наконецъ, мы не имѣемъ никакихъ данныхъ опасаться, что институтъ заключенія ученыхъ-юристовъ въ самомъ зародышѣ

потеряетъ свою жизнеспособность, благодаря высокому уровню научной образованности нашей адвокатуры въ области гражданскаго суда, и что онъ будетъ вытѣсненъ, какъ это случилось во Франціи, дѣятельностью ученыхъ адвокатовъ, дѣйствующихъ отдѣльно отъ адвокатовъ-ходатаевъ.

Словомъ, благопріятная почва для развитія нашего института несомнѣнно имѣется. Спрашивается, далѣе, имѣются ли у насъ въ наличности тѣ упомянутыя мною обстоятельства, благодаря которымъ, въ Германіи сами судебныя установленія содѣйствовали и содѣйствуютъ развитію института Gutachten, т.-е. и сами обращаются къ ученымъ за заключеніемъ и съ должнымъ вниманіемъ относятся къ заключеніямъ, представляемымъ тяжущимися? Глубокое уваженіе судей къ наукѣ и ея представителямъ, высоко развитое чувство долга, подсказывающее использовать всѣ средства для постановленія правильныхъ рѣшеній, отсутствіе ложнаго стыда яко-бы за свое научное безсиліе, — все это темы очень деликатныя и щекотливыя. Но будемъ откровенны. Глубокаго уваженія судей къ наукѣ и ея представителямъ пока-что не замѣтно, но что уваженіе пробуждается и прогрессируетъ— въ этомъ не можетъ быть сомнѣнія. Да и какъ ему было развиться, когда нашъ верховный кассаціонный судъ въ своемъ знаменитомъ рѣшеніи иронизировалъ на счетъ науки, „такъ-называемой теоріи права“ и запретилъ судамъ то, что составляетъ истинное украшеніе рѣшеній германскихъ судовъ, а именно, ссылаться въ рѣшеніяхъ на ученыя сочиненія... Вскорѣ онъ, однако, обращеніемъ своимъ къ ученымъ за заключеніями, и внимательнымъ отношеніемъ къ этимъ заключеніямъ принесъ дань уваженія наукѣ и ея представителямъ и тѣмъ парализовалъ дурное дѣйствіе вышеупомянутаго, недоброй памяти, рѣшенія. Что касается чувства долга, то оно высоко развито въ нашихъ судьяхъ. Мы съ омерзѣніемъ и негодованіемъ отворачиваемся отъ ходячихъ розсказней объ ослабленіи этого чувства. Но чувство долга можетъ быть высоко развито, а въ то же время не всѣ пути, при помощи коихъ оно находитъ себѣ удовлетвореніе, могутъ быть глубоко сознаны. Таковымъ путемъ можетъ быть и обращеніе къ ученымъ за заключеніями и использованіе этихъ заключеній. Что цѣлесообразность этого пути, какъ средства выполнить наилучшимъ образомъ свой долгъ, хотя еще не проникла въ общее сознаніе судей, а начинаетъ проникать, въ этомъ тоже сомнѣваться нельзя. Наконецъ, отсутствіе ложнаго стыда, какъ-бы судъ не сочли менѣе свѣдущимъ въ своемъ дѣлѣ, чѣмъ ученаго, есть нѣчто очень трудно констатируемое. Я поста-

вилъ бы вопросъ нѣсколько иначе; я спросилъ бы, проникло ли въ судейскую среду сознаніе, что ученый-теоретикъ и судья-практикъ товарищи по общей работѣ, одинъ работаетъ надъ одной стороной, другой надъ другой, что тѣ, возбужденные на практикѣ вопросы, которые въ то же время являются научными проблемами, лучше могутъ быть разрѣшены представителемъ науки, чѣмъ представителемъ практики? Я полагаю, что это сознаніе все болѣе и болѣе пробиваетъ себѣ путь въ судейскую среду. Это сознаніе товарищескихъ отношеній и солидарности въ общей работѣ, между прочимъ, конечно, наглядно проявляется въ засѣданіяхъ существующихъ въ университетскихъ городахъ юридическихъ обществъ, гдѣ въ обсуждаемый юридическій вопросъ каждый вноситъ свое: практикъ—практическое, теоретикъ—теоретическое, иначе говоря, каждый вноситъ то, въ чемъ онъ сильнѣе.

Итакъ, мы приходимъ къ тому, что и потребность въ обращеніи къ помощи ученыхъ-юристовъ у насъ обнаруживается въ осязательной формѣ, и почва для дальнѣйшаго развитія института заключенія ученыхъ-юристовъ имѣется, и надежда на содѣйствіе судовъ въ использованіи ученыхъ силъ вполнѣ основательна. Значитъ, и пусть себѣ развивается и крѣпнетъ прекрасный институтъ. Онъ самъ выростетъ и расцвѣтетъ путемъ образованія судебно-обычныхъ правилъ, а затѣмъ уже наступитъ моментъ подробной его законодательной нормировки. Это, конечно, вполнѣ нормальный, самый естественный путь образованія процессуальныхъ институтовъ, и я думаю, время детальной законодательной нормировки новаго института далеко еще не наступило. Было бы рискованно, пользуясь западнымъ опытомъ, сочинить законы о заключеніяхъ ученыхъ-юристовъ въ дѣлахъ гражданскихъ: неизвѣстно еще, какія правила выработаетъ нашъ судебный опытъ. Но, съ другой стороны, мы видимъ, что отсутствіе хотя-бы намека на допустимость этого института привело къ прозябанію заключеній въ собственномъ смыслѣ и къ неудачнымъ поискамъ за аналогіями въ другихъ формахъ заключеній. Я боюсь, какъ-бы не зачахло только-что показавшее первые побѣги деревцо, и потому я позволяю себѣ надѣяться, что кассаціонная практика, при первомъ удобномъ случаѣ, положитъ конецъ установленію неудачныхъ квалификацій, и выражаю искреннѣйшее пожеланіе, чтобы при происходящемъ пересмотрѣ устава гражданскаго судопроизводства въ него было внесено только нѣсколько новыхъ словъ, даже не въ видѣ новой статьи, а лишь въ видѣ продолженія текста статьи существующей. Я предложилъ бы

статью девятую устава, гласящую, что „всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ ихъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія, основывать рѣшенія на общемъ смыслѣ законовъ“, дополнить слѣдующими словами: „пользуясь для сего всѣми не противными законамъ способами, какъ-то: сношеніями съ учеными учрежденіями, заключеніями ученыхъ-юристовъ и т. п.“. Такое незначительное дополненіе очиститъ поле для посѣва. А это пока только и требуется; большаго мы, до поры, до времени, не просимъ. Но безъ этого малаго не вырасти институту, который, несмотря на совершенную свою юность, уже успѣлъ дать кое-что цѣнное для нашей практики и науки. Несмотря на его почти зачаточное состояніе, что̀ мы видимъ? Съ одной стороны, рядъ кассаціонныхъ рѣшеній, на которыхъ замѣтны явные слѣды вліянія науки—это рѣшенія по дѣламъ, по которымъ были даны заключенія учеными-юристами; съ другой стороны, мы имѣемъ нѣсколько научныхъ работъ, являющихся ничѣмъ инымъ, какъ заключеніями, данными ихъ авторами по судебнымъ дѣламъ. Наука въ лицѣ крупныхъ своихъ представителей подѣлилась своимъ богатствомъ съ практикой, практика вызвала на свѣтъ ученые труды. Пусть же, скажемъ въ заключеніе, это взаимодѣйствіе принимаетъ все болѣе и болѣе широкіе размѣры на пользу отечественной науки и правосудія.

VI.

ТРИ ВОПРОСА ДРЕВНЯГО ЛИТОВСКАГО ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА [1]).

1. Признаетъ ли Литовскій Статутъ 1786 г. (оффиц. перев. 1811 г.) существованіе родовыхъ имуществъ?

2. Допускаетъ ли онъ переходъ наслѣдственнаго имущества, при отсутствіи представителей одного рода, къ коему принадлежалъ наслѣдодатель, къ представителямъ другого рода его?

3. Ограничено ли право наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ восьмою степенью или восьмымъ колѣномъ?

За послѣднее время въ нашей литературѣ появилось нѣсколько трудовъ, посвященныхъ вопросамъ литовскаго гражданскаго права. Два изслѣдованія проф. Бершадскаго [2]), изслѣдованія проф. Леонтовича [3]) и г. Пташицкаго [4]) касаются, главнымъ образомъ, права наслѣдованія по Литовскому Статуту. Труды эти невольно привлекаютъ къ себѣ вниманіе цивилиста и вызываютъ въ немъ желаніе внести и свою лепту въ дѣло научной разработки одного изъ замѣчательнѣйшихъ памятниковъ законодательства. Не вступая въ полемику съ названными учеными, мы, съ чисто цивильной точки зрѣнія, остановимся на трехъ наиболѣе интересныхъ вопросахъ, ими обслѣдованныхъ: о родовыхъ имуществахъ, о пере-

[1]) Журналъ Юридическаго Общества 1896 г. кн. II.

[2]) „О наслѣдованіи въ выморочныхъ имуществахъ по литовскому праву“ и „Литовскій Статутъ и польскія конституціи“.

[3]) „Спорные вопросы по исторіи русско-литовскаго права“.

[4]) „Къ исторіи литовскаго права послѣ третьято Статута“.

ходѣ наслѣдственнаго имущества изъ одного рода въ другой и о предѣлахъ наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ.

Первые два вопроса находятся въ тѣснѣйшей связи между собою; первый является по отношенію ко второму предрѣшительнымъ: если Статутъ признаетъ существованіе родовыхъ имуществъ, т.-е. прикрѣпленность имущества къ данному роду, то, конечно, и наслѣдованіе въ родовомъ имуществѣ ограничено предѣлами того рода, въ который оно разъ перешло по праву законнаго наслѣдованія; если же онъ существованія родовыхъ имуществъ не признаетъ, то и ограниченіе это немыслимо и имущество должно обладать способностью переходить изъ рода одного изъ родителей наслѣдодателя къ родственникамъ изъ его рода другого родителя.

Обращаясь къ первому изъ этихъ вопросовъ, мы должны сознаться, что рѣшеніе его представляетъ немалыя затрудненія. Прямого указанія на отсутствіе или присутствіе родовыхъ имуществъ въ Статутѣ не имѣется и приходится обращаться къ общему смыслу законовъ (ст. 9 уст. гр. суд.), въ Статутѣ содержащихся.

Характерная черта родового имущества заключается въ исключительной принадлежности его, одновременно или преемственно, лицамъ, принадлежащимъ къ одному изъ двухъ родовъ, членомъ коихъ является каждое изъ этихъ лицъ. Право на это имущество обусловлено не однимъ родствомъ, соединяющимъ нѣсколько лицъ, т.-е. происхожденіемъ отъ одного общаго родоначальника, а родствомъ по данному роду, т.-е. происхожденіемъ отъ того или другого изъ двухъ родоначальниковъ, каковыхъ имѣетъ каждое лицо. Такъ что родовое имущество предполагаетъ: а) понятіе рода обособленнаго, отдѣльно понимаемаго не какъ родъ и по отцу, и по матери, а какъ родъ или по отцу, или по матери и б) исключительное юридическое значеніе одного изъ двухъ родовъ, къ коимъ лицо принадлежитъ. Эти соображенія имѣютъ важное руководящее значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда въ данномъ законодательномъ актѣ мысль о существованіи родовыхъ имуществъ не выражена ясно и опредѣлительно. Разъ въ актѣ этомъ и самаго слова „родъ“ въ вышеуказанномъ смыслѣ не встрѣчается и понятіе его замѣнено другимъ; разъ въ актѣ этомъ юридическое значеніе придается родству вообще, а не исключительно родству по тому или другому роду, то едва-ли можно говорить о признаніи имъ особыхъ родовыхъ имуществъ, особенно, если они замѣняются близкимъ, но не тождественнымъ съ нимъ видомъ имуществъ.

Обращаясь къ Статуту 1786 г., мы въ немъ слова „родъ“ не встрѣчаемъ. Оно какъ-бы намѣренно исключено. Такъ, въ

Статутѣ 1588 г. мы находимъ это слово въ фразѣ „а пакъ ли бы се родъ звелъ“, т.-е. если бы родъ изсякъ, но въ Статутѣ 1786 г. фраза эта замѣнена другою „jesliby się rozwiodl“, т.-е. если бы былъ безродный [1]). Правда, и въ Статутѣ 1786 г. разъ встрѣчается слово „родъ“: „dolekiego w rodzie [2]), т.-е. отдаленнаго въ родѣ; но тутъ имѣется въ виду дальній родственникъ вообще, хотя бы и не принадлежащій къ данному роду того лица, о которомъ тутъ идетъ рѣчь. Статутъ говоритъ о случаѣ, когда зять убилъ своего шурина и, указывая на послѣдствія этого убійства, замѣчаетъ, что они наступаютъ и тогда, когда будетъ убитъ родственникъ и болѣе отдаленный въ родѣ. Но вѣдь зять и шуринъ даже и не родственники, а свойственники—это лица, принадлежащія къ разнымъ родамъ. Очевидно, законъ, говоря, что данное правило примѣняется не только къ убійству зятемъ шурина, но и къ убійству болѣе отдаленнаго въ родѣ, имѣлъ въ виду родство въ общемъ, широкомъ смыслѣ, родство болѣе далекое, чѣмъ то, въ которомъ состоятъ зять и шуринъ, а не болѣе отдаленную степень въ данномъ родѣ. Такъ что тутъ „родъ“ означаетъ собственно родство въ обширномъ смыслѣ, со включеніемъ даже свойства.

Читая русскій переводъ (1811) Статута 1786 г., мы четыре раза встрѣчаемся со словомъ „родъ“ и, не сличая перевода съ польскимъ текстомъ, могли бы подумать, что и тамъ говорится о родѣ. На самомъ же дѣлѣ оказывается, что въ этихъ четырехъ мѣстахъ словомъ „родъ“ переведено польское „dom“. Что „dom“ не родъ, это и сомнѣнію подлежать не можетъ, да и сами переводчики въ двухъ другихъ мѣстахъ перевели слово dom правильно домомъ [3]). Въ одномъ изъ упомянутыхъ четырехъ мѣстъ „dom“ употреблено въ правилѣ, по которому приданое послѣ смерти бездѣтной вдовы, не оставившей завѣщанія, возвращается w ten dom z ktorego ona wyszła [4]), т.-е. въ домъ, изъ котораго вышла замужъ дѣвица. Что это не родъ въ вышеуказанномъ смыслѣ, видно изъ того, что приданое по Статуту можетъ состоять только изъ денегъ и другихъ движимыхъ вещей [5]), которыя по общему правилу (а тутъ только и можно имѣть въ виду общее правило), не составляютъ принадлежности того или другого рода и, слѣдова-

---

[1]) § 1 арт. XIX р. 3.
[2]) § 2 арт. VIII р. 11.
[3]) § 6 арт. II р. 5, § 1 арт. IX р. 8.
[4]) § 2 арт. II р. 5.
[5]) §§ 1 и 3 арт. I р. 5.

тельно, не могутъ быть ему никѣмъ возвращены. Затѣмъ, если бы было сказано, что приданое возвращается въ домъ, изъ котораго оно вышло, то это еще могло навести на мысль о возвращеніи его въ родъ; между тѣмъ артикулъ говоритъ, что приданое возвращается въ домъ, изъ котораго невѣста вышла, т.-е. въ семью, гдѣ она, предполагается, жила до брака. Наконецъ, если допустить, что тутъ рѣчь идетъ о родѣ, то, значитъ, приданое передается въ тотъ родъ, къ которому невѣста принадлежитъ. Если такъ, то въ случаѣ дачи приданаго матерью, не имѣющей другихъ дѣтей и умершей раньше своей дочери-вдовы, имѣющей единокровныхъ братьевъ, приданое должно перейти въ родъ матери, а единокровные братья вдовы ничего не получатъ; эта несообразность противна постановленіямъ Статута о правѣ наслѣдованія послѣ смерти сестеръ [1]). Въ другомъ мѣстѣ, какъ мы уже сказали, слово „dom“ вѣрно переведено въ той же фразѣ: „w ten dom z ktorego ona wiszła“, „въ домъ, изъ котораго она вышла“ [2]). Второе и третье мѣсто, въ которыхъ слово dom переведено „родъ“, тоже не указываютъ на то, что рѣчь идетъ о томъ или другомъ родѣ. Въ томъ же артикулѣ, гдѣ имѣются эти два неправильныхъ перевода, находимъ и правильный: „предки“ [3]). Въ артикулѣ идетъ рѣчь о rei vindicatio, при чемъ истецъ утверждаетъ, что отвѣтчику принадлежитъ только заставное право, а не право собственности. Вотъ законъ и предлагаетъ истцу доказать, что имущество было отдано въ залогъ „z domu jego“, что оно „było kiedy w domu jego“, т.-е. что оно принадлежало предкамъ его или ими было заложено отвѣтчику. Тутъ тотъ или другой родъ ни при чемъ: законъ, говоря о родѣ, этого не предрѣшаетъ; можетъ быть имѣніе принадлежало или было заложено предкомъ по роду отца, а можетъ быть — по роду матери. Если истецъ докажетъ, что имѣніе принадлежало или было заложено кѣмъ-либо изъ его предковъ, онъ выигралъ процессъ; доказавъ, напр., что имѣніе принадлежало предку по матери, онъ свое дѣло сдѣлалъ и отвѣтчикъ не въ правѣ возразить, что имѣніемъ могъ владѣть только предокъ по отцу, а не по матери. Наконецъ, въ четвертомъ мѣстѣ рѣчь идетъ о лишеніи жизни брата или сестры; въ этомъ случаѣ имѣніе убитаго переходитъ къ братьямъ или сестрамъ,

---

[1]) § 2 арт. XVII р. 3, § 1 арт. XVI р. 7, § 4 арт. XIX р. 5, § 1 ар. XIV р. 5.

[2]) § 2 арт. II р. 5.

[3]) §§ 1 и 2 арт. XIII р. 7.

[4]) § 1 арт. VIII р. 11.

или дядямъ по отцу или родственникамъ „w tym domu“ [4]). „Tym“ тутъ какъ будто относится къ слову „по отцу“ и значитъ „въ родѣ отца“. Такое толкованіе совершенно невозможно. Убитъ ли наслѣдодатель или умеръ естественною смертью, это съ точки зрѣнія наслѣдственнаго права безразлично; и въ томъ, и другомъ случаѣ открывается наслѣдство и призываются къ наслѣдованію тѣ же лица. Какъ увидимъ ниже, порядокъ призванія къ наслѣдованію по Статуту вовсе не таковъ, чтобы имущество по смерти брата должно было перейти непремѣнно въ родъ отца; все зависитъ отъ свойства имущества. А если оно было материнское, и имѣются родственники со стороны матери? Неужели къ нимъ не переходитъ имущество только потому, что наслѣдодатель былъ убитъ, а не умеръ естественною смертью? Это несообразность, которую надо приписать не законодателю, а истолкователю закона, невѣрно переведеннаго. Если перевести приведенную фразу правильно, то получится: къ родственникамъ того же дома, т.-е. семьи, къ которой принадлежалъ убитый, а къ какому роду будутъ принадлежать эти родственники — отца или матери, рѣшить заранѣе невозможно.

Не допуская отожествленія понятій „дома“ и „рода“, мы полагаемъ, что первое изъ этихъ выраженій весьма рельефно характеризуетъ природу литовской семьи. Это, очевидно, была семья чисто когнатическая, семья, въ составъ которой входили всѣ кровные родственники какъ со стороны отца, такъ и со стороны матери. Выраженія: „z domu wiszła“, „była w domе“ и т. п. означаютъ: вышла изъ семьи, была въ семьѣ и т. д. Соотвѣтственно этому и законъ охраняетъ интересы „дома“, а не рода, интересы семьи, родственниковъ вообще.

Чуждо Литовскому Статуту понятіе рода, чуждо ему и приданіе исключительнаго юридическаго значенія принадлежности лица къ тому, а не другому роду. Въ Статутѣ указывается на цѣлый рядъ весьма разнообразныхъ явленій, въ которыхъ принадлежность лица къ тому, а не другому роду не вліяетъ на его юридическое положеніе; юридическое значеніе придается родству одного лица съ другимъ, а не родству именно по отцу или именно по матери. Рядъ правъ и обязанностей связывается съ родствомъ, а не съ принадлежностью къ тому или другому роду. Въ однихъ случаяхъ, какъ увидимъ, эта принадлежность ровно никакого значенія не имѣетъ,—положеніе, сумма правъ и обязанностей представителей обоихъ родовъ совершенно одинаковы, — въ другихъ — и это самое бо́льшее — принадлежность именно къ данному роду вліяетъ на порядокъ призванія къ праву

или обязанности: представители одного рода предшествуютъ представителямъ другого рода, но не исключаютъ ихъ.

Въ современномъ юридическомъ быту родство оказываетъ весьма слабое вліяніе на юридическія отношенія. Не то было въ отдаленныя времена, не то во время дѣйствія Литовскаго Статута; цѣлый рядъ правъ и обязанностей обусловливался родственною связью нѣсколькихъ лицъ.

Литовская семья XVIII вѣка представляла собою нѣчто живущее своими интересами; интересы эти охранялись государствомъ въ лицѣ закона, надѣлявшаго отдѣльныхъ членовъ семьи извѣстными правами и требовавшаго отъ нихъ исполненія извѣстныхъ обязанностей. Законъ видѣлъ въ семьѣ, домѣ союзъ лицъ, связанныхъ единствомъ происхожденія, принадлежностью къ двумъ родамъ. На цѣломъ рядѣ явленій мы видимъ эту широту семейнаго круга, широту семейныхъ интересовъ, отсутствіе интересовъ рода и родовой замкнутости. Вотъ эти явленія:

Во-первыхъ: кто заботится о нравственной чистотѣ семьи? Дѣвица, забывъ страхъ Божій и отложа стыдъ въ сторону, какъ выражается Статутъ, живетъ въ непотребствѣ. Кто принимаетъ мѣры противъ этого ужаснаго явленія? Конечно, отецъ; онъ можетъ „отречься“ отъ такой дочери, т.-е. лишить ее наслѣдства [1]), но и родственники не должны оставаться безучастны. Статутъ прямо говоритъ: „объ ней доносятъ родственники по отцѣ и по матери“ [2]). Не родовая честь, естественно, оберегаемая представителями рода отца, фамилію котораго носитъ блудница, тутъ затрагивается и оберегается, а честь семьи, честь обоихъ родовъ.

Во-вторыхъ: умираетъ отецъ, остаются сироты. Кто о нихъ заботится, подъ чью опеку они подпадаютъ? По Статуту, если отецъ не назначилъ опекуна въ завѣщаніи, къ опекунству призывается старшій сынъ, если нѣтъ сына или онъ несовершеннолѣтенъ,—дядя по отцу, если такового нѣтъ,—то ближайшій родственникъ по отцу (po mieczu), а если и такового нѣтъ, то дядя по матери, а если и его нѣтъ, то ближайшій родственникъ по матери (pokądzieli), а если и такового нѣтъ, то призываются женщины, сначала родственница по отцу, а, за неимѣніемъ таковой, родственница по матери [3]). Изъ этого видно, что опекунство есть обязанность, лежащая на всѣхъ родственникахъ,

[1]) § 5 арт. VIII р. 8.
[2]) арт. XXX р. 14.
[3]) § 1 арт. III р. 6, § 1 арт. XV р. 6, § 4 арт. XI р. 5.

безъ различія, къ какому бы роду они ни принадлежали; представителямъ рода отца отдается лишь преимущество передъ представителями рода матери: за отсутствіемъ первыхъ призываются вторые. Такъ что, вообще говоря, опека лежитъ на членахъ семьи вообще, семьи когнатической; родъ играетъ здѣсь ту же роль, какъ и полъ, имѣя не исключительное, а преимущественное значеніе; опека остается все же не родовою, а родственною. Преимущественное значеніе родственниковъ отца передъ родственниками матери объясняется, съ одной стороны, исторически: когнатической семьѣ, надо полагать, предшествовала семья агнатическая, въ составъ которой родственники матери не входили; формою такой семьи была римская семья временъ до-юстиніановыхъ; и это общій типъ первоначальной семьи, съ ея грознымъ главою [1]). Измѣненіе формы семьи произошло не сразу, а постепенно, и еще долго въ когнатической семьѣ сохраняются кое-какіе слѣды агнатическаго строя, къ каковымъ и относится отведенное родственникамъ по отцу первенство въ призваніи къ опекунству. Съ другой стороны это объясняется положеніемъ отца въ семьѣ; какъ онъ главенствуетъ надъ матерью, такъ и его родня первенствуетъ передъ родней матери. Въ римской когнатической семьѣ мы находимъ почти такой же порядокъ призванія къ опекунству [2]) и когда римское право было реципировано въ Германіи, то и тамъ агнатическая семья обратилась въ когнатическую, что̀ и вызвало соотвѣтствующія измѣненія въ призваніи къ опекунству; до того опекунами могли быть только родственники по отцу, а затѣмъ стали призываться и родственники по матери, и притомъ въ томъ же порядкѣ, какъ и по Статуту [3]).

Въ-третьихъ: когда отецъ въ завѣщаніи назначилъ опекуншею жену и она дурно управляла имѣніемъ дѣтей, то кто ее могъ устранить? Представители рода отца? Нѣтъ, и тутъ мы видимъ, что по Статуту прежде всего имѣли это право дядя по отцу, а за неимѣніемъ его и другіе родственники“ [4]), конечно, безотносительно къ роду: „родственники“ вообще. Если обязанность быть опекуномъ лежала на родственникахъ по обоимъ родамъ, то нѣтъ основанія думать, что родственники по матери не

---

[1]) О власти мужа и отца у древнихъ славянъ см. Шпилевскій — Семейныя власти у древн. славянъ и германцевъ, стр. 54—58, 157—170.

[2]) Nov. 118 cap. 5.

[3]) Thudichum, Gesch. des deutsch. Privatr. S. 37. Kraut, Vormundschaft B. 1 S. 170.

[4]) § 23 art. XI p. 5.

имѣли права вмѣшиваться въ опеку; въ послѣднемъ случаѣ, какъ и въ первомъ, проявляется забота о сиротахъ, и, естественно, тѣ же лица, на которыхъ возлагалась обязанность заботиться о сиротахъ, имѣли и право заботиться о нихъ.

Въ-четвертыхъ: дѣвица сирота желала выйти замужъ. У кого она спрашивала разрѣшенія? Опять, не только у родственниковъ по роду отца, а у родственниковъ обоихъ родовъ. Статутъ говоритъ: „у братьевъ, дядей по отцѣ, а, за неимѣніемъ ихъ, у ближайшихъ родственниковъ“ [1]). Какъ видно изъ дальнѣйшаго изложенія артикула, Статутъ, говоря о лицахъ, дающихъ дѣвицѣ разрѣшеніе на бракъ, имѣетъ въ виду правила, установленныя для призванія къ опекунству, прямо называя этихъ лицъ опекунами. Это даетъ основаніе утверждать, что къ числу этихъ лицъ отнесены родственники и по отцу, и по матери. Правило, установленное относительно вступленія въ бракъ дѣвицы, повторяется и относительно вдовы [2]).

Въ-пятыхъ: дѣвица выходитъ замужъ. Кто ее снабжаетъ приданымъ? Статутъ говоритъ: „отецъ, мать, ближайшіе родственники“, т.-е. члены того дома, изъ котораго дѣвица вышла; они выдаютъ ей приданое и обязаны озаботиться объ обезпеченіи этого приданаго вѣномъ; они должны совершить „приданообезпечительную запись“. Запись эта имѣетъ очень важное юридическое значеніе: если она совершена, то по смерти мужа вдова получаетъ свое приданое полностью, если не совершена, то лишается его. Объ эти обязанности, какъ Статутъ неоднократно повторяетъ, лежатъ на „ближайшихъ родственникахъ“ и лишь одинъ разъ передъ этимъ словомъ упоминаетъ о дядѣ по отцу [3]). Это какъ бы указываетъ на то, что при выдачѣ приданаго и совершеніи записи соблюдается извѣстный порядокъ: сначала идутъ родственники по отцу, а потомъ по матери. Но это, очевидно, не такъ: едва-ли дѣвица-сирота, жившая при родныхъ по матери, должна была быть снабжена приданымъ родственникомъ по отцу. Вѣроятнѣе всего, что составители Статута тутъ, какъ и во многихъ другихъ мѣстахъ, для примѣра указали на дядю по отцу и сейчасъ же оборвали перечисленіе словами „и другіе ближайшіе родственники“ (объ этомъ пріемѣ см. ниже).

Въ-шестыхъ: неосновательно отрицается дворянское достоин-

---

[1]) § 1 арт. IX р. 5. Хотя § 2 говоритъ только о братьяхъ и дядяхъ по отцу, но все сказанное тамъ должно относиться и къ другимъ родственникамъ.

[2]) § 1 арт. XII р. 5.

[3]) §§ 2 и 3 арт. 1 р. 5, § 4 арт. II р. 5.

ство лица, столь усиленно охраняемое Статутами: дворянинъ прибѣгаетъ не къ лицамъ, могущимъ подтвердить его родовитость, не къ роднымъ по роду отцу, а къ нимъ и къ лицамъ, чуждымъ роду его отца—къ представителямъ рода матери; дворянство свое надо доказать, сославшись на четырехъ свидѣтелей: двухъ изъ рода отца и двухъ изъ рода матери [1]). Это правило установлено Статутомъ для случаевъ отрицанія дворянскаго достоинства вообще. Возвращается онъ къ этому вопросу въ артикулѣ „о доказываніи дворянства по присужденіи штрафа навязки“ и говоритъ, что въ случаѣ отрицанія обидчикомъ дворянскаго достоинства обиженнаго, послѣдній долженъ, „собравъ братьевъ, дядей по отцѣ или своихъ родственниковъ, доказать... что онъ точно дворянинъ“ [2]). Сопоставляя это правило съ предыдущимъ, общимъ, мы видимъ, что рѣчь идетъ объ одномъ и томъ же случаѣ: доказываніи своего дворянства въ виду его отрицанія; во второмъ правилѣ только внѣшняя обстановка иная. Несомнѣнно, что и къ случаю, въ этомъ правилѣ указанному, примѣняется правило о двухъ свидѣтеляхъ отъ каждаго рода, а перечисленіе, въ немъ содержащееся,—лишь примѣрное. И тутъ, оказывается, тоже „дяди по отцу“ приведены для примѣра.

Въ-седьмыхъ: убитъ человѣкъ. Въ обществѣ, признающемъ еще систему виръ, родственники имѣютъ право отыскивать такъ называемую головщину, т.-е. вознагражденіе за голову убитаго. Головщину эту могутъ требовать, по Статуту, восходящіе и нисходящіе родственники, братья и сестры, а если у убитаго ихъ не было, то ближайшіе родственники по отцу, а за неимѣніемъ ихъ ближайшіе родственники со стороны матери [3]). Опять, значитъ, родственники вообще, члены „дома“ при предпочтеніи (а не исключеніи) рода отца роду матери.

Изложенныя данныя убѣждаютъ насъ въ томъ, что литовская семья въ періодъ Статута 1786 г. представляла, несомнѣнно, семью когнатическую съ нѣкоторыми лишь отпрысками, остатками агнатическаго строя, выражавшимися не въ томъ, что принадлежность къ роду отца связана была съ какими-либо исключительными правами и обязанностями, а въ томъ, что въ нѣкоторыхъ лишь случаяхъ представители рода отца имѣли преимущество передъ представителями рода матери въ области равно доступныхъ для нихъ правъ и обязанностей. Въ литовской когнатической

---

[1]) § 1 арт. XXX р. 3.
[2]) § 1 арт. Ė р. 11.
[3]) § 2 арт. XLV р. 11.

семьѣ замѣчается даже какъ бы стремленіе къ чрезмѣрному расширенію: въ ея составъ какъ будто входятъ и чужеродцы. Явленіе это исключительное; указанія на него въ Статутѣ отрывочныя, но тѣмъ не менѣе оно очень важно для характеристики семьи не въ пользу ни агнатическаго, ни родового строя. Такъ, въ Статутѣ говорится о раздѣлѣ наслѣдства между родственниками и свойственниками (powinowutemi) [1]); зять и шуринъ, какъ мы видѣли, считаются близкими членами „дома“; устанавливаемое относительно ихъ правило должно простираться даже на „болѣе отдаленныхъ родственниковъ“ [2]); тесть отвѣчаетъ за убытки, причиненные зятемъ, причисляемымъ къ его родственникамъ [3]); мужья женщинъ, назначенныхъ опекуншами, могутъ стать ихъ соопекунами [4]). На эти случаи мы указываемъ не для того, чтобы утверждать, что въ составъ литовской семьи входили непремѣнно и свойственники, и вообще дѣлать какіе-либо крайніе выводы. Нѣтъ, мы на эти факты указываемъ единственно для того, чтобы показать, какъ далека была литовская семья отъ типа семьи агнатической.

Спрашивается, могло ли на описанной нами почвѣ семейнаго строя вырости представленіе о родовомъ имуществѣ, какъ исключительной принадлежности даннаго рода? На этотъ вопросъ только и можно дать отвѣтъ безусловно отрицательный. Во всѣхъ вышеописанныхъ явленіяхъ имѣлось достаточно и поводовъ, и основаній придать принадлежности лица къ данному роду исключительное значеніе. Однако, этого сдѣлано не было. Можно ли допустить, что воззрѣніе это, не примѣненное къ этимъ явленіямъ, было, однако, по исключенію, примѣнено къ правамъ членовъ семьи на извѣстное имущество. Народная жизнь поразительно логична: разъ ей начинаетъ претить какое-либо начало, она съ настойчивостью отъ него отворачивается. Почему права и обязанности по опекѣ не сдѣланы исключительнымъ достояніемъ одного рода, почему то же самое не сдѣлано съ правомъ на головщину, съ обязанностью выдачи приданаго и т. п.? Вѣдь были же извѣстныя основанія, по которымъ народъ этого не сдѣлалъ, руководился же онъ извѣстнымъ воззрѣніемъ? Изъ-за того, что въ кодексѣ законовъ этого народа данное явленіе не ясно очерчено, мы не въ правѣ сказать: хотя онъ къ подобнымъ явленіямъ и не примѣнилъ этого воззрѣнія, тѣмъ не менѣе къ данному явленію, по исключенію, примѣнилъ. Разъ онъ отказался

[1]) § 3 арт. IX р. 6.
[2]) §§ 1 и 2 арт. VIII р. 11.
[3]) §§ 2 и 3 арт. XLIX р. 4.
[4]) § 1 арт. III р. 6.

отъ этого воззрѣнія при упорядоченіи описанныхъ выше явленій, онъ не могъ къ нему вернуться при упорядоченіи такого серьезнаго явленія, какъ права членовъ семьи на имущество, да еще имущество недвижимое.

Кромѣ изложенныхъ соображеній, непризнаніе Статутомъ родовыхъ имуществъ доказывается отсутствіемъ въ немъ какихъ-либо указаній на институтъ, неразрывно съ ними связанный. Мы говоримъ о правѣ выкупа. Вездѣ, гдѣ существовали родовыя имущества, существовало и это право. И это вполнѣ естественно: разъ имущество принадлежитъ роду, представителямъ послѣдняго не безразличенъ переходъ его къ чужеродцу; имъ должно быть предоставлено право обратной покупки, право возвратить имѣніе въ родъ. Въ Статутѣ и намека нѣтъ на это право, прежде несомнѣнно существовавшее; существованіе его уже видно изъ грамоты Александра Ягеллона отъ 1492 г., въ которой за родственниками продавца сохраняется право выкупа наслѣдственныхъ имѣній [1]). Собственникъ по Статуту свободно располагаетъ своимъ имуществомъ [2]); продажа была безповоротна; возвращеніе въ родъ было невозможно. Правда, въ Статутѣ не разъ говорится о выкупѣ въ смыслѣ права родственниковъ, но это или право наслѣдниковъ, напр., право выкупа залога [3]), право выкупа вдовьей части [4]), или право родственниковъ выкупить имѣніе, проданное недворянину [5]) или иностранцу [6]). Право выкупа въ первомъ смыслѣ не имѣетъ никакого отношенія къ нашему вопросу, на правѣ же этомъ во второмъ смыслѣ не мѣшаетъ остановиться. Имѣніе, проданное дворяниномъ недворянину или иностранцу, могло быть выкуплено родственниками продавца. Смыслъ этого закона ясенъ: законодатель неодобрительно относится къ обращенію дворянскаго имѣнія въ недворянское, не представляющее для государства тѣхъ выгодъ, какъ первое [7]). Разъ сдѣланное дворяниномъ неодобрительное дѣйствіе можетъ быть исправлено путемъ выкупа. Но предоставить право выкупа всякому дворянину было бы слишкомъ крайнею и нераціональною мѣрою, слишкомъ стѣснительною для дворянъ; а потому и ограниченъ

---

[1]) Dzialinski. Zbor praw Litewskich, стр. 65.
[2]) § 1 арт. I р. 7.
[3]) § 2 арт. XIV р. 7.
[4]) § 3 арт. I р. 5.
[5]) § 1 арт. XXVI р. 3.
[6]) § 2 арт. XXI р. 3.
[7]) § 1 арт. VII р. 2. Въ § 2 арт. XXI р. 3 сказано: могутъ то имѣніе у него выкупить и службу земскую съ того имѣнія отправлять.

кругъ лицъ, которыя могли выкупать такое имѣніе, одними родственниками продавца. Что тутъ имѣется въ виду не выкупъ родовыхъ имѣній, и сомнѣнію подлежать не можетъ. Это видно изъ того, что, во-1-хъ, право выкупа въ этомъ случаѣ предоставлялось родственникамъ вообще безотносительно къ роду, къ коему они принадлежали; во-2-хъ, не сказано, что покупщикомъ долженъ быть чужеродецъ; имъ можетъ быть и родственникъ продавца, напримѣръ по матери, лишь бы онъ не былъ дворяниномъ или туземцемъ; такъ что выкуплено въ этомъ случаѣ можетъ быть и имѣніе, не вышедшее изъ рода, и, въ-3-хъ, законъ говоритъ объ имѣніи вообще, а не объ имѣніи, перешедшемъ къ продавцу по праву наслѣдованія; такъ что тутъ можетъ быть выкуплено имѣніе, купленное дворяниномъ, т.-е. благопріобрѣтенное, а затѣмъ проданное недворянину или иностранцу.

Не признаетъ существованіе родовыхъ имуществъ по Статуту [1]) и Государственный Совѣтъ. Въ запискѣ II Отдѣленія Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи, послужившей основаніемъ В. у. м. Государственнаго Совѣта 15 апрѣля 1842 г., прямо говорится, что „Литовскій Статутъ не признаетъ родовыхъ имѣній; самое названіе родовыхъ есть слишкомъ обширный и произвольный выводъ изъ смысла узаконеній, находящихся по сему предмету въ Статутѣ“. Государственный Совѣтъ согласился съ этимъ взглядомъ [2]). Наше изложеніе является лишь мотивировкою этого взгляда.

Отрицая существованіе по Статуту родовыхъ имуществъ, мы, конечно, далеки отъ мысли признавать всѣ недвижимыя имущества въ положеніи благопріобрѣтенныхъ. Статутъ знаетъ другое дѣленіе недвижимыхъ имуществъ: наслѣдственныя и пріобрѣтенныя [3]); первыя суть имѣнія, доставшіяся при извѣстныхъ условіяхъ, по праву законнаго наслѣдованія, вторыя „всякимъ образомъ нажитыя“. Къ этимъ двумъ категоріямъ надо присоединить еще третью, исключительную — это имѣнія потомственныя, т.-е. или пожалованныя (въ силу привилегіи) или пріобрѣтенныя по частному акту подъ условіемъ сохраненія ихъ въ потомствѣ [4]).

---

[1]) „Литовскій Статутъ института родовыхъ имуществъ въ томъ смыслѣ, какъ онъ существуетъ въ русскомъ законодательствѣ, не знаетъ“, говоритъ г. Боровиковскій въ ст. Объ особенностяхъ гражд. права въ Черн. и Полт. губ. Журн. Мин. Юст. 1867 г. т. 32 ч. 2 стр. 449.

[2]) П. С. З. т. XVII ч. 1 № 15534.

[3]) Въ § 2 арт. LXXII р. 4, § 1 арт. XCII р. 4 принята эта терминологія.

[4]) § 1 арт. XVII р. 7, § 2 арт. II р. 3.

Объ этой категоріи нечего распространяться; характеръ правъ на эти имѣнія опредѣляется спеціально или актомъ законодательнымъ или актомъ частной воли. — Терминъ „наслѣдственное“ употребляется сравнительно рѣдко; всего чаще встрѣчаются два выраженія: „отческое“ и „материнское“. Эта категорія имѣетъ значеніе лишь въ области наслѣдственнаго права. Обращаясь къ ея разсмотрѣнію, мы приблизимся къ разрѣшенію второго изъ поставленныхъ нами вопросовъ. Каково же значеніе этой категоріи имѣній, не имѣютъ ли имѣнія „отческія“ и „материнскія“ значеніе имуществъ родовыхъ? Есть, прежде всего, одно указаніе въ Статутѣ, изъ котораго могъ бы быть сдѣланъ выводъ именно въ этомъ смыслѣ. По Статуту имѣнія „отческія и материнскія“ не могутъ быть завѣщаны [1]). Если стать на точку зрѣнія законодательства, признающаго родовыя имѣнія или по которому семья зиждется на родовомъ и агнатическомъ началахъ, то, разумѣется, это ограниченіе завѣщательной свободы только и можетъ быть объяснено желаніемъ законодателя охранить интересъ рода. Но можно ли, въ виду изложенной характеристики литовской семьи, утверждать, что Статутъ тутъ охраняетъ интересы рода... Утверждать это невозможно уже въ виду строго когнатическаго характера литовской семьи, литовскаго „дома“. Не надо забывать, что запрещеніе завѣщать отческія и материнскія имѣнія, въ той формѣ, какъ оно выражено въ Статутѣ 1786 г., появилось впервые въ Статутѣ 1588 г. Въ первыхъ двухъ Статутахъ оно выражено косвенно, а именно Статуты эти говорятъ, что можно завѣщать благопріобрѣтенныя имѣнія [2]), а изъ этого уже можно вывести per argumentum a contrario, что завѣщать родовыя имѣнія нельзя было. Со Статута же 1588 г. въ соотвѣтствующемъ мѣстѣ дѣлается оговорка: „однакъ же не отьчизные и не материстое имѣнья“ [3]). Неужели возможно допустить, что оговорка эта, впервые появившаяся въ то время, когда, какъ мы видѣли, представленіе о родѣ почти исчезло, сдѣлана была съ цѣлью воскресить это представленіе, придать роду значеніе, которое онъ уже потерялъ. Если не въ интересахъ рода, то въ чьихъ же интересахъ сдѣлана эта вставка, иначе: запрещено завѣщать отческія и материнскія имѣнія? Отвѣтъ ясенъ: прежде всего въ интересахъ дѣтей, а затѣмъ въ интересахъ другихъ родственниковъ, имѣющихъ право наслѣдованія. Объ интересахъ дѣтей нечего говорить—они

[1]) § 1 арт. II р. 8.
[2]) Арт. XVIII р. 5 (1-го Ст.) арт. II р. 8 (2-го Ст.).
[3]) Арт. II р. 8.

предметъ первыхъ заботъ законодателя; ихъ право на родительское имущество Статутъ считаетъ столь кореннымъ, что только разъ и притомъ самымъ общимъ образомъ на него указываетъ [1]), а затѣмъ въ безчисленномъ рядѣ случаевъ говоритъ о немъ, какъ о фактѣ, который понимается самъ собой [2]). Не упускался изъ виду и интересъ другихъ родственниковъ, къ которымъ имущество должно перейти въ наслѣдство. Соотвѣтственно тому, кто эти наслѣдники, и опредѣляется, въ чьемъ интересѣ установлено разсматриваемое ограниченіе. Ниже мы увидимъ, что таковыми наслѣдниками являются представители обоихъ родовъ наслѣдодателя; а если такъ, то и Статутъ охраняетъ интересъ обоихъ родовъ наслѣдодателя по отческому или материнскому имѣнію, иначе: интересъ родственниковъ вообще; что вполнѣ согласно съ характеромъ когнатическаго строя литовской семьи. Но почему же, спрашивается, заботливость законодателя объ интересахъ дѣтей и другихъ родственниковъ наслѣдодателя не распространяется и на благопріобрѣтенное имущество? Да потому, что это было бы слишкомъ большимъ ограниченіемъ свободы лица въ распоряженіи своимъ имуществомъ. Выборъ законодателя палъ на тотъ видъ имущества, въ пріобрѣтеніи котораго, очевидно, наслѣдодатель никакого участія не принималъ, ни въ какія сдѣлки съ правопредшественникомъ своимъ не входилъ. При этихъ условіяхъ ограниченіе завѣщательной свободы не такъ чувствительно для собственника имѣнія, какъ при условіяхъ обратныхъ.

Обращаясь къ раскрытію смысла словъ „отческое и материнское“ имѣніе, замѣтимъ, что изъ буквальнаго смысла ихъ отнюдь нельзя вывести, что они означаютъ „родовое“ имѣніе,— имѣніе рода отца или рода матери. Одинъ изъ основныхъ принциповъ права наслѣдованія въ родовыхъ имѣніяхъ тотъ, что если разъ совершился переходъ благопріобрѣтеннаго имущества, по праву законнаго наслѣдованія, къ другому лицу, имущество это становится родовымъ [3]), будетъ ли наслѣдникъ сынъ, жена, племянникъ наслѣдодателя—это безразлично. А потому, если изъ даннаго кодекса не видно, считается ли родовымъ имущество, перешедшее отъ отца къ сыну, а съ другой стороны ясно, что имущество, перешедшее отъ жены къ мужу, отъ брата къ брату и т. п., очевидно не родовое, то, съ точки зрѣнія приведеннаго основного начала, надо признать, что и первое изъ этихъ имуществъ

[1]) § 1 арт. XVII р. 3.

[2]) §§ 6 и 8 арт. III р. 1, § 2 арт. XXV р. 1, § 1 арт. XV р. 5, § 1 арт. XVI р. 7, § 5 арт. XVII р. 7 и др.

[3]) Побѣдоносцевъ. Курсъ гражд. права, т. I, стр. 49.

нельзя считать родовымъ, развѣ бы въ самомъ кодексѣ было прямо сказано, что второе имущество не считается родовымъ по исключенію (какъ, напримѣръ, у насъ имущество, доставшееся пережившему супругу въ видѣ указной части почитается благопріобрѣтеннымъ, ст. 397 п. 6 т. X. ч. Св. Зак.). Обращаясь къ Статуту, мы въ немъ находимъ случай, когда имущество, перешедшее по праву законнаго наслѣдованія отъ одного лица къ другому, не считается родовымъ, при чемъ никакихъ и намековъ нѣтъ на то, что случай этотъ составляетъ съ этой стороны исключеніе. Мужъ, пріобрѣтя вмѣстѣ съ женою имѣніе, умираетъ бездѣтнымъ; все имѣніе переходитъ къ женѣ, т.-е. и его, и ея половины; обѣими этими половинами она можетъ свободно распорядиться, т.-е. завѣщать ихъ [1]). Съ точки зрѣнія указаннаго принципа мужнина половина должна бы обратиться въ родовое имѣніе, а между тѣмъ, несмотря на переходъ по праву законнаго наслѣдованія, оно въ таковое не обращается, такъ какъ можетъ быть завѣщано. Въ виду уже этого считать „отческое и материнское“ имѣнія имѣніями родовыми, первое по роду отца, второе по роду матери нельзя.

Изъ буквальнаго смысла словъ „отческое и материнское“ имѣніе одинъ выводъ: это имѣніе, доставшееся данному лицу отъ отца его или отъ матери непосредственно. По отношенію къ наслѣдникамъ въ боковыхъ линіяхъ имѣніе будетъ или отческимъ или материнскимъ, смотря по тому, досталось ли оно ихъ наслѣдодателю отъ отца или отъ матери непосредственно.

Одно изъ основныхъ началъ права наслѣдованія въ родовыхъ имѣніяхъ то, что имѣніе становится родовымъ-отческимъ или родовымъ - материнскимъ, иначе: — принадлежностью даннаго рода—отца или матери—съ перваго акта перехода его въ тотъ или другой родъ; принадлежность дальнѣйшихъ наслѣдодателей по этому имѣнію къ другому полу не мѣняетъ его характера, какъ отцовскаго или материнскаго: все дѣло въ томъ, „чье оно старинное было“; такъ, напр., благопріобрѣтенное имѣніе прадѣда, перейдя къ бабкѣ, становится отческимъ и остается таковымъ, хотя бы отъ бабки перешло потомъ къ матери, а отъ нея къ сыну [2]). Совсѣмъ не то мы видимъ въ Статутѣ: тамъ рѣшающее значеніе имѣетъ непосредственный переходъ имѣнія къ наслѣдодателю отъ его отца или отъ матери. Если бы этотъ первый переходъ имѣнія въ данный родъ клалъ свой неизмѣнный отпечатокъ на него, какъ на отческое или материнское, то хоть бы

[1]) §§ 1 и 2 арт. XXI р. 5.
[2]) Побѣдоносцевъ, н. с., т. 2, стр. 300.

разъ встрѣчалось слово въ родѣ „дѣдизна“. Въ первомъ Статутѣ мы его еще находимъ [1]), но во второмъ оно уже исчезло и исчезло именно изъ того артикула, который имѣетъ, какъ увидимъ, такое громадное значеніе въ нашемъ вопросѣ, а именно изъ арт. XVII разд. 3. Слово это, очевидно, намѣренно зачеркнуто въ фразѣ, гдѣ оно стоитъ рядомъ съ „отчизной“, переходящей по смерти отца къ сыну; случайный пропускъ тутъ допустить нельзя уже потому, что и во всѣхъ другихъ изданіяхъ Статута слово это отсутствуетъ. Да и значеніе пропуска его громадно; останься оно на прежнемъ мѣстѣ, мы не рѣшились бы сказать, что родовое происхожденіе имѣнія значенія не имѣетъ. Исключеніе слова „дѣдизны“ вѣрный симптомъ разложенія агнатическаго быта. — Затѣмъ, что по Статуту подъ отческими и материнскими имѣніями слѣдуетъ понимать имѣнія непосредственно перешедшія отъ отца или матери, что значеніе имѣетъ не первый переходъ имѣнія въ тотъ или другой родъ, видно и изъ того, какъ разрѣшается вопросъ объ уплатѣ долговъ наслѣдодателя. За долги отца отвѣчаетъ отческое имѣніе сына, а не материнское или пріобрѣтенное [2]). Если бы подъ „отческими“ разумѣлись имѣнія, идущія отъ рода отца, то получился бы совершенно несообразный выводъ; напр., сынъ получаетъ имѣніе, идущее отъ рода бабки, отцовой матери; съ точки зрѣнія родового принципа онъ получилъ материнское имѣніе и кредиторы отца ничего изъ этого имѣнія не получаютъ; въ артикулѣ прямо сказано: „что материнскія имѣнія за долги отца не отвѣчаютъ“. Примѣняя же точку зрѣнія литовскаго права, окажется, что это имѣніе отческое и долги должны быть уплачены изъ него—выводъ разумный, отвѣчающій смыслу и значенію цитированнаго артикула.

Въ пользу пониманія отческихъ и материнскихъ имѣній въ смыслѣ имѣній, непосредственно дошедшихъ къ наслѣдодателю отъ отца или матери, говоритъ и арт. XVII раз. 3, столь разносторонне разсмотрѣнный и въ литературѣ, и въ судебной практикѣ. Въ артикулѣ этомъ изображена система законнаго наслѣдованія [3]). По содержанію онъ распадается на четыре части: въ первой указывается порядокъ наслѣдованія въ отческихъ и

[1]) Арт. IX р. 3.

[2]) § 3 арт. XVIII р. 7.

[3]) Только право наслѣдованія родителей, послѣ безпотомно и безъ братьевъ, умершихъ дѣтей, въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ опредѣляется особо въ § 1 арт. XVI р. 7. Арт. 17 р. 3 даетъ нѣсколько неполную схему въ томъ смыслѣ, что предполагаетъ родителей умершими, о нихъ-то особо и говоритъ § 1 арт. XVI р. 7.

материнскихъ имѣніяхъ въ линіи нисходящей, во второй—наслѣдованіе въ первой боковой, т.-е. братьевъ и сестеръ, въ третьей—наслѣдованіе дальнѣйшихъ боковыхъ родственниковъ и въ четвертой — право выморочное. Съ точки зрѣнія систематической изложеніе безукоризненное: въ первой имѣется въ виду смерть отца, во второй — братьевъ при братьяхъ и сестрахъ, безъ сестеръ и при сестрахъ, въ третьей—смерть дальнѣйшихъ родственниковъ, въ четвертой—всѣхъ лицъ, могущихъ быть наслѣдниками. Для насъ въ данный моментъ имѣетъ значеніе вторая часть и притомъ не столько со стороны порядка наслѣдованія, сколько свойства имущества, о которомъ тамъ идетъ рѣчь. Центръ тяжести второй части: смерть брата и наличность „отческихъ и купленныхъ“ имѣній. Тутъ главный вопросъ, насъ занимающій: по отношенію къ кому эти имѣнія называются „отческими и купленными“, по отношенію ли къ умершему брату или его отцу? Мы не обинуясь говоримъ: если центромъ тяжести этой части артикула является смерть брата и наслѣдованіе послѣ него, то это имущество всѣхъ братьевъ и характеръ его, какъ „отческихъ и купленныхъ“, опредѣляется по нимъ, а не по кому-либо другому—это ихъ „отческія и купленныя“ имѣнія. Случай, описанный въ этой части, представляется намъ въ такомъ видѣ: въ семьѣ, состоящей изъ нѣсколькихъ братьевъ и сестеръ, братья часть своихъ имѣній унаслѣдовали отъ отца, а часть пріобрѣли куплею; одинъ изъ братьевъ умираетъ безпотомно и его часть въ этихъ имѣніяхъ переходитъ къ братьямъ и т. д. Такъ что тутъ „отческія“ имѣнія—имѣнія полученныя отъ отца, „купленныя“—купленныя братьями. Иначе мы и не можемъ понять выраженія: „если братъ, не оставя по себѣ дѣтей, умеръ, тогда его часть отческихъ и купленныхъ имѣній“ и т. д. или „буде братья всѣ померли.... всѣ оныя имѣнія отческія и купленныя.... принадлежать имѣютъ“ и т. д. Нигдѣ въ Статутѣ не найти такого оборота рѣчи, при которомъ имѣнія были бы названы отческими или купленными не по отношенію къ наслѣдодателю (каковымъ здѣсь является братъ), а по отношенію къ наслѣдодателю наслѣдодателя (это и есть исчезнувшая дѣдизна перваго Статута). Этотъ же оборотъ рѣчи принятъ и во 2-мъ §-ѣ разсматриваемаго артикула: въ первой половинѣ обсуждается случай, когда послѣ брата осталось имущество благопріобрѣтенное и полученное отъ отца, во второй—полученное отъ матери. Не должна смущать фраза, вставленная въ скобки, послѣ словъ „отческія и купленныя“: „кои (т.-е. купленныя) также за отческія признавать должно“. Эту фразу нельзя понимать въ томъ смыслѣ,

что въ ней рѣчь идетъ объ имуществѣ, купленномъ отцомъ, которое и должно-де почитать по отношенію къ сыну (умершему брату) отческимъ. Если эту фразу понимать такъ, то придется признать, что во всемъ 2-мъ и 3-мъ §§-хъ рѣчь идетъ не только о „купленныхъ“ въ этомъ смыслѣ, но и объ отческихъ имѣніяхъ въ смыслѣ отческихъ по отношенію къ отцу наслѣдодателя (брата). Такое пониманіе было бы возможно, если бы рѣчь въ этихъ параграфахъ шла не о наслѣдованіи послѣ брата, а о наслѣдованіи прямо, непосредственно послѣ отца; напр., если бы братъ не умеръ, а былъ бы лишенъ наслѣдства, то по jus accrescendi—(право приращенія) его доля перешла бы въ отческихъ (т.-е. дѣдовскихъ) и купленныхъ отцомъ и ставшихъ отческими имѣніяхъ къ остальнымъ братьямъ. Но вѣдь въ разсматриваемомъ Статутомъ случаѣ нѣтъ ничего похожаго на jus accrescendi — дѣло идетъ объ умершемъ братѣ, объ имѣніи, которое уже принадлежало брату-наслѣдодателю. Затѣмъ, если признать, что въ разсматриваемомъ §-ѣ имѣнія названы отческими по отношенію къ наслѣдодателю наслѣдодателя, то придется отмѣтить и логическую ошибку, въ которую впали составители Статута: говоря о наслѣдствѣ послѣ брата, они наслѣдственное имущество обозначаютъ по отношенію къ отцу его; это все равно, что назвать теткинымъ имущество, доставшееся сыну отъ отца, къ которому оно перешло отъ сестры, тетки сына, и сказать въ кодексѣ, что послѣ смерти такого сына теткино (вмѣсто отцовское) имѣніе переходитъ къ его дѣтямъ. Въ Статутѣ подобныхъ ошибокъ нѣтъ и сочинять ихъ не слѣдуетъ. Наконецъ, что и „купленныя“ тутъ купленныя братьями, а не отцомъ ихъ, видно еще изъ того, что когда Статутъ говоритъ о материнскомъ имѣніи (по-нашему), оставшемся послѣ брата, то уже къ слову „материнскія“ не прибавляетъ „и купленныя“. Если бы тутъ подъ „материнскими“ разумѣлись имѣнія матери матери (бабкины), то было бы, какъ это сдѣлано относительно отческихъ, прибавлено „и купленныя“ (матерью). Но въ прибавкѣ этой не было надобности, ибо тутъ идетъ рѣчь объ имѣніи матери умершаго брата, а объ имѣніи, купленномъ имъ самимъ, уже сказано въ началѣ §-а въ связи съ отческимъ имѣніемъ—оно тамъ приравнено къ отческимъ имѣніямъ, и опять его приравнивать къ материнскимъ было невозможно, ибо въ отческихъ и материнскихъ имѣніяхъ иной порядокъ наслѣдованія относительно женщинъ, сестеръ. При указанномъ пониманіи словъ „отческія и материнскія“ ясно, какой смыслъ имѣетъ фраза, вставленная въ скобки послѣ словъ: „купленныя“: благопріобрѣтенныя имѣнія въ порядкѣ наслѣдованія

въ боковыхъ линіяхъ „разсматриваются“ какъ отческія, т.-е. приравнены къ отческимъ.

И такъ, правильная интерпретація второй части упомянутаго артикула приводитъ къ тому, что отческія имѣнія суть имѣнія, доставшіяся брату-наслѣдодателю отъ отца, а купленныя—его благопріобрѣтенныя, точнѣе, его доли въ общемъ съ братьями имуществѣ. Въ обоихъ видахъ этихъ имѣній порядокъ наслѣдованія братьевъ и сестеръ одинаковъ: наслѣдуютъ братья, а сестры получаютъ изъ доли умершаго брата, перешедшей къ братьямъ, „соразмѣрно четвертой части отческаго и купленнаго имѣнія“; если было три брата и одинъ умираетъ, то его $^1/_3$ доля отческихъ и $^1/_3$ купленныхъ имѣній переходитъ къ двумъ братьямъ, а сестра получаетъ отъ нихъ $^1/_4$ всего ими полученнаго, т.-е. этой $^1/_3$. Эти наши выводы относительно свойства наслѣдственнаго имущества, особенно по сопоставленіи ихъ со взглядомъ противоположнымъ, по которому „отческое“ есть дѣдовское, а „купленное“, „отческое“, могутъ вызвать упрекъ въ томъ, что мы вносимъ двойственность въ порядокъ наслѣдованія, полагая, что въ первой половинѣ 2-го §-а рѣчь идетъ о двухъ родахъ имуществъ: отческихъ и купленныхъ, чего противное мнѣніе не дѣлаетъ. На это возражаемъ: не мы вносимъ эту двойственность, а она внесена самимъ законодателемъ и внесена, очевидно, намѣренно, сознательно: въ первыхъ двухъ Статутахъ ея не было; тамъ въ артикулѣ [1]), послужившемъ основаніемъ 17 арт. 3 р., рѣчь идетъ только объ отческихъ имѣніяхъ; въ послѣдующихъ изданіяхъ, начиная съ 1588 г., внесено въ ту часть его, гдѣ говорится о смерти брата при братьяхъ и сестрахъ, послѣ слова „отческія“—„купленныя“. Это добавленіе имѣло свои разумныя основанія. Съ одной стороны законодатель хотѣлъ ясно выразить мысль, разбросанную по отдѣльнымъ артикуламъ [2]), что порядокъ наслѣдованія въ первой боковой линіи одинаковъ въ имуществахъ отческихъ и благопріобрѣтенныхъ; съ другой—это вѣяніе времени, времени паденія родового начала; законодатель желалъ выкурить это начало.

Изложенныя соображенія о значеніи имѣній „отческихъ и материнскихъ“ въ смыслѣ имѣній, перешедшихъ непосредственно отъ отца или матери даннаго лица; имѣній, становящихся отческими или материнскими не по первому акту перехода въ родъ отца или матери, а по послѣднему—соображенія эти являются

---

[1]) Арт. IX р. 3 (1 ст.). Арт. XIV р. 3.

[2]) § 1 арт. XVI р. 7, § 1 арт. VIII р. 11, § 1 арт. XLIV р. 4.

ничѣмъ инымъ, какъ мотивировкою взгляда нашей старой сенатской практики. Сенатъ въ 1811—1833 г., разобравъ литовское (Подольской губ.) дѣло Комара съ Коссоговскимъ, основался прямо на той мысли, что по Статуту если имѣніе, полученное сыномъ отъ матери, ставъ материнскимъ, перейдетъ къ его сыну, т.-е. внуку, то оно обращается въ отческое и обсуживается какъ таковое [1]). Словомъ, признана измѣнчивость свойства имущества— сегодня оно отческое, завтра материнское. Совершенная противоположность неуклонному, неизмѣнному свойству нашихъ родовыхъ имѣній.

Мы подошли къ главному, второму изъ поставленныхъ нами вопросовъ—о переходѣ имущества изъ одного рода въ другой. Въ Статутѣ имѣется весьма опредѣленное правило о переходѣ имущества къ боковымъ родственникамъ: отческія (и пріобрѣтенныя) поступаютъ къ родственникамъ по отцу, материнскія— къ родственникамъ по матери [2]). Разъ имѣніе признано отческимъ—ему одинъ путь, материнскимъ—другой. Это очень несложно. Мы знаемъ уже, какъ по Статуту рѣшить вопросъ: материнское оно или отцовское; рѣшается онъ не по тому сыну или дочери, къ которымъ оно впервые перешло по праву законнаго наслѣдованія, а по тому, къ которому оно въ послѣдній разъ перешло. Рѣшивъ его, мы можемъ сказать, по какому пути направить наслѣдство—въ родъ отца или матери. Вопросъ, однако, осложняется, когда, напримѣръ, по отческому имуществу нѣтъ представителей рода отца, а есть представители рода матери или наоборотъ. Призываются ли родственники со стороны матери? Гдѣ семья построена на агнатическомъ началѣ, гдѣ существуютъ родовыя имущества, какъ исключительная принадлежность рода, гдѣ отпечатокъ родового происхожденія отъ отца или матери кладется разъ навсегда и не мѣняется, тамъ, конечно, ни о какомъ переходѣ имѣнія изъ рода въ родъ и говорить не приходится. Но при противоположныхъ условіяхъ? Все предшествующее изложеніе и безъ поясненій само говоритъ, какъ долженъ быть рѣшенъ вопросъ по Статуту 1786 года. Родовыхъ имуществъ, какъ мы старались доказать, не было, о прикрѣпленности имѣній къ роду не могло быть рѣчи, имущество мѣняло свой характеръ какъ отческое и материнское, становясь то однимъ, то другимъ, смотря по тому, къ кому переходило. При такихъ

[1]) Опред. 1 Общ. Собр. 1817 г. № 11480.

[2]) § 3 арт. XVII р. 3. § 2 арт. XIV р. 5 ссылочный и незаконченный въ изложеніи.

условіяхъ допустимость перехода изъ рода въ родъ и сомнѣнію подлежать не можетъ. Самая мысль о невозможности этого перехода не могла и зародиться въ литовской, когнатической семьѣ— почвы не было для ея признанія. Гдѣ, какъ мы видѣли, родство по отцу и по матери имѣло одинаковое значеніе, гдѣ, и это самое большее, принадлежность къ данному роду опредѣляла лишь порядокъ въ призваніи къ пользованію извѣстными правами или къ исполненію обязанностей, но не исключало ни это пользованіе, ни это исполненіе, тамъ самая мысль о возможности перехода имущества изъ рода въ родъ не могла не представляться, совершенно естественною, согласною съ живущими въ обществѣ воззрѣніями на аналогичныя явленія. Нельзя не отмѣтить того знаменательнаго факта, что въ Статутѣ нѣтъ указанія ни на одинъ случай изъ области гражданскихъ отношеній, гдѣ бы представители одного рода исключали собою представителей другого рода. Если такихъ случаевъ нѣтъ, такъ зачѣмъ же ихъ сочинять и навязывать литовскому быту то, что̀ ему чуждо.

Въ литовскихъ „отческихъ и материнскихъ“ имѣніяхъ нѣтъ ничего такого, что̀ приковывало бы ихъ къ данному роду. Разъ они то отческія, то материнскія, разъ открываютъ къ себѣ доступъ то представителямъ отцовскихъ, то материнскихъ родовъ— неудобомыслима никакая прикованность ни при какихъ условіяхъ, къ одному роду...

Мы видѣли, что охраненіе семейной части, забота о малолѣтнихъ дѣтяхъ и о взрослыхъ дѣвицахъ, оставшихся по смерти литовскихъ гражданъ, и т. п., лежала на родственникахъ какъ по отцу, такъ и по матери, а иногда сначала на первыхъ, а потомъ на вторыхъ. Изъ этихъ случаевъ второй категоріи особеннаго вниманія заслуживаетъ призваніе къ опекунству, какъ явленіе аналогичное призванію къ наслѣдованію. Можно привести рядъ историческихъ примѣровъ этой поразительной аналогіи. Въ римскомъ правѣ вопросъ о призваніи къ опекунству (tutela legitima) рѣшался, въ общемъ, тождественно съ вопросомъ о призваніи къ наслѣдованію въ боковыхъ линіяхъ; опредѣлялся порядокъ призванія къ наслѣдованію и по аналогіи съ нимъ рѣшался вопросъ о призваніи къ опекунству. Юстиніанъ въ извѣстной новеллѣ 118 cap. 5 говоритъ: Sancimus enim, unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducendo de agnatorum seu cognatorum jure. И эта мысль объ аналогичномъ разрѣшеніи вопросовъ о призваніи къ наслѣдованію и къ опекунству стала общимъ мѣстомъ въ наукѣ

гражданскаго права [1]). Связь между этими двумя вопросами такъ тѣсна, что съ измѣненіемъ порядка наслѣдованія измѣняется и порядокъ призванія къ опекунству; напр., Юстиніанъ, замѣнивъ прежній агнатическій порядокъ наслѣдованія законовъ XII табл. порядкомъ когнатическимъ, соотвѣтственно этому измѣнилъ и порядокъ призванія къ опекунству [2]). Мы встрѣчаемся съ этою аналогіею не только въ римскомъ правѣ, но и въ правѣ германскомъ. Примѣромъ можетъ служить Статутъ г. Любека 1586 г., по которому къ опекѣ призываются ближайшіе наслѣдники (di negesten erven) [3]). Обращаясь къ Статуту, мы видимъ, что тамъ такой полной аналогіи между призваніемъ къ наслѣдованію и призваніемъ къ опекунству нѣтъ. Это видно уже изъ того, что къ опекѣ призываются лица въ одиночку, право представленія невозможно, преимущество дается старшинству по лѣтамъ, женщины призываются въ крайнемъ случаѣ и т. д. Тѣмъ не менѣе, оставя въ сторонѣ эти индивидуальности, есть между ними та аналогія, что и тутъ и тамъ призываются сначала представители первой боковой линіи, затѣмъ представители второй и послѣдующихъ линій. Въ римскомъ и германскомъ правѣ, какъ мы видѣли, опека уподобляется наслѣдованію. Ничто не мѣшаетъ идти обратнымъ путемъ, уподобивъ наслѣдованіе опекѣ, т.-е. разрѣшать тѣ или другіе вопросы, касающіеся порядка призванія къ наслѣдованію, по правиламъ о призваніи къ опекунству. Примѣняя этотъ пріемъ къ Статуту, можемъ сказать: къ опекѣ призываются сначала способные къ ней представители рода отца, а за неимѣніемъ ихъ представители рода матери. По аналогіи съ этимъ, если нѣтъ представителей одного рода, могущихъ быть призванными къ наслѣдованію, то должны быть призваны представители другого рода. Говоря объ опекѣ, мы замѣтили, что тамъ въ призваніи сначала родственниковъ по отцу еще сказались слѣды агнатическаго строя — въ призваніи къ наслѣдованію этого уже нѣтъ; тутъ порядокъ призванія, какъ мы видѣли, прямо опредѣляется свойствомъ имущества, какъ отческаго или материнскаго; не опредѣленъ лишь случай неимѣнія представителей одного рода. Тутъ-то и примѣнима аналогія съ опекой.

Не безполезно вспомнить, что и въ германскомъ правѣ, въ правѣ франкскомъ и швейцарскомъ, существовали отческія и материнскія имѣнія въ изъясненномъ нами смыслѣ; существовало

[1]) Windscheid-Pandekten B. 2 S. 117 ed. 8, Puchta-Institut. B. 2 S. 417—418 ed. 9, Sohm-Instit. S. 667 ed. 14 и др.

[2]) Puchta, н. с., стр. 418.

[3]) Kraut, н. с., стр. 170.

и особо право боковыхъ родственниковъ на наслѣдство, право, называвшееся Fallrecht, Rückfallrecht, jus recadentiae seu revolutionis, выраженное въ формулѣ: paterna paternis, materna maternis; и тамъ за неимѣніемъ представителей одного рода наслѣдовали представители другого [1]).

Только намъ, воспринявшимъ чуть-ли не съ молокомъ матери понятіе родового имущества, никакъ не уразумѣть: какъ это имущество можетъ перейти изъ одного рода въ другой. Правительствующій Сенатъ сумѣлъ, однако, въ 1817 г. по дѣлу Драгомирова, отрѣшиться отъ этой мысли и признать, что по Литовскому Статуту, коль скоро нѣтъ наслѣдниковъ по отцу, имѣніе должно поступить въ родъ матери [2]).

Современныя западныя законодательства не признаютъ прикрѣпленности имѣній къ тому или другому роду; они рѣшительно покончили съ представленіемъ о происхожденіи имѣній отъ того или другого рода. Нѣкоторыя изъ нихъ даже прямо выражаютъ эту мысль. Такъ, прусское земское уложеніе говоритъ: „при раздѣлѣ наслѣдства между родственниками по отцу и по матери безразлично, откуда и съ чьей стороны имущество перешло къ умершему“ [3]). Также во французскомъ кодексѣ читаемъ: „при опредѣленіи порядка наслѣдованія законъ не принимаетъ въ соображеніе ни свойства, ни происхожденія имущества“; всякое наслѣдство при переходѣ его къ боковымъ родственникамъ дѣлится поровну между родственниками по отцу и по матери; при отсутствіи родственниковъ по отцу, наслѣдство переходитъ къ родственникамъ по матери и наоборотъ [4]). Уже изъ этого видно, что тамъ, гдѣ существовало вышеупомянутое jus recadentiae, въ исторіи наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ можно отмѣтить три періода [5]): первый періодъ, когда наслѣдство являлось принадлежностью рода и, какъ говорятъ приведенные кодексы, принималось въ соображеніе происхожденіе имѣнія, т.-е. идетъ ли оно изъ рода отца или рода матери; соотвѣтственно этому къ наслѣдованію призывались: въ первомъ случаѣ родственники по отцу, во второмъ—по матери; при отсутствіи призываемой линіи, къ другой имѣніе уже не переходило. Второй періодъ—періодъ

---

[1]) „...So gingen auch diejenigen Collateralen vor, von deren Seite her das Gut an den Erblasser gelangt war“. Stobbe—Handb. des deutsch. Privatr. B. 5, S. 377.

[2]) Опред. общ. собр. 1817 г. мая 10 № 19.

[3]) Allg. Landr. Th. 2 tit. 2, § 499.

[4]) Code civil art. 732, 733.

[5]) Eichhorn. Einleitung in das d. Privatr. S. 798—802.

juris recadentiae; тутъ уже не считается, что имѣніе идетъ изъ того или другого рода, пройденный имъ путь коротокъ: оно идетъ отъ отца или отъ матери наслѣдодателя и соотвѣтственно этому призываются или родственники по отцу или по матери; при отсутствіи призываемой линіи, наслѣдство переходитъ къ другой. Наконецъ, третій періодъ — современный; выпадаетъ и происхожденіе имѣнія отъ отца или матери наслѣдодателя; будь оно отцовское или материнское — все равно, призываются родственники и по отцу и по матери, либо по отцу или по матери. Литовское законодательство остановилось на второмъ періодѣ. Насколько неразумно насильственно вдвигать его въ третій періодъ, настолько же неосновательно находить въ немъ, во что бы то ни стало, черты перваго періода.

Представивъ посильное рѣшеніе первыхъ двухъ изъ поставленныхъ нами вопросовъ, переходимъ къ третьему: ограничено ли Статутомъ право законнаго наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ восьмою степенью или восьмымъ колѣномъ? Если имѣть въ виду одинъ текстъ Статута, то и вопроса этого вовсе быть не можетъ; въ самомъ Статутѣ никакихъ ограниченій не установлено: имущество считается выморочнымъ, когда обладатель его умеръ „безъ потомковъ, близкихъ сродниковъ и наслѣдниковъ“ [1]). Но къ переводу Статута 1811 г. подъ каждымъ артикуломъ „подведены ссылки на конституціи, приличныя содержанію“, какъ сказано на заглавномъ листѣ. Подъ арт. 17 р. 3 находимъ ссылку на польскую конституцію 1588 г., гдѣ говорится, что „имѣніе не можетъ быть выморочнымъ, когда есть наслѣдники до восьмого колѣна включительно“. Весьма споренъ въ наукѣ вопросъ, были ли, и если были, то условно или безусловно, обязательны польскія конституціи на Литвѣ. Мы входить въ обсужденіе этого спорнаго вопроса не станемъ. Мы полагаемъ, что Статутъ 1786 г. въ переводѣ 1811 г. имѣетъ оффиціальный характеръ и обязателенъ при разрѣшеніи вопросовъ литовскаго права русскими судами, а съ этой судебной точки зрѣнія насъ только и занимаетъ литовское гражданское право. Казалось бы, что при такой постановкѣ вопроса опять спора быть не можетъ, восьмымъ ли колѣномъ или восьмою степенью ограничено право наслѣдованія; въ переводѣ 1811 г. сказано ясно до „восьмого колѣна“, и изъ этого одинъ выводъ, что счетъ родства въ Польшѣ и Литвѣ происходилъ поколѣнный и какъ особый способъ исчисленія родства примѣнялся къ праву законнаго наслѣдованія. Этотъ простой

[1]) § 4 арт. 17 р. 3.

вопросъ однако осложняется благодаря тому, что въ цѣломъ рядѣ оффиціальныхъ актовъ, да и въ подлинной конституціи 1588 г., употреблено латинское слово „gradus“. Отсюда недалеко до вывода, что колѣно не колѣно, а степень, gradus и что въ Польшѣ и Литвѣ счетъ родства происходилъ не по колѣнамъ, а по степенямъ. Обратимся къ раскрытію смысла и значенія слова „gradus“.

Самое грубое толкованіе этого слова слѣдующее: gradus слово латинское, на латинскомъ языкѣ говорили и писали римляне, слѣдовательно, слово это надо понимать такъ, какъ его понимали римскіе юристы. Это разсужденіе могло бы имѣть нѣкоторую претензію на правильность, если бы въ Польшѣ когда-либо непосредственно примѣнялось римское право. Но вѣдь этого не было. Латынь перешла въ оффиціальный польскій языкъ, съ одной стороны, чрезъ посредство духовенства, а съ другой чрезъ посредство законовъ, занесенныхъ съ запада: „уже въ XII и XIII ст. нѣмецкое право проникло въ Польшу, распространилось и укоренилось повсемѣстно“ [1]). Не говоря уже о той испорченности латыни, въ каковой она была воспринята Польшею, въ ней латинскимъ словамъ придавался смыслъ, запечатлѣнный, съ одной стороны, источникомъ, изъ котораго она проникла въ Польшу, съ другой — въ самой же Польшѣ въ латинскія слова вносилось свое, мѣстное польское содержаніе. Это явленіе общеизвѣстное въ исторіи права: иностранные юридическіе термины получаютъ иной смыслъ, чѣмъ тотъ, какой они имѣли на родинѣ. И какъ опасно на чужбинѣ придавать слову смыслъ и значеніе, какое оно имѣло на родинѣ. Достаточно указать на одинъ примѣръ. Testamentum слово латинское; принято оно Литовскимъ Статутомъ для обозначенія духовнаго завѣщанія. Къ какимъ нелѣпымъ выводамъ мы придемъ, если бы вздумали этому латинскому слову придать римское значеніе; выйдетъ, напр., что литовскій testament есть актъ назначенія наслѣдника; отсюда дальнѣйшій выводъ, что и по литовскому праву nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest; выводы совершенно противные общему смыслу Статута, дозволяющему завѣщать и часть имущества [2]). Къ тому же самому можетъ привести и приданіе латинскому „gradus“ римскаго смысла и значенія.

Доказать, что „gradus“ есть римская степень, положительно

---

[1]) Спасовичъ. Объ отношеніяхъ супруговъ по имуществу по древнему польскому праву, стр. 5.

[2]) § 1 арт. I р. 7, § 1 арт. II р. 8.

невозможно. Рецепціи римскаго права въ Польшѣ не было; законодательнаго акта, предписывающаго понимать „gradus“ какъ степень, тоже нѣтъ. Наконецъ, ссылка на оффиціальные акты, въ которыхъ слово „gradus“ переводится словомъ „stopien“, неубѣдительна. Это единственный доводъ въ пользу того, что „gradus“ понималось въ смыслѣ римской степени, и, слѣдовательно, родство исчислялось по степенямъ. Оффиціальные акты, въ которыхъ встрѣчается это слово „stopien“—привилегіи польскихъ королей, въ которыхъ жаловались выморочныя имущества; въ привилегіяхъ этихъ указывается на то, что имущество выморочно, ибо нѣтъ родственниковъ до восьмого „stopnia“. Но изъ массы извѣстныхъ намъ привилегій слово „stopien“ встрѣчается въ ничтожнѣйшемъ ихъ числѣ—извѣстны лишь четыре привилегіи [1]). Въ подавляющемъ большинствѣ ихъ говорится по-латыни „usque ad octavum gradum“ [2]); и иногда сказано до восьмого „pokolenia“ [3]). Можно ли

---

[1]) 1779 г. 21 мая Свѣжинскому послѣ Любельскихъ Вил. Ц. Арх., акт. кн. Пинск. земск. суда № 1322 стр. 259—260, 1778 г. 13 іюня Рихтерскому послѣ Хлитусскаго Вил. Ц. Арх., кн. Пинск. земск. суда № 13231 стр. 2417—2418, 1782 г. 4 декабря Рыбинскому послѣ Броцишевской и Минтовта, Метр. Лит. кн. 32 стр. 114—115, 1783 г. 19 февраля Щиту послѣ Метикальскаго Вил. Ц. Арх. др. акт. книгъ № 8305 стр. 343—344, 1789 января 3 Понятовскому послѣ Корсака М. Лит. кн. 32 стр. 396.

[2]) 1766 г. 22 марта Черторижскому послѣ Буяновскаго Варш. Г. Арх. канцл. кн. № 31 стр. 120—121, 1768 г. 18 марта Подгорскому послѣ Кошлаковскаго тамъ же № 37 стр. 101—102, 1769 г. марта 30 Понятовскому послѣ Вернеръ тамъ же № 44 стр. 99—100, 1768 г. мая 10 Гану послѣ Станковскаго тамъ же № 44 стр. 113—114, 1769 г. мая 28 Осташевскому послѣ Корочинскаго тамъ же № 47 стр. 122, 1769 г. апрѣля 25 Ставиновскому послѣ Млотковскаго тамъ же № 47 стр. 109, 1769 г. сентября 16 Антону Суходольскому послѣ У. и Ѳ. Суходольскихъ тамъ же № 47 стр. 173—174, 1770 г. декабря 4 Любовицкому послѣ Кучковскаго тамъ же № 41 стр. 209—210, 1771 г. октября 17 Н. Сущинскому-Проскурѣ послѣ Ѳ. Сущинскаго-Проскура тамъ же № 49 стр. 1046—1047, 1771 г. января 12 Славинскому послѣ Пронзинскаго тамъ же № 49 стр. 7—8, 1773 г. апрѣля 28 Дембовскому послѣ Вагнеръ тамъ же № 51 стр. 58—59, 1773 г. сентября 18 Иваницкому послѣ Круликовскаго тамъ же № 51 стр. 205—206, 1774 г. 27 іюня Гржибинскому послѣ Масло тамъ же № 54/2 стр. 229—230, 1783 г. іюня 25 Толочкову послѣ Залѣсскаго Метр. Лит. кн. 32 стр. 144—145, 1786 г. апрѣля 5 Гарабурдѣ послѣ Бральницкаго Метр. Лит. кн. 32 стр. 350—351, 1786 г. 4 декабря Тышкевичу послѣ Статыпки тамъ же кн. 32 стр. 390—391, 1788 г. 5 апрѣля Нарбуту послѣ Черника тамъ же кн. 32 стр. 443—444, 1791 г. 13 іюня Нарбуту послѣ Квабноховой тамъ же кн. 32 стр. 619—621, 1790 г. іюля 30 Щепановскому послѣ Маевскаго тамъ же кн. 32 стр. 565 и др.

[3]) 1779 г. января 8 Госевскому послѣ Ясинскихъ, Варш. Ц. Арх., кн. Гл. Лит. Триб. № 161 стр. 15—17, 1790 г. 6 сентября Савицкому послѣ Швабовъ М. Лит. № 32 стр. 572—573, 1782 г. октября 16 Томашевичу послѣ Ко-

при такихъ условіяхъ придавать слову „stopień“ рѣшающее значеніе? Для насъ ясно одно: всѣ эти три слова имѣютъ одинаковое значеніе, всѣ они выражали одно и то же понятіе предѣла, границы, далѣе которыхъ притязанія родственниковъ на наслѣдственное имущество не могли идти: имущество признавалось выморочнымъ. Нельзя же допустить различный смыслъ этихъ словъ, если, употребляя ихъ, выражается одна и та же мысль, прямо взятая изъ конституціи 1588 г. Мы видимъ въ этомъ троякомъ выраженіи одной мысли лишь неустойчивость терминологіи того времени. Неустойчивость эта доходила до того, что, напр., въ одномъ и томъ же королевскомъ декретѣ по гражданскому дѣлу, въ которомъ, слѣдовательно, обсуждался одинъ случай родства, судъ употребилъ всѣ три слова: gradus, stopień, pokolenie [1]). Такая неустойчивость терминологіи замѣчается не въ одной Польшѣ. Что въ средневѣковой Германіи исчисленіе родства производилось по колѣнамъ, а не по степенямъ, это стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія, и доказательства тому неисчерпаемы. Такъ, для исчисленія близости родства въ боковыхъ линіяхъ брали не сумму рожденій отъ одного изъ лицъ, родство коихъ исчислялось, до ихъ родоначальника и отъ послѣдняго до другого изъ этихъ лицъ, а брали сумму рожденій отъ общаго родоначальника по линіи, соединяющей его лишь съ однимъ изъ этихъ лицъ: съ любымъ, если число рожденій въ обѣихъ линіяхъ одинаково; если же число рожденій неодинаково, то съ тѣмъ, въ соединительной линіи котораго больше рожденій. Внѣ сомнѣнія, что именно этотъ способъ исчисленія былъ принятъ въ Германіи, а между тѣмъ не во всѣхъ законахъ счетъ этотъ называется счетомъ по колѣнамъ—нерѣдко его называютъ счетомъ по степенямъ и употребляютъ латинское слово „gradus“, придавая ему не римское, а германское значеніе. Точно такъ же и тамъ безразлично употреблялись слова: geniculum, generatio, gradus [2]). Какъ извѣстно, германское исчисленіе родства перешло и въ каноническое право [3]). И что же? И тамъ „gradus“ обозначалъ „колѣно“, „поколѣніе“ [4]). Такая шаткость терминологіи и такое уклоненіе

левинскаго тамъ же кн. 32 стр. III 1785 г. іюня 22 Товинскому послѣ Пучкевичъ тамъ же кн. 32 стр. 319, 1793 г. мая 10 Чеховичу послѣ Норкевичей тамъ же кн. 32 стр. 141, 1789 г. февраля 11 Родыку послѣ Беркунишка кн. 32 стр. 505.

[1]) Декретъ по дѣлу Загорскихъ съ Одынцомъ 1 февраля 1791 г. Метр. Лит. кн. 240 стр. 386—395.

[2]) Thudichum, н. с., стр. 349.

[3]) Stobbe, н. с., т. 5, стр. 66.

[4]) Ibid, стр. 66, прим. 9.

слова „gradus“ отъ римскаго значенія замѣчается во всей западной Европѣ. Почему тому же самому не быть и въ Польшѣ? Изъ западныхъ ученыхъ и судей никто еще пока не отважился встрѣчающееся, напр., въ Lex Ripuariorum или въ с. 8. X. XXI, латинское слово „gradus“ переводить „степень“ и придавать ему римское значеніе. Эту шаткость терминологіи, это безразличіе въ употребленіи словъ gradus и степень съ одной стороны и колѣно съ другой, объяснить и оправдать очень не трудно: 1) между исчисленіемъ родства по степенямъ и исчисленіемъ по колѣнамъ въ прямой нисходящей никакой разницы нѣтъ; цифры степеней равны цифрѣ колѣнъ; 2) поколѣнный счетъ въ концѣ концовъ выражается въ числѣ рожденій, хотя по одной изъ линій, идущихъ отъ общаго родоначальника; а рожденіе и есть степень; и 3) слово степень на всѣхъ языкахъ означаетъ мѣру и можно сказать: колѣномъ обозначается степень близости родства и т. п. При такомъ соприкосновеніи понятій колѣна и степени весьма легко смѣшать эти термины и замѣнить одинъ другимъ. Но понятіе, ими выраженное, все-таки остается одно.

Совсѣмъ иными представляются доказательства того, что gradus, stopien, pokolenie въ Польшѣ, какъ и gradus, geniculum, generatio въ германскомъ и каноническомъ правѣ, имѣли значеніе колѣна и что исчисленіе родства производилось „поколѣнное“. Доказательства эти мы находимъ: въ актахъ законодательныхъ, въ судебной практикѣ и въ юридической литературѣ.

а) Прежде всего, силу акта законодательнаго, въ виду именныхъ указовъ 1772 — 1808 г. [1]), мы признаемъ за Статутомъ 1786 г., переведеннымъ на русскій языкъ въ 1811 г., а тамъ, какъ мы видѣли, въ ссылкѣ на конституцію 1588 г., прямо сказано „до восьмого колѣна“ [2]). Что тутъ „gradus“ переведено словомъ „колѣно“ съ цѣлью указать на примѣненіе поколѣннаго счета, видно уже изъ того, что въ другомъ мѣстѣ Статута, гдѣ и сомнѣнія быть не можетъ, о какомъ счетѣ идетъ рѣчь, находимъ такой же переводъ; а именно вступленіе въ бракъ запрещено съ родственницей „до четвертаго колѣна“ (pokolenie) [3]).

[1]) Цѣлымъ рядомъ указовъ признана сила „законовъ“ (т. е. современнаго указамъ, послѣдняго, 1768 г. изданія Литовскаго Статута), дѣйствовавшихъ въ присоединенныхъ отъ Польши провинціяхъ напр. указъ 28 мая 1772 г. касательно провинцій Полоцкой, Могилевской, Витебской и др. П. С. З. №№ 13808, 13850 и др.

[2]) Объ оффиціальномъ характерѣ перевода 1811 г. см. Даниловичъ, Библіогр. опис. въ „Виленск. Дневн.“ 1823 г. т. II, стр. 290. Кистяковскій, Истор. свѣдѣнія въ „Кіевск. Унив. Изв.“ 1878 г. № 11 стр. 830.

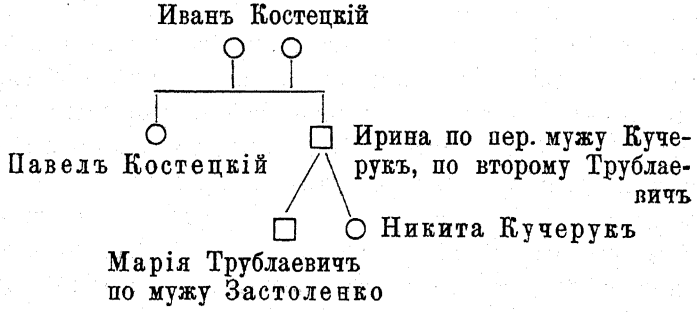
[3]) § 1 арт. XXII р. 5.

Затѣмъ, въ грамотѣ, данной виленскимъ мѣщанамъ царемъ Алексѣемъ Михайловичемъ въ 1658 г., тоже находимъ переводъ „gradus“ словомъ колѣно. И тутъ вполнѣ ясно, что слово колѣно употреблено для обозначенія поколѣннаго счета. Что именно онъ имѣлся въ виду, видно уже изъ того, что виленскіе мѣщане, жившіе подъ господствомъ магдебургскаго права, ограничивавшаго наслѣдованіе седьмымъ колѣномъ, въ смыслѣ германской системы, просили царя о распространеніи наслѣдованія „usque ad octavum gradum“, что́ и переведено въ грамотѣ „животы бы послѣ умершихъ отдавать въ родъ до осьмаго колѣна,... какъ у нихъ напечатано въ конституціяхъ“ [1]). Нельзя же, въ самомъ дѣлѣ, допустить, что мѣщане просили о распространеніи наслѣдованія до осьмой степени, коли они уже по магдебургскому праву наслѣдовали въ четырнадцатой. Равно нельзя и допустить, что мѣщане говорили о „колѣнѣ“, а царь о степени, назвавъ ее колѣномъ. Наконецъ, не лишне напомнить о вышеупомянутыхъ шести привилегіяхъ, въ которыхъ gradus переведено „pokolenie“ — привилегіи тоже акты законодательные, спеціальные законы.

б) Въ судебной практикѣ понятіе gradus въ смыслѣ колѣна, поколѣнія было весьма устойчиво. Такъ, второе общее собраніе Сената по дѣлу Глиски 1832 г. іюля 8 помѣстило въ рѣшеніи переводъ конституціи 1588 г., при чемъ слова „usque ad octavum gradum“ переведены „до восьмаго колѣна“ [2]). Въ рѣшеніи Сената 1836 г. 18 іюля по дѣлу Костецкаго тоже употреблено слово „колѣно“ [3]). То же самое мы видимъ въ декретѣ короля Сигизмунда по дѣлу Сангушковичей о наслѣдствѣ Анны Костеничъ 7 декабря 1528 г. [4]), въ рѣшеніи Задворнаго ассесорскаго суда по вышеупомянутому дѣлу Загорскихъ съ Одынцомъ о наслѣдствѣ Рингвальда 1791 г., въ рѣшеніи Лидскаго повѣтоваго суда (утвержденномъ сенатомъ) по дѣлу Мосѣвичей и Яскульдовъ 1827 г. [5]) и т. д.—вездѣ говорится о „колѣнѣ“. Но быть можетъ только говорится, а понимается подъ „колѣномъ“ римскій gradus, быть можетъ счетъ родства производится не поколѣнный? Противное этому предположенію подтверждается какъ нельзя лучше. Во всѣхъ поименованныхъ дѣлахъ судъ исчислялъ родство поколѣнно. Но прежде чѣмъ обратиться къ этому вопросу, скажемъ нѣсколько словъ о разнообразіи въ деталяхъ при исчисле-

[1]) П. С. З. т. I № 232, 30 іюня 1658 г.
[2]) Опр. II общ. собр. Сен. 1832 г. іюль № 3.
[3]) Опр. 1 отд. 3 деп. Сен. 1836 г., № 341.
[4]) Метр. Лит. кн. 28 стр. 31.
[5]) Опр. 1 отд. 3 деп. Сен. 1827 г. № 121.

нiи родства по поколѣнной системѣ, какъ она нами выше охарактеризована лишь въ общихъ чертахъ. Мы сказали, что при поколѣнномъ исчисленiи бокового родства въ счетъ идетъ число рожденiй по одной изъ линiй, идущихъ отъ общаго родоначальника двухъ лицъ, родство коихъ исчисляется; въ этомъ счетѣ рожденiй, именно, съ кого начинать счетъ, и сказывается различiе въ различныхъ источникахъ германскаго и каноническаго права. Такъ, по одному исчисленiю, напр., принятому Саксонскимъ Зерцаломъ, Зелигенштадскимъ соборомъ 1023 г. и др., счетъ начинается съ внука родоначальника; по другому, принятому Швабскимъ Зерцаломъ, папою Иннокентiемъ III и др., счетъ начинается съ сына родоначальника [1]) и, наконецъ, по третьему, преподанному въ Decretum Gratiani, счетъ начинается съ самого родоначальника [2]). Въ средневѣковой литературѣ шелъ оживленный споръ по поводу этихъ трехъ системъ. Обращаясь къ вышеперечисленнымъ литовскимъ судебнымъ дѣламъ, мы видимъ (несомнѣнное доказательство заимствованiя поколѣннаго исчисленiя изъ германскаго права), что каждая изъ этихъ трехъ системъ находила себѣ примѣненiе въ судебной практикѣ Литвы: примѣнялась то саксонская система, то швабская, то граціанская. Такъ, саксонская система примѣнена къ дѣлу Костецкаго:

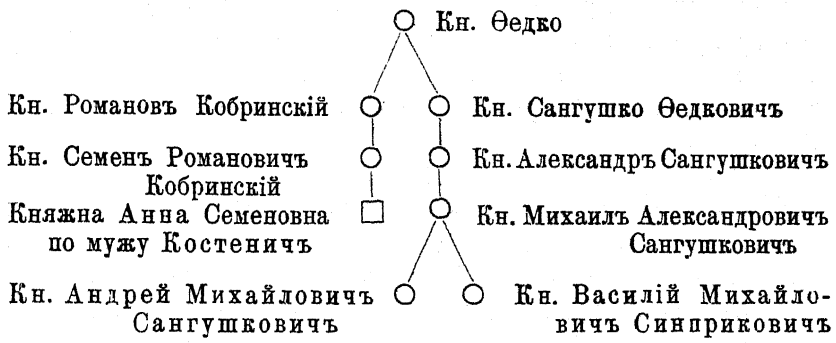


Судъ призналъ единоутробныхъ Марію Застоленко и Никиту Кучерука состоящими съ Павломъ Костецкимъ „въ первомъ *колѣнѣ*“. Онъ, очевидно, изъ двухъ линiй, идущихъ отъ Ивана Костецкаго, взялъ длиннѣйшую и счетъ рожденiй началъ сначала съ Марiи Застоленко, а затѣмъ съ Никиты Кучерука, внуковъ Ивана Костецкаго, и получилось по одному рожденiю, т.-е. первое колѣно.

[1]) Stobbe, н. с., стр. 67.

[2]) Corpus juris canonici ed. Richberi Decr. gatiani, т. 2, стр. 21.

Швабскую систему примѣнилъ декретъ 1528 г. къ дѣлу Сангушковичей [1]).



Декретъ признаетъ князей Андрея и Василія Михайловичей Сангушковичей состоящими съ Анною Костеничъ „въ четвертомъ колѣнѣ“. Онъ, очевидно изъ двухъ линій, идущихъ отъ князя Ѳедко, взялъ длиннѣйшую и началъ счетъ съ сына князя Ѳедки, князя Сангушки Ѳедковича, и получилось четыре рожденія, т.-е. четвертое колѣно.

Наконецъ, къ дѣлу Мосѣвичей и Яскульдовъ судъ примѣнилъ граціанскую систему [2]).



Судъ признаетъ Александра Николаевича состоящимъ съ Ильей Францисковичемъ „въ шестомъ колѣнѣ“. Онъ, очевидно, взялъ одну изъ линій, идущихъ отъ Мартина Мосѣвичъ (любую, въ виду равенства ихъ по числу рожденій), напр. линію, иду-

[1]) Родословная составлена на основаніи декрета 7 декабря 1528 г. и вѣновной записи 6964 Метр. Лит. кн. 28 стр. 29.

[2]) Родословная составлена на основаніи вышепривед. опр. Сената.

щую въ сторону Амвросія, и началъ счетъ прямо съ Мартина Мосѣвича; получилось шесть рожденій, т.-е. шестое колѣно. Въ рѣшеніи по этому же дѣлу, въ другомъ мѣстѣ, судъ называетъ Александра Николаевича и Илью Францисковича родственниками „въ пятомъ колѣнѣ“, т.-е. примѣнилъ и швабскую систему, начавъ счетъ съ Амвросія и получивъ пять рожденій, т.-е. пятое колѣно.

Изложенныя данныя убѣждаютъ, что и судебная практика примѣняла поколѣнный способъ исчисленія родства, пользуясь, иногда безъ разбора (надо думать, когда это не имѣло рѣшающаго значенія), различными системами счета рожденій.

Наконецъ в) въ вопросахъ, подобныхъ настоящему, нельзя игнорировать данныя современной Статуту юридической литературы. Въ старыхъ юридическихъ сочиненіяхъ мы находимъ слѣдующія указанія, говорящія въ пользу пониманія „gradus“ въ смыслѣ колѣна. 1) Въ переводѣ первыхъ четырехъ раздѣловъ Литовскаго Статута, сдѣланномъ И. Корниловичемъ въ 1798 г., слова usque ad octavum gradum конституціи 1588 г. подъ 17 арт. 3 разд. переведены: „даже до восьми колѣнъ“. Переводъ этотъ, какъ будто, оффиціальнаго происхожденія: онъ принадлежалъ Комиссіи составленія законовъ, составляя часть „Собранія польскихъ и литовскихъ законовъ“. 2) Въ 1810 г. былъ изданъ переводъ сборника, составленнаго анонимнымъ авторомъ на польскомъ языкѣ, „Prawa z Statutu W. Ks. Lit. i konstytucyi (1783 г.). Переводъ озаглавленъ: „Ручной словарь или краткое содержаніе польскихъ и литовскихъ законовъ, служащихъ руководствомъ въ судебныхъ тяжбахъ всякаго рода, собранныхъ для употребленія въ Правительственныхъ мѣстахъ и для пользы частныхъ обывателей Коронныхъ и Литовскихъ провинцій“. Извѣстная намъ фраза конституціи 1588 г. переведена „до восьмаго включительно колѣна“ (стр. 107). Какъ мѣсто печатанія — сенатская типографія, такъ и заглавіе этой книги, указываютъ тоже на оффиціозный ея характеръ. Наконецъ, 3) нельзя не указать на ученый трактатъ „Uwagi odnoszące sie do Bibliografii Statutu Litewskiego (Wilno 1828 г.), хотя и подписанный иниціалами А. Р., но, несомнѣнно [1]), принадлежащій перу одного изъ признанныхъ въ свое время знатоковъ польскихъ и литовскихъ законовъ, А. Повстанскаго—редактора Комиссіи составленія законовъ [2]). Ученый авторъ хотя и перево-

[1]) См. Указатель Oesterreicher'a т. 3, стр. 519, т. 4, стр. 368.
[2]) Арх. II Отд. Соб. Е. И. В. Канц. № 193/2, 13 іюля 1808 г.

дитъ „gradus“ словомъ „stopien“, но понимаетъ его въ смыслѣ „колѣна“. На стр. 92 онъ говоритъ: „Stopnie zaś pokrewienstwa rachowaly się dawniey w Polszcze i Litwie i teraz się rachuja w Litwie, podlug prawidel prawa canonicznego, nie zaś rzymskiego; т. е. „степени родства исчислялись въ прежнее время въ Польшѣ и Литвѣ, а въ настоящее время исчисляются въ Литвѣ [1]) согласно правиламъ каноническаго права, а вовсе не римскаго“.

Изложенныя соображенія заставляютъ признать, что gradus понималось въ смыслѣ „колѣна“ и что исчисленіе родства было поколѣнное. Если такъ, то и смыслъ конституціи 1588 г. ясенъ: на Литвѣ право законнаго наслѣдованія въ боковыхъ линіяхъ было ограничено восьмымъ колѣномъ.

[1]) Въ Польшѣ въ это время уже дѣйствовалъ Code civil.

VII.

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ПРОЕКТЪ ЗАКОНОПОЛОЖЕНІЙ

„О ЧАСТНЫХЪ ПРОИЗВОДСТВАХЪ“

И ВЫЗВАННЫХЪ ИМЪ ИЗМѢНЕНІЙ ВЪ ДРУГИХЪ ЧАСТЯХЪ УСТАВА ГРАЖДАНСКАГО СУДОПРОИЗВОДСТВА [1]).

УСТАВА ГРАЖДАНСКАГО СУДОПРОИЗВОДСТВА,

КНИГИ ВТОРОЙ, РАЗДѢЛА ПЕРВАГО

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

О ЧАСТНЫХЪ ПРОИЗВОДСТВАХЪ.

Отдѣленіе первое.

Общія положенія.

Первое отдѣленіе главы о частныхъ производствахъ хотя и озаглавлено „о частныхъ прошеніяхъ“, но въ сущности содержитъ въ себѣ нѣсколько общихъ правилъ, касающихся самаго производства по частнымъ прошеніямъ. Правила эти весьма бѣдны и числомъ—ихъ всего пять—и содержаніемъ. Изъ нихъ видно, что стороны подаютъ частныя прошенія, что къ прошенію прилагаются копія его и документовъ, что объ этомъ извѣщается противная сторона, къ которой копіи эти посылаются, что предсѣдатель назначаетъ ей срокъ для представленія объясненія или для явки и что возбужденный прошеніемъ вопросъ разрѣшается отдѣльно отъ существа дѣла. Такая характеристика цѣлой формы производства и поверхностна, и неполна; рядъ вопросовъ, напр., о самомъ частномъ прошеніи, о срокѣ явки и подачи объясненія, объ условіяхъ извѣщенія противника, объ опредѣленіи суда и его силѣ и т. д., не находятъ себѣ разрѣшенія; даже нѣтъ указанія на то, что mutatis mutandis примѣняются общія пра-

---

[1]) Составленъ по порученію IV Отдѣла Высочайше учрежденной Комиссіи для пересмотра законоположеній по судебной части. Журналъ Министерства Юстиціи 1897. Январь. Приложеніе.

вила производства, кромѣ указанія, что „словесное состязаніе“ происходитъ по общему порядку. Съ другой стороны, большая часть этихъ правилъ совершенно не нужна для тѣхъ частныхъ производствъ, о которыхъ идетъ рѣчь въ послѣдующихъ отдѣленіяхъ: изъ правилъ объ отводахъ, обезпеченіи иска, участіи третьихъ лицъ и т. д., въ связи съ ст. 4 и 13 Уст. гражд. суд., видно или прямо, или путемъ выводовъ, что лицо, возбуждающее частный вопросъ, подаетъ о томъ прошеніе, что при прошеніи прилагаются копіи, что копіи сообщаются противной сторонѣ, что она допускается къ словеснымъ объясненіямъ, что вопросъ разрѣшается иногда отдѣльно, иногда вмѣстѣ съ существомъ дѣла, и т. д. Эта черта правилъ перваго отдѣла очень характерна; она указываетъ на то, что при составленіи этихъ правилъ какъ-будто имѣлись въ виду не тѣ случаи частныхъ производствъ, о которыхъ идетъ рѣчь въ послѣдующихъ отдѣленіяхъ, а какіе-то другіе случаи. И дѣйствительно, именно на эти „другіе“ случаи правила перваго отдѣла и разсчитаны. Случаи примѣненія частныхъ производствъ неисчерпаемы и встрѣчаются во всѣхъ стадіяхъ процесса, начиная съ подачи искового прошенія и до исполненія судебнаго рѣшенія включительно; въ главѣ о частныхъ производствахъ приведены лишь самые сложные и важные случаи, имѣющіе самостоятельное значеніе. При составленіи Устава и сказалась, естественно, необходимость, если не вполнѣ обобщить эту массу случаевъ частныхъ производствъ, то, по крайней мѣрѣ, въ видахъ экономіи мѣста, дать нѣсколько общихъ правилъ, примѣнимыхъ, главнымъ образомъ, къ случаямъ, разбросаннымъ по всему Уставу. Выполнено было это, какъ мы видѣли, не вполнѣ удовлетворительно. Судебной практикѣ послѣ изданія Устава гражданскаго судопроизводства пришлось установить массу правилъ по отдѣльнымъ частнымъ производствамъ, напр. по производству по отдѣльнымъ доказательствамъ, по спору о подлогѣ, по соучастію, по встрѣчному иску, по исполненію рѣшеній и т. д. Дать въ Уставѣ нѣсколько общихъ правилъ по этимъ, такъ сказать, мелкимъ случаямъ частныхъ производствъ безусловно необходимо. Но сдѣлать это въ настоящее время, до пересмотра всѣхъ правилъ Устава гражданскаго судопроизводства, невозможно. Содержаніе этихъ общихъ правилъ, съ одной стороны, тѣсно связано со всею структурою гражданскаго процесса и съ правилами общаго порядка производства, а съ другой—съ правилами, касающимися именно тѣхъ случаевъ, къ которымъ частное производство примѣняется. Ни того, ни другого относительно будущаго нашего гражданскаго процесса мы въ на-

стоящее время еще не знаемъ—не знаемъ, какая структура будетъ придана процессу, не знаемъ того новаго, что̀ будетъ внесено въ нашъ Уставъ. Въ виду этого мы пока воздержимся отъ установленія общихъ правилъ частнаго производства. Но въ видахъ наилучшаго нормированія самыхъ выдающихся случаевъ частнаго производства желательно какъ расширеніе круга единоличной дѣятельности предсѣдателя, такъ и, главнымъ образомъ, созданіе новой подготовительной стадіи процесса, находящейся всецѣло въ рукахъ предсѣдателя. Ниже будутъ изложены соображенія, по которымъ по тому или другому частному вопросу желательно, чтобы онъ былъ разрѣшенъ единоличною властью предсѣдателя, главнымъ образомъ, въ предварительномъ засѣданіи по дѣлу, являющемся заключеніемъ особой предварительной стадіи процесса; здѣсь же мы позволимъ сказать нѣсколько словъ объ этой стадіи процесса, введеніе которой желательно не только въ интересахъ частнаго производства, но и вообще. Идею этой стадіи мы находимъ въ римскомъ формулярномъ процессѣ. По новѣйшимъ изысканіямъ оказывается, что стадія процесса in jure и заключалась въ разрѣшеніи единоличною властью претора ряда вопросовъ, у насъ называемыхъ частными, напр., обладаетъ ли тяжущійся дѣеспособностью, правоспособенъ ли представитель, есть ли искъ гражданскій и т. п.; затѣмъ, въ этой же стадіи дѣло иногда могло окончиться по существу: confessio in jure заканчивало дѣло у претора. Идея этой отдѣльной, предварительной стадіи сохранилась и въ каноническомъ, и въ обще-германскомъ процессахъ, но тамъ она выразилась въ крайне уродливой формѣ, благодаря проникавшему въ этотъ процессъ крайнему формализму и дѣленію самаго производства на замкнутыя стадіи; подъ господствомъ такъ называемой эвентуальной максимы, примѣнявшейся и къ коллегіальнымъ судамъ, каждое дѣло переходило схематически отъ одной стадіи въ другую, каждая стадія завершалась особымъ опредѣленіемъ суда, и вопросъ, относящійся къ предыдущей стадіи, ни подъ какимъ видомъ не могъ быть разрѣшенъ въ послѣдующей. И первая стадія, въ которой дѣло подготовлялось къ разрѣшенію, представляла собою нѣчто окаменѣлое, формалистическое. Современныя процессуальныя законодательства, явившіяся полною реакціею противъ формализма и эвентуальности, разрушили стройное зданіе канонического и общегерманскаго процесса съ ихъ стадіями; общимъ теченіемъ унесло и первую, подготовительную стадію; остались срочныя дѣйствія, съ цѣлымъ рядомъ отступленій и отсрочекъ, остались періоды до слушанія дѣла, отъ слушанія его до рѣшенія и т. д.; но

особая строгая, замкнутая стадія подготовительная исчезла. Но рядомъ съ паденіемъ строгаго раздѣленія процесса на стадіи мы видимъ, хотя и очень слабое, проявленіе другой идеи: порученіе въ коллегіальныхъ судахъ единоличной власти одного изъ судей отдѣльныхъ дѣйствій въ начальномъ періодѣ процесса. Эта идея проявляется во всѣхъ новѣйшихъ кодексахъ — въ однихъ больше, въ другихъ меньше. Такъ, во Франціи извѣстная conciliation, примиреніе сторонъ, происходитъ передъ мировымъ судьею (C. pr. c. art. 48), мѣры обезпеченія иска, обыкновенно принимаемыя въ самомъ началѣ процесса, принимаются предсѣдателемъ суда (ibid. art 417, 552, 826 etc.). У насъ предсѣдатель рѣшаетъ вопросъ о возвращеніи искового прошенія (ст. 266), можетъ принимать мѣры обезпеченія иска (ст. 598) и др.; но всего рельефнѣе эта единоличная подготовительная дѣятельность судьи проявлялась въ Австріи при господствѣ устава гражданскаго судопроизводства 1781 г. Такъ, въ словесномъ производствѣ (mündiches Verfahren) предписывалось судьѣ въ засѣданіи прежде всего установить предметы спора, возбуждать и рѣшать вопросы о правоспособности тяжущихся и о подсудности (Allg. G. O., § 22); въ коллегіальныхъ судахъ выработалась практика ради этого назначать особое засѣданіе передъ предсѣдателемъ, и сама собой сложилась особая стадія процесса съ единолично дѣйствующимъ предсѣдателемъ во главѣ, стадія, въ которой, какъ говорится въ рескриптѣ 11 сентября 1824 г., „судьѣ надлежитъ наблюдать, чтобы крестьяне, не свѣдущіе въ законѣ, не страдали изъ-за формальностей судебныхъ и неумѣнья выражаться“. Этою практикою коллегіальныхъ судовъ, создавшею предварительное засѣданіе (erste Tagsatzung), воспользовался составитель Устава гражданскаго судопроизводства 1 августа 1895 г. проф. Клейнъ, добившись узаконенія особой предварительной стадіи процесса передъ предсѣдателемъ. Этимъ онъ не только оказалъ громадную услугу своему родному правосудію, но и указалъ законодателямъ другихъ странъ средство придать процессу раціональную структуру. Вотъ что онъ говоритъ въ мотивахъ къ ст. 239: „Надлежащее раздѣленіе судейскаго труда только въ такомъ случаѣ можетъ быть достигнуто, когда будетъ дана возможность знать напередъ по каждому дѣлу, состоится ли засѣданіе для слушанія его или нѣтъ (неявка отвѣтчика, признаніе, отказъ отъ иска) и когда заранѣе опредѣлится съ нѣкоторою вѣроятностью продолжительность производства дѣла. Въ видахъ послѣдняго казалось бы прежде всего необходимымъ отдѣлить дѣла, которыя могутъ быть разрѣшены безъ замедленія, отъ дѣлъ, раз-

рѣшеніе коихъ требуетъ много времени. Затѣмъ, почти въ каждомъ большомъ процессѣ рядомъ съ вопросомъ существа идетъ множество предрѣшительныхъ и спорныхъ вопросовъ, которые отвлекаютъ вниманіе и дѣятельность лицъ, участвующихъ въ дѣлѣ, препятствуя скорому разрѣшенію послѣдняго; стоитъ только вспомнить просьбы объ обезпеченіи издержекъ, отводѣ о подсудности и т. п. Необходимо извѣстное разграниченіе, дабы въ засѣданіи, назначенномъ для слушанія дѣла, оно только и разсматривалось по существу, при наличности всѣхъ необходимыхъ для того данныхъ, и дабы напрасно не являлись въ судъ свидѣтели и эксперты. Все это... достигается тѣмъ, что въ уставѣ проводится различіе между предварительнымъ засѣданіемъ и засѣданіемъ для слушанія дѣлъ... Цѣль предварительнаго засѣданія: установить, долженъ ли споръ между сторонами быть разрѣшенъ (въ коллегіи) и, если долженъ, то подготовить разсмотрѣніе этого спора въ двоякомъ направленіи: съ одной стороны — предложеніемъ отвѣтчику представить отвѣтъ по иску, съ другой — констатированіемъ, а иногда и разрѣшеніемъ, не касающихся существа дѣла процессуальныхъ спорныхъ вопросовъ“ (Erläut. Bemerkungen, стр. 255). Эти правильныя разсужденія проф. Клейна были имъ, однако, проведены съ большою осторожностью и съ малою послѣдовательностью. Вотъ въ какомъ видѣ представляется эта подготовительная стадія. Предсѣдатель назначаетъ день предварительнаго засѣданія съ такимъ разсчетомъ, чтобы со времени вручения отвѣтчику повѣстки до засѣданія прошло не менѣе двухъ недѣль (ст. 231). Засѣданіе происходитъ передъ предсѣдателемъ или назначеннымъ имъ членомъ суда. Въ засѣданіи этомъ предсѣдатель: 1) склоняетъ тяжущихся къ миру; 2) постановляетъ рѣшеніе по существу въ трехъ случаяхъ: а) въ случаѣ признанія отвѣтчикомъ иска, б) въ случаѣ отказа истца отъ иска и в) въ случаѣ неявки отвѣтчика (заочное рѣшеніе); 3) разрѣшаетъ просьбу истца объ измѣненіи иска; 4) принимаетъ отводъ къ надлежащему отвѣтчику и въ случаѣ вступленія ауктора освобождаетъ не надлежащаго отвѣтчика; 5) принимаетъ отводъ о подсудности къ дѣлу, производящемуся въ другомъ судѣ, и къ дѣлу, оконченному судебнымъ рѣшеніемъ, и, наконецъ, 6) разрѣшаетъ отводъ по необезпеченію иностранцемъ издержекъ процесса, по недѣеспособности тяжущагося и по неправоспособности представителя (ст. 239—241). Если послѣ предварительнаго засѣданія окажется необходимымъ разрѣшеніе дѣла по существу, то предсѣдатель назначаетъ отвѣтчику срокъ не свыше четырехъ недѣль для представленія отвѣта на искъ (ст. 243). Научная

критика съ знаменитымъ, нынѣ умершимъ, Беромъ во главѣ, въ общемъ отнеслась весьма одобрительно къ нововведенію австрійскаго закона, но одинъ изъ критиковъ его, Корнфельдъ, сдѣлалъ нѣсколько весьма основательныхъ замѣчаній противъ этого нововведенія, именно въ смыслѣ чрезмѣрной осторожности въ ущербъ послѣдовательности; замѣчанія эти касаются того вопроса, который насъ въ данное время всего больше занимаетъ. Корнфельдъ не видитъ рѣшительно никакихъ основаній, почему отводы о подсудности, exceptio litis pendentis и exceptio rei judicatae, только могутъ быть заявляемы въ предварительномъ засѣданіи, а не могутъ быть разрѣшены въ немъ единоличною властью предсѣдателя (Process. Grundsätze, стр. 124). То соображеніе, которое приводитъ проф. Клейнъ въ мотивахъ, вовсе не убѣдительно: по его мнѣнію, при разрѣшеніи этихъ отводовъ приходится преодолѣть большія затрудненія—что-де не по силамъ предсѣдателю (стр. 265). Такое соображеніе странно и въ корнѣ несостоятельно, если имѣть въ виду, что тотъ же предсѣдатель считается компетентнымъ постановлять заочныя рѣшенія. И чѣмъ, спрашивается, разрѣшеніе отводовъ о подсудности, exc. litis pendentis и rei judicatae, затруднительнѣе разрѣшенія отвода по недѣеспособности тяжущагося или по неправоспособности представителя? Корнфельдъ вѣрно замѣчаетъ, что „именно большинство отводовъ о подсудности основаны на простыхъ юридическихъ и фактическихъ вопросахъ, разрѣшеніе коихъ смѣло можетъ быть предоставлено единоличному судьѣ, тѣмъ болѣе, что на опредѣленія его можетъ быть принесена частная жалоба“. Но мы идемъ по этому пути еще далѣе Корнфельда. Мы не видимъ никакихъ основаній не предоставлять предсѣдателю разрѣшенія и другихъ частныхъ вопросовъ, а именно, отводовъ по связи дѣлъ, забытыхъ проф. Клейномъ, отводовъ къ надлежащему отвѣтчику, даже къ надлежащему истцу, при извѣстныхъ условіяхъ (объ этомъ ниже); ему слѣдуетъ, не при исключительныхъ обстоятельствахъ, а нормально, предоставить и принятіе мѣръ обезпеченія иска. Наконецъ, мы склонны предоставить ему разсмотрѣніе и нѣкоторыхъ возраженій: если австрійскій законъ предоставляетъ ему постановлять рѣшеніе по существу въ случаѣ судебнаго признанія, то непослѣдовательно не предоставлять ему разсмотрѣнія нѣкоторыхъ возраженій, такъ какъ можетъ быть учинено такъ называемое квалифицированное признаніе, т.-е. признаніе съ оговоркой въ пользу признающагося, а оговорка эта есть не что иное, какъ возраженіе (см. мой Учебн. русск. гражд. судопр., изд. 5, стр. 199—200). Расширяя такимъ образомъ кругъ дѣятельности предсѣдателя въ предварительной стадіи про-

цесса, мы тѣмъ съ бо̀льшимъ удовольствіемъ присоединяемся къ мнѣнію Корнфельда, полагающаго, что предсѣдателю слѣдуетъ предоставить право въ тѣхъ случаяхъ, когда данный вопросъ, входящій въ его компетенцію, находится въ тѣсной связи съ существомъ дѣла, переносить его на разсмотрѣніе коллегіи (стр. 124). Это совершенно основательно, ибо дѣйствительно могутъ быть случаи, когда связь эта неразрывна и единственною гарантіею правильнаго разрѣшенія иного частнаго вопроса является совмѣстное его разсмотрѣніе съ существомъ дѣла. Но было бы еще лучше нѣсколько расширить и это право предсѣдателя, предоставивъ ему право передавать дѣло въ коллегію во всѣхъ случаяхъ, когда онъ это признаетъ необходимымъ, въ виду встрѣченнаго имъ затрудненія. Коллегіальное обсужденіе тѣмъ и дорого, что оно обезпечиваетъ отъ неправильнаго обсужденія дѣла во всѣхъ его частяхъ не только по существу, со стороны фактической, но и со стороны юридической. И предсѣдатель при разрѣшеніи того или другого частнаго вопроса, не связаннаго съ существомъ, можетъ встрѣтить затрудненіе какъ въ фактической, такъ и въ юридической сторонѣ дѣла.

Въ такомъ видѣ желательно было бы введеніе и у насъ предварительной стадіи процесса передъ предсѣдателемъ, и мы считаемъ настоятельною необходимостью внести въ Уставъ, въ первый раздѣлъ второй книги его, въ надлежащее мѣсто слѣдующее правило:

> Въ предварительномъ засѣданіи предсѣдатель: ....) разрѣшаетъ дѣла, подлежащія разсмотрѣнію въ порядкѣ частнаго производства, въ случаяхъ, указанныхъ въ главѣ десятой сего раздѣла.

Переходя къ отдѣльнымъ случаямъ частныхъ производствъ, мы видимъ, что они нормированы въ шести послѣдующихъ отдѣленіяхъ десятой главы; тамъ рѣчь идетъ: объ отводахъ и возраженіяхъ, обезпеченіи исковъ, привлеченіи третьяго лица къ дѣлу, вступленіи третьяго лица въ дѣло, устраненіи судей и прокуроровъ и пріостановленіи, возобновленіи и уничтоженіи производства. Отдѣленіе объ отводахъ и возраженіяхъ должно подлежать существенной переработкѣ, такъ какъ оно является неудовлетворительнымъ и съ теоретической, и съ практической стороны. Отдѣленіе объ обезпеченіи исковъ подлежитъ болѣе или менѣе существенному исправленію въ частностяхъ и значительному сокращенію; въ отдѣленіи этомъ должны остаться лишь одни общія правила обезпеченія исковъ, правила же объ отдѣль-

ныхъ мѣрахъ обезпеченія подлежатъ или перенесенію въ другія части Устава, или совершенному исключенію. Къ первымъ относятся правила объ арестѣ движимыхъ имуществъ и наложеніи запрещенія на недвижимыя имѣнія, ко вторымъ—правила о поручительствѣ и отобраніи подписки о невыѣздѣ изъ мѣста жительства. Правиламъ наложенія ареста и запрещенія самое естественное мѣсто въ ряду правилъ объ исполненіи судебныхъ рѣшеній; на предметъ исполненія рѣшеній они прежде всего разсчитаны: мѣры эти прелюдія его и между прочимъ, конечно, примѣняются и къ обезпеченію исковъ; примѣняются они, какъ мѣры обезпеченія исполненія рѣшенія, чаще, чѣмъ какъ мѣры обезпеченія иска. По самому существу обезпеченіе исполненія рѣшенія и обезпеченіе иска одинъ и тотъ же институтъ, разница лишь та, что одни и тѣ же правила примѣняются въ разное время: одни до постановленія рѣшенія, другія — по вступленіи рѣшенія въ силу, а потому правила эти должны быть изложены въ одномъ мѣстѣ, а не разбиты на двѣ части, какъ это дѣлаетъ нашъ Уставъ. Изложить ихъ цѣликомъ въ отдѣлѣ объ обезпеченіи исковъ нельзя, ибо лишь часть правилъ о наложеніи ареста и запрещенія примѣняется при обезпеченіи иска, но всѣ они примѣняются при исполненіи рѣшеній; всего естественнѣе, конечно, помѣстить ихъ тамъ, гдѣ примѣненіе ихъ полнѣе, а гдѣ оно менѣе полно — ограничиться ссылками. Что касается судебнаго поручительства и отобранія подписки, то первое подлежитъ упраздненію, какъ институтъ, лишенный всякаго практическаго значенія; правила о немъ никогда не примѣняются, не благодаря ихъ недостаткамъ, а по самому существу; если у отвѣтчика есть недвижимое или движимое имущество, то истецъ прибѣгнетъ къ нему, а не къ поручительству, а если у отвѣтчика никакого имущества нѣтъ, то ему и поручителя не найти, ибо послѣднему нѣтъ разсчета быть въ перспективѣ кредиторомъ такого отвѣтчика. Такимъ же лишеннымъ практическаго значенія институтомъ является отобраніе подписки о невыѣздѣ. Редакторы Устава, оставшіеся въ меньшинствѣ, приводили въ пользу этого института то соображеніе, что благодаря введенію этой мѣры создастся побудительное средство для отвѣтчика подыскать за себя поручителя. Съ упраздненіемъ послѣдняго падаетъ главнѣйшій аргументъ въ пользу подписки о невыѣздѣ. Какъ побудительное средство къ представленію имущественнаго обезпеченія, отобраніе подписки оказывается слишкомъ слабымъ средствомъ въ томъ смыслѣ, что для подавляющаго большинства отвѣтчиковъ запрещеніе выѣзда не является ни малѣйшимъ стѣсненіемъ; стѣсни-

тельно это лишь для лицъ, ведущихъ торговлю въ обширномъ раіонѣ. Не является эта мѣра цѣлесообразной и какъ средство предотвращенія побѣга отвѣтчика и созданія новаго domicilium'a. При нынѣшнихъ путяхъ сообщенія, при легкости сношеній взыскателей съ судомъ, при возможности привести рѣшеніе въ исполненіе и внѣ округа суда, рѣшеніе это постановившаго, созданіе такихъ средствъ совершенно излишне. Затѣмъ, оба отдѣленія объ участіи третьихъ лицъ, главнымъ образомъ, подлежатъ дополненію правилами, отчасти вытекающими изъ существа соотвѣтствующихъ институтовъ, отчасти основанными на данныхъ нашей кассаціонной практики. Отдѣленія объ устраненіи судей и прокуроровъ мы полагаемъ не касаться. Вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ однообразно для уголовнаго и гражданскаго суда, и всего цѣлесообразнѣе было бы выработать общія правила совмѣстно III-му Отдѣлу съ IV-мъ, а затѣмъ передать проектъ ихъ II-му Отдѣлу для включенія въ Учрежденіе судебныхъ установленій. Наконецъ, отдѣленію о пріостановленіи, возобновленіи и уничтоженіи производства вовсе не мѣсто въ главѣ о частныхъ производствахъ: все это вопросы общаго порядка производства, и въ видахъ систематичности желательно образованіе изъ седьмого отдѣленія десятой главы особой одиннадцатой главы, непосредственно слѣдующей за частными производствами, или главы седьмой, между правилами о слушаніи дѣла и о сокращенномъ судопроизводствѣ.

Отдѣленіе второе.

Отводы и возраженія.

Дѣйствующее законодательство объ отводахъ и возраженіяхъ (ст. 571—589), какъ въ общей ихъ постановкѣ, такъ и въ детальной разработкѣ представляется одною изъ наименѣе удовлетворительныхъ частей Устава гражданскаго судопроизводства. Конечно, по сравненію съ законодательствомъ дореформеннымъ правила Устава являются несомнѣннымъ прогрессомъ. Но теорія и практика послѣдняго тридцатилѣтія обнаружили и ихъ недостатки—показали, что та цѣль, которую себѣ поставили составители Устава, можетъ быть достигнута нѣсколько иными правилами, чѣмъ тѣ, которыя были ими созданы. Цѣль составителей Устава заключалась въ установленіи такихъ правилъ, благодаря коимъ не замедлялся бы процессъ предъявленіемъ отводовъ. Зло, проистекающее отъ намѣ-

реннаго затягиванія отвѣтчикомъ процесса, конечно, значительно умалилось, но оно можетъ быть еще болѣе умалено — хотѣлось бы сказать искоренено, но, конечно, на такое совершенство нечего разсчитывать, да и задаваться имъ не приходится. Главнѣйшая причина замедленія процесса и въ настоящее время заключается въ томъ, что всѣ отводы разрѣшаются особымъ частнымъ порядкомъ всею коллегіею суда, тогда какъ вопросы, ими возбуждаемые, въ громадномъ большинствѣ случаевъ, могли бы быть съ одинаковымъ успѣхомъ, но съ гораздо большею быстротою, разрѣшены единоличною властью предсѣдателя и доходить до коллегіи лишь въ случаѣ затрудненій, встрѣченныхъ предсѣдателемъ при ихъ разрѣшеніи, или въ нѣкоторыхъ крайнихъ случаяхъ, когда предъявленіе ихъ могло состояться лишь во время производства дѣла. Вопросы, возбуждаемые отводами, вовсе не такого свойства, чтобы всегда требовалось коллегіальное ихъ обсужденіе, а между тѣмъ Уставъ всегда требуетъ и въ частномъ порядкѣ торжественную процедуру судебнаго засѣданія, съ вызовами, явками, отвѣтами и т. п., только затягивающую процессъ. Конечно, судъ можетъ и вмѣстѣ съ существомъ дѣла разрѣшить вопросъ объ отводѣ, но это „вмѣстѣ“ имѣетъ свои, еще бо̀льшія неудобства, чѣмъ разрѣшеніе отвода separatim; процедура отъ этого еще болѣе осложняется; внѣшнимъ образомъ соединятся два процесса: одинъ по вопросу гражданскаго права, другой по вопросу гражданскаго процесса. И въ томъ и другомъ случаѣ могутъ пройти цѣлые мѣсяцы, пока разрѣшится какой-нибудь пустой вопросъ о подсудности, и окажется, что судебная коллегія потратила даромъ массу времени и судьи были отвлечены отъ дѣла ради того, чтобы или объявить отводъ неосновательнымъ или прекратить все производство. Еще досаднѣе положеніе, когда приходится примѣнить ст. 584, т.-е. когда судъ ex officio возбуждаетъ отводъ. И тутъ требуются (ст. 13) для разрѣшенія такихъ вопросовъ, какъ вопросы о подвѣдомственности дѣла тому или другому суду, о правоспособности повѣреннаго и т. п., извѣщенія, явки, судебныя засѣданія и т. д. Особенно непослѣдовательно это требованіе при рѣшеніи въ большинствѣ случаевъ несложнаго вопроса о полномочіи повѣреннаго: Уставъ предоставляетъ разрѣшеніе этого вопроса предсѣдателю, когда дѣло идетъ о полномочіи на подачу искового прошенія, если же дѣло идетъ о томъ же вопросѣ въ дальнѣйшемъ движеніи производства, то требуется коллегіальное его разрѣшеніе. Все это могъ бы сдѣлать одинъ предсѣдатель. Другая причина замедленія процесса— чрезмѣрное увеличеніе числа матеріально-правовыхъ возраженій

такими заявленіями, которыя, по существу, являются отводами. Хорошая сторона отводовъ заключается въ томъ, что они могутъ быть предъявлены, по общему правилу, лишь до извѣстнаго срока; благодаря этому они менѣе затягиваютъ процессъ, чѣмъ матеріально-правовыя возраженія, которыя могутъ быть предъявляемы во время всего производства до постановленія рѣшенія. Эта хорошая сторона отводовъ можетъ привести къ неудобнымъ послѣдствіямъ, если къ числу возраженій будутъ отнесены нѣкоторые отводы и если слишкомъ строго будетъ проведено теоретическое между ними различіе. Въ такомъ отношеніи къ вопросу повинны и составители Уставовъ; отнесеніе къ возраженіямъ нѣкоторыхъ отводовъ и сохраненіе строгаго различія между отводами и возраженіями также способствовали медленности нашего процесса. Напр., отводъ по тождеству съ дѣломъ, прекратившимся судебнымъ рѣшеніемъ (exc. rei judicatae), отнесенъ къ возраженіямъ; никакого срока для предъявленія этого возраженія не положено, и разсматривается оно цѣлою коллегіею въ судебномъ засѣданіи. Затѣмъ отъ теоретическаго начала, что матеріально-правовыя возраженія должны быть разсмотрѣны вмѣстѣ съ существомъ дѣла, не сдѣлано отступленія — они въ частномъ порядкѣ или по крайней мѣрѣ отдѣльно, in limine litis, разсмотрѣны быть не могутъ. И это затягиваетъ процессъ: иногда вопросъ, возбужденный возраженіемъ, до крайности простъ; напр., изъ заемнаго письма видно, что оно выдано сорокъ лѣтъ тому назадъ; чтобы отказать истцу въ искѣ, необходимо разсмотрѣть вопросъ въ судебномъ засѣданіи; можетъ завязаться и длинный обмѣнъ состязательныхъ бумагъ. Замедляющее процессъ значеніе имѣетъ и даваемая отвѣтчику возможность злоупотреблять отводами; напр., добившись уваженія отвода о подсудности, онъ въ судѣ, куда дѣло переведено, предъявляетъ снова этотъ отводъ, а по оставленіи послѣдняго безъ уваженія подаетъ частную жалобу на это опредѣленіе суда. Дѣйствующіе законы объ отводахъ, порождая медленность въ производствѣ, кромѣ того, оказываются очень суровыми какъ для истца, такъ и для отвѣтчика. Для истца они очень суровы тѣмъ, что въ случаѣ уваженія отвода, какъ то признано теоріей и практикой, наступаетъ прекращеніе производства; изъ-за того, что, напр., полномочіе повѣреннаго истца или опекуна не удовлетворяетъ требованіямъ закона или не представлено суду, производство дѣла прекращается; истецъ вслѣдствіе этого не только теряетъ сдѣланныя имъ судебныя издержки, но и искъ его почитается не предъявленнымъ и, слѣдовательно, давности не прерываетъ. Или: если производство прекращено вслѣдствіе уваженія

отвода о подсудности, то истцу надо подать новое исковое прошеніе и внести снова исковыя пошлины; дѣло не пересылается въ надлежащій судъ, и этотъ послѣдній требуетъ новыхъ пошлинъ. Эта суровость особенно бросается въ глаза въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ предъявленъ ненадлежащимъ истцомъ или противъ ненадлежащаго отвѣтчика и когда надлежащій истецъ или надлежащій отвѣтчикъ тутъ же налицо и готовы продолжать дѣло. Нѣтъ, судъ ихъ не можетъ допустить, онъ прекращаетъ производство или отказываетъ въ искѣ, и истцу надо подать новое исковое прошеніе. Суровы законы объ отводахъ и къ отвѣтчику, особенно къ отвѣтчику, не свѣдущему въ законахъ. Составители Устава были безусловными приверженцами состязательнаго начала и провели его съ неумолимою послѣдовательностью. Это прекрасное, разумное начало, начало, которому мы въ значительной мѣрѣ обязаны нравственно-здоровой и чистой юстиціей. Но крайніе сторонники его видятъ его нарушеніе тамъ, гдѣ этого, строго говоря, вовсе нѣтъ. Напр., если судьѣ предоставить право, въ случаѣ непредъявленія даннаго отвода отвѣтчикомъ, спросить послѣдняго, извѣстны ли ему послѣдствія непредъявленія даннаго отвода, то тутъ состязательное начало, личная автономія тяжущихся, вовсе не нарушается. Иное дѣло, если бы судья самъ, не спрашивая отвѣтчика, ex officio возбуждалъ вопросъ объ отводѣ и, рѣшивъ его, прекратилъ производство; тутъ можно говорить о нарушеніи состязательнаго начала. Составители Устава не предоставили судьѣ даже права предложить отвѣтчику подобный вопросъ. Въ результатѣ получилось, что несвѣдущій въ законахъ отвѣтчикъ, не имѣющій средствъ нанять адвоката, пропускалъ срокъ предъявленія отвода. То же самое и съ возраженіями о прекращеніи права на искъ; судъ не можетъ предлагать никакихъ вопросовъ и обязанъ, напр., при не предъявленіи возраженія о давности, присудить искъ, погашенный давностью.

Пока достаточно сказаннаго о недостаткахъ законовъ объ отводахъ и возраженіяхъ — ниже мы остановимся на рядѣ другихъ и подробнѣе разовьемъ нѣкоторыя изъ намѣченныхъ здѣсь соображеній.

Прежде чѣмъ перейти къ установленію и разъясненію правилъ собственно объ отводахъ, необходимо остановиться на тѣхъ измѣненіяхъ правилъ о принятіи исковыхъ прошеній, которыя вызываются проектируемыми правилами объ отводахъ. Правила о возвращеніи прошенія и оставленіи его безъ движенія сами по себѣ неудовлетворительны: неудовлетворителенъ принципъ, на ко-

торомъ они построены, неудовлетворительны они и по своей излишней суровости. Принципъ, на которомъ они построены, тотъ, что прошеніе возвращается или оставляется безъ движенія, благодаря лишь формальнымъ порокамъ, болѣе или менѣе существеннымъ, самаго состава прошенія. Между тѣмъ, съ одной стороны, возвращеніе прошенія такая мѣра, которая по своимъ тяжкимъ послѣдствіямъ лишь въ крайнемъ случаѣ можетъ быть примѣнена при нарушеніи формальныхъ требованій подачи прошеній; раціональное примѣненіе возможно лишь при наличности извѣстныхъ внутреннихъ пороковъ процесса, которые рѣзко выступаютъ при самой подачѣ; съ другой стороны, рядъ основательныхъ поводовъ къ оставленію прошенія безъ движенія лежитъ внѣ нормальнаго состава его, конечно главный контингентъ ихъ коснется именно послѣдняго, но нельзя же сказать это обо всѣхъ ихъ. Есть не мало случаевъ, какъ увидимъ ниже, когда вполнѣ цѣлесообразно оставить пока прошеніе безъ движенія по такому поводу, который не касается его состава. Затѣмъ, правила подачи прошеній, сказали мы, и суровы. Изъ-за формальнаго упущенія прошеніе возвращается, т.-е. искъ считается не предъявленнымъ; давность въ этомъ случаѣ не прерывается. Это суровая кара за незнаніе законовъ или неумѣлое пользованіе ими. Въ виду изложенныхъ соображеній мы прежде всего предложили бы обратить всѣ поводы возвращенія прошенія въ поводы оставленія его безъ движенія (ст. 266), присоединивъ ихъ къ нынѣ существующимъ (ст. 269); затѣмъ, за устраненіемъ существующихъ поводовъ возвращенія прошенія, они должны быть замѣнены другими, наконецъ, къ существующимъ поводамъ оставленія прошенія безъ движенія должны быть прибавлены еще новые; и тѣ, и другіе, какъ увидимъ, не касаются формальнаго состава прошенія. Находимъ мы эти поводы въ ст. 584 Уст. гражд. суд., въ четырехъ ея пунктахъ; обстоятельства, указанныя въ первыхъ двухъ пунктахъ, надлежитъ обратить въ поводы возвращенія прошенія, обстоятельства же, указанныя въ послѣднихъ двухъ пунктахъ,—въ поводы оставленія прошенія безъ движенія. Первыя два суть: „когда дѣло по роду своему изъято отъ подсудности окружному суду“ и „когда дѣло подсудно другому окружному суду по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества“. По Уставу эти два обстоятельства являются основаніями „отводовъ, которые должны быть возбуждаемы судомъ ex officio“, какъ обыкновенно выражаются, теоретически безсмысленно. Если принять за исходное то положеніе, что всѣ отводы разрѣшаются единоличной властью предсѣдателя, то производство по возвращенію прошенія и про-

изводство по отводамъ весьма приблизятся одно къ другому; разница будетъ лишь та, что первое происходитъ безъ вызова и участія противной стороны, а второе при этомъ условіи; никакого судебнаго засѣданія при первомъ не полагается, при второмъ оно необходимо. И вотъ рождается вопросъ, всегда ли необходимо разсмотрѣніе обстоятельствъ, указанныхъ въ первыхъ двухъ пунктахъ 584 ст., въ предварительномъ судебномъ засѣданіи, или они могутъ быть разсмотрѣны и однимъ предсѣдателемъ безъ вызова и участія отвѣтчика. Дать на этотъ вопросъ безусловно утвердительный или отрицательный отвѣтъ едва-ли цѣлесообразно—мы вообще противники этихъ абсолютныхъ утвержденій или отрицаній; все зависитъ отъ конкретныхъ жизненныхъ обстоятельствъ. Обстоятельства, указанныя въ первыхъ двухъ пунктахъ 584 ст., съ фактической стороны всегда очень просты; то же самое надо сказать и о юридической сторонѣ вопроса, о forum rei sitae; вопросъ же о подвѣдомствѣ дѣла тому или другому изъ разнородныхъ судовъ можетъ возбудить и иногда возбуждаетъ серьезные затрудненія и споры, но все-таки во многихъ случаяхъ является очень простымъ. Все это указываетъ на возможность вообще предоставить предсѣдателю рѣшить эти вопросы безъ назначенія предварительнаго засѣданія и рѣшить въ смыслѣ принятія или возвращенія прошенія. Если же встрѣтятся затрудненія при разрѣшеніи этихъ вопросовъ, то надлежитъ примѣнить общее правило (ст. 584 сего проекта): самъ предсѣдатель все дѣло направляетъ въ судъ, и тотъ всей коллегіей рѣшаетъ вопросы, назначивъ засѣданіе на общемъ основаніи. Объ этомъ правѣ предсѣдателя подробнѣе будетъ сказано ниже. Спрашивается, какая выгода предоставленія предсѣдателю права возвращать прошенія по упомянутымъ поводамъ? Громадная: масса дѣлъ закончится въ недѣлю — другую, между тѣмъ какъ теперь на производство ихъ требуются мѣсяцы и годы. Мы бы съ великимъ удовольствіемъ, ради ускоренія процесса, обратили всѣ отводы въ условные поводы возвращенія прошенія, но сдѣлать этого не можемъ, потому что судъ ex officio ихъ не возбуждаетъ, а предъявляются они отвѣтчикомъ; возбужденіе ихъ ради возвращенія прошенія не можетъ быть предоставлено предсѣдателю; это возможно лишь относительно тѣхъ отводовъ, возбужденіе которыхъ предоставлено суду ex officio. — Предоставляя такимъ образомъ предсѣдателю при самомъ принятіи искового прошенія возбуждать вопросы объ обстоятельствахъ, означенныхъ въ п.п. 1 и 2 ст. 584 Уст. гражд. суд., слѣдуетъ, съ цѣлью охраненія состязательнаго начала, установить, что вопросы эти могутъ

быть возбуждаемы лишь въ такомъ случаѣ, когда къ тому имѣются достаточныя данныя въ самомъ исковомъ прошеніи; такъ что предсѣдатель ни въ какомъ случаѣ не долженъ возбуждать этихъ вопросовъ по одному подозрѣнію. Въ виду изложенныхъ соображеній надлежитъ внести въ Уставъ слѣдующія правила:

Ст. **266**. Прошеніе возвращается, когда изъ него или изъ приложеній къ нему видно, что дѣло по роду своему изъято отъ подсудности окружному суду или подсудно другому окружному суду по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества.

Ст. **267**. Въ случаѣ затрудненій, встрѣченныхъ предсѣдателемъ при разрѣшеніи вопросовъ о возвращеніи прошенія, примѣняется правило ст. 587.

Исходя изъ того, что Отдѣломъ, вѣроятно, будетъ установлено общее правило о пересылкѣ дѣлъ изъ одного судебнаго учрежденія въ другое, мы полагали бы возможнымъ допустить эту пересылку и при возвращеніи прошенія, но лишь въ томъ случаѣ, когда истецъ обратится въ судъ съ просьбою объ этомъ. Не входя пока въ подробности, мы предлагаемъ въ данномъ случаѣ внести въ Уставъ ссылочную статью, т.-е. указать на соотвѣтствующее правило, установленное для случаевъ возвращенія прошенія, вслѣдствіе уваженія отвода о подсудности:

Ст. **268**. Прошеніе или возвращается непосредственно истцу или пересылается въ подлежащее учрежденіе; къ сему примѣняются правила ст. 582.

Что касается послѣднихъ двухъ пунктовъ 584 ст. Устава, то возможность разрѣшенія указанныхъ въ нихъ вопросовъ in limine litis властью предсѣдателя безъ вызова отвѣтчика можетъ быть мотивирована тѣми же соображеніями, которыя высказаны были нами по поводу первыхъ двухъ пунктовъ. Вопросы о дѣеспособности тяжущихся и правоспособности представителей не представляютъ затрудненія ни съ юридической, ни съ фактической стороны, такъ что тутъ незачѣмъ и предоставлять предсѣдателю право, указанное въ 267 ст. сего проекта. Тутъ на него должна быть возложена другая обязанность. Дѣло въ томъ, что обращать недѣеспособность тяжущихся и неправоспособность повѣреннаго, очевидныя изъ прошенія, въ поводы возвращенія его, по край-

ней мѣрѣ сразу, нецѣлесообразно; сначала они должны имѣть значеніе обстоятельствъ, въ силу которыхъ прошеніе оставляется безъ движенія, а уже затѣмъ, когда данный дефектъ своевременно не восполнится, прошеніе можетъ быть возвращено. Возвращать прошеніе, поданное недѣеспособнымъ или лицомъ съ ограниченною дѣеспособностью, было бы во многихъ случаяхъ сурово. Такъ, недѣеспособный, напр. несовершеннолѣтній или несостоятельный должникъ, видя бездѣйствіе опекуна или конкурса и желая предотвратить невыгодныя послѣдствія непредъявленія иска,—положимъ, истеченіе давностнаго срока или сокрытіе отвѣтчикомъ своего имущества, — долженъ имѣть право предъявить искъ. Это такой разумный актъ съ его стороны, что законъ не долженъ игнорировать его. Конечно, предъявленіе иска не можетъ и не должно въ этомъ случаѣ влечь за собою дальнѣйшаго движенія процесса, но послѣдствія матеріально-правовыя должны наступить: давность должна быть прервана, право судебнаго залога должно быть установлено и т. п. Въ этихъ видахъ желательно, чтобы недѣеспособный могъ подать исковое прошеніе. Когда фактъ подачи совершенъ, то судъ, оставивъ прошеніе безъ движенія, долженъ озаботиться ex officio о томъ, чтобы опека или конкурсъ продолжали начатый процессъ—онъ долженъ ихъ извѣстить объ этомъ и предложить доставленіе въ судъ полномочія тому лицу, которое можетъ и желаетъ выступить въ качествѣ законнаго представителя истца. На это, конечно, долженъ быть данъ извѣстный срокъ, по истеченіи котораго прошеніе должны быть возвращено. Случаи возвращенія прошенія едва-ли будутъ часты: и опека, и конкурсное управленіе учрежденія отвѣтственныя, и если недѣеспособный помимо ихъ рѣшился подать прошеніе, то онъ и настоитъ на присылкѣ повѣреннаго, а если и не настоитъ, то привлечетъ къ отвѣту лицъ, не исполнившихъ предложенія суда. Такая постановка вопроса о недѣеспособныхъ прямо указываетъ на примѣнимость правилъ объ оставленіи прошенія безъ движенія. Приблизительно такъ же долженъ быть разрѣшенъ и вопросъ о неправоспособности представителя. Но второй пунктъ 584 ст., обращенный въ поводъ оставленія прошенія безъ движенія, долженъ быть восполненъ, а именно, такимъ поводомъ должны быть не только недостатокъ, отсутствіе полномочія, но и незаконность его. Для акта предъявленія иска должны имѣть совершенно одинаковое значеніе какъ случай, когда искъ предъявляется лицомъ, не могущимъ представить свое полномочіе, такъ и случай, когда полномочіе предъявлено, но оно не удовлетворяетъ законнымъ требованіямъ, лежащимъ въ немъ са-

момъ или въ личности представителя. И при неправоспособности представителя было бы сурово сразу возвращать прошенія. Изъза какого-нибудь формальнаго упущенія или благодаря незнанію истцомъ о личныхъ недостаткахъ его представителя могутъ наступить тяжелыя для истца послѣдствія: опять истеченіе давности, сокрытіе отвѣтчикомъ имущества и т. п. Надо дать истцу возможность исправить недостатки представительства, а самый фактъ предъявленія иска долженъ остаться въ полной своей юридической силѣ, т.-е. прошеніе должно быть оставлено безъ движенія. Наконецъ, относительно обоихъ новыхъ случаевъ оставленія прошенія безъ движенія надо сказать то же самое, что̀ сказано о случаяхъ возвращенія его: оба повода оставленія безъ движенія должны также сохранить значеніе основаній къ отводамъ, „возбужденнымъ“ и судомъ ex officio.

Выше мы упомянули, что всѣ прежніе поводы возвращенія прошенія должны быть обращены въ поводы оставленія его безъ движенія съ прибавленіемъ двухъ новыхъ. Но изъ числа первыхъ долженъ быть безусловно исключенъ одинъ: укорительныя выраженія, въ прошеніи помѣщенныя. За укорительныя выраженія слѣдуетъ привлекать къ уголовной отвѣтственности и строго карать, но лишеніе за это, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, права гражданскаго, напр., когда прошеніе подано наканунѣ истеченія давностнаго срока, совсѣмъ неразумно.

Все изложенное приводитъ къ необходимости внести въ Уставъ слѣдующія правила:

Ст. **269**. Прошеніе оставляется безъ движенія впредь до полученія недостающихъ свѣдѣній и приложеній:

1) когда изъ прошенія или изъ приложеній къ нему видно, что истецъ не имѣетъ права искать и отвѣчать на судѣ;

2) когда оно подано не самимъ истцомъ, а лицомъ постороннимъ безъ полномочія или по незаконному полномочію;

3) когда неизвѣстно, кѣмъ предъявляется искъ;

4) когда въ прошеніи не означено, противъ кого предъявляется искъ;

5) когда въ прошеніи не означено, чего истецъ проситъ;

6) когда не означена цѣна иска, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда ее невозможно опредѣлить;

7) когда мѣстожительство истца или отвѣтчика означено неопредѣлительно или вовсе не означено, развѣ бы истецъ объяснилъ, что ему неизвѣстно мѣстожительство отвѣтчика;

8) когда прошеніе, копія онаго или копіи представленныхъ документовъ написаны безъ соблюденія правилъ о гербовомъ сборѣ;

9) когда при прошеніи не оказалось упоминаемыхъ въ немъ приложеній;

10) когда не представлены въ надлежащемъ числѣ копіи, слѣдующія къ предъявленію противной сторонѣ;

11) когда не приложены судебныя пошлины или деньги на вызовъ отвѣтчика.

Ст. **270**. Въ случаѣ, означенномъ въ 1 п. предшедшей (269) статьи, предсѣдатель предлагаетъ подлежащему учрежденію назначить лицу, подавшему прошеніе, законнаго представителя, если таковой еще не назначенъ, и доставить въ судъ въ двухнедѣльный срокъ данное ему полномочіе. Въ случаяхъ, означенныхъ въ п.п. 2—11, истцу назначается семидневный срокъ для доставленія недостающихъ свѣдѣній и приложеній. При неизвѣстности, кѣмъ искъ предъявленъ, и при неозначеніи въ исковомъ прошеніи мѣстожительства истца (п.п. 3 и 7) объ оставленіи прошенія безъ движенія выставляется объявленіе въ пріемной комнатѣ суда въ продолженіе одного мѣсяца. По истеченіи означенныхъ въ сей статьѣ сроковъ исковое прошеніе возвращается истцу, а въ случаѣ неизвѣстности, кѣмъ искъ предъявленъ, или неозначенія мѣстожительства истца — почитается возвращеннымъ и оставляется въ канцеляріи суда; засимъ дѣло можетъ быть возобновлено не иначе, какъ подачею новаго искового прошенія.

Послѣ изложенныхъ общихъ замѣчаній объ отводахъ и возраженіяхъ и указаній на необходимыя измѣненія правилъ о принятіи исковыхъ прошеній, переходимъ къ правиламъ собственно объ отводахъ и возраженіяхъ.

Ст. **571**. Отвѣтчикъ можетъ, не представляя объясненій по существу дѣла, предъявить отводъ въ слѣдующихъ случаяхъ:

Эта часть 571 ст. можетъ остаться безъ измѣненія, ибо и при разсмотрѣніи отводовъ однимъ предсѣдателемъ, за отвѣтчикомъ должно сохраниться право, не вступая въ объясненія по существу, настаивать на освобожденіи отъ отвѣта, хотя, строго говоря, выраженіе „не входя въ объясненія по существу“ не вполнѣ точно; точнѣе было бы сказать „не вступая въ отвѣтъ“, т.-е. не отрицая и не признавая самаго права истца, онъ указываетъ лишь на обстоятельства, благодаря которымъ онъ не можетъ быть привлеченъ къ отвѣту вообще и въ данномъ судѣ.

1) когда дѣло подсудно другому окружному суду, въ случаяхъ допустимости указаннаго въ ст. 228 соглашенія сторонъ, и когда искъ предъявленъ на основаніи ст. 206 и 210 противъ отвѣтчика, имѣющаго постоянное мѣсто жительства въ округѣ другого суда.

Первая часть этого пункта мало чѣмъ, по существу, отличается отъ нынѣшняго 1 п. ст. 571—въ ней лишь точнѣе выражена мысль послѣдняго, формулированная такъ: когда дѣло подсудно другому суду. Это даетъ нѣкоторымъ неосновательный поводъ думать, что тутъ рѣчь идетъ о подсудности въ широкомъ смыслѣ, включая туда и подсудность по роду дѣлъ и по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Между тѣмъ, очевидно, что по общему смыслу Устава тутъ рѣчь идетъ о подсудности въ собственномъ смыслѣ, т.-е. мѣстной, за исключеніемъ подсудности по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Правила подсудности родовой и rei sitae охраняются не отводами, а оффиціальною дѣятельностью суда на основаніи ст. 584, а если и понимать отводъ въ смыслѣ заявленія о томъ, чтобы судъ выполнилъ свою оффиціальную обязанность, то слова 584 ст. „независимо отъ отводовъ“ прямо указываютъ на то, что именно въ этой статьѣ говорится объ этихъ „отводахъ“, и повторять то же самое въ п. 1 ст. 571 не было надобности. Въ виду этого мы дополнили его словами, прямо указывающими на истинный смыслъ п. 1 ст. 571 Устава, а именно, къ слову „суду“ прибавили „окружному“, а не иному какого-либо рода, и слова: „въ случаяхъ допустимости соглашенія“ и т. д., т.-е. во всѣхъ случа-

яхъ, кромѣ подсудности по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества. Что касается второй части пункта, то это воспроизведеніе ст. 207 и 211 Устава, помѣщеніе коихъ здѣсь умѣстнѣе, чѣмъ среди правилъ о подсудности. Если оставить ихъ на прежнемъ мѣстѣ, то все-таки придется упомянуть о соотвѣтствующемъ отводѣ и въ ст. 571, но это значило бы дважды изложить одно и то же; упомянуть же объ этомъ въ ст. 571 необходимо уже потому, что послѣдующая 580 статья говоритъ объ этомъ отводѣ, хотя и называя его просьбой о переводѣ дѣла.

2) когда въ томъ же или въ другомъ русскомъ или иностранномъ судѣ производится или окончилось судебнымъ рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу, дѣло тождественное съ предъявленнымъ искомъ, или когда въ томъ же или въ другомъ судѣ производится дѣло, имѣющее съ предъявленнымъ искомъ тѣсную связь.

Этотъ пунктъ отличается отъ п. 1 ст. 571 Устава тѣмъ, что 1) exceptio rei judicatae отнесена къ числу отводовъ, 2) выраженіе „по тому же самому предмету и между тѣми же лицами“ замѣнено словами „тождественное съ предъявленнымъ искомъ“ и 3) exceptio litis pendentis и exc. rei judicatae допускаются, когда дѣло производится или окончилось въ судѣ иностранномъ.

Обращаясь къ exc. rei judicatae, надо сказать, что эксцепція эта издавна вызывала въ теоріи недоумѣнія относительно своей юридической природы, а въ законодательствахъ разногласія съ той же стороны: есть ли она отводъ или матеріально-правовое возраженіе, т.-е. должна ли она быть предъявлена до вступленія отвѣтчика въ отвѣтъ и влечь за собой absolutio ab instantia или можетъ быть предъявлена во всякое время и влечь за собой absolutio ab actione. Римскіе юристы признавали окончательно консуммирующую силу судебнаго рѣшенія, а потому съ ихъ точки зрѣнія exc. rei judicatae не могла быть тѣмъ, что̀ мы называемъ процессуальнымъ возраженіемъ или отводомъ. Практическія неудобства римскаго воззрѣнія заставили папу Иннокентія IV, а также каноническихъ юристовъ отказаться отъ него и признать, что exc. rei judicatae можетъ быть предъявлена и до litis contestatio, т.-е. быть процессуальнымъ возраженіемъ, но лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда она была liquida, т.-е. если при самомъ предъявленіи она была съ фактической стороны обоснована и, слѣдовательно, несомнѣнна; послѣ же litis contestatio она могла

быть предъявлена, но уже какъ возраженіе. Это же воззрѣніе сохранилось и въ общегерманскомъ процессѣ, но съ различными модификаціями и ограниченіями. Двойственный характеръ exc. rei judicatae объясняется желаніемъ, — съ одной стороны, — сохранить римскую окончательно-консуммирующую силу судебнаго рѣшенія, съ другой, — идти навстрѣчу практическимъ требованіямъ жизни, не терпящей, хотя и оправдываемыя теоретическими соображеніями, неудобства, въ родѣ излишняго обремененія суда работою, напраснаго замедленія процесса и т. п.; всѣ эти неудобства неизбѣжны при римской точкѣ зрѣнія и особенно досадны, когда отвѣтчикъ готовъ сейчасъ же, немедленно по предъявленіи иска, привести несомнѣнныя доказательства основательности возраженія. Но рядомъ съ общегерманскимъ процессомъ, принявшимъ, какъ мы сказали, эту двойственность, нѣкоторые мѣстные германскіе уставы, напр., баденскій, прямо объявили exc. rei judicatae процессуальнымъ возраженіемъ (ст. 344). Но это было совершеннымъ исключеніемъ. Двойственность этой эксцепціи сохранилась въ Германіи, какъ общее правило, вполнѣ до изданія Устава 1877 г., который, перечисляя процессуальныя возраженія (§ 247), не упоминаетъ объ exc. rei judicatae и тѣмъ самымъ признаетъ ее матеріально-правовымъ возраженіемъ. Къ иному результату привела исторія exc. rei judicatae въ Австріи. Въ уставѣ 1781 г. никакихъ указаній на эту эксцепцію не имѣется, но въ декретѣ 15 января 1787 г. предписывается разсматривать ее предварительно въ особомъ засѣданіи, отдѣльно отъ существа дѣла, и если истецъ своего вторично-предъявленнаго иска не возьметъ обратно, то онъ ему возвращается (Zurückerlag). И въ практикѣ, и въ теоріи это вполнѣ ясное законоположеніе, однако, вызвало разногласіе. Въ однихъ рѣшеніяхъ высшаго суда и у однихъ ученыхъ мы находимъ буквальное пониманіе закона, т.-е., что exc. rei judicatae есть отводъ, который только и можетъ быть предъявленъ и разрѣшенъ до вступленія отвѣтчика въ отвѣтъ; разъ онъ вступилъ въ отвѣтъ, и эксцепція эта не принимается; въ другихъ же рѣшеніяхъ и у другихъ ученыхъ сказывается вліяніе общегерманскаго процесса, т.-е. exceptio rei judicatae трактуется то какъ отводъ, то какъ возраженіе, смотря по тому, когда она предъявлена. Мы понимаемъ каноническихъ юристовъ, которые, желая сохранить римскую точку зрѣнія и придти навстрѣчу требованіямъ жизни, придумали эту двойственность; но оправдать австрійскихъ юристовъ рѣшительно невозможно. И аргументація ихъ касается не существа вопроса, а направлена на то, какъ-бы переложить мостъ

отъ общегерманскаго процесса къ австрійскому. Такъ, напр., Канштейнъ говоритъ, что, такъ какъ на предъявленіе exc. rei judicatae, какъ отвода, не положено срока, то она можетъ быть предъявлена какъ матеріально-правовое возраженіе во всякое время (Das Civilpr. R., стр. 309). Хотя опредѣленнаго срока и не положено, какъ вѣрно замѣчаетъ Ульманъ, но тѣмъ не менѣе по смыслу декрета 1787 г. эксцепція эта, какъ отводъ, можетъ быть предъявлена не позже перваго засѣданія по дѣлу. Независимо отъ того, отсутствіе указанія на точно опредѣленный срокъ отвода не даетъ еще права утверждать, что отводъ въ виду этого можетъ потерять свой основной характеръ и обратиться въ возраженіе. Наконецъ, Канштейнъ самъ себѣ противорѣчитъ: если срока для предъявленія exc. rei judicatae, какъ отвода, не положено, то съ какого же момента надо его считать возраженіемъ? Конечно, съ момента вступленія въ отвѣтъ, а если такъ, то значитъ срокъ положенъ, что и дѣйствительно вытекаетъ изъ общаго смысла декрета (Das österr. Civilproc.-R., стр. 238). Затѣмъ, Менгеръ старается болѣе научно мотивировать перерожденіе exc. rei judicatae. По его мнѣнію эксцепція эта имѣетъ двоякую цѣль: матеріально-правовую и процессуальную; первая заключается въ томъ, что, благодаря судебному рѣшенію, коимъ формализируется спорное правоотношеніе, истецъ при вторичномъ предъявленіи иска будетъ поставленъ въ необходимость взять этотъ свой искъ обратно; вторая же состоитъ въ томъ, что судьѣ указывается, что по поводу даннаго отношенія споръ уже разрѣшенъ и что новый споръ не можетъ быть начатъ. Въ виду этого и exc. rei judicatae можетъ быть предъявлена съ тою или съ другою цѣлью, т.-е. или какъ возраженіе, или какъ отводъ (System, стр. 364). Первая часть этихъ разсужденій безусловно правильна, но вторая часть, также безусловно, неправильна. Несомнѣнно, что не только отводы, но и всѣ процессуальные институты имѣютъ двоякую цѣль: матеріально-правовую и чисто-процессуальную, съ одной стороны они касаются права, съ другой—процесса; напр., доказательства съ одной стороны—средства упроченія права, съ другой — средства убѣжденія судьи и т. п. Но эта двойственность значенія института не порождаетъ двойственности юридической его природы: доказательства остаются доказательствами, отводы—отводами и т. д., съ какой стороны на нихъ ни смотрѣть. Не отрицая абстрактнаго различія двухъ сторонъ процессуальныхъ институтовъ, мы не можемъ придавать этому различію реальнаго значенія: не все ли равно сказать, что предъявленіе exc. rei judicatae препятствуетъ истцу добиться

вторичнаго рѣшенія по тому же иску, или, что оно препятствуетъ суду постановить по тому же иску вторичное рѣшеніе. Въ виду этого воззрѣніе Менгера теряетъ всякое значеніе. Не даромъ составители перваго проекта австрійскаго устава 1867 г. прямо отнесли exc. rei judicatae къ числу отводовъ (§ 242). То же самое сдѣлали и составители устава 1895 г. (§ 239). Такимъ образомъ исторія exc. rei judicatae въ Германіи и въ Австріи показываетъ намъ, что приданіе ей значенія отвода вызывается серьезными практическими соображеніями, приданіе же ей значенія возражанія—соображеніями теоретическими, основанными на такомъ абстрактномъ понятіи, какъ консумпція иска. И въ Германіи, и въ Австріи сказывается явное желаніе во что бы то ни стало не порывать связи со стороной.—Сторонники взгляда на exc. rei judicatae, какъ на возраженіе, на Западѣ и у насъ, приводятъ въ пользу своего взгляда одно, повидимому, несокрушимое соображеніе: эксцепція эта касается самаго права на искъ, а въ виду неразрывности въ современномъ правѣ права на искъ съ самимъ матеріальнымъ правомъ—именно этого права. Приводя этотъ аргументъ, имѣютъ въ виду, что во время вторичнаго предъявленія иска нѣтъ уже того гражданскаго права, о признаніи котораго проситъ истецъ. Но при этомъ забываютъ, что exc. rei judicatae дается отвѣтчику и тогда, когда истцу рѣшеніемъ присуждено право, и, слѣдовательно, отвѣтчикъ, предъявляя эту эксцепцію, требуетъ отклоненія иска потому, что данное право уже признано за истцомъ и, слѣдовательно, имѣется у него. Это соображеніе дало поводъ Шруткѣ-Рехтенштамму положить въ основу различія между отводомъ и возраженіемъ о res judicata характеръ самаго рѣшенія; exc. rei judicatae—возраженіе, когда въ основѣ его лежитъ рѣшеніе, постановленное противъ истца, и отводъ—когда оно основано на рѣшеніи въ пользу истца (Zeitschr. Grünhut'a, т. X, стр. 181). Уже изъ этого видно, какъ шатка та почва, на которой стоятъ защитники exc. rei judicatae, какъ возраженія; они должны были договориться до того, до чего договорился Шрутка. Ставить юридическую природу exc. rei judicatae въ зависимость отъ того, какое рѣшеніе лежитъ въ его основаніи,—нельзя; это ничѣмъ ни объяснено, ни оправдано быть не можетъ. Вся эта абстракція придумана только для того, чтобы устранить вышеприведенный аргументъ противной стороны. На реальную почву мы станемъ тогда, когда спросимъ: что желаетъ отвѣтчикъ, предъявляя exc. rei judicatae? Конечно, онъ желаетъ быть освобожденнымъ отъ вторичнаго суда надъ собой; онъ не желаетъ, чтобы судъ

разсмотрѣлъ вопросъ о правѣ, уже бывшій разъ на его разсмотрѣніи; онъ не желаетъ присужденія истцу того, что уже было разъ присуждено или отсуждено, не желаетъ потому, что или ему угрожаетъ вторичное взысканіе или взысканіе того, что разъ признано непричитающимся съ него; въ виду чего онъ, далѣе, желаетъ скорѣйшаго освобожденія отъ суда, освобожденія отъ положенія привлеченнаго къ отвѣту и не желаетъ никакихъ вызововъ, объясненій по существу, засѣданій и т. п. Съ другой стороны, реальная основа exc. rei judicatae заключается въ томъ, что, собственно, судъ разсматриваетъ при предъявленіи ея: разсматриваетъ ли онъ вопросъ о правѣ истца на искъ вообще или о правѣ на предъявленіе даннаго иска при данной чисто процессуальной обстановкѣ? Ни одинъ судъ, конечно, не станетъ входить въ обсужденіе фактовъ, порождающихъ самое право на искъ; онъ войдетъ лишь въ обсужденіе процессуальной обстановки даннаго иска; ему важны только два чисто процессуальныхъ факта: было ли уже постановлено рѣшеніе по данному иску и вступило ли это рѣшеніе въ законную силу. Эта дѣятельность его весьма близка къ дѣятельности его при предъявленіи exc. litis pendentis; и тамъ онъ останавливается лишь на двухъ вопросахъ: былъ ли искъ предъявленъ истцомъ и былъ ли онъ принятъ судомъ. Если при exc. rei judicatae судъ рѣшаетъ вопросъ о правѣ на искъ, то этотъ же вопросъ онъ долженъ рѣшать и при exc. litis pendentis; разница лишь та, что въ первомъ случаѣ истецъ не имѣетъ такъ называемаго права на искъ, пока lis pendet, а во второмъ—пока рѣшеніе въ силѣ; въ первомъ—онъ можетъ предъявить вторичный искъ, напр., если прошеніе будетъ возвращено или производство прекращено, во-второмъ—если, напр., рѣшеніе будетъ отмѣнено изначала кассаціоннымъ порядкомъ; въ виду послѣдняго случая и нельзя сказать, что exc. rei judicatae есть возраженіе, коимъ вовсе и навсегда отрицается право на искъ — что еще болѣе ее сближаетъ съ exc. litis pendentis.

Къ сказанному надо прибавить, что, обращая exc. rei judicatae въ отводъ, мы присваеваемъ ему ту срочность, которая присуща всѣмъ отводамъ. Въ этомъ и заключается практическая сторона вопроса: производство не замедляется, у отвѣтчика отнимается средство затягивать процессъ. Это не будетъ излишнею суровостью по отношенію къ отвѣтчику; законъ долженъ предотвратить самую возможность наступленія суровыхъ послѣдствій этой срочности; если отвѣтчикъ не знаетъ о возможности предъявленія exc. rei judicatae, а суду это извѣстно, то онъ долженъ придти ему на помощь, если же и судъ этого не знаетъ, то

отвѣтчику должно быть предоставлено право удостовѣрить передъ судомъ свое незнаніе и просить о допущеніи отвода. Объ этомъ рѣчь впереди.

Перехожу къ сдѣланной замѣнѣ словъ: „дѣло по тому же самому предмету и между тѣми же лицами“ словами: „дѣло тождественное съ предъявленнымъ искомъ“. Выраженія: „по тому же самому предмету и между тѣми же лицами“ очень не точны. Что̀ понимать подъ предметомъ дѣла? Вопросъ объ объективномъ тождествѣ правоотношеній одинъ изъ самыхъ спорныхъ вопросовъ науки (см. мое соч. Принципъ тождества въ гражд. проц. въ Юрид. изслѣд. и статьяхъ, стр. 271 — 286); вмѣшательство законодательства тутъ не требуется; судъ самъ, на основаніи данныхъ, выработанныхъ наукою и практикой, долженъ рѣшать вопросъ: то ли самое это дѣло или другое. Несомнѣнно одно, что нашъ Уставъ неудачно разрѣшилъ вопросъ, подавъ поводъ неправильному его пониманію. Если подъ „предметомъ“ понимать вещь, то тождественнымъ окажутся иски по той же вещи, но по разнымъ основаніямъ. Вообще о тождествѣ основанія права законъ вовсе не упоминаетъ. И что̀ считать предметомъ личнаго иска? Если только дѣйствіе, то тождественными окажутся права, касающіяся разныхъ вещей, а если вещь, то таковыми окажутся права, касающіяся разныхъ дѣйствій. Да и выраженіе — „между тѣми же лицами“ — можетъ подать поводъ думать, что преемство исключаетъ тождество. Всего раціональнѣе въ этомъ случаѣ выразиться такъ, какъ Уставъ выразился относительно exc. connexitatis causarum; онъ употребилъ выраженіе „связь“, ничего не прибавляя къ его характеристикѣ; говоря же объ exc. rei judicatae можно также употребить выраженіе „тождественное“.

Наконецъ, что касается распространенія exc. litis pendentis и exc. rei judicatae на тѣ случаи, когда дѣло производится или окончено судебнымъ рѣшеніемъ въ судѣ иностранномъ, то современная теорія требуетъ этого распространенія. Интересъ отвѣтчика, ради котораго установлены эти отводы, одинаково страдаетъ отъ недопустимости ихъ, будетъ ли дѣло начато или окончено въ туземномъ или иностранномъ судѣ. Но вопросъ о допустимости упомянутыхъ отводовъ ставится въ зависимость отъ тѣхъ началъ, по которымъ допускается исполненіе рѣшеній иностранныхъ судовъ. Понятно, если по какимъ-либо, конечно, основательнымъ, причинамъ данное государство не признаетъ исполнительной силы рѣшеній иностранныхъ судовъ, то допускать exc. litis pendentis и exc. rei judicatae значило бы впадать во внутреннее противорѣчіе. Но объ этомъ рѣчь впереди. Современная теорія,

сказали мы, требуетъ распространенія названныхъ отводовъ и на случаи, когда дѣло начато или окончено въ иностранномъ судѣ. Лучшіе представители науки процесса и международнаго права за таковое рѣшеніе вопроса. Нынѣ дѣйствующіе уставы этого вопроса не касаются, но судебная практика обходится и безъ прямого указанія закона, рѣшая его въ утвердительномъ смыслѣ; такъ французская и австрійская практика допускаютъ эти отводы, итальянская—колеблется, англійская ихъ не допускаетъ. У насъ вопросъ о допустимости exc. rei judicatae на основаніи рѣшенія иностраннаго суда уже былъ разрѣшенъ Сенатомъ въ утвердительномъ смыслѣ въ рѣшеніи (нераспубликованномъ) по дѣлу Піетра 17 марта 1875 г. Изъ международныхъ договоровъ вопроса этого касается лишь договоръ между Франціею и Швейцаріею 15 іюня 1869 г., гдѣ находимъ утвердительныя его разрѣшенія; договоръ этотъ признается наукою образцовымъ (Wach, Handb., стр. 247; Menger., н. с., стр. 165—168; Bar, Theorie u. Praxis II, стр. 546; Lammasch у Holtzendorff'a т. III, стр. 397—403; Мартенсъ, Соврем. межд. пр., изд. 3, т. II, стр. 365 и мн. др.).—Что касается третьяго отвода, указаннаго въ п. 2 ст. 571, exc. connexitatis causarum, то о допустимости его по отношенію къ иностраннымъ судамъ нѣтъ указаній ни въ практикѣ, ни въ законодательствахъ, ни въ международныхъ трактатахъ. И мы не рѣшаемся дать ему такое распространеніе; да и интересы, имъ охраняемые, какъ увидимъ ниже, не столь существенны, чтобы указывали на необходимость такого распространенія.

3) когда требованіе истца должно во всей цѣлости своей относиться къ другому отвѣтчику — при условіяхъ, указанныхъ въ ст. 574.

Первая часть этого пункта есть буквальное воспроизведеніе 3 п. 571 ст. Уст. гражд. суд., но сдѣланное къ нему добавленіе совершенно измѣняетъ характеръ даннаго отвода. Съ п. 3 ст. 571 Уст. гражд. суд. случился маленькій казусъ, какъ при введеніи его въ Уставъ, такъ и при практическомъ его примѣненіи. Составители Устава nominatio auctoris прямо отнесли къ числу матеріально-правовыхъ возраженій (изд. Госуд. Канц., стр. 285) и прямо заявляютъ, что это не отводъ, а между тѣмъ помѣстили его въ числѣ отводовъ. Редакціонная ли это ошибка или быть можетъ разсужденіе неправильно записанное — неизвѣстно. На практикѣ отводъ къ надлежащему отвѣтчику оказался неудобнымъ.

Сенатъ пришелъ къ необходимости признать его и отводомъ, когда онъ предъявленъ до истеченія срока для предъявленія отводовъ, и возраженіемъ, когда онъ предъявленъ послѣ того. Тутъ признана та же двойственность, какую мы видѣли относительно exc. rei judicatae въ старыхъ германскомъ и австрійскомъ процессахъ. Основаній для такой двойственности въ законѣ нѣтъ никакихъ. Уставъ признаетъ эту эксцепцію отводомъ, прямо такъ ее и называя, въ виду чего и не указываетъ на нее въ ст. 589, перечисляя однородныя съ нею эксцепціи. Непослѣдовательность практики находитъ себѣ объясненіе и оправданіе въ той своеобразной, если не сказать безобразной, постановкѣ, какая дана институту nominatio auctoris въ Уставѣ. Несомнѣнно, что редакторы Устава имѣли въ виду ввести у насъ nominatio auctoris, какъ общепринятый процессуальный институтъ, но совершенно не поняли его смысла и значенія; они, съ одной стороны, распространили кругъ его примѣненія на всѣ гражданскія отношенія, но, съ другой стороны, остановились на полдорогѣ; у нихъ получилось въ результатѣ возраженіе въ смыслѣ exc. deficientis legitimationis ad causam passivam, обращенная въ отводъ. Nominatio auctoris впервые введена Императоромъ Константиномъ (C. ubi in rem actio 3, 19) въ примѣненіи къ тѣмъ случаямъ, когда rei vindicatio предъявлена къ детентору чужого недвижимаго имущества; детенторъ могъ указать на своего ауктора, т.-е. на лицо, отъ имени котораго онъ владѣетъ; цѣль указанія была та, чтобы заставить auctor'a вступить въ процессъ и освободить детентора. Если auctor не вступалъ, то процессъ происходилъ между истцомъ и детенторомъ и истецъ вводился во владѣніе имѣніемъ ауктора. Значитъ, вся суть института заключалась въ томъ, чтобы дать отвѣтчику возможность не принимать процесса и поставить за себя надлежащаго отвѣтчика. Въ такомъ видѣ, съ нѣкоторыми лишь измѣненіями и дополненіями въ деталяхъ, nominatio auctoris перешла въ современныя законодательства. Такъ, по германскому уставу nominatio auctoris допускается въ искахъ противъ владѣльца чужого имущества какъ движимаго, такъ и недвижимаго, съ тѣмъ же значеніемъ, какъ и въ римскомъ правѣ. Указаніе на ауктора германскій уставъ, однако, не признаетъ отводомъ, но тѣмъ не менѣе допускаетъ его при условіяхъ и связываетъ съ послѣдствіями отводовъ: сдѣлано оно можетъ быть лишь до засѣданія по дѣлу и въ случаѣ вступленія ауктора влечетъ за собой освобожденіе детентора, не касаясь существа иска (§ 73). Въ сущности nomin. auctoris есть исправленіе ошибки, хотя и по иниціативѣ отвѣтчика и при содѣйствіи лица, которое является надлежащимъ

отвѣтчикомъ; если лицо, привлеченное къ отвѣту, не пожелаетъ исправить ошибку истца—что будетъ совершеннымъ исключеніемъ и мыслимо лишь при безграничномъ довѣріи ауктора къ детентору—то замѣна лицъ можетъ и не состояться. Хотя теоретически, строго говоря, германская точка зрѣнія совершенно правильна: отводомъ nominatio auctoris признана быть не можетъ, но какъ средство исправленія ошибки, какъ институтъ по условіямъ и послѣдствіямъ аналогичный съ отводами, можно допустить такую теоретическую неточность, никакихъ практическихъ неудобствъ за собой не влекущую. Новый австрійскій уставъ весьма остроумно вышелъ изъ затрудненія, созданнаго юридическою природою nominatio auctoris. Онъ, допуская примѣненіе ея не только къ детенціи движимаго и недвижимаго имущества, но и къ осуществленію сервитутовъ и другихъ вещныхъ правъ, раздѣляетъ ее на два института: указаніе на ауктора и заявленіе ауктора о вступленіи его въ процессъ вмѣсто отвѣтчика. О первомъ говорится особо (§ 22) въ отдѣлѣ объ участіи третьихъ лицъ, о второмъ—въ ряду отводовъ, и получается такимъ образомъ исходящій со стороны третьяго лица отводъ неподлежащаго отвѣтчика съ цѣлью вступленія на его мѣсто. По существу же опредѣленія австрійскаго устава мало чѣмъ отличаются отъ германскаго. Что касается нашего Устава, то онъ до такой степени расширилъ кругъ примѣненія nominatio auctoris, что она обратилась въ ограниченную срокомъ отводовъ exc. deficientis legitimationis ad causam passivam; такъ смотрѣли на нее редакторы Устава, такое же, хотя и условное, значеніе ей придалъ Сенатъ. Мы понимаемъ всю трудность положенія нашей практики въ этомъ вопросѣ; exc. legit. ad causam pass. имѣетъ важное практическое значеніе; не признавать ея практикъ не можетъ, а между тѣмъ въ 3 п. 571 ст. она отнесена къ отводамъ и уже во время разсмотрѣнія дѣла по существу предъявлена быть не можетъ. Отсюда и та двойственность воззрѣнія на нее Сената, о которой сказано выше. Причина практическихъ недоумѣній кроется очевидно въ недодѣланности института nominatio auctoris въ Уставѣ. Надо придать ему то значеніе, какое имѣлъ въ римскомъ правѣ и имѣетъ въ современныхъ уставахъ, значеніе средства исправленія ошибки истца, предъявившаго искъ не къ тому отвѣтчику, а exc. legit. ad causam passiv. оставить въ сторонѣ, давая ему тѣмъ возможность примѣняться и развиваться. Какъ средство исправленія ошибки in limine litis, nominatio auctor имѣетъ очень важное значеніе: имъ сокращается и ускоряется процессъ; нѣтъ надобности въ разсмотрѣніи дѣла по существу; судъ не

провѣряетъ заявленій отвѣтчика и ауктора; замѣна эта происходитъ по соглашенію лицъ заинтересованныхъ и лишь утверждается предсѣдателемъ.

Въ 571 ст. вполнѣ достаточно, сохранивъ въ первой половинѣ 3 п. прежнюю редакцію, сдѣлать лишь во второй половинѣ ссылку на правило, указывающее на значеніе этого отвода, какъ средства устраненія ненадлежащаго и введенія надлежащаго отвѣтчика; сдѣлать это можно въ такихъ выраженіяхъ: „при условіяхъ, указанныхъ въ ст. 574“. Этимъ устранится смѣшеніе этого отвода съ exc. defic. leg. ad caus. pass. Но, сохраняя прежнюю редакцію п. 3 ст. 571, мы расширяемъ кругъ примѣненія nominatio auctoris далеко за предѣлы не только римскаго и германскаго, но и австрійскаго процессовъ; распространяется она и на личные иски. Въ этомъ мы видимъ прогрессъ; пусть это будетъ оригинальностью нашего Устава. Случаевъ примѣненія ея къ личнымъ искамъ окажется не мало. Напр., цессіонарій предъявляетъ искъ къ должнику, и оказывается, что цедентъ, до передачи, предоставилъ должнику право перенести обязательство на другое лицо; должникъ указываетъ на это лицо, лицо вступаетъ въ отвѣтъ вмѣсто привлеченнаго должника. Могутъ сказать, что отъ этого пострадаетъ истецъ, ему подставятъ несостоятельное лицо. Это возраженіе падаетъ, ибо ниже мы увидимъ, что необходимо установить правило, по которому при nominatio auctoris, по примѣру римскаго права, истецъ имѣетъ право просить объ обезпеченіи иска имуществомъ выбывшаго отвѣтчика на случай признанія судомъ вновь вступившаго не подлежащимъ отвѣтственности; признать же это судъ, между прочимъ, можетъ и по настоянію истца, если тотъ противъ замѣны и докажетъ, въ приведенномъ примѣрѣ, что цедентъ не имѣлъ права разрѣшать передачу обязательства.

4) когда право на искъ по денежному требованію принадлежитъ другому лицу, — при условіяхъ, указанныхъ въ ст. 574.

Этотъ отводъ не есть случай облеченія въ процессуальное возраженіе exc. deficientis legitimationis ad causam activam—это особый случай, нормированный германскимъ уставомъ въ § 72, какъ видъ litis denunciatio. Состоитъ онъ, какъ показано будетъ ниже, въ томъ, что, при предъявленіи иска по денежному требованію, отвѣтчикъ, признавая искъ основательнымъ, указываетъ лишь на то, что искъ предъявленъ не тѣмъ лицомъ, которое имѣетъ это требованіе; если, по извѣщеніи, надлежащій истецъ

будетъ утверждать то же самое, то предсѣдатель, получивъ должную денежную сумму отъ отвѣтчика, освобождаетъ его отъ отвѣта, и процессъ происходитъ между обоими претендентами на эту сумму; тотъ, за кѣмъ будетъ признано право на послѣднюю, и получитъ ее. Въ практикѣ германскихъ судовъ § 72 нерѣдко примѣнялся, напр., по искамъ домохозяина къ квартиранту о наемной платѣ при продажѣ дома другому лицу; квартирантъ не знаетъ, за какую часть мѣсяца онъ долженъ прежнему хозяину, за какую — новому, и предоставляетъ рѣшеніе этого спорнаго между хозяевами вопроса суду; самъ онъ заинтересованъ лишь тѣмъ, чтобы его освободили отъ суда. Введеніе подобнаго отвода нельзя не признать желательнымъ, но помѣщать правило о немъ въ отдѣлѣ объ участіи третьяго лица едва-ли основательно; если nominatio auctoris съ цѣлью замѣны помѣщать въ числѣ отводовъ, то и упомянутый случай слѣдуетъ отнести къ отводамъ.

5) когда иностранецъ не представитъ, соотвѣтственно правиламъ, соблюдаемымъ въ отношеніи къ русскимъ подданнымъ въ томъ государствѣ, подданнымъ коего онъ состоитъ, обезпеченія издержекъ по дѣлу и тѣхъ убытковъ, которые можетъ понести отвѣтчикъ, развѣ бы истецъ принадлежалъ къ подданнымъ такого государства, въ которомъ по закону или на основаніи заключенныхъ съ Россіею трактатовъ или конвенцій русскіе подданные освобождены отъ представленія означеннаго обезпеченія.

Настоящее правило отличается отъ 5 п. 571 ст. Уст. тѣмъ, что 1) въ текстъ его внесено 2 примѣч. по Высочайше утвержденному мнѣнію Государственнаго Совѣта 11 марта 1896 г. и 2) вычеркнуты слова „не состоящій на русской службѣ и не владѣющій въ Россіи недвижимымъ имѣніемъ“ и замѣнены „соотвѣтственно правиламъ, соблюдаемымъ въ отношеніи къ русскимъ подданнымъ въ томъ государствѣ, подданнымъ коего онъ состоитъ“.

О первомъ измѣненіи нечего говорить: законъ 11 марта 1896 г. не вноситъ ничего спеціальнаго, исключительнаго, заставляющаго вынести его изъ текста статьи и помѣстить въ примѣчаніи. Второе измѣненіе вызвано желаніемъ, чтобы 5 п. 571 ст. была достигнута возможно полная и справедливая реторсія. Одно изъ двухъ: или правило о представленіи иностранцами обезпеченія нужно, или не нужно; разъ оно нужно, хотя-бы въ видахъ

того, что русскіе подданные терпятъ это ограниченіе за границей, то необходимо въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ поставить иностранца въ совершенно такое же стѣсненное положеніе, въ какомъ находятся русскіе подданные въ его родинѣ. Въ видахъ достиженія возможно полной реторсіи и былъ изданъ законъ 11 марта 1896 г.; до его изданія реторсія была настолько слаба, что, напр., отъ иностранца требовалось обезпеченіе несмотря на то, что отъ русскихъ въ его родинѣ обезпеченія не требовалось. Нынѣ это устранено. Но остается сдѣлать еще шагъ по этому пути и довести реторсію до надлежащей полноты. Условія представленія иностранцами обезпеченія очень разнообразны въ различныхъ государствахъ, и, слѣдовательно, русскіе подданные въ однихъ государствахъ терпятъ большія стѣсненія, а въ другихъ — меньшія, а между тѣмъ всѣ иностранцы, безъ различія національности, терпятъ у насъ одинаковыя стѣсненія. Напр., русскій подданный, хотя-бы онъ и владѣлъ въ Бельгіи недвижимою собственностью, долженъ представить обезпеченіе, а бельгійскій подданный у насъ при этомъ условіи свободенъ отъ обезпеченія; русскій подданный въ Австріи долженъ обезпечить только взысканіе судебныхъ издержекъ, а австрійскій подданный въ Россіи долженъ кромѣ того обезпечить и убытки и т. д. Можно ли при такомъ разнообразіи условій обезпеченія говорить о полнотѣ реторсіи — этого единственнаго основанія института обезпеченія иностранцемъ издержекъ... Всего цѣлесообразнѣе разрѣшить вопросъ объ условіяхъ представленія иностранцемъ обезпеченія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ сообразно тому, при какихъ условіяхъ русскіе подданные должны представить обезпеченіе въ томъ государствѣ, подданнымъ котораго состоитъ истецъ-иностранецъ. Напр., если признавать, что германскіе подданные и по сейчасъ должны у насъ, а мы въ Германіи, представлять обезпеченіе, то при предъявленіи германскимъ подданнымъ къ русскому встрѣчнаго иска обезпеченіе не можетъ быть потребовано, потому что русскіе подданные при предъявленіи этого иска свободны отъ представленія обезпеченія. Въ виду такой постановки вопроса, конечно, нѣтъ надобности указывать въ законѣ на условія представленія обезпеченія, но, съ другой стороны, необходимо, какъ показано будетъ ниже, принять извѣстныя мѣры къ тому, чтобы облегчить суду рѣшеніе вопроса объ условіяхъ обезпеченія въ иностранныхъ государствахъ.

Указанными пятью отводами и слѣдуетъ ограничиться. Если обратимся къ Уставу, то увидимъ, что тамъ въ 4 п. 571 ст. имѣется еще отводъ, нами не приведенный, а именно, „когда

искъ предъявленъ лицомъ, не имѣющимъ права искать и отвѣчать на судѣ". Не упомянули мы о немъ, прежде всего, потому, что это не отводъ, въ смыслѣ процессуальнаго возраженія, а заявленіе суду о томъ, чтобы онъ возбудилъ вопросъ, возбужденіе коего лежитъ на его обязанности; право отвода есть право, исключительно принадлежащее отвѣтчику, между тѣмъ такъ-называемый отводъ по недѣеспособности тяжущагося есть право отвѣтчика субсидіарное, которое можетъ быть осуществлено лишь въ случаѣ неисполненія судомъ своей обязанности. Трехъ характерныхъ чертъ отводовъ въ этомъ случаѣ нѣтъ, а именно: а) тутъ осуществленіе права отвѣтчика не находится въ зависимости отъ его произвола—разъ онъ заявилъ о недѣеспособности истца, онъ взять свое заявленіе обратно не можетъ; б) тутъ осуществленіе права отвѣтчика никакимъ срокомъ ограничено быть не можетъ—когда бы отвѣтчикъ ни указалъ на недѣеспособность истца, судъ обязанъ принять это указаніе къ свѣдѣнію, и в) тутъ судъ не стѣсненъ въ области доказательства; если отвѣтчикъ не можетъ доказать недѣеспособности истца, а судъ самъ располагаетъ извѣстными данными, доказывающими ее, то на нихъ онъ и основывается. Составители нашего Устава недостáточно выяснили себѣ это различіе (на это еще указалъ Менгеръ въ своемъ System, S. 285 Anm. 36) и внесли ужасную путаницу въ весь вопросъ объ отводахъ. Такъ, такъ-называемый отводъ по недѣеспособности тяжущагося они включили въ ст. 571, а однородный съ нимъ отводъ по неправоспособности повѣреннаго не включили, а говорятъ о немъ въ ст. 576; та же непослѣдовательность обнаружена и относительно отводовъ о подсудности по роду дѣлъ и по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества: они внесены не въ 571 и не въ 576, а въ 584 статью. Въ виду сказаннаго, заявленію о недѣеспособности тяжущагося не мѣсто среди отводовъ—ниже мы отведемъ ему мѣсто, болѣе подобающее.

572. Отводы должны быть предъявлены не позже, какъ въ предварительномъ засѣданіи по дѣлу.

Это правило не требуетъ поясненій. Срочность отводовъ вызывается самымъ ихъ существомъ. Срокъ предъявленія ихъ долженъ быть пріуроченъ къ тому засѣданію, въ которомъ они должны быть разсмотрѣны. Предварительное засѣданіе по дѣлу передъ предсѣдателемъ потеряетъ всякій смыслъ, если допустить возможность предъявленія отводовъ и послѣ его окончанія, т.-е. иначе, во всякомъ положеніи дѣла. Изъятій изъ этого правила никакихъ

быть не можетъ. Иначе смотритъ на это проектъ французскаго устава 1894 г., допускающій предъявленіе exc. litis pendentis и exc. connexitatis causarum во всякомъ положеніи дѣла (§ 5). Разумныхъ основаній для такого изъятія не имѣется. Конечно, никто не станетъ спорить, что нежелательно разсмотрѣніе тождественныхъ или тѣсно между собою связанныхъ споровъ различными судами. Но, спрашивается, когда можетъ наступить такой нежелательный фактъ? Когда отвѣтчикъ не воспользуется соотвѣтствующими отводами. Но, спрашивается далѣе, почему онъ не пользуется этими отводами? Конечно, только по двумъ причинамъ: или потому, что зналъ о возможности предъявленія этихъ отводовъ, но не желалъ ими воспользоваться, или не зналъ объ этой возможности. О первомъ случаѣ нечего говорить—это его дѣло, что же касается второго, то на этотъ конецъ должно быть установлено правило, признанное и 1 п. 576 ст. Устава, въ силу котораго отвѣтчикъ, удостовѣривъ свое незнаніе, можетъ воспользоваться отводомъ и по пропущеніи срока. Подобно французскому проекту вопросъ о срочности отводовъ разрѣшенъ и новымъ австрійскимъ уставомъ; exc. litis pendentis и exc. rei judicatae, по смыслу устава, могутъ быть предъявлены во всякое время: хотя уставъ такого правила прямо не выставляетъ, но это выводъ изъ того, что уставъ предписываетъ суду возбуждать ex officio вопросы о томъ, что дѣло находится на разсмотрѣніи другого суда или окончено судебнымъ рѣшеніемъ (§ 240). Объ этомъ вопросѣ мы поговоримъ ниже, пока же замѣтимъ, что эти „безсрочные отводы“ внесены въ уставъ не составителемъ его проф. Клейномъ, а при дальнѣйшемъ законодательномъ обсужденіи его проекта.

573. Отводы могутъ быть предъявлены и во всякомъ положеніи дѣла, когда отвѣтчикъ удостовѣритъ передъ судомъ, что онъ до истеченія срока, означеннаго въ предшедшей (572) статьѣ, не зналъ о существованіи обстоятельства, дающаго основаніе отводу.

Правило это выражаетъ собою принципъ, принятый Уставомъ въ п. 1 ст. 576 и отличается отъ послѣдняго слѣдующими чертами: 1) правило п. 1 ст. 576 допускаетъ предъявленіе во всякомъ положеніи дѣла лишь exc. litis pendentis, а по мнѣнію нѣкоторыхъ и exc. connexitatis causarum. Не видимъ рѣшительно никакихъ основаній не допускать того же и относительно другихъ отводовъ; напр., вѣдь отвѣтчикъ могъ не знать, что его

юридическій предшественникъ (наслѣдодатель) заключилъ пророгаціонный договоръ съ истцомъ; онъ могъ не знать, что уже состоялось по дѣлу рѣшеніе и т. д. И германскій уставъ (§ 247) выставляетъ общее правило касательно всѣхъ отводовъ. 2) Слова п. 1 ст. 576 „не было извѣстно отвѣтчику при вступленіи въ отвѣтъ“ замѣнены словами „отвѣтчикъ удостовѣритъ передъ судомъ, что до истеченія срока—не зналъ о существованіи“ и т. д. Словами „удостовѣритъ передъ судомъ“ желательно было устранить мысль о томъ, что отвѣтчикъ долженъ представить доказательства, въ Уставѣ означенныя, въ подтвержденіе фактовъ, изъ коихъ судъ могъ бы сдѣлать выводъ о „незнаніи“ отвѣтчика; въ предотвращеніе этого германскій уставъ употребляетъ слова „glaubhaft machen“, т.-е. удостовѣрить рядомъ болѣе или менѣе (это дѣло суда) вѣроятныхъ соображеній и доводовъ. Затѣмъ, слова „не зналъ о существованіи“ и т. д. заслуживаютъ предпочтенія передъ редакціею германскаго устава, который въ этомъ случаѣ говоритъ, что отвѣтчикъ „не былъ въ состояніи“ своевременно предъявить отводъ. Эта редакція неудовлетворительна потому, что слишкомъ облегчаетъ запоздалое предъявленіе отводовъ; болѣзнь, распутица, служебныя обязанности и прочее — все это можетъ служить оправданіемъ несвоевременному предъявленію отводовъ; а въ то же время эти обстоятельства, хотя-бы ихъ на самомъ дѣлѣ вовсе не было, весьма легко удостовѣрить.

Мы сказали выше, что проектируемая 573 ст. соотвѣтствуетъ п. 1 ст. 576 Устава, что же касается остальныхъ пунктовъ этой статьи, то они никакого отношенія къ отводамъ не имѣютъ; это тѣ случаи напоминанія суду о его обязанностяхъ, о которыхъ мы говорили выше. Не повторяя сказаннаго на стр. 328, мы, по соображеніямъ, тамъ изложеннымъ, не можемъ эти quasi-отводы помѣстить въ ст. 573, а отведемъ имъ другое мѣсто—а именно въ ст. 586.

574. При предъявленіи отводовъ, означенныхъ въ п. 1 ст. 571, отвѣтчикъ долженъ указать тотъ судъ, коему дѣло подсудно; въ случаѣ перевода дѣла въ этотъ судъ, отвѣтчикъ теряетъ право вновь предъявить отводъ о подсудности.

Первая половина этой статьи есть воспроизведеніе положенія, установленнаго кассаціонною практикою, какъ выводъ изъ существа отвода о подсудности (рѣш. 1884 г. № 57, 1882 г. № 43); въ примѣненіи къ отводу, означенному во второй части п. 1 ст. 571, положеніе это выражено въ ст. 211 Устава. Что же

касается второй части статьи, то она направлена на устраненіе злоупотребленій отвѣтчиками правомъ отвода о подсудности. Вотъ что̀ говоритъ Корнфельдъ въ упомянутомъ сочиненіи на стр. 125: „нѣтъ ничего несправедливѣе и безобразнѣе того часто встрѣчающагося явленія, когда отвѣтчикъ, послѣ того, какъ ему удалось добиться уваженія отвода о подсудности, снова предъявляетъ этотъ отводъ, во второмъ судѣ, приводя противоположныя прежнимъ основанія“.

575. Отводы по тождеству съ дѣломъ, производящимся въ иностранномъ судѣ или оконченномъ тамъ судебнымъ рѣшеніемъ, вступившимъ въ законную силу, могутъ быть предъявлены при тѣхъ условіяхъ, при которыхъ допускается исполненіе судебныхъ рѣшеній иностранныхъ государствъ.

Если, съ одной стороны, желательно допустить exc. litis pendentis и rei judicatae по отношенію къ иностраннымъ судамъ, то, съ другой, нежелательна допустимость ихъ въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не признаетъ исполнительной силы рѣшеній иностранныхъ судовъ; допускать одно и не допускать другого—значитъ впасть въ самопротиворѣчіе. Идея общности интересовъ культурныхъ государствъ въ области правосудія заставляетъ одно государство признавать юридическую силу судебныхъ актовъ, совершенныхъ въ другомъ государствѣ; предъявленіе иска и вступленіе въ силу судебнаго рѣшенія, совершившіяся въ одномъ государствѣ, должны имѣть значеніе въ другомъ; исполнительной силѣ рѣшенія сопутствуетъ исключительная его сила, т.-е. исключеніе новаго спора, а самый фактъ существованія рѣшенія обусловленъ предъявленіемъ иска. Если государство станетъ признавать исполнительную силу рѣшенія и отрицать возможность предъявленія exc. litis pendentis и exc. rei judicatae, то оно тѣмъ самымъ создастъ для отвѣтчика невозможное положеніе: допуститъ исполненіе двухъ рѣшеній по тому же дѣлу. И наоборотъ, не допуская исполненія рѣшенія и допуская названныя эксцепціи, законъ дастъ истцу возможность добиться рѣшенія иностраннаго суда и охранить его силу, но для чего? — для того, чтобы закрыть истцу возможность исполненія его. Независимо отъ этой внутренней необходимости однообразнаго рѣшенія законовъ всѣхъ трехъ вопросовъ, реторсія тоже должна играть извѣстную роль; если она примѣняется къ вопросу объ исполнительной силѣ рѣшенія, то нѣтъ основанія не приводить ее въ другихъ случаяхъ, т.-е. относительно exc. litis pendentis и exc. rei judicatae. Мен-

геръ (н. с. стр. 165—168), вполнѣ раздѣляя мнѣніе о необходимости поставить вопросъ объ exc. rei judic. въ зависимость отъ вопроса объ исполнительной силѣ рѣшенія, отрицаетъ эту зависимость по отношенію къ exc. litis pendentis. Будутъ ли рѣшенія иностраннаго суда обладать исполнительной силой, или нѣтъ — это совершенно безразлично для такого отвѣтчика, говоритъ Менгеръ, который желаетъ, чтобы было постановлено рѣшеніе, дабы исполнить его добровольно, помимо суда. Конечно, отъ отвѣтчика зависитъ предъявлять или не предъявлять exc. litis pendentis, исполнять ли рѣшенія добровольно или нѣтъ, но вопросъ вовсе не въ этомъ. Не говоря уже о томъ, что трудно себѣ представить такого отвѣтчика, который, зная, что противъ него предъявленъ искъ за границею, воздержался бы отъ exc. litis pendentis и, допустивъ постановленіе рѣшенія, добровольно бы его исполнилъ—вопросъ въ данномъ случаѣ въ томъ, дозволить ли отвѣтчику, желающему воспользоваться exc. litis pendentis, предъявить эту эксцепцію въ государствѣ, которое игнорируетъ иностранныя рѣшенія; объ отвѣтчикѣ, не желающемъ воспользоваться ею, нечего говорить—предъявленіе отвода есть его право.

576. При предъявленіи отводовъ, означенныхъ въ п.п. 3 и 4 ст. 571, отвѣтчикъ долженъ указать мѣсто жительства лица, подлежащаго вызову, и просить судъ о предложеніи этому лицу вступить, въ случаѣ, означенномъ въ п. 3, на мѣсто отвѣтчика, а въ случаѣ, означенномъ въ п. 4, — въ споръ съ истцомъ о правѣ на денежную сумму, требуемую имъ отъ отвѣтчика; въ послѣднемъ случаѣ отвѣтчикъ долженъ при прошеніи представить въ судъ означенную денежную сумму.

Выше уже было указано на необходимость правильной постановки nominatio auctoris и на цѣлесообразность внесенія въ Уставъ § 72 герм. уст. Разъ отвѣтчикъ находитъ, что не онъ отвѣчаетъ по иску, а другое лицо, или что искъ о данной денежной суммѣ предъявленъ не тѣмъ лицомъ, которое имѣетъ право на нее и указываетъ на надлежащаго отвѣтчика или истца, онъ естественно долженъ указать и мѣсто жительства вызываемаго, дабы самый вызовъ былъ возможенъ. Но этого мало, онъ долженъ просить судъ, чтобы тотъ указалъ вызываемому на цѣль самаго вызова— это понятно само собою. Существо института, установленнаго ст. 72 герм. уст., требуетъ и представленія отвѣтчикомъ въ судъ

спорной денежной суммы; безъ этого, конечно, невозможно его освобожденіе и производство дѣла между двумя претендентами на эту сумму; безъ этого не было бы достаточно твердой почвы для спора между этими лицами; самый споръ получилъ бы лишь преюдиціальное значеніе для новаго процесса между лицомъ, за коимъ признано право на данную сумму, и отвѣтчикомъ; это вовсе не желательно — этимъ не ускорится, а лишь замедлится процессъ. Если, скажемъ, отвѣтчикъ требуемой суммы не представитъ, то, конечно, его нельзя освободить отъ иска, и онъ сохраняетъ за собою лишь право предъявить противъ истца матеріально-правовое возраженіе, exc. deficientis legitimationis ad causam activam.

577. По полученіи прошенія объ отводахъ, означенныхъ въ п. п. 3 и 4 ст. 571, предсѣдатель немедленно дѣлаетъ распоряженіе о сообщеніи копіи прошенія указанному въ немъ лицу и о вызовѣ его въ предварительное засѣданіе по дѣлу. Если прошеніе подано во время предварительнаго засѣданія или менѣе чѣмъ за семь дней до засѣданія, то предсѣдатель отлагаетъ послѣднее на срокъ не свыше семи дней.

Первая половина этой статьи выражаетъ вполнѣ естественное послѣдствіе подачи просьбы объ этихъ отводахъ — просьба подана, надо ознакомить съ нею указанное въ ней лицо и вызвать его къ предсѣдателю. Вторая половина статьи объясняется именно тѣмъ, что отводы п.п. 3 и 4 ст. 571 такого свойства, что требуютъ ряда предварительныхъ распоряженій, поглощающихъ не мало времени, а потому, естественно, предъявленіе ихъ, хотя по закону и своевременное, но позднее для того, чтобы сдѣлать предварительныя распоряженія, должно влечь за собою отсрочку засѣданія.

578. Отвѣтчикъ можетъ во всякомъ положеніи дѣла предъявить возраженіе о томъ, что самое право на искъ вовсе не принадлежитъ тому лицу, которое ищетъ, что искъ долженъ во всей цѣлости своей относиться къ другому отвѣтчику и что право на искъ погашено исполненіемъ обязательства, мировою сдѣлкою по тому же предмету или истеченіемъ земской давности.

Въ мотивахъ къ Уставу (изд. Гос. Канц.) мы не находимъ никакихъ указаній на соображенія, заставившія составителей Уставовъ внести въ него ст. 589. Статья эта, очевидно, явилась результатомъ борьбы, закончившейся торжествомъ того мнѣнія, что перечисленныя въ ней заявленія отвѣтчика суть матеріально-правовыя возраженія, которыя и не должны быть разрѣшены частнымъ порядкомъ. Редакція статьи очень своеобразная—чисто отрицательная: „отвѣтчикъ не имѣетъ права требовать“ и т. д. Мало ли чего онъ не имѣетъ права требовать—не перечислять же все это въ законѣ... Не упоминать въ Уставѣ вовсе этихъ возраженій составители не считаютъ удобнымъ и при включеніи ст. 589 имѣли въ виду, съ одной стороны, рѣшительно заявить, что это не отводы, а съ другой стороны, намекнуть на то, что судъ, если признаетъ удобнымъ, можетъ разсмотрѣть эти возраженія отдѣльно отъ существа дѣла; такъ что до нѣкоторой степени постороннія соображенія заставили внести ст. 589. И мы, внося проектируемое правило, тоже имѣли въ виду соображеніе, не непосредственно касающееся этихъ возраженій. Мы хотѣли лишь выразить ту мысль, что возраженія эти могутъ быть заявлены и in limine litis и разсмотрѣны предсѣдателемъ въ предварительномъ засѣданіи; чрезвычайно желательно разсмотрѣніе ихъ въ этой стадіи процесса, но сдѣлать это обязательнымъ нельзя—вѣдь это не отводы; нельзя закрывать отвѣтчику, безъ основательной причины, возможность предъявленія ихъ и въ послѣдующихъ стадіяхъ процесса. Что отдѣльное ихъ разсмотрѣніе иногда, по крайней мѣрѣ, полезно, очевидно, признавалось и составителями Уставовъ, какъ видно изъ упомянутаго выше намека, но при той конструкціи, какую они дали частнымъ производствамъ объ отводахъ, они поступили послѣдовательно, что отняли у отвѣтчика возможность настаивать на отдѣльномъ разсмотрѣніи возраженій; при проектируемой же конструкціи частныхъ производствъ нѣтъ основанія отнимать у отвѣтчика эту возможность. Всѣ означенныя въ статьѣ возраженія суть тѣ exceptiones liquidae общегерманскаго процесса, которыя разсматриваются in limine litis, и намъ представляется весьма цѣлесообразнымъ допустить предъявленіе и разсмотрѣніе ихъ предсѣдателемъ въ предварительномъ засѣданіи: масса процессовъ не дойдетъ до разсмотрѣнія судебной коллегіи и закончится въ первой стадіи. Могутъ возразить, что предъявленіемъ этихъ возраженій процессъ можетъ быть осложненъ именно въ первой стадіи и что часто предсѣдатель затруднится въ разрѣшеніи дѣла. Противъ этого замѣчу, что если дѣло только осложнится, то по правиламъ, которыя должны быть установлены

относительно предварительнаго засѣданія, слѣдуетъ предоставить предсѣдателю право отсрочить засѣданіе, дать сторонамъ возможность подготовиться къ дѣлу и выяснить его передъ предсѣдателемъ; если же предсѣдатель встрѣтитъ затрудненія въ разрѣшеніи дѣла, то по правилу, о которомъ рѣчь впереди, онъ можетъ перенести дѣло въ судъ. Что касается отдѣльныхъ возраженій, въ проектируемой статьѣ перечисленныхъ, то, сравнивая эту статью со ст. 589, мы видимъ въ ней неупоминаніе объ exc. rei judicatae,—что̀ объясняется причисленіемъ ея къ отводамъ,—и отнесеніе къ числу возраженій заявленія о томъ, что искъ относится къ другому отвѣтчику; нечего и говорить, что это есть exc. defic. legit. ad caus. passivam, по существу возраженіе матеріально-правовое. Ожидаю возраженія, что первыя двѣ эксцепціи, указанныя въ ст. 578, тождественны по названію съ отводами, означенными въ п.п. 3 и 4 ст. 571. Это едва-ли устранимый редакціонный недостатокъ. Отводы п.п. 3 и 4 ст. 571 суть тоже по существу возраженія, въ смыслѣ exc. defic. legitim. ad causam activam и passivam, но, если можно такъ выразиться, недоразвитыя до выполненія своей матеріально-правовой функціи (отказа въ искѣ), а обрывающіяся на процессуальной почвѣ въ одномъ случаѣ замѣною отвѣтчика другимъ лицомъ, въ другомъ—измѣненіемъ самого спора, при чемъ и въ томъ, и въ другомъ случаѣ отвѣтчикъ освобождается, но никому въ искѣ не отказываютъ. Если бы удалось придумать различныя наименованія для упомянутыхъ возраженій и отводовъ, то мы были бы этому очень рады, но пока этого не сдѣлано, мы должны мириться съ такою тождественною редакціею и довольствоваться въ п.п. 3 и 4 ст. 571 ссылкою на статьи, поясняющія ихъ смыслъ.

579. Предсѣдатель, усмотрѣвъ изъ обстоятельствъ дѣла наличность основаній для предъявленія отводовъ по тождеству иска съ дѣломъ, производящимся въ томъ же или въ другомъ судѣ или окончившимся судебнымъ рѣшеніемъ (п. 2 ст. 571), а также возраженій, означенныхъ въ ст. 578, обязанъ спросить отвѣтчика: извѣстны ли ему послѣдствія непредъявленія даннаго отвода или возраженія. Если засимъ отвѣтчикъ не предъявитъ упомянутыхъ отводовъ или возраженій, то онъ почитается навсегда отказавшимся отъ нихъ.

Повидимому, это правило рѣшительно противорѣчитъ состязательному началу. Крайніе сторонники этого начала видятъ на-

рушеніе его тамъ, гдѣ этого вовсе нѣтъ, и даже въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ прямо содѣйствуетъ проявленію личной автономіи тяжущихся и предлагаетъ тяжущимся совершать данное дѣйствіе, оставляя вполнѣ на ихъ усмотрѣніе совершеніе или несовершеніе его. Такъ, сюда относятъ извѣстныя provocationes римскаго права и наши вызовы кредиторовъ при объявленіи должника несостоятельнымъ, вызовы, имѣющіе значеніе приглашеній предъявить свои иски (Уст. суд. торг. ст. 506, 509), или заявленія суда, что представленныя тяжущимися доказательства недостаточны, заявленія, имѣющія значеніе предложенія сослаться на новыя доказательства (ст. 368) и т. д. Наука уже давно не видитъ въ этихъ случахъ нарушенія состязательнаго начала, такъ какъ самоопредѣленіе тяжущихся тутъ вовсе не поражается; лицу говорятъ: сдѣлай то-то, если желаешь,—не желаешь, не дѣлай,—дѣло твое. Если для сохраненія въ неприкосновенности состязательнаго начала только необходимо, чтобы не поражалось самоопредѣленіе тяжущихся и не допускалось ничего такого со стороны суда, что̀ было бы противно ихъ желаніямъ и интересамъ, то, конечно, и приведенные случаи не могутъ почитаться нарушеніями этого начала. Но въ состязательномъ началѣ есть и другая сторона: оно исключаетъ, по самому существу, поучающую, опекунствующую роль суда,—судья не долженъ становиться въ положеніе адвоката. Тутъ, конечно, чувство мѣры, такта должно подсказать законодателю, что̀ является выраженіемъ опекунской, адвокатской и т. п. роли судьи, что́ — выраженіемъ содѣйствія наилучшему проявленію своей личной автономіи. При извѣстной натяжкѣ и приглашеніе кредиторовъ къ предъявленію исковъ, и приглашеніе тяжущихся къ предъявленію новыхъ доказательствъ и т. д. могутъ быть признаны проявленіемъ опекунства и т. п., но на самомъ дѣлѣ въ этомъ заключается лишь исходящее отъ суда указаніе на открывшійся поводъ для проявленія личной автономіи—судъ далекъ отъ того, чтобы поучать, опекать и т. п. Если въ упомянутыхъ случаяхъ мы не видимъ нарушенія состязательнаго начала, то такового нельзя признать и въ случаяхъ, на которые мы хотимъ обратить особенное вниманіе,—это случаи, когда судъ путемъ вопросовъ желаетъ убѣдиться въ томъ, дѣйствительно ли тяжущійся сознаетъ и понимаетъ послѣдствія неосуществленія такого процессуальнаго права, которое всякій благоразумный человѣкъ непремѣнно осуществилъ бы. Въ этомъ предложеніи вопросовъ сказывается не отрицаніе, а полное признаніе личности: законъ предписываетъ судьѣ убѣдиться, дѣйствительно ли тяжущійся дѣйствуетъ сознательно,

дѣйствительно ли бездѣйствіе его есть результатъ самоопредѣленія. Исходитъ законъ изъ того, что каждый тяжущійся дѣйствуетъ какъ человѣкъ благоразумный, а потому если, благодаря своему бездѣйствію, тяжущійся обнаруживаетъ совершенно ненормальное отношеніе къ своему дѣлу, проявляетъ неблагоразуміе, то вполнѣ естественно предписать судьѣ устранить возникшее недоумѣніе, убѣдиться въ степени сознательности дѣйствія лица. Если судья видитъ передъ собой человѣка бездѣйствующаго и навлекающаго на себя тѣмъ самымъ незаслуженную бѣду — тѣмъ болѣе, когда дѣйствіе, могущее устранить бѣду, быть можетъ, заключается въ произнесеніи двухъ-трехъ словъ,—то нельзя отнять у него права выяснить себѣ вопросъ, понимаетъ ли этотъ человѣкъ то, что онъ творитъ. Въ подобныхъ вопросахъ надо отбросить всякія теоретическія тонкости и стать на чисто жизненную почву. Въ правѣ ли государство ставить судью-человѣка, этого хранителя и носителя идеи правды, въ ложное, психически невозможное положеніе: видѣть совершенно ненормальную дѣятельность тяжущагося и молчать, не имѣть даже права просить объясненій. Судья видитъ, что истецъ стремится произвести двойное взысканіе или добиться присужденія ранѣе отсужденнаго; отвѣтчику стоитъ сказать слово, и планы истца будутъ разрушены, а между тѣмъ словъ этихъ онъ не говоритъ. Не можетъ же судья, видя, какъ этотъ феноменъ-отвѣтчикъ готовится ринуться въ пропасть, не спросить его, дѣйствительно ли онъ желаетъ совершить это путешествіе. Предъявленіе exc. rei judicatae, exc. litis pendentis, возраженія о прекращеніи права давностью, исполненіемъ и т. п.— все это, конечно, случаи проявленія воли отвѣтчика, воли разумной, но у отвѣтчика могутъ быть свои соображенія, по которымъ онъ этихъ возраженій не предъявляетъ; никто у него этой самостоятельности отнимать не въ правѣ, никто не долженъ, съ этой стороны, посягать на его личность. Но изъ его молчанія выводить предположеніе о нежеланіи воспользоваться своимъ правомъ—нельзя; предположеніе есть вѣроятное заключеніе, а жизненный опытъ указываетъ на то, что въ этихъ случаяхъ молчаніе, въ смыслѣ нежеланія воспользоваться своимъ правомъ, представляется явленіемъ невѣроятнымъ, въ виду его совершенной исключительности: трудно найти человѣка, который желалъ бы подвергнуться двойному взысканію, уплатить несуществующій долгъ и т. п. Ужъ если говорить о предположеніяхъ, то, конечно, болѣе вѣроятнымъ заключеніемъ будетъ то, что молчитъ отвѣтчикъ потому, что не знаетъ, что ему слѣдуетъ говорить. Но судья въ этомъ случаѣ долженъ оставить въ сторонѣ всякія

предположенія — онъ долженъ убѣдиться въ томъ, молчитъ ли отвѣтчикъ потому, что желаетъ молчать, или потому, что не знаетъ, что̀ говорить. Въ этихъ видахъ, намъ представляется цѣлесообразнымъ установить правило: если судья найдетъ въ дѣлѣ основанія для предъявленія отводовъ и возраженій, а отвѣтчикъ ихъ не предъявляетъ, то надлежитъ спросить такого отвѣтчика: извѣстны ли ему послѣдствія непредъявленія даннаго отвода или возраженія. Именно въ такой, а не въ иной редакціи долженъ быть предложенъ вопросъ. Если сказать: „судья возбуждаетъ вопросъ“ или „судья напоминаетъ отвѣтчику“, то, не говоря уже о томъ, что первое звучитъ какъ-то несогласно съ состязательнымъ началомъ, а второе—какъ-то поучительно,—такая формулировка слишкомъ обща и неопредѣленна; каждый судья предложитъ вопросъ по-своему и при неумѣлости можетъ поставить истца, быть можетъ ничего дурного не замышлявшаго, въ крайне неудобное и тягостное положеніе на судѣ. Формулировка должна быть такая, чтобы изъ нея видно было, что судья не столько интересуется самимъ отводомъ или возраженіемъ (какъ это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда въ интересахъ правосудія онъ долженъ возбудить, напр., вопросъ о нарушеніи подсудности по роду дѣлъ), сколько отвѣтчикомъ, создавшимъ своимъ молчаніемъ ненормальное явленіе, требующее разъясненія. Если формулировать статью такъ, чтобы изъ нея видно было ближайшимъ образомъ, что судью занимаетъ самый отводъ, сказавъ, что судья „возбуждаетъ, напоминаетъ“, или, какъ сказано въ новомъ австрійскомъ уставѣ, принимаетъ въ соображеніе по собственному почину (§ 240), — то это приведетъ къ извращенію отводовъ, въ смыслѣ заявленій ограниченныхъ срокомъ; безсрочный отводъ — это язва, способная заразить и парализовать весь организмъ процесса. Если разъ возложить на судъ обязанность ex officio возбуждать отводы, то срочность ихъ потеряетъ всякій смыслъ, ибо пропускъ тяжущимся срока не даетъ суду права игнорировать запоздалое заявленіе: онъ долженъ вѣдь ex officio возбудить вопросъ и отъ кого бы, и когда бы онъ ни узналъ о наличности данныхъ для возбужденія вопроса, онъ долженъ исполнить свою обязанность. Мало того, при такой формулировкѣ „невозбужденіе“ судомъ отвода, „ненапоминаніе“ объ этомъ и т. п. могутъ служить отвѣтчику основаніемъ для обжалованія рѣшенія, ибо судъ не исполнилъ своей оффиціальной обязанности въ области отводовъ и возраженій; при предлагаемой же формулировкѣ, въ случаѣ непредложенія отвѣтчику вопроса: „извѣстны ли ему послѣдствія“ и т. д., едва-ли рѣшеніе можетъ быть при-

знано неправильнымъ; хотя судъ и не исполнилъ своей обязанности, но этому не можетъ быть придано особеннаго значенія, если отвѣтчикъ самъ защищался, не говоря уже о томъ, когда интересы его защищалъ присяжный повѣренный; непредъявленіе послѣднимъ отвода или возраженія судъ можетъ себѣ объяснить не невѣдѣніемъ, а нежеланіемъ отвѣтчика, которому повѣренный, конечно, указалъ на возможность предъявленія отвода и на возможность воспользоваться своимъ правомъ. Примѣненіе проектируемаго правила, однако, желательно ограничить тѣми случаями, когда непредъявленіе отвода влечетъ за собою серьезныя невыгоды для отвѣтчика; о возраженіяхъ, означенныхъ въ ст. 578, я не говорю, потому что непредъявленіе ихъ всегда влечетъ серьезныя послѣдствія. Къ отводамъ, на которые не распространяется это правило, мы относимъ означенные въ п.п. 1, 3, 5 и второй половинѣ 2; вопросъ о томъ, судиться ли въ томъ или въ другомъ окружномъ судѣ, выбыть ли изъ процесса въ началѣ его или быть потомъ освобожденнымъ отъ отвѣта по иску, добиться ли обезпеченія издержекъ имуществомъ иностранца, настаивать ли на разсмотрѣніи иска отдѣльно или одновременно съ другимъ,— хотя и имѣетъ извѣстное значеніе, но въ самомъ худшемъ случаѣ не влечетъ за собой никакихъ существенныхъ потерь для отвѣтчика; иное дѣло exc. litis pendentis и exc. rei judicatae— тутъ дѣло идетъ о возможности двойного взысканія или присужденія ранѣе отсужденнаго. Тутъ, дѣйствительно, молчаніе отвѣтчика представляется явленіемъ, требующимъ разъясненія со стороны суда.

Предлагаемое правило не есть выраженіе какого-либо крайняго мнѣнія. Въ наукѣ многими весьма почтенными ея представителями относительно exc. litis pendentis и exc. rei judicatae высказывалось болѣе крайнее мнѣніе, а именно, что отводы эти должны быть возбуждены судомъ ex officio. Такіе ученые, какъ Ветцель и Эндеманнъ, придаютъ правилу, лежащему въ основаніи обоихъ этихъ отводовъ, bis in eadem re ne sit actio, публично-правовое значеніе; первый видитъ это значеніе въ томъ, что судъ не долженъ быть затрудненъ излишнею работою, второй — въ томъ, что по современному праву судебное рѣшеніе есть актъ государственной, судебной власти (Wetzel-System, стр. 126, 575; Endemann, Lehrb., стр. 557). У насъ за возбужденіе exc. litis pendentis судомъ ex officio—Малининъ (Убѣжд. судьи, стр. 48). Эти соображенія едва-ли достаточно сильны; не изъ-за затрудненія суда не допускается bis in idem, а въ огражденіе частнаго интереса отвѣтчика; если бы не угрожало пораженіе его интереса,

то изъ-за затрудненія суда не стоило хлопотать: случаи вторичнаго предъявленія иска очень рѣдки, но, конечно, рѣдкость ихъ не имѣетъ значенія съ точки зрѣнія интересовъ отвѣтчиковъ; какъ бы рѣдко интересы ихъ ни нарушались, это не избавляетъ законодателя отъ охраны этихъ интересовъ. Затѣмъ, что рѣшеніе есть актъ власти, не даетъ основанія выводу, что если власть разъ обезпокоена, то вторично безпокоить ее должно быть запрещено; рѣшеніе, оставаясь актомъ власти, является въ то же время актомъ, регулирующимъ частно-правовое отношеніе; со стороны содержанія оно не имѣетъ публично-правового значенія; то, что оно исключаетъ новый споръ (помощью exc. rei judicatae), есть послѣдствіе именно его содержанія. Мы полагаемъ, что возводить отсутствіе тождества иска съ искомъ, предъявленнымъ или разрѣшеннымъ, въ публично-правовое, абсолютное условіе процесса нѣтъ основаній. Не говоря уже о томъ, что противорѣчіе въ судебной дѣятельности, конечно, могущее быть устраненнымъ при такомъ рѣшеніи вопроса, не возводится современнымъ правопознаніемъ на степень нарушенія публично-правового интереса, интереса правосудія,—такое рѣшеніе вопроса привело бы насъ къ пораженію той личной автономіи, о которой мы говорили выше. Могутъ быть случаи, когда совершенно противно интересамъ и желаніямъ тяжущихся такое вмѣшательство суда ex officio; могутъ быть извѣстныя соображенія, по которымъ отвѣтчикъ не предъявляетъ exc. litis pendentis и exc. rei judicatae; напр., первую не предъявляетъ потому, что вступилъ съ истцомъ въ соглашеніе, въ силу котораго послѣдній обязанъ прекратить производство по первому иску, вторую не предъявляетъ потому, что согласился съ истцомъ, также какъ и онъ недовольнымъ первымъ рѣшеніемъ, судиться вновь и т. п. Очень можетъ быть, что случаи эти исключительны, рѣдки и т. д., но все-таки ихъ игнорировать нельзя; именно въ гражданскомъ процессѣ надо считаться съ интересами тяжущихся.

Эти соображенія были упущены при окончательномъ редактированіи новаго австрійскаго устава: въ немъ, какъ мы уже упоминали, выразилось именно крайнее воззрѣніе на разсматриваемую эксцепцію: она возбуждается судомъ ex officio (ст. 240), хотя-бы, скажемъ, развивая далѣе эту мысль, отвѣтчикъ этого не желалъ. Пока подобное разрѣшеніе вопроса не выходитъ изъ области теоріи, оно безвредно, но разъ оно воспринято законодательствомъ—вся гражданско-судебная машина неминуемо должна пострадать. Какую путаницу внесетъ въ практику уже одно смѣшеніе понятій отвода съ понятіемъ напоминанія суду о его обя-

занностяхъ, какой произволъ можно ожидать отъ недобросовѣстныхъ судей, какое неудовольствіе вызовутъ случаи, когда судъ по той или другой причинѣ не возбудитъ вопроса объ этихъ эксцепціяхъ, какое уродливое явленіе представитъ собой случай принесенія жалобы на судъ, не возбудившій этихъ вопросовъ; каково будетъ положеніе суда, когда, возбудивъ эти вопросы, онъ услышитъ протесты со стороны самихъ тяжущихся и т. д. Такое вторженіе въ область личныхъ интересовъ не рѣшился ввести такой смѣлый новаторъ и не особенный любитель состязательнаго начала, какъ проф. Клейнъ. Въ составленномъ имъ проектѣ устава вопросъ объ exc. litis pendentis и exc. rei judicatae былъ поставленъ совершенно правильно. Отвѣтчикъ могъ предъявлять эти эксцепціи только до перваго засѣданія, и судъ ex officio не въ правѣ былъ возбуждать вопросовъ о Litispendenz и res judicata (§ 250). При окончательномъ обсужденіи проекта вдругъ неожиданно внесена была мысль о возбужденіи этихъ вопросовъ судомъ. Не говоря уже о вышеупомянутыхъ теоретическихъ и практическихъ неудобствахъ и несообразностяхъ, такое измѣненіе проекта внесло въ уставъ внутреннее противорѣчіе; напр., осталось правило о томъ, что отвѣтчикъ предъявляетъ названные отводы въ предварительномъ засѣданіи (§ 239),—правило, лишенное всякаго смысла при допустимости возбужденія этихъ отводовъ судомъ.

Итакъ, предлагаемое правило не является выраженіемъ крайняго мнѣнія, не сводитъ вопросъ объ отводахъ съ почвы частнаго интереса—имъ достигается ближайшимъ образомъ лишь то, что у суда, въ случаяхъ непредъявленія отвѣтчикомъ отводовъ, которые могутъ быть имъ предъявлены, всегда будетъ полная увѣренность въ томъ, что отвѣтчикъ дѣйствительно не желаетъ ихъ предъявить. При такой постановкѣ вопроса, весьма естественно, что предлагаемое правило смѣло можетъ быть распространено и на возраженія, означенныя въ ст. 578, какъ это было признано прусскимъ уставомъ 1793 г. и нынѣ признается, хотя только въ производствѣ у участковаго судьи, австрійскимъ уставомъ 1895 г. Въ первомъ изъ нихъ относительно возраженій существовало то правило, что если судъ, по окончаніи инструкціи дѣла, усмотритъ (zu bemerken glaubt) не предъявленныя exceptiones juris, то онъ ex officio долженъ потребовать отъ стороны подробныхъ объясненій. Многіе ученые высказались противъ этого правила, но возраженія ихъ не сильны. Такъ, одни говорятъ, что это противорѣчитъ задачѣ суда, вовсе не призваннаго защищать отвѣтчика возбужденіемъ тѣхъ или другихъ возраженій. Замѣчаніе это было бы основательно, если бы правильно было передано со-

держаніе критикуемаго правила; правило это вовсе не допускаетъ возбужденія судьей возраженій, какъ, напр., возбуждаются имъ вопросы о недѣеспособности тяжущихся, о неправоспособности повѣреннаго и т. п. Законодатель лишь желалъ, чтобы въ случаѣ обнаруженія судомъ непредъявленнаго возраженія, судъ, путемъ подробныхъ объясненій съ отвѣтчикомъ, выяснилъ дѣйствительное положеніе вещей и убѣдился въ томъ, что отвѣтчикъ знаетъ послѣдствія непредъявленія имъ возраженія. Другіе ученые говорили, что правило это безцѣльно, ибо судья не можетъ знать и узнать о существованіи обстоятельствъ, дающихъ основаніе тому или другому возраженію. Упрекъ этотъ неосновательнъ, такъ какъ законодатель вовсе и не задавался такою широкою задачею; онъ имѣлъ въ виду только тѣ случаи, когда изъ обстоятельствъ дѣла видна наличность возраженія; много ли такихъ случаевъ, мало ли—рѣшить этотъ вопросъ за неимѣніемъ данныхъ нельзя (Förster, Theorie und Praxis, B. I, S. 305). Правило прусскаго устава оказалось въ примѣненіи замѣчательно устойчивымъ: несмотря на изданіе въ 1832 и 1833 г. г. указовъ и декретовъ, противорѣчащихъ ему и косвенно его отмѣняющихъ, судебная практика настойчиво примѣняла его. Предлагаемое нами правило, основанное на одной и той же идеѣ, какъ и прусское, однако, нѣсколько отличается отъ него; мы не сочли удобнымъ внести такое неопредѣленное положеніе, какъ „требовать подробныхъ объясненій“: это дало бы слишкомъ большой просторъ судейскому усмотрѣнію въ выборѣ формы требованія, дало бы поводъ думать, что законъ желаетъ упростить взаимныя объясненія сторонъ съ судьею, чуть не доводя ихъ до дружескихъ бесѣдъ, что, конечно, вовсе нежелательно. Всего лучше формулировать вопросъ суда такъ, какъ мы это сдѣлали. Австрійскій уставъ 1895 г. представляетъ собою дальнѣйшее развитіе устава 1781 г. Послѣдній создалъ особыхъ участковыхъ судей, коимъ были подсудны мелкіе гражданскіе иски; какъ видно изъ аутентическаго его разъясненія, имѣлись въ виду иски крестьянъ (Landvolk), несвѣдущихъ по части законовъ; уставъ предписывалъ всячески помогать тяжущимся въ ихъ трудномъ положеніи. Такая общая характеристика дѣятельности судьи не можетъ быть одобрена: ничего опредѣленнаго, юридически точнаго въ ней нѣтъ, да и дальнѣйшія аутентическія разъясненія устава внесли ужасную путаницу въ вопросъ объ отношеніи суда къ тяжущимся. Идея, несомнѣнно, была та, что судья долженъ выйти изъ пассивнаго положенія лица, коронующаго лаврами наиболѣе ловкаго изъ двухъ бойцовъ. Уставъ 1895 г. провелъ идею устава 1781 г.

болѣе удачно, хотя и онъ, говоря о дѣятельности участковаго судьи, предлагаетъ руководить судебными дѣйствіями малосвѣдущихъ тяжущихся, если они ведутъ дѣло самолично; затѣмъ, въ частности, уставъ обязываетъ судью объяснить тяжущимся послѣдствія ихъ дѣйствій или упущеній (§ 432). Противъ этихъ правилъ надо сказать то же, что и противъ правилъ устава 1781 г. Принять ихъ, конечно, нельзя—состязательному началу грозитъ серьезная опасность; только идеальный судья не выйдетъ изъ предѣловъ желательнаго и необходимаго, законъ же не можетъ и не долженъ имѣть въ виду идеальнаго судью; такой процессъ, какъ австрійскій у участковаго судьи, легко можетъ обратиться въ слѣдственный. Для нашей цѣли, т.-е. для вопроса о дѣятельности судьи въ случаѣ непредъявленія возраженій, важна лишь заключительная фраза § 432: судья обязанъ разъяснить отвѣтчику послѣдствія его упущенія. Такая формулировка насъ не удовлетворяетъ. Конечно, и при нашей редакціи ст. 579 судьѣ дается возможность указать на послѣдствія непредъявленія возраженія, но онъ прежде всего освѣдомится, знаетъ ли ихъ отвѣтчикъ; австрійская формула нѣсколько шокируетъ, сразу ставя судью въ роль учителя. Наконецъ, нельзя не обратить вниманія на два условія примѣненія § 432: примѣняется онъ лишь къ процессу у участковаго судьи и въ случаѣ самоличнаго веденія дѣла тяжущимися. Желательны ли и у насъ такія ограниченія? Едва-ли. Первое объясняется тѣмъ, что тяжущимися по мелкимъ дѣламъ являются, главнымъ образомъ, люди малосвѣдущіе въ законахъ и требующіе поученія. Но это соображеніе не можетъ служить основаніемъ для различенія процесса въ коллегіальномъ судѣ и у участковаго судьи; и тутъ, и тамъ являются тяжущіеся малосвѣдущіе въ законахъ, гдѣ ихъ больше и гдѣ меньше—это все равно; пусть въ дѣлахъ, разсматриваемыхъ въ коллегіальныхъ судахъ, ихъ будто меньше, но зато съ проигрышемъ этихъ дѣлъ связанъ болѣе существенный интересъ и помощь суда оказывается болѣе настоятельною,—если разъ законодатель допускаетъ эту помощь. Второе ограниченіе тоже нежелательно, какъ общее правило. Если дѣло ведетъ адвокатъ, то и надобности не окажется въ примѣненіи ст. 579—адвокатъ самъ разыщетъ всѣ возможныя возраженія, если онъ человѣкъ знающій и внимательный, а если онъ и незнающій и невнимателенъ, то къ нему слѣдуетъ обратиться съ вопросомъ 579 статьи. Исходить же изъ того, что всѣ адвокаты—люди знающіе и внимательные и въ виду этого не дозволять предлагать имъ вопросы, было бы нѣсколько рискованно.

Наконецъ, что касается второй части 579 статьи, то содержащееся въ ней правило установлено для приданія большей серьезности отношенію тяжущихся къ суду; разъ сторона передъ судомъ отказывается отъ отвода или возраженія, отказъ этотъ долженъ быть безповоротный, если не придавать ему значенія шутки. Безъ этого ограниченія отвѣтчику была бы дана возможность намѣренно затягивать процессъ, заставлять истца все больше тратиться на его веденіе; отвѣтчикъ увѣренъ, что въ концѣ концовъ процессъ будетъ имъ выигранъ и когда дѣло уже назначено къ слушанію въ коллегіи, онъ предъявитъ возраженіе, отъ котораго раньше отказался. Это допущено быть не можетъ.

580. Основательность отводовъ, означенныхъ въ п.п. 1, 2 и 5 ст. 571, должна быть удостовѣрена отвѣтчикомъ. По отводу, означенному въ п. 5 ст. 571, какъ условія представленія обезпеченія, такъ и освобожденіе отъ таковаго, могутъ быть доказаны свидѣтельствомъ русскаго посольства, миссіи или консульства, съ удостовѣреніемъ ихъ подписи Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ. Представленіе свидѣтельства не требуется, когда о государствѣ, подданнымъ коего состоитъ истецъ, имѣются свѣдѣнія въ особомъ на сей предметъ Министромъ Юстиціи, на основаніи свѣдѣній, доставляемыхъ Министромъ Иностранныхъ Дѣлъ, составляемомъ и ежегодно установленнымъ порядкомъ распубликовываемомъ обзорѣ иностранныхъ законодательствъ со спискомъ государствъ, въ коихъ русскіе подданные освобождены отъ представленія обезпеченія.

Первая часть 580 ст. есть нѣсколько измѣненная ст. 573 Уст. гражд. суд.; измѣненіе заключается въ замѣнѣ слова „доказаны“ словомъ „удостовѣрены“; замѣна эта желательна въ виду соображеній, изложенныхъ по поводу ст. 573 (стр. 330). Неупоминаніе отводовъ, означенныхъ въ п.п. 3 и 4 ст. 571, имѣетъ свое основаніе. Относительно ихъ предсѣдателю нѣтъ дѣла до степени ихъ основательности. Если лицо вызываемое желаетъ вступить въ дѣло, а отвѣтчикъ желаетъ выбыть и истецъ или изъявитъ на то свое согласіе, или интересъ его будетъ вполнѣ обезпеченъ (см. ст. 582 и объясненіе къ ней), то предсѣдатель не въ правѣ требовать никакихъ удостовѣреній, насколько по закону можетъ или не можетъ въ данномъ случаѣ состояться

выбытіе отвѣтчика. Разъ имѣется согласіе всѣхъ лицъ заинтересованныхъ или ничьимъ интересамъ это выбытіе не вредитъ, — вмѣшательство суда излишне. Во второй и третьей частяхъ воспроизведенъ законъ 11 марта 1896 г. съ существеннымъ, однако, измѣненіемъ, вызваннымъ содержаніемъ п. 5 ст. 571. На основаніи послѣдняго судъ не только освобождаетъ истцовъ-иностранцевъ отъ обезпеченія, если на родинѣ ихъ русскіе подданные отъ него свободны, но и требуетъ обезпеченія соотвѣтственно тѣмъ правиламъ, по которымъ на родинѣ истца требуется обезпеченіе отъ русскихъ подданныхъ; въ виду этого русскій судъ долженъ ознакомиться не только со спискомъ государствъ, въ которыхъ русскіе подданные свободны отъ представленія обезпеченія, но и вообще съ иностранными законодательствами. Потому-то въ ст. 580 пришлось правило закона 11 марта 1896 г. объ удостовѣреніи освобожденія русскихъ подданныхъ отъ обезпеченія распространять на условія представленія истцомъ-иностранцемъ обезпеченія въ Россіи; слѣдовательно, какъ освобожденіе отъ обезпеченія, такъ и условія его представленія должны быть удостовѣрены особымъ свидѣтельствомъ посольства. Трудность полученія подобнаго свидѣтельства заставляетъ возложить на Министерство Юстиціи составленіе не только списка государствъ, въ которыхъ русскіе подданные освобождены отъ представленія обезпеченія, но и обзоръ иностранныхъ законодательствъ по предмету обезпеченія иностранцами издержекъ. Составленіе подобнаго обзора или свода нисколько не затруднительно, особенно на основаніи свѣдѣній, доставленныхъ Министромъ Иностранныхъ Дѣлъ; тѣмъ болѣе, что государствъ, въ которыхъ отъ русскихъ подданныхъ требуется обезпеченіе,—не много. Въ виду того, что обзоръ этотъ или сводъ можетъ быть и неполонъ, напр., не окажется законовъ какого-нибудь африканскаго государства, то надо, конечно, сохранить правило объ обязанности тяжущагося представить въ судъ упомянутое свидѣтельство посольства.

581. Отводы, означенные въ п. 1 ст. 571, могутъ быть приняты въ уваженіе въ такомъ только случаѣ, когда дѣло по свойству своему не требуетъ немедленнаго разрѣшенія.

Правила подсудности (мѣстной) установлены, главнымъ образомъ, въ интересѣ отвѣтчика, всего чаще въ видахъ бо̀льшаго для него удобства судиться въ томъ, а не другомъ судѣ. Ничего несправедливаго мы не видимъ въ томъ, чтобы заставить отвѣтчика пожертвовать этими интересами въ виду того, что болѣе серь-

езные интересы истца могутъ пострадать. Если судъ признаетъ неотложность разрѣшенія дѣла, если онъ увидитъ, что вслѣдствіе проволочки, неизбѣжной при переводѣ дѣла въ другой судъ, пострадаетъ истецъ, то онъ долженъ оставить отводъ безъ уваженія. Въ сущности, идея, лежащая въ основѣ ст. 581, выражена и въ ст. 580 Уст. гражд. суд. Если законодатель допускаетъ, въ виду неотложности дѣла, разрѣшеніе его судомъ мѣста временнаго пребыванія отвѣтчика, т.-е. по такому случайному признаку, то не будетъ преувеличеніемъ значенія этой „неотложности“, если допустить при этомъ условіи компетентность любого окружнаго суда, куда искъ предъявленъ.

582. По принятіи въ уваженіе отводовъ, означенныхъ въ п. 1 и второй части п. 2 ст. 571, предсѣдатель, по просьбѣ истца, пересылаетъ исковое прошеніе въ подлежащій судъ; при отсутствіи упомянутой просьбы истца исковое прошеніе ему возвращается съ соотвѣтствующею надписью. Искъ считается предъявленнымъ въ день подачи искового прошенія въ первомъ случаѣ безусловно, во второмъ—если истецъ въ теченіе трехъ мѣсяцевъ подастъ прошеніе въ подлежащій судъ.

Въ статьѣ этой, съ одной стороны, предписывается пересылка прошенія, съ другой—возводится въ общее правило ст. 582 Устава о возвращеніи прошенія. Соотвѣтственно тому, будетъ ли прошеніе переслано въ подлежащій судъ или возвращено истцу, рѣшается и вопросъ о днѣ, въ который искъ считается предъявленнымъ; въ первомъ случаѣ день этотъ безусловно совпадаетъ съ днемъ подачи прошенія, во второмъ—примѣняется возведенная въ общее правило ст. 583 Устава. Такъ что новою является въ статьѣ лишь пересылка дѣла. Надо полагать, что будетъ установлено общее правило о пересылкѣ дѣла изъ одного судебнаго учрежденія въ другое. Мотивировка этого правила выходитъ, слѣдовательно, изъ предѣловъ нашей задачи, замѣтимъ лишь, что въ данномъ случаѣ нежелательна пересылка дѣла безъ просьбы истца. Какъ бы то ни было, но пересылки эти сопряжены съ извѣстными затрудненіями, и по меньшей мѣрѣ ничего не слѣдуетъ имѣть противъ тѣхъ случаевъ, когда она окажется излишнею и можно обойтись безъ нея. Случаи эти возможны, напр., если истцу, живущему неподалеку отъ надлежащаго суда, удобно самому подать прошеніе или когда онъ, при переводѣ дѣлъ по отводу,

по связи дѣлъ и безъ того будетъ въ подлежащемъ судѣ или когда онъ разсчитываетъ скорѣе доставить прошеніе, чѣмъ чрезъ посредство суда и т. д. Потому-то желательна подача просьбы о пересылкѣ. Что касается возведенія въ общее правило ст. 582 и 583 Устава, то возвращеніе прошенія — одинъ изъ наименѣе для истца ощутительныхъ способовъ прекращенія дѣла въ судѣ, въ которомъ оно было начато, быть можетъ, по ошибкѣ истца, и ограничивать примѣненіе его только случаями, когда дѣло переводится изъ суда мѣста временнаго пребыванія въ судъ мѣста постояннаго жительства и т. п., нѣтъ основанія. Разумное правило надо примѣнить къ возможно большему числу случаевъ; признаетъ ли судъ по отводу дѣло себѣ неподсуднымъ, признаетъ ли онъ, что оно, въ виду тѣсной связи съ другимъ дѣломъ, должно разсматриваться въ томъ судѣ, гдѣ разсматривается послѣднее,—во всѣхъ этихъ случаяхъ, въ сущности, „перевода дѣла въ другой судъ“ нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній „прекращать производства“ въ техническомъ смыслѣ—достаточно возвратить прошенія или, если истецъ желаетъ,—переслать дѣло въ подлежащій судъ. Вѣдь если разъ будетъ признана цѣлесообразной пересылка дѣла въ подлежащій судъ въ случаѣ уваженія отводовъ, означенныхъ въ п. 1 и во второй половинѣ п. 2 ст. 571, то этимъ уже упраздняется „прекращеніе производства“, какъ послѣдствіе этого уваженія; но такъ какъ пересылка эта можетъ быть устранена по желанію истца, то взамѣнъ ея можетъ наступить не болѣе, а одинаково сильное послѣдствіе, не прекращеніе производства, паралирующее самый фактъ предъявленія иска, а возвращеніе прошенія. Но это возвращеніе прошенія не должно быть безусловнымъ — дѣйствіе его, парализующее фактъ предъявленія иска, должно быть только отсрочено. Мы подошли къ возведенію въ общее правило ст. 583 Устава. Мы видимъ настоятельную необходимость въ суспендированіи дѣйствія факта предъявленія иска (на три мѣсяца). Если этого не дѣлать, то правило о возможности подачи самимъ истцомъ прошенія въ подлежащій судъ (о чемъ сказано выше) потеряетъ всякое практическое значеніе; никто изъ истцовъ не станетъ самъ доставлять прошенія въ подлежащій судъ, если это будетъ связано съ безусловнымъ возвращеніемъ прошенія, съ анулированіемъ акта предъявленія иска; я предъявилъ искъ наканунѣ истеченія давностнаго срока; прошеніе пересылается въ подлежащій судъ, и давность прервана, а если прошеніе возвращено мнѣ на руки, то не прервана. Этого допустить нельзя. Ни одинъ истецъ не пожелаетъ воспользоваться такимъ „правомъ“.

583. Если по отводамъ, означеннымъ въ п.п. 3 и 4 ст. 571, лицо вызываемое изъявитъ желаніе вступить, въ случаѣ, означенномъ въ п. 3, въ отвѣтъ, а въ случаѣ, означенномъ въ п. 4, въ споръ о правѣ на внесенную отвѣтчикомъ въ судъ денежную сумму, то предсѣдатель освобождаетъ отвѣтчика, при чемъ въ случаѣ, означенномъ въ п. 3, истецъ можетъ просить объ обезпеченіи иска имуществомъ выбывшаго отвѣтчика. При нежеланіи лица вызываемаго вступить въ дѣло или при неявкѣ его въ засѣданіе, а также, въ случаѣ, означенномъ въ п. 3 ст. 571, при непредставленіи отвѣтчикомъ денежной суммы, а въ случаѣ, означенномъ въ п. 4, при неимѣніи у первоначальнаго отвѣтчика имущества, могущаго служить обезпеченіемъ, отводы сіи оставляются безъ уваженія.

Главнѣйшее содержаніе этой статьи вытекаетъ изъ существа тѣхъ институтовъ, которые имѣютъ въ виду п. п. 3 и 4 ст. 571. Вступило лицо вызываемое,—послѣдствія положительныя: въ предварительномъ засѣданіи устанавливается личный составъ процесса, имѣющаго перейти во вторую стадію, на судъ; лицо не вступило въ дѣло — послѣдствія отрицательныя: отводъ предъявленъ напрасно, онъ не принимается въ уваженіе. Но вступленіе вызываемаго и выбытіе отвѣтчика не можетъ зависѣть исключительно отъ его желанія; онъ отвѣтчикъ, и истецъ только при представленіи достаточно гарантирующихъ его средствъ можетъ терпѣть выбытіе отвѣтчика; при nominatio auctoris ему должно быть предоставлено право требовать отъ выбывающаго обезпеченія, и если никакого имущества у него не окажется, то истцу должно быть предоставлено право противиться вступленію новаго. Иногда, конечно, истецъ и не потребуетъ обезпеченія, но право это должно быть за нимъ признано. Напр., покупщикъ предъявляетъ къ желѣзной дорогѣ искъ объ убыткахъ отъ порчи доставленнаго товара; дорога заявляетъ, что отвѣтчикомъ долженъ быть продавецъ, который и готовъ вступить въ отвѣтъ; требовать обезпеченія иска тутъ истцу нѣтъ надобности; но представьте себѣ, что искъ предъявленъ не къ желѣзной дорогѣ, а къ ямщику, привезшему товаръ; хотя-бы ямщикъ и былъ согласенъ вступить въ отвѣтъ, но истецъ-покупщикъ можетъ этому противиться, если у ямщика не окажется имущества для обезпеченія иска. Точно также въ случаѣ, указанномъ въ п. 4 ст. 571, истецъ можетъ,

да и всегда будетъ противиться выбытію отвѣтчика, если тотъ не представитъ въ судъ предметъ спора — денежную сумму.

584. По отводу, означенному въ п. 5 ст. 571, предсѣдатель даетъ истцу-иностранцу срокъ для представленія обезпеченія; въ случаѣ непредставленія послѣдняго въ назначенный срокъ, производство дѣла прекращается.

Каковы бы ни были условія представленія обезпеченія русскими подданными на родинѣ истца, и къ нему примѣняемыя, необходимо дать ему срокъ на исполненіе этого требованія отвѣтчика. Это признается необходимымъ и иностранными законодательствами (герм. уст., § 105, австр. уст., § 59), и теоріею, и нашею судебною практикою.

585. Если во время производства дѣла обнаружится, что оно по роду своему изъято отъ подсудности окружному суду или подсудно другому окружному суду по мѣсту нахожденія недвижимаго имущества, то наступаютъ послѣдствія, означенныя въ ст. 266, 268 и 582. По обнаруженіи того, что истецъ или отвѣтчикъ не имѣютъ права искать и отвѣчать на судѣ или что повѣренный истца или отвѣтчика не имѣетъ полномочія, либо что полномочіе это незаконно, производство дѣлъ пріостанавливается, и наступаютъ послѣдствія, означенныя въ ст. 270; но если въ срокъ, въ сей статьѣ указанный, подлежащее учрежденіе не назначитъ отвѣтчику законнаго представителя, то судъ прекращаетъ производство, а если повѣренный отвѣтчика въ срокъ не представитъ надлежащаго полномочія, то судъ его устраняетъ.

По идеѣ эта статья есть воспроизведеніе ст. 584 Уст. гражд. суд., тѣ же четыре обстоятельства, какъ и по этой статьѣ, возбуждаются судомъ ex officio — различны лишь послѣдствія признанія наличности этихъ обстоятельствъ. Послѣдствія эти тождественны съ послѣдствіями обнаруженія этихъ обстоятельствъ при самомъ предъявленіи иска—да они и не могутъ быть различны. Если исковое прошеніе подано не туда, куда его слѣдовало подать, и это обнаружилось до постановленія рѣшенія, то единственное разумное послѣдствіе этого — переслать прошеніе, по

просьбѣ истца, въ надлежащее мѣсто и при отсутствіи просьбы — возвратить ему прошеніе; прекращать производство (въ техническомъ смыслѣ), какъ мы это уже старались доказать относительно отводовъ о подсудности, нѣтъ основанія. Затѣмъ, если обнаружится недѣеспособность тяжущагося и неправоспособность повѣреннаго, то тоже всего цѣлесообразнѣе связать съ этими обстоятельствами тѣ мягкія послѣдствія, которыя наступаютъ по обнаруженіи этихъ обстоятельствъ на сторонѣ истца при самомъ предъявленіи иска. Нѣтъ рѣшительно никакой надобности допускать такое суровое послѣдствіе, какъ прекращеніе производства — достаточно пріостановить его и допустить исправленіе недостатка: просить надлежащее учрежденіе о присылкѣ законнаго представителя и дать срокъ на представленіе надлежащаго полномочія. Неисправленіе недостатка процесса въ положенный срокъ, согласно ст. 270, влечетъ за собой возвращеніе прошенія — это послѣдствіе должно наступить и въ данномъ случаѣ, но, конечно, по отношенію къ истцу, такъ какъ дефектъ касается его или его повѣреннаго; но въ ст. 585 рѣчь идетъ и о дефектахъ, касающихся отвѣтчика; на нихъ въ 270 ст. нѣтъ указаній, и намъ казалось цѣлесообразнымъ въ случаѣ неприсылки надлежащимъ учрежденіемъ, т.-е. опекою или конкурсомъ, представителя, прекратить производство дѣла, и въ случаѣ недоставленія надлежащаго полномочія — устранить повѣренныхъ. Эти же послѣдствія наступаютъ и по Уставу гражд. суд., но наступаютъ сразу по обнаруженіи недѣеспособности отвѣтчика или неправоспособности его повѣреннаго. Мы именно и озабочены тѣмъ, чтобы эти послѣдствія наступили не сразу, а лишь послѣ попытки къ ихъ предотвращенію.

586. Объ обстоятельствахъ, указанныхъ въ предшедшей (585) статьѣ, стороны имѣютъ право заявить во всякомъ положеніи дѣла, удостовѣривъ свои заявленія по требованію предсѣдателя или суда.

Эта статья воспроизводитъ мысль п. п. 2 и 3 ст. 576 Устава гражд. суд. съ восполненіемъ пробѣловъ, оказывающихся при сравненіи ея со ст. 584 Уст. гражд. суд. Вопросы, которые возбуждаются судомъ ex officio, могутъ быть возбуждаемы и тяжущимися во всякомъ положеніи дѣла. Такого совпаденія между п. п. 2 и 3 ст. 576 и ст. 584 нѣтъ, но оно должно быть установлено. Эти заявленія и суть тѣ напоминанія суду объ исполненіи имъ своихъ обязанностей, о которыхъ мы говорили на

стр. 327—328, напоминанія, смѣшиваемыя Уставомъ съ отводами. Указываетъ тяжущійся именно тѣ обстоятельства, на которыя судъ самъ долженъ обращать вниманіе. Разъ законъ признаетъ извѣстныя абсолютныя условія, безъ которыхъ процессъ возникнуть не можетъ, онъ долженъ возложить на судъ обязанность наблюдать за тѣмъ, чтобы условія эти были въ наличности, судъ же не всевѣдущъ и не всевидящъ — онъ можетъ не знать объ отсутствіи того или другого условія, можетъ этого не замѣтить; сторонамъ должно быть предоставлено право указать на это, право, не могущее быть ограничено никакимъ срокомъ. Скажемъ нѣсколько словъ о заключительной части 585 статьи. На стр. 328 мы указали на три характерныя черты, отличающія „напоминанія“ отъ отводовъ, и, между прочимъ, на свободу судьи въ первомъ случаѣ въ области доказыванія; тяжущійся можетъ и не удостовѣрить (glaubhaft machen) передъ судомъ основательность даннаго заявленія, если и безъ того имѣются данныя, убѣждающія въ этой основательности. Напр., отвѣтчикъ заявляетъ на судѣ, что истецъ несовершеннолѣтенъ; суду нѣтъ надобности требовать отъ истца доказательствъ; онъ спрашиваетъ истца, сколько ему лѣтъ, и можетъ этимъ довольствоваться или можетъ предложить ему доставить метрическое свидѣтельство и т. д. Съ момента напоминанія онъ уже исполняетъ свою оффиціальную обязанность, какъ будто онъ возбудилъ вопросъ proprio motu. Или: отвѣтчикъ заявляетъ, что дѣло неподсудно данному суду, ибо спорное имѣніе находится въ округѣ другого суда; судъ не можетъ требовать отъ истца представленія карты, а самъ справляется съ нею и т. д. и т. д. Но, съ другой стороны, принципъ не будетъ нарушенъ, если судъ признаетъ удобнымъ и согласнымъ съ интересами правосудія возложить и на тяжущагося обязанность удостовѣрить основательность его заявленія. Въ законѣ, однако, должна быть выражена мысль, что прежде всего самъ судъ удостовѣряется въ данномъ дефектѣ, а затѣмъ уже можетъ требовать удостовѣренія отъ тяжущагося.

587. Если предсѣдатель встрѣтитъ затрудненіе въ разрѣшеніи отводовъ (ст. 571), возраженій (ст. 578) и заявленій (ст. 586), предъявленныхъ тяжущимися, а также вопросовъ, означенныхъ въ ст. 585, то, оставляя ихъ безъ разрѣшенія, переноситъ все дѣло въ судъ.

Мы видѣли выше (стр. 301), что по австрійскому уставу 1895 г. нѣкоторые отводы не могутъ быть разрѣшаемы предсѣ-

дателемъ—они только заявляются ему. Мы привели соображенія, по которымъ такое ограниченіе не представляется основательнымъ, и указали, что основаніе такого ограниченія падаетъ само собой, если предоставить предсѣдателю право перенести данный отводъ на обсужденіе суда (стр. 303—304). И не только отводы, но и возраженія, и другіе вопросы могутъ быть имъ перенесены въ коллегію. Разъ расширивъ компетенцію предсѣдателя множествомъ вопросовъ, подлежащихъ его разрѣшенію, необходимо и по возможности расширить право его переносить дѣло въ коллегію. Расширеніе этого послѣдняго права представляется особенно желательнымъ, не только само по себѣ, не только по ближайшей цѣли этого права, но и въ виду той формы, въ какую выльется предварительная дѣятельность предсѣдателя. Въ гражданскихъ отдѣленіяхъ окружнаго суда всѣ дѣла, надо думать, будутъ распредѣлены между предсѣдателемъ и всѣми членами, при чемъ послѣдніе будутъ дѣйствовать на правахъ предсѣдателя; такъ что въ судѣ одновременно, въ присутственные дни, будетъ происходить множество предварительныхъ засѣданій. Въ числѣ членовъ суда, исполняющихъ обязанности предсѣдателя въ предварительныхъ засѣданіяхъ, могутъ оказаться лица и не вполнѣ опытныя; опытныя рѣдко воспользуются правомъ переноса, неопытныя — чаще, и это будетъ вполнѣ согласно съ интересами правосудія. Противъ права переноса дѣла въ коллегію могутъ быть сдѣланы два, и притомъ противоположныхъ возраженія. Одни скажутъ, что предсѣдатели или члены ради собственнаго облегченія вѣчно будутъ переносить дѣла, изъ-за возникшихъ вопросовъ, въ коллегію. Это возраженіе указываетъ на весьма дурное мнѣніе возражающаго о нашихъ судьяхъ. Если имѣть въ виду, какую тяжелую работу выносили и по сейчасъ выносятъ на своихъ плечахъ наши судебные дѣятели, и если предположить, что ко времени введенія въ дѣйствіе пересмотрѣннаго устава судьи не измѣнятся, то придется сказать, что возраженіе это никакой почвы подъ собою не имѣетъ. Напротивъ, можно съ увѣренностью сказать, что самоличное разрѣшеніе предсѣдателемъ и членами возникшихъ въ дѣлѣ вопросовъ и, слѣдовательно, непереносъ дѣла въ коллегію станетъ point d'honneurc удей... Другое возраженіе: предсѣдатели и судьи вовсе не будутъ переносить дѣлъ въ коллегію изъ-за возникшихъ затрудненій, они не захотятъ сознаться въ слабости своихъ силъ. Это возраженіе тоже неосновательно. Во-первыхъ, благоразумный судья пойметъ, что слабости своихъ силъ ему не скрыть — это обнаружится въ цифрѣ обжалованныхъ и отмѣненныхъ опредѣленій, имъ постановленныхъ. Во-вторыхъ, за-

трудненія, съ которыми встрѣчается судья, далеко не всегда вызываются слабостью его личныхъ силъ; затрудненіе можетъ быть вызвано, напр., тѣсною связью даннаго вопроса съ существомъ дѣла; и будь судья семи пядей во лбу, ему не разрѣшить вопроса безъ вторженія въ область чуждую единоличной дѣятельности судьи.

588. Въ случаѣ, означенномъ въ предшедшей (587) статьѣ, судъ разрѣшаетъ отводы (ст. 571) и заявленія (ст. 586), предъявленные тяжущимися, а также вопросы, означенные въ ст. 585, отдѣльно отъ существа иска особымъ опредѣленіемъ; разрѣшеніе же возраженій (ст. 578) отдѣльно отъ разрѣшенія дѣла по существу или вмѣстѣ съ нимъ зависитъ отъ усмотрѣнія суда.

Статья эта есть не что иное, какъ примѣненіе ст. 585 и 589 Устава къ одному изъ спеціальныхъ случаевъ разсмотрѣнія отводовъ, возраженій и др. судомъ къ случаю перевода дѣла въ судъ по иниціативѣ предсѣдателя. Что касается процессуальныхъ возраженій, то согласно ст. 585 Устава они разсматриваются отдѣльно отъ существа иска, если предъявлены отдѣльно, при предлагаемой же конструкціи частныхъ производствъ, всѣ отводы и заявленія и пр. предъявляются предсѣдателю и, слѣдовательно, отдѣльно отъ существа иска, а потому, если сохранить правила Устава, они и должны быть разрѣшаемы отдѣльно. Точно также нѣтъ надобности отвергать ту часть ст. 589 Устава, по смыслу которой отъ суда зависитъ разрѣшить возраженіе вмѣстѣ съ существомъ дѣла или отдѣльно отъ него. Наконецъ, едва-ли предстоитъ надобность установлять особое правило на тотъ случай, когда отводы, при условіи, указанномъ въ ст. 573, возраженія, означенныя въ ст. 578, заявленія, означенныя въ ст. 585, и вопросы, означенные въ ст. 584, впервые появляются уже послѣ предварительнаго засѣданія, т.-е. когда дѣло уже перешло въ судебную коллегію. Сама практика примѣнитъ къ этому случаю ст. 588.

Вопросъ объ обжалованіи опредѣленій предсѣдателя по отводамъ, возраженіямъ и др. представляетъ нѣкоторыя затрудненія. Оставляя въ сторонѣ опредѣленія предсѣдателя по существу, т.-е. по возраженіямъ, ибо эти опредѣленія должны быть, ко-

нечно, приравнены къ опредѣленіямъ судебной коллегіи и подлежатъ апелляціонному обжалованію на общемъ основаніи, замѣтимъ, что относительно обжалованія остальныхъ опредѣленій возможны три системы: 1) опредѣленія эти приравниваются къ частнымъ опредѣленіямъ, постановляемымъ всею судебною коллегіею, и подлежатъ частному обжалованію апелляціонному суду; 2) опредѣленія эти подлежатъ обжалованію коллегіи суда, рѣшенія которой окончательны, и 3) опредѣленія эти подлежатъ обжалованію коллегіи, рѣшенія которой неокончательны, т.-е. могутъ быть обжалуемы въ частномъ порядкѣ апелляціонному суду. Единственно удовлетворительною является первая система, принятая и австрійскимъ уставомъ 1895 г. (§ 516). Она вполнѣ соотвѣтствуетъ идеѣ предварительной, единоличной дѣятельности предсѣдателя и назначенію первой стадіи процесса. Идея та, чтобы предсѣдатель замѣнялъ собою вполнѣ судъ; для ускоренія и упрощенія процесса создана не особая какая-либо дѣятельность суда, а на него лишь возложены дѣйствія, входящія обыкновенно въ область дѣятельности всей коллегіи; вмѣсто того, чтобы суду разрѣшать отводы и т. п., они разрѣшаются имъ. Да и назначеніе первой стадіи сливается съ назначеніемъ всего процесса; стадія эта органически связана съ остальными стадіями процесса, и опредѣленія, въ ней состоявшіяся, должны имѣть совершенно такую силу и значеніе, какъ опредѣленія, состоявшіяся въ другихъ стадіяхъ процесса. Оправдываемая теоретическими соображеніями, система эта въ примѣненіи никакихъ практическихъ неудобствъ не представляетъ. Вторая система неудовлетворительна въ томъ отношеніи, что не согласна съ идеею современнаго судебнаго обжалованія; идея та, что данное дѣло подлежитъ разсмотрѣнію, въ случаѣ желанія лица заинтересованнаго, въ двухъ инстанціяхъ, сначала въ одной, а затѣмъ въ другой; эти двѣ инстанціи суть два суда, стоящихъ одинъ выше другого, одинъ надъ другимъ, выше потому, что со стороны состава своего является болѣе компетентнымъ, болѣе авторитетнымъ. Между тѣмъ, если допустить обжалованіе опредѣленій предсѣдателя суда самому суду, то, въ сущности, дѣло будетъ разсмотрѣно въ одной инстанціи, сначала членомъ данной коллегіи, а затѣмъ самою коллегіею; о послѣдней отнюдь нельзя сказать, что она компетентнѣе, авторитетнѣе одного изъ членовъ своихъ; коллегія быть можетъ лучше рѣшитъ данный трудный вопросъ, но вѣдь при обжалованіи вовсе не берется въ разсчетъ трудность вопроса и не въ виду трудности дѣло переходитъ во вторую инстанцію; предполагается какъ разъ обратное; и за судомъ первой степени, какъ и второй, при-

знается одинаковая возможность разрѣшать одинаково трудные вопросы; предполагается только извѣстное субординаціонное соотношеніе, подчиненность нисшаго суда высшему, чего и тѣни нѣтъ въ соотношеніи между предсѣдателемъ суда и самимъ судомъ. Система эта можетъ породить чрезвычайно вредную для дѣла правосудія практику судовъ — полную безконтрольность судовъ первой степени; они создадутъ свою практику безъ малѣйшаго воздѣйствія и вліянія высшихъ судовъ; кто поручится за то, что окружные суды будутъ, въ видахъ уменьшенія дѣлъ, оставлять въ силѣ такія опредѣленія предсѣдателя, которыя постановлены въ пользу отвѣтчика, т.-е. по которымъ отводы уважены. Пусть даже и не создастся намѣренно такая традиція, но весьма возможно, что судъ не будетъ относиться съ должнымъ вниманіемъ къ дѣлу, разъ извѣстнымъ образомъ разрѣшенному его предсѣдателемъ. Съ другой стороны, система эта вызываетъ неизбѣжно противорѣчіе въ самомъ порядкѣ производства дѣлъ объ отводахъ: въ однихъ случаяхъ опредѣленія по отводамъ будутъ подлежать обжалованію высшему суду, въ другихъ — не будутъ; если дѣло по затруднительности разрѣшенія отвода будетъ перенесено предсѣдателемъ въ судъ и на судѣ впервые будетъ возбужденъ данный вопросъ, то опредѣленіе можетъ быть обжаловано высшему суду, если же предсѣдатель постановитъ опредѣленіе, то это обжалованіе высшему суду невозможно. Это поведетъ къ тому, что отвѣтчикъ всячески будетъ, напр., осложнять дѣло, дабы предсѣдатель перенесъ его въ судъ, на опредѣленіе котораго можно будетъ принести жалобу высшему суду и такимъ образомъ затянуть дѣло. Неудовлетворительна и третья система. И она вызоветъ противорѣчія въ порядкѣ производства дѣлъ объ отводахъ; если опредѣленіе постановлено предсѣдателемъ, то оно подлежитъ обжалованію коллегіи, а опредѣленіе коллегіи — высшему суду, т.-е. допускается двойное обжалованіе и троекратное разсмотрѣніе одного и того же вопроса; если же дѣло перенесено предсѣдателемъ въ судъ или вопросъ впервые возбужденъ въ судѣ, то опредѣленіе суда можетъ быть обжаловано высшему суду, т.-е. допускается единое обжалованіе и двукратное разсмотрѣніе одного и того же вопроса. Система эта вызоветъ и практическія неудобства: конечно, въ большинствѣ случаетъ отводы будутъ предъявляться до предварительнаго засѣданія, и, слѣдовательно, въ большинствѣ случаевъ одинъ и тотъ же вопросъ будетъ разрѣшенъ трижды, что̀ вызоветъ чрезвычайную судебную волокиту и медленность. Единственно возможной остается, слѣдовательно, первая система. Принятіемъ ея можетъ быть одина-

ково рѣшенъ вопросъ объ обжалованіи опредѣленій предсѣдателя и опредѣленій суда, какимъ бы путемъ данный вопросъ ни перешелъ на его разсмотрѣніе.

Затѣмъ, что касается вопроса, всѣ ли опредѣленія должны подлежать частному обжалованію отдѣльно отъ апелляціи или только нѣкоторыя, то мы полагаемъ, что вопросъ этотъ долженъ быть рѣшенъ согласно ст. 586 и 587 дѣйствующаго Устава, т.-е. слѣдуетъ допустить отдѣльное обжалованіе лишь въ случаѣ принятія отвода въ уваженіе, при чемъ никакихъ исключеній, напр., относительно отвода о подсудности, не устанавливать; если какой отводъ, такъ именно отводъ о подсудности не заслуживаетъ того, чтобы ему отводить исключительное мѣсто.

Наконецъ, всѣ правила обжалованія, установленныя относительно отводовъ, должны быть распространены и на заявленія, означенныя въ ст. 585, отождествляемыя нашимъ Уставомъ съ отводами, а также и на опредѣленія, постановляемыя по возбуждаемымъ предсѣдателемъ или судомъ ex officio вопросамъ, означеннымъ въ ст. 584, вопросамъ, дающимъ содержаніе упомянутымъ заявленіямъ тяжущихся; правила обжалованія судебныхъ опредѣленій, напр., о возвращеніи прошенія, въ виду того, что искъ подлежитъ компетенціи не суда, а административнаго установленія, не могутъ быть различны, смотря по тому, возбужденъ ли вопросъ о компетенціи отвѣтчикомъ или самимъ судомъ ex officio.

Въ виду вышеизложеннаго надлежитъ установить слѣдующія правила.

589. На опредѣленія, по коимъ отводы (ст. 571) и заявленія (ст. 585), предъявленные тяжущимися, приняты въ уваженіе, а равно вопросы, означенные въ статьѣ 584, разрѣшены въ смыслѣ неблагопріятномъ для дальнѣйшаго производства дѣла, допускаются частныя жалобы отдѣльно отъ апелляціи.

590. Рѣшенія предсѣдателя объ отказѣ въ искѣ въ виду основательности предъявленныхъ отвѣтчикомъ возраженій, означенныхъ въ статьѣ 578, могутъ быть обжалованы въ апелляціонномъ порядкѣ на общемъ основаніи.

591. На опредѣленія, по коимъ отводы (ст. 571), заявленія (ст. 585) и возраженія (ст. 578), предъявленные

тяжущимися, оставлены безъ уваженія, а равно вопросы, означенные въ статьѣ 584, разрѣшены въ смыслѣ благопріятномъ для дальнѣйшаго производства дѣла, жалобы отдѣльно отъ апелляціи не допускаются.

Отдѣленіе третіе.

Обезпеченіе исковъ.

Выше (стр. 303—304) уже были изложены соображенія, по которымъ желательно перенести правила о наложеніи запрещеній на недвижимыя имѣнія и объ арестѣ движимости въ раздѣлъ десятый „объ исполненіи рѣшеній“. Прежде чѣмъ перейти къ правиламъ, собственно, объ обезпеченіи исковъ, остановимся на томъ, что̀ изъ правилъ о способахъ обезпеченія, куда и съ какими измѣненіями надлежитъ перенести изъ одного отдѣла въ другой, что̀ оставить и что́ исключить. Всѣ подъотдѣленія третьяго отдѣленія съ ихъ заголовками должны быть уничтожены, такъ что останутся одни общія правила обезпеченія. Въ подъотдѣленіи „виды обезпеченія“ ст. 602 обращается въ общее правило съ исключеніемъ словъ „и поручительство“; ст. 603—тоже; ст. 604 исключается, какъ повтореніе ст. 594; ст. 605 должна быть замѣнена общимъ правиломъ о точномъ опредѣленіи предмета обезпеченія; ст. 606 подлежитъ исключенію, какъ отмѣненная первымъ примѣчаніемъ къ ней; ст. 607 должна быть замѣнена другимъ правиломъ, обращеннымъ въ общее и указывающимъ на соотношеніе между обоими способами обезпеченія; ст. 608 и 609, какъ общія правила—остаются; ст. 610 исключается, ибо содержаніе ея поглощается статьею 1997, п. 2; ст. 611 можетъ быть присоединена къ п. 1 ст. 1097; ст. 612—615, какъ общія, съ надлежащими измѣненіями, оставить; ст. 616—623 можно перенести въ число статей, непосредственно слѣдующихъ за ст. 1096; 624—помѣстить послѣ 968, 625—включить въ ст. 973; 626—исключить въ виду новой редакціи ст. 605; ст. 627 будетъ обращена въ общее правило; 628, какъ ссылочная, въ виду перемѣщенія статей объ арестѣ, подлежитъ исключенію; 629—тоже, ибо слѣдуетъ объединить арестъ при обезпеченіи иска и арестъ при исполненіи рѣшенія (если при послѣднемъ отвѣтчикъ не можетъ быть хранителемъ, то и при первомъ); конечно, если признано будетъ, что онъ прежде всего можетъ

быть хранителемъ, то придется ст. 629 перенести въ отдѣленіе четвертое „храненіе арестованнаго имущества“; 630 подлежитъ исключенію, какъ ссылочная; ст. 631—640 должны быть перенесена въ ст. 1078 и слѣд., гдѣ на нихъ и сдѣлана ссылка; что же касается изъятій, означенныхъ въ п.п. 1 и 2 ст. 1078, то или они или ст. 631 и 632 должны быть обращены въ общее правило; наконецъ, ст. 641—652[3] подлежатъ исключенію, по соображеніямъ выше изложеннымъ.

Какъ видно изъ разсужденій составителей Устава, наши правила объ обезпеченіи исковъ выросли на совершенно самостоятельной почвѣ, на почвѣ тѣхъ охранительныхъ мѣръ, какія допускались дореформеннымъ законодательствомъ при спорахъ о куплѣ-продажѣ, духовныхъ завѣщаніяхъ и др.; созданъ былъ общій институтъ примѣнительно ко всякаго рода искамъ, при самомъ незамѣтномъ вліяніи на законодателя стародавняго западно-европейскаго института, арестнаго процесса, какъ особой формы обезпеченія взысканія. Не касаясь любопытной исторіи этого процесса, замѣтимъ лишь, что въ настоящее время, принявъ своеобразную форму во Франціи, въ видѣ процесса съ провизорнымъ, временнымъ рѣшеніемъ дѣла по существу лишь съ цѣлью принять мѣры обезпеченія (référés)—процессъ этотъ весьма раціонально построенъ и обстоятельно нормированъ германскимъ уставомъ и затѣмъ съ нѣкоторыми лишь незначительными измѣненіями перешелъ и въ австрійскій законъ о взысканіяхъ и обезпеченіяхъ 27 мая 1896 года. Какъ-бы, повидимому, ни представлялось цѣлесообразнымъ и желательнымъ заимствованіе правилъ арестнаго процесса во всѣхъ его деталяхъ, мы полагаемъ, что, въ виду связанной съ тѣмъ рѣшительной ломки правилъ Устава, въ этомъ никакой надобности нѣтъ; достаточно внести въ наше частное производство объ обезпеченіи исковъ нѣкоторыя весьма разумныя и практичныя правила арестнаго процесса и исправить существующія правила сообразно указаніямъ теоріи и практики.

592. Обезпеченіе исковъ допускается или во время производства дѣла, доколѣ не послѣдовало рѣшенія по существу, или до предъявленія иска, хотя бы самое право на искъ еще не возникло; въ послѣднемъ случаѣ обезпеченіе не допускается, если возникновеніе права на искъ находится въ зависимости отъ обстоятельства, наступленіе или ненаступленіе коего представляется неизвѣстнымъ, или отъ срока, до истеченія коего осталось болѣе шести мѣсяцевъ.

Коренной недостатокъ нашихъ законовъ объ обезпеченіи исковъ заключается въ томъ, что по общему правилу допускается лишь обезпеченіе предъявленнаго иска. На этотъ недостатокъ имѣется весьма много указаній въ нашей литературѣ; устраненіе его настоятельно требуется самою дѣйствительностью, и надо только удивляться, почему составители Устава, совершенно основательно доказавшіе, что институтъ обезпеченія исковъ имѣетъ именно у насъ, при неизбѣжной медленности процесса, вызываемой громадными разстояніями, чрезвычайно важное значеніе, ограничили примѣненіе этой мѣры лишь предъявленными исками. Западныя законодательства допускаютъ обезпеченіе еще непредъявленныхъ исковъ. Распространяться далѣе объ этомъ вопросѣ, кажется, нѣтъ надобности—указанное разрѣшеніе его проникло въ общее сознаніе нашихъ юристовъ. Сомнительной можетъ представиться лишь необходимость и цѣлесообразность обезпеченія въ тѣхъ случаяхъ, когда самое право на искъ еще не возникло. Конечно, общее правило о возможности обезпеченія исковъ въ этихъ случаяхъ, было бы нераціонально, но при наличности тѣхъ двухъ ограниченій, на которыя указано въ статьѣ, точнѣе, въ тѣхъ случаяхъ, которые остаются за предѣлами этихъ ограниченій, возможность обезпеченія и желательна и цѣлесообразна. Обратимся къ этимъ ограниченіямъ.

Первое ограниченіе касается правъ, основанныхъ на актахъ, въ которые включено суспензивное, отлагательное условіе. Хотя ни въ одномъ изъ современныхъ законодательствъ прямого указанія на подобное ограниченіе не имѣется, тѣмъ не менѣе этотъ выводъ можетъ быть сдѣланъ изъ смысла законовъ (герм. уст., § 796, австр. зак. 27 мая 1896 г., § 378), говорящихъ объ обезпеченіи Anspruch'а въ смыслѣ притязанія, уже существующаго, хотя и не могущаго быть еще осуществленнымъ въ виду отсутствія правонарушенія, но во всякомъ случаѣ не сомнительнаго по неизвѣстности, наступитъ ли данное обстоятельство или нѣтъ; напр., кредиторъ по займу до наступленія срока имѣетъ къ должнику притязаніе; осуществить его онъ не можетъ, ибо неизвѣстно, окажется ли должникъ неисправнымъ или нѣтъ, но сомнительнаго въ наступленіи добровольнаго или судебнаго его осуществленія ничего нѣтъ—данный срокъ непремѣнно наступитъ. Но Anspruch'омъ нельзя назвать требованіе кредитора по суспензивно-условному акту, напр., по акту, въ силу котораго кредиторъ имѣетъ право на извѣстную сумму, если должникъ откроетъ на данной улицѣ такое же торговое заведеніе, какое принадлежитъ кредитору. Съ другой стороны, германскій уставъ

и австрійскій законъ говорятъ, что мѣры обезпеченія могутъ быть принимаемы, хотя-бы Anspruch и былъ срочный—„betagt“; если бы они допускали возможность обезпеченія и суспензивно-условнаго права, то къ слову „betagt“ было бы прибавлено „und bedingt“, что̀, однако, конечно, намѣренно не было сдѣлано. Все это даетъ основаніе выводу, что по упомянутымъ законамъ можно требовать обезпеченія правъ, еще не пріобрѣвшихъ исковой силы, но такъ какъ такія права могутъ быть или суспензивно-условныя, или суспензивно-срочныя, а обезпеченіе прямо допускается относительно послѣднихъ, то относительно первыхъ оно допущено быть не можетъ. Въ современной германской литературѣ, однако, существуетъ разногласіе по послѣднему положенію. Одни ученые (Hellmann, Lehrb., стр., 945) прямо не допускаютъ принятія обезпечительныхъ мѣръ pendente conditione, другіе же (Schelling, Lehrb., стр. 422) допускаютъ, если данный матеріально-правовой кодексъ признаетъ, что суспензивно-условныя права суть права, юридически уже существующія. Не входя въ оцѣнку этого послѣдняго мнѣнія, достаточно сказать, что, допустивъ даже правильность его, мы, стоя на почвѣ нашего матеріальнаго права, не можемъ признать допустимости обезпеченія исковъ объ условно-суспензивныхъ правахъ. И дѣйствительно, допустить обезпеченіе иска, такую стѣснительную для отвѣтчика мѣру, когда самое право на искъ является гадательнымъ, сомнительнымъ, было бы безжалостно по отношенію къ отвѣтчику и во многихъ случаяхъ равносильно его разоренію. Быть можетъ, пройдутъ десятки лѣтъ періода pendente conditione, а по истеченіи ихъ можетъ оказаться, что conditio deficit,—а за весь этотъ періодъ, закончившійся ничѣмъ, имущество отвѣтчика будетъ находиться подъ запрещеніемъ или арестомъ. Подобными же соображеніями объясняется и второе ограниченіе. Едва-ли было бы цѣлесообразно допускать обезпеченіе иска по праву, срокъ осуществленія коего имѣетъ наступить черезъ нѣсколько лѣтъ. Законодательства, допускающія обезпеченіе исковъ по срочнымъ правамъ до наступленія срока, вмѣстѣ съ тѣмъ постановляютъ, что вообще при принятіи обезпечительныхъ мѣръ по иску, еще не предъявленному, должно назначить срокъ для предъявленія его, угрожая истцу, въ случаѣ неисполненія этого приказа суда, отмѣною обезпечительной мѣры (герм. у. § 806, австр. у. § 391). Конечно, это правило съ перваго взгляда какъ-бы гарантируетъ отвѣтчика отъ продолжительнаго испытанія тягостей, связанныхъ съ обезпеченіемъ иска; но при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что это не совсѣмъ такъ, когда до срока обязательства остается много вре-

мени. Если срокъ обязательства имѣетъ наступить, скажемъ, черезъ два года, то судья нисколько не нарушитъ закона, предписавъ истцу предъявить искъ черезъ два года и два дня. Положеніе отвѣтчика, терпящаго обезпечительную мѣру, отъ этого нисколько не улучшится. Съ другой стороны, эти законодательства постановляютъ, что мѣры обезпеченія иска принимаются на страхъ и рискъ истца, и, слѣдовательно, въ случаѣ проигрыша процесса, онъ обязанъ уплатить отвѣтчику всѣ убытки, которые причинены обезпеченіемъ, сколько бы времени данная мѣра ни тяготѣла надъ имуществомъ отвѣтчика. Въ виду этого, казалось бы, сколько бы времени ни осталось до возникновенія права на обезпеченный искъ, интересъ отвѣтчика достаточно охраненъ. Это неправильное разсужденіе. Прежде всего, рѣдко процессъ объ убыткахъ, въ случаѣ благопріятнаго для пострадавшаго исхода, приводитъ къ полному погашенію всего убытка, да и убытокъ иногда не поддается точному исчисленію. А если отвѣтчикъ проиграетъ дѣло объ обезпеченномъ искѣ? Въ этомъ случаѣ не только некому возмѣстить убытокъ, причиненный обезпеченіемъ, но придется, напр., исполнить обязательство съ значительной надбавкой (сумма убытка); и эта надбавка быть можетъ окажется совершенно несправедливою: мѣра обезпеченія быть можетъ была принята по неосновательному подозрѣнію отвѣтчика въ возможности растраты имущества. Въ виду этихъ соображеній мы предложили бы болѣе цѣлесообразное охраненіе интереса отвѣтчика, страдающаго отъ продолжительной мѣры обезпеченія: опредѣлить въ законѣ срокъ (полугодовой), какъ maximum времени отъ подачи просьбы объ обезпеченіи до возникновенія права на искъ. Вотъ тѣ два ограниченія, при которыхъ можно допустить обезпеченіе исковъ до возникновенія права на искъ. Допуская обезпеченіе при послѣднемъ условіи, хотя и съ двумя ограниченіями, законъ предотвратитъ массу случаевъ сокрытія, растратъ и отчужденія in fraudem creditorum имущества со стороны недобросовѣстныхъ должниковъ.

593. Обезпеченіе допускается только по искамъ, опредѣленнымъ извѣстною суммою.

Ст. 593 Уст. гражд. суд.

594. Обезпеченіе допускается только въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ представляется достовѣрнымъ и когда необезпеченіе его можетъ лишить истца возможности получить удовлетвореніе. При отсутствіи того или другого изъ

этихъ условій, а также, когда обезпеченіе можетъ повлечь за собою несоразмѣрные убытки для отвѣтчика, обезпеченіе иска допускается, если истецъ представитъ въ обезпеченіе убытковъ соотвѣтствующую сумму денегъ.

Первая половина статьи—ст. 591 Уст. гражд. суд., съ нѣкоторыми лишь измѣненіями, какъ въ редакціи, такъ и по существу. Не останавливаясь на первыхъ, скажемъ нѣсколько словъ о послѣднихъ. Ст. 591 требуетъ наличности обоихъ условій обезпеченія, въ ней указанныхъ, лишь въ томъ случаѣ, когда истецъ проситъ объ обезпеченіи иска въ самомъ началѣ процесса „при самомъ предъявленіи иска". Отсюда выводъ, что соблюденіе этихъ условій не требуется, если истецъ проситъ объ обезпеченіи во время дальнѣйшаго производства, т.-е. судъ обязанъ обезпечить искъ, не входя въ обсужденіе „достовѣрности" и „опасности". Это положеніе, вѣрное какъ выводъ, само по себѣ несостоятельно. Характеръ и свойство обезпеченія иска не измѣняются отъ того, въ какой моментъ процесса истецъ будетъ просить о принятіи обезпечительной мѣры. Какъ принудительная мѣра, исходящая отъ органа власти, она должна быть взвѣшена судомъ со стороны своей цѣлесообразности, какъ мѣра тягостная для отвѣтчика, она можетъ быть принята лишь въ случаѣ ея необходимости. Ни одно законодательство такого общаго положенія не выставляетъ, а напротивъ безотносительно къ моменту процесса требуютъ и достовѣрности притязанія, и опасенія истца лишиться удовлетворенія (герм. у. §§ 796, 800, австр. у. §§ 379, 390). Вторая часть статьи ограничиваетъ примѣненіе первой. Въ ней указано, что при представленіи истцомъ обезпеченія, просьба его объ обезпеченіи иска должна быть уважена, невзирая на недостовѣрность иска и на отсутствіе опасеній истца—съ одной стороны, а съ другой—при возможности причиненія обезпеченіемъ несоразмѣрныхъ убытковъ. Это правило допускаетъ три главнѣйшія комбинаціи: а) искъ недостовѣренъ, но есть опасность, что кредиторъ не получитъ удовлетворенія; б) искъ достовѣренъ, но опасенія истца неосновательны; в) искъ достовѣренъ, опасенія основательны, но отвѣтчику грозитъ чрезмѣрный убытокъ. Послѣдніе два случая можно соединить въ одинъ: искъ достовѣренъ, но или опасенія истца неосновательны, или отвѣтчику грозятъ несоразмѣрные убытки. Во всѣхъ этихъ случаяхъ допускается обезпеченіе иска лишь подъ условіемъ представленія обезпеченія убытковъ со стороны истца. I.

Мысль объ обезпеченіи иска и при недостовѣрности его выражена въ § 801 герм. уст. и § 390 австр. зак.; насколько подобное правило окажется практически цѣлесообразнымъ—вопросъ будущаго; но въ пользу его съ одной стороны говоритъ то, что оно перешло въ современные уставы изъ старыхъ германскихъ уставовъ (Прусскаго, Баденскаго, Вюртембергскаго, Ганноверскаго и др.) и если бы обнаружило свою негодность, то не было бы и сохранено; съ другой стороны подобное обезпеченіе (cautio de restituendo) признано и нашимъ Уставомъ при предварительномъ исполненіи (ст. 738). Въ основаніи обезпеченія и недостовѣрнаго иска при представленіи истцомъ обезпеченія лежитъ вѣрная мысль: разъ истецъ убѣжденъ въ основательности своего иска, но въ данный моментъ не можетъ убѣдить въ этомъ судъ, ему должно быть дано такое средство, при помощи котораго онъ могъ бы достигнуть своей цѣли безъ риска причинить отвѣтчику ущербъ; а это можетъ быть достигнуто представленіемъ обезпеченія въ видѣ извѣстной денежной суммы. II. Что касается иска достовѣрнаго, то, согласно правилу проектируемой статьи, нельзя требовать его обезпеченія безъ представленія истцомъ обезпеченія убытковъ, если истцу грозитъ опасность не получить удовлетворенія или отвѣтчику грозятъ чрезмѣрные убытки. Подобное правило имѣется и въ германскомъ (§ 801), и въ австрійскомъ (§ 390) законѣ, но тамъ суду предоставляется, по его усмотрѣнію, потребовать отъ истца, просящаго объ обезпеченіи своего, хотя-бы достовѣрнаго иска, обезпеченія убытковъ. Мы полагаемъ, что цѣлесообразнѣе было бы, чтобы это судейское усмотрѣніе было устранено и были точно указаны условія, при которыхъ судъ можетъ потребовать отъ истца обезпеченія убытковъ, прежде чѣмъ удовлетворить его просьбу объ обезпеченіи иска. Неизвѣстно, почему составители германскаго устава ввели сюда усмотрѣніе суда: изъ ихъ разсужденій именно вытекаетъ, что слѣдуетъ указать на упомянутыя условія. Они говорятъ, что „истребованіе отъ истца обезпеченія убытковъ и по достовѣрному иску приведетъ къ предотвращенію невыгодныхъ послѣдствій преувеличенныхъ опасеній и подозрѣній, а въ сомнительныхъ случаяхъ, въ коихъ арестъ угрожаетъ причинить несоразмѣрные убытки,—къ охраненію интересовъ отвѣтчика“. Эти основательныя соображенія должны были привести къ тому, чтобы въ законѣ было сказано, что обезпеченіе достовѣрности при „опасности и убыточности“ возможно лишь при представленіи истцомъ обезпеченія убытковъ. Въ предлагаемомъ правилѣ мысль эта хотя и не такъ выражена, но вытекаетъ изъ его содержанія.

595. Въ обезпеченіи иска не можетъ быть отказано, когда истецъ предъявляетъ требованіе, основанное на векселѣ или долговомъ обязательствѣ нотаріальномъ или засвидѣтельствованномъ крѣпостнымъ или явочнымъ порядкомъ.

Эта статья 595 Уст. гражд. суд. съ тѣмъ лишь измѣненіемъ, что не придается значенія моменту предъявленія акта: обязательность обезпеченія тутъ обусловлена тѣмъ, чтобы истецъ просилъ объ обезпеченіи при самомъ предъявленіи акта. По соображеніямъ выше изложеннымъ (стр. 359) моментъ подачи просьбы объ обезпеченіи иска никакого значенія имѣть не можетъ.

596. Въ тѣхъ случаяхъ, когда по правиламъ сего Устава одна сторона имѣетъ право требовать отъ другой обезпеченія будущаго иска (ст. 571, п. 5, 583), статьи 592 и 594 не примѣняются.

Спеціально указанные въ законѣ случаи, когда сторонѣ дается право просить объ „обезпеченіи", объ „обезпеченіи убытковъ" и т. п., хотя и являются случаями обезпеченія будущихъ исковъ, но къ нимъ нѣтъ надобности примѣнять всѣ общія условія обезпеченія исковъ, ибо они имѣютъ свои условія допустимости для каждаго случая, въ законѣ указаннаго.

597. Въ случаѣ отказа въ обезпеченіи до предъявленія иска или въ началѣ дѣла, истецъ имѣетъ право вновь просить объ этомъ при дальнѣйшемъ производствѣ.

Это ст. 592 Уст. гражд. суд., измѣненная лишь добавленіемъ, необходимымъ въ виду возможности просить объ обезпеченіи до предъявленія иска.

598. Прошеніе объ обезпеченіи иска уже предъявленнаго подается по желанію истца или въ судъ, въ которомъ производится дѣло, или въ судъ, въ округѣ коего находится имущество, которымъ искъ долженъ быть обезпеченъ, по иску же еще не предъявленному прошеніе подается по желанію истца или въ судъ, въ округѣ коего находится имущество, которымъ искъ долженъ быть обезпеченъ, или въ судъ, въ округѣ коего отвѣтчикъ имѣетъ постоянное жительство.

По общему смыслу Уст. гражд. суд. просьбы объ обезпеченіи исковъ принимаются и разрѣшаются тѣмъ судомъ, въ который искъ предъявленъ. Это основаніе подсудности установлено по разумнымъ соображеніямъ: суду, въ которомъ разсматривается дѣло, всего удобнѣе разрѣшить и просьбу объ обезпеченіи иска; ему всего лучше рѣшить самый существенный въ дѣлахъ объ обезпеченіи вопросъ о достовѣрности иска. Но имѣются достаточно вѣскія причины допустить примѣненіе и другихъ основаній подсудности, и именно forum aresti, мѣсто нахожденія имущества, подлежащаго аресту или запрещенію. Арестъ имущества всего удобнѣе, а въ иныхъ случаяхъ только и можетъ быть произведенъ судомъ мѣста нахожденія арестованнаго имущества. Это соображеніе и имѣлось въ виду при составленіи статьи 938 Уст. гражд. суд., допускающей исполненіе рѣшеній судомъ, не только рѣшившимъ дѣло, но и судомъ по мѣсту нахожденія имущества, подлежащаго взысканію. То же самое, мы полагаемъ, цѣлесообразно примѣнить и къ обезпеченію иска, при чемъ право выбора того или другого суда должно быть предоставлено истцу, и если истецъ подалъ просьбу, то отвѣтчикъ не имѣетъ права предъявить отводъ; желаніе истца имѣетъ рѣшающее значеніе, и предъявленіе отводовъ, не принося никакой пользы, только затягивало бы процессъ. Иногда истцу необходимо немедленно принять мѣру обезпеченія, и цѣль его можетъ быть достигнута лишь благодаря обращенію къ ближайшему, мѣстному суду; ждать, пока отвѣтчикъ рѣшитъ, предъявить ли ему отводъ или не предъявлять, некогда. Что касается исковъ еще не предъявленныхъ, т.-е. второй части статьи, то допустить предъявленіе ихъ, по аналогіи, суду, гдѣ дѣло будетъ производиться, суду, коему будущій искъ подсуденъ—едва-ли удобно. Съ одной стороны, это затянуло бы производство возбужденіемъ споровъ и сомнѣній по вопросу о будущей подсудности, съ другой—къ случаямъ, когда искъ еще не предъявленъ, не можетъ быть примѣнимо соображеніе, по коему допускается предъявленіе просьбы объ обезпеченіи предъявленнаго иска; суду, въ которомъ дѣло уже производится, лучше, сказали мы, рѣшить вопросъ объ основательности иска, а между тѣмъ судъ, куда искъ еще только будетъ предъявленъ, не имѣетъ этого преимущества, ему еще дѣло не знакомо. Второе основаніе подсудности, по которому можетъ быть предъявлена просьба объ обезпеченіи,—мѣсто нахожденія имущества, коимъ искъ долженъ быть обезпеченъ, сохраняетъ свое значеніе и по отношенію къ искамъ еще не предъявленнымъ. Рядомъ съ нимъ должно быть признано таковымъ основаніемъ

мѣсто постояннаго жительства отвѣтчика. Оно имѣетъ здѣсь очень важное значеніе. Не говоря уже о томъ, что оно весьма удобно для отвѣтчика, оно облегчаетъ ему возможность пользоваться правомъ подачи отзыва на заочныя опредѣленія суда (объ этомъ ниже), правомъ, которое безъ того, по словамъ проф. Клейна, станетъ „entweder ganz werthlos, oder doch von beschrenktester Brauchbarkeit". Предложенныя нами правила подсудности просьбъ объ обезпеченіи иска нѣсколько отличаются отъ правилъ германскаго устава и австрійскаго закона. Германскій уставъ выставляетъ общее правило для исковъ, предъявленныхъ и не предъявленныхъ, говоря, что просьбы эти подаются суду, гдѣ дѣло производится, и по мѣсту нахожденія арестованнаго имущества (§ 790). Естественно, это правило вполнѣ примѣнимо лишь къ случаямъ, когда искъ уже предъявленъ, если же онъ еще не предъявленъ, то первое изъ этихъ основаній не можетъ быть примѣнено, ибо дѣло еще не производится, и остается примѣнить лишь одно второе основаніе, т.-е. мѣсто нахожденія имущества; это недостаточно, ибо, по упомянутому соображенію проф. Клейна, желательно примѣненіе и другого основанія:— мѣста жительства отвѣтчика. По австрійскому закону 1896 г. дѣлается различіе между случаями, когда искъ предъявленъ, и когда онъ не предъявленъ; въ первомъ случаѣ просьба подается суду, разсматривающему дѣло, во второмъ—суду мѣста постояннаго жительства отвѣтчика, а при неимѣніи такового, суду мѣста нахожденія арестованнаго имущества (§ 387). Въ виду изложенныхъ выше соображеній, едва-ли основательно въ первомъ случаѣ совершенно исключать судъ мѣста нахожденія имущества, а во второмъ—придавать ему субсидіарное значеніе; едва-ли основательно игнорировать интересъ истца, для котораго иногда все благосостояніе зависитъ отъ немедленнаго обезпеченія иска; а благодаря необходимости обратиться въ судъ мѣста жительства или мѣста разсмотрѣнія главнаго дѣла, онъ можетъ остаться съ однимъ исполнительнымъ листомъ въ рукахъ.

599. Какъ предъявленіе отвода по неподсудности самого дѣла (ст. 571) суду, коему подано прошеніе объ обезпеченіи иска, такъ и опредѣленіе суда о принятіи сего отвода въ уваженіе не препятствуютъ продолженію производства по прошенію объ обезпеченіи иска въ томъ судѣ, куда оно подано.

Эта статья касается не столько обезпеченія исковъ, сколько отводовъ о подсудности; только соображенія систематики заставляютъ помѣстить ее здѣсь. Мотивъ ея тотъ же, что̀ и ст. 574: положить конецъ злоупотребленіямъ отвѣтчиковъ отводами о подсудности. Отвѣтчикъ, конечно, можетъ предъявить отводъ по неподсудности просьбы объ обезпеченіи иска, если просьба эта подана по основанію, въ законѣ не указанному, можетъ и предъявить отводъ по неподсудности главнаго иска; первый, конечно, можетъ влечь за собой непринятіе или отмѣну принятой мѣры обезпеченія, второй можетъ влечь за собой прекращеніе дѣла, но отвѣтчику нечего разсчитывать на то, что отводомъ о подсудности иска онъ отведетъ судъ отъ принятія обезпечительной мѣры. Не отрицаю, что отвѣтчикъ можетъ имѣть извѣстный интересъ въ переводѣ дѣла въ надлежащій судъ, но чтобы можно было этому интересу принести въ жертву интересъ истца, связанный съ обезпечительною мѣрою, интересъ болѣе серьезный, чѣмъ интересъ отвѣтчика, этого нельзя утверждать. Отмѣна обезпечительной мѣры изъ-за неважнаго интереса отвѣтчика можетъ повлечь за собою для истца весьма важныя и тяжелыя послѣдствія.

600. Прошеніе объ обезпеченіи иска должно содержать въ себѣ свѣдѣнія объ обстоятельствахъ, означенныхъ въ статьяхъ 592—598, общее описаніе и обозначеніе мѣста нахожденія имущества, коимъ искъ долженъ быть обезпеченъ, и указаніе на избранный истцомъ способъ обезпеченія иска.

Первая часть статьи вызвана необходимостью для суда имѣть рядъ данныхъ, по которымъ онъ могъ бы составить себѣ представленіе о допустимости обезпеченія иска въ данномъ случаѣ и о подсудности ему просьбы объ этомъ обезпеченіи, въ остальныхъ частяхъ статья даетъ обобщеніе ст. 605 и 626 и воспроизводитъ ст. 603 Уст. гражд. суд.

601. Дѣла объ обезпеченіи исковъ разрѣшаются единоличною властью предсѣдателя суда, а въ случаяхъ, не терпящихъ отлагательства, участковымъ судьею, въ участкѣ коего находится движимое имущество, коимъ искъ долженъ быть обезпеченъ.

По вопросу о составѣ суда, разрѣшающаго дѣла объ обезпечительномъ арестѣ, сложились двѣ системы—французская и

нѣмецкая; первая—за единоличное разрѣшеніе просьбъ объ обезпеченіи предсѣдателемъ суда, вторая—наоборотъ, за коллегіальное ихъ разрѣшеніе, при чемъ въ Австріи, какъ и у насъ, лишь въ случаяхъ, нетерпящихъ отлагательствъ, и предсѣдатель можетъ распорядиться принятіемъ обезпечительной мѣры. Несомнѣнное предпочтеніе должно быть отдано первой системѣ, потому что, во-1-хъ, существо коллегіальнаго начала вовсе не требуетъ, чтобы его примѣнять къ дѣламъ подобнымъ обезпеченію исковъ; мы понимаемъ коллегіальное начало, какъ средство, обезпечивающее правильное разрѣшеніе трудныхъ юридическихъ вопросовъ и гарантирующихъ безпристрастное отношеніе суда къ дѣлу; при обезпеченіи же иска обыкновенно никакихъ трудныхъ юридическихъ вопросовъ не возникаетъ, что же касается безпристрастія, то оно достаточно гарантируется правомъ обжалованія, которое должно быть построено на раціональныхъ основахъ. Во-2-хъ, примѣненіе коллегіальнаго начала къ дѣламъ объ обезпеченіи иска приведетъ именно къ тому явленію, которое столь нежелательно въ дѣлахъ подобнаго рода,—къ медленности производства: пока соберется судъ, пока будутъ выполнены всѣ формальности коллегіальнаго засѣданія, можетъ пройти столько времени, что самая мѣра окажется уже ненужною. Громадное большинство случаевъ, когда мѣра эта должна быть принята, суть случаи „не терпящіе отлагательствъ“. Австрійское и наше законодательства только въ этихъ случаяхъ предоставляютъ единоличной власти предсѣдателя принятіе обезпечительныхъ мѣръ. Это едва-ли цѣлесообразно; безотлагательность данной мѣры очень трудно удостовѣрить передъ судомъ, иногда она чувствуется истцомъ какъ бы инстинктивно, и онъ самъ не можетъ себѣ ясно представить степень основательности своихъ опасеній на счетъ возможнаго исчезновенія имущества отвѣтчика. Если случаи обращенія къ единоличной власти предсѣдателя сравнительно рѣдки, то это не потому, что рѣдки случаи безотлагательности, а потому, что истцы сомнѣваются въ возможности убѣдить въ этомъ предсѣдателя. Что касается предоставленія участковымъ судьямъ разрѣшать просьбы объ обезпеченіи, то это необходимо въ интересахъ истца, желающаго добиться немедленнаго принятія мѣръ обезпеченія въ видѣ ареста движимаго имущества, находящагося въ участкѣ этого судьи. Случаи, когда въ этомъ сказывается надобность, и въ настоящее время часты и вопіющи: на глазахъ истца увозится имущество, могущее быть единственнымъ предметомъ обезпеченія иска; увозится оно безпрепятственно, такъ какъ мѣстный судъ не въ правѣ помочь истцу, а пока до-

ѣдешь до суда, коему дѣло подсудно, имущество исчезнетъ безслѣдно. Понятно само собой, что въ этихъ случаяхъ участковый судья долженъ дѣйствовать на правахъ предсѣдателя и что опредѣленіе его должно имѣть силу и значеніе опредѣленія предсѣдателя окружнаго суда. Наконецъ, противъ такого расширенія компетенціи участковыхъ судей едва-ли основательно возраженіе, что этимъ рѣшительно нарушаются правила подсудности. Возраженіе это падаетъ въ виду соображеній, изложенныхъ по поводу ст. 599, вообще сохраняющей и за некомпетентнымъ судомъ право разрѣшать просьбы объ обезпеченіи исковъ. Неосновательно также возраженіе, что мы, видя недостатки австрійскаго и нашего закона въ томъ, что они предоставляютъ принятіе обезпечительныхъ мѣръ единолично предсѣдателямъ лишь въ случаяхъ, нетерпящихъ отлагательствъ, сами признаемъ компетентность участковыхъ судей именно только въ этихъ случаяхъ. Противорѣчія въ этомъ нѣтъ, ибо случаи, когда придется обратиться къ участковымъ судьямъ, должны остаться исключительными, и только въ дѣйствительно крайнихъ случаяхъ, по рѣзкости и очевидности своей не допускающихъ сомнѣнія въ неотложности обезпечительныхъ мѣръ, можетъ быть допущено вмѣшательство участковыхъ судей. Между тѣмъ обращеніе къ предсѣдателю должно быть явленіемъ не исключительнымъ, а общимъ, чѣмъ оно не могло стать въ виду трудности удостовѣрить неотложность.

602. Дѣла объ обезпеченіи иска разрѣшаются безъ вызова противной стороны, развѣ бы вызовъ, по обстоятельствамъ, былъ признанъ необходимымъ.

См. объяснительныя замѣчанія къ ст. 614—617.

603. Если прошеніе объ обезпеченіи подано до предъявленія иска, то, по принятіи просьбы въ уваженіе, истцу назначается семидневный срокъ, въ теченіе коего искъ долженъ быть имъ предъявленъ. Срокъ этотъ исчисляется: если самое право на искъ еще не возникло, со времени возникновенія его, въ противномъ случаѣ,—со времени постановленія опредѣленія объ обезпеченіи. Въ случаѣ непредъявленія иска въ означенный срокъ, отвѣтчикъ имѣетъ право просить объ отмѣнѣ обезпеченія.

Правило, подобное предлагаемому (о значеніи его мы упоминали выше на стр. 360—361), имѣется и въ германскомъ уставѣ и

въ австрійскомъ законѣ, но между нимъ и послѣдними есть и существенное различіе. Во-1-хъ, въ томъ и другомъ кодексѣ замѣчается редакціонный пробѣлъ: не сказано, что срокъ для предъявленія иска полагается лишь въ случаѣ принятія въ уваженіе просьбы объ обезпеченіи; хотя это понимается само собою, но буквальный смыслъ правила остается неяснымъ. Во-2-хъ, ни въ томъ, ни въ другомъ срокъ, къ которому искъ долженъ быть предъявленъ, закономъ не опредѣленъ; это можетъ породить большія затрудненія для суда—у него нѣтъ рѣшительно никакихъ данныхъ для опредѣленія продолжительности этого срока; въ практическомъ результатѣ можетъ получиться крайній произволъ, а между тѣмъ обезпеченіе иска чрезвычайно тягостная мѣра для отвѣтчика и тутъ никакого произвола допущено быть не должно. То соображеніе, по которому составители германскаго устава воздержались отъ установленія законнаго срока, едва-ли убѣдительно. По ихъ мнѣнію, въ большинствѣ случаевъ обезпеченія иска, еще не предъявленнаго, должникъ, въ виду ареста, лежащаго на его имуществѣ, не доведетъ до предъявленія иска, а произведетъ уплату. Это соображеніе рѣшительно ни на чемъ не основано; если бы должники дѣйствительно боялись ареста и только изъ страха наложенія его производили уплату, то они не доводили бы кредиторовъ до необходимости арестованія имущества и предупреждали бы это досрочной уплатой, чего они, кажется, не дѣлаютъ по той простой причинѣ, что именно въ большинствѣ случаевъ не исправны, не въ силу нежеланія, а въ силу невозможности уплатить долгъ въ срокъ. Предлагаемый недѣльный срокъ вполнѣ достаточенъ; если право на искъ уже возникло, то за недѣлю истецъ успѣетъ собрать всѣ данныя, необходимыя для предъявленія иска, если же право на искъ еще не возникло, то въ худшемъ случаѣ въ распоряженіи истца тѣ же семь дней, а въ лучшемъ еще больше времени. Въ-3-хъ, редакція постановленій германскаго (§ 806) и австрійскаго (§ 391) законовъ по занимающему насъ вопросу такова, что даетъ основаніе заключить, что по первому судомъ долженъ быть назначенъ срокъ предъявленія иска лишь въ томъ случаѣ, когда право на искъ уже возникло (ist die Hauptsache nicht anhängig), и по второму, наоборотъ, — лишь въ томъ случаѣ, когда право на искъ еще не возникло (vor Eintritt der Fälligkeit). Конечно, путемъ толкованія эти односторонности могутъ быть устранены: если законъ въ одномъ изъ указанныхъ случаевъ предписываетъ суду назначить срокъ предъявленія иска, то судъ не нарушитъ закона, если назначитъ срокъ и въ другомъ изъ этихъ случаевъ. Мы

полагаемъ, что нѣтъ вовсе надобности возлагать какія-либо надежды на толкованіе и намѣренно допускать односторонности и пробѣлы въ законѣ; во избѣжаніе возможныхъ недоразумѣній и разнорѣчій въ толкованіи, лучше прямо указать въ законѣ срокъ для обоихъ упомянутыхъ случаевъ. Что касается второй части статьи, то она вызвана логическою необходимостью—это санкція первой части; безъ нея послѣдняя не имѣла бы практическаго значенія; льгота, установленная въ пользу будущаго истца, должна быть поставлена въ извѣстные предѣлы, дабы не усугублять тяжкаго положенія отвѣтчика.

604. Иски обезпечиваются наложеніемъ запрещенія на недвижимое имущество и арестомъ движимости. При наложеніи запрещенія или ареста примѣняются правила, изложенныя въ раздѣлѣ пятомъ объ исполненіи судебныхъ рѣшеній.

Это—ст. 602 Уст. гражд. суд., измѣненная соотвѣтственно соображеніямъ, выше изложеннымъ: „и поручительствомъ“ исключено, о подпискѣ о невыѣздѣ не упомянуто и сдѣлана ссылка на примѣненіе къ обезпеченію исковъ правилъ объ исполненіи рѣшеній (стр. 303—304).

605. Движимое имущество можетъ быть подвергнуто аресту по требованію истца, хотя-бы у отвѣтчика было и недвижимое имѣніе.

606. Искъ можетъ быть обезпеченъ, по соразмѣрности его, не только однимъ, но и обоими способами, указанными въ ст. 605.

Ст. 607 и 608 Уст. гражд. суд.

607. По искамъ о движимомъ или недвижимомъ имуществѣ обезпеченіе должно состоять въ наложеніи запрещенія или ареста на это имущество.

Это—ст. 609 Уст. гражд. суд. съ двумя измѣненіями: одно—редакціонное—слова „когда искъ имѣетъ своимъ предметомъ“ замѣнены „по искамъ о“ и т. д., другое—по существу: допущено примѣненіе ст. 609 къ искамъ о вещныхъ правахъ вообще, а не только о правѣ собственности. Имѣя въ виду цѣль

ст. 609, т.-е. чтобы отвѣтчикъ не выпустилъ изъ своихъ рукъ данное имущество, надлежитъ установить общее правило, такъ какъ указанная цѣль имѣетъ значеніе не только въ спорахъ о правѣ собственности, но и во всѣхъ спорахъ о вещномъ правѣ. Не раздѣляя мнѣнія Сената (р. 1878 г., № 269 по д. Бибикова и Голубевичъ) и нѣкоторыхъ изъ нашихъ процессуалистовъ (Анненковъ, т. 3, ст. 134), что изъ смысла 609 ст. можно сдѣлать выводъ, что она распространяется на споры о вещныхъ правахъ вообще, мы полагаемъ, что именно такое, новое, правило слѣдуетъ внести въ Уставъ.

608. Имущество, указанное для обезпеченія иска въ самомъ договорѣ, на коемъ искъ основанъ, принимается обезпеченіемъ преимущественно передъ всякимъ другимъ. Истецъ можетъ требовать другого или дополнительнаго обезпеченія въ томъ лишь случаѣ, когда условленнаго имущества или части его не оказалось въ наличности.
Ст. 612 Уст. гражд. суд.

609. Просьба отвѣтчика о замѣнѣ одного обезпеченія другимъ можетъ быть удовлетворена лишь въ томъ случаѣ, когда онъ удостовѣритъ, что предлагаемая имъ мѣра обезпеченія вполнѣ соотвѣтствуетъ прежней и оставленіе въ силѣ прежней мѣры повело бы къ напрасному его стѣсненію.

Это упрощенная редакція ст. 613 и 614 Уст. гражд. суд. Повидимому, разница между этими статьями и предлагаемой заключается въ томъ, что по Уставу замѣна допускается безъ судебной провѣрки при согласіи, т.-е. отсутствіи спора со стороны истца и только при наличности послѣдняго примѣняется ст. 614, въ предлагаемой же статьѣ сразу судъ рѣшаетъ вопросъ о замѣнѣ. Это различіе лишь кажущееся, ибо по нашему проекту отвѣтчикъ можетъ требовать замѣны, если удостовѣритъ согласіе на то истца; воля истца при выборѣ мѣръ обезпеченія имѣетъ рѣшающее значеніе въ виду ст. 600 и конечно не только въ началѣ дѣла, но и въ послѣдующее время; судъ не въ правѣ вмѣшиваться, разъ истецъ и отвѣтчикъ согласны на счетъ замѣны. Если согласія не послѣдуетъ, тогда и вступаетъ въ силу ст. 609.

610. Указанные въ статьѣ 604 способы обезпеченія иска могутъ быть замѣнены представленіемъ въ судъ доста-

точной наличной денежной суммы или билетовъ государственныхъ кредитныхъ установленій по биржевой цѣнѣ.

Это—ст. 615 Уст. гражд. суд. съ незначительными редакціонными измѣненіями.

611. Въ опредѣленіи объ обезпеченіи иска надлежитъ указать имущество, коимъ искъ обезпечивается, сумму, до которой обезпеченіе должно простираться соразмѣрно цѣнѣ иска, сумму, предоставленіемъ которой можетъ быть замѣнена обезпечительная мѣра (ст. 610), и срокъ предъявленія иска, въ случаяхъ, означенныхъ въ ст. 603.

Первая половина этой статьи есть воспроизведеніе содержанія и обобщеніе ст. 594, 604 и 627 Уст. гражд. суд., вторая половина необходима въ виду правилъ 603 и 610 ст. сего проекта.

612. Мѣра обезпеченія иска отмѣняется и имущество, со времени постановленія о томъ опредѣленія, признается свободнымъ, какъ въ случаяхъ, означенныхъ въ статьяхъ 603, 609 и 610, такъ и тогда, когда обнаружатся или наступятъ обстоятельства, при наличности коихъ обезпеченіе иска не допускается, когда вступитъ въ законную силу постановленное въ пользу отвѣтчика рѣшеніе по обезпеченному иску и когда по винѣ истца опредѣленіе объ обезпеченіи не будетъ приведено въ исполненіе въ теченіе двухъ недѣль со времени его постановленія.

Хотя нашъ Уставъ, допуская, подобно германскому (§ 813), отдѣльное обжалованіе, говоритъ объ „отмѣнѣ“ обезпеченія (ст. 597), но не указываетъ, когда отмѣна эта можетъ наступить. Указанія эти представляются безусловно необходимыми. Въ интересахъ терпящаго отъ обезпеченія отвѣтчика необходимо въ точности опредѣлить, при какихъ условіяхъ и съ какого момента имущество свободно отъ запрещенія или ареста; разъ обезпеченіе оказывается излишнимъ или незаконнымъ, оно немедленно должно быть отмѣнено. И германскій уставъ (§ 807) и австрійскій законъ (§ 399) содержатъ въ себѣ точныя указанія по этому предмету. О трехъ обстоятельствахъ, на которыя въ статьѣ сдѣланы ссылки, нечего распространяться, что же касается обстоятельствъ,

въ статьѣ описанныхъ, то „наступленіе обстоятельствъ, при которыхъ обезпеченіе не допускается", какъ это признано вышеупомянутыми кодексами, должно влечь за собой отмѣну обезпеченія; если отвѣтчикъ, напр., удостовѣритъ, что онъ получилъ мѣсто съ такимъ содержаніемъ, что путемъ вычетовъ истецъ можетъ скоро получить долгъ; или: отвѣтчикъ получилъ по наслѣдству отказъ въ видѣ права на извѣстную часть дохода съ дома, не подлежащаго въ теченіе извѣстнаго срока отчужденію, и т. п., то опасенія его насчетъ удовлетворенія стали напрасны, и арестъ излишенъ. Что же касается обнаруженія обстоятельствъ, при коихъ обезпеченіе не допускается, то это тотъ случай, когда мѣра обезпеченія принята по ошибкѣ, по недоразумѣнію: данное обстоятельство было въ наличности, но не было замѣчено; напр., отвѣтчикъ послѣ наложенія ареста удостовѣритъ, не успѣвъ въ этомъ ранѣе принятія обезпечительной мѣры, что арестъ причинитъ ему несоразмѣрные убытки, или, напр., обнаружится, что съ самаго начала искъ не былъ достовѣренъ и казался таковымъ въ виду сокрытія истцомъ того или другого обстоятельства. Затѣмъ, отмѣна мѣры обезпеченія въ виду „оправданія отвѣтчика", какъ выражается ст. 601 Уст. гражд. суд., сама собою понятна и не требуетъ поясненія. Наконецъ, вполнѣ цѣлесообразной представляется отмѣна мѣры обезпеченія вслѣдствіе неприведенія ея въ исполненіе по винѣ истца. Случаи эти возможны: истецъ, получивъ исполнительный листъ объ арестѣ, держитъ его при себѣ и не обращается къ судебному приставу. Оставить отвѣтчика подъ страхомъ арестованія его имущества неопредѣленное время, по усмотрѣнію истца, нежелательно. Истецъ долженъ спѣшить: jus civile vigilantibus scriptum est.

613. Въ случаѣ отмѣны мѣры обезпеченія по поводамъ, указаннымъ въ предшедшей (612) статьѣ, безъ замѣны ея другою, отвѣтчикъ имѣетъ право отыскивать съ истца убытки, понесенные имъ вслѣдствіе обезпеченія иска.

Эта статья является лишь болѣе широкимъ примѣненіемъ правила 601 ст. Уст. гражд. суд.; Уставъ прямо указываетъ лишь на одинъ изъ означенныхъ въ ст. 612 случаевъ отмѣны обезпеченія, дающихъ основаніе праву на вознагражденіе за убытки. Нѣтъ рѣшительно никакихъ причинъ не распространять это правило и на всѣ остальные случаи отмѣны, поскольку, конечно, виновникомъ напрасно принятой мѣры обезпеченія является истецъ и если отмѣненная мѣра не замѣнена другою. Австрійскій законъ

не только признаетъ за отвѣтчикомъ это право на вознагражденіе за убытки, но и допускаетъ примѣненіе къ истцу, „явно злонамѣренно“ (offenbar muthwillig) добившемуся обезпеченія, карательной мѣры, а именно денежнаго штрафа, въ размѣрѣ по усмотрѣнію суда (§ 394). Такая строгость кажется намъ чрезмѣрною и совершенно неумѣстною въ гражданскомъ процессѣ— достаточно ограничиться гражданскимъ искомъ.

614. Копія постановленнаго въ пользу истца, безъ вызова отвѣтчика (ст. 602), опредѣленія объ обезпеченіи иска, немедленно сообщается отвѣтчику.

615. На опредѣленіе объ обезпеченіи иска, постановленное безъ вызова отвѣтчика, послѣдній имѣетъ право подать отзывъ въ семидневный срокъ со дня полученіи копіи сего опредѣленія (ст. 614); по отзыву дѣло объ обезпеченіи иска, по вызовѣ отвѣтчика, подлежитъ разсмотрѣнію окружнаго суда.

616. На опредѣленія объ обезпеченіи иска, постановленныя по вызовѣ отвѣтчика, не исключая и опредѣленій суда по отзывамъ, а также въ случаѣ пропущенія срока отзыва, равно и на опредѣленія объ отказѣ въ обезпеченіи допускается частная жалоба отдѣльно отъ апелляціи.

617. Подача отзыва или жалобы не останавливаетъ приведенія въ исполненіе опредѣленія объ обезпеченіи иска; но отзывы и жалобы на опредѣленія о замѣнѣ и отмѣнѣ принятой мѣры обезпеченія останавливаютъ исполненіе онаго.

Предлагаемыя ст. 602, 614—617 воспроизводятъ процедуру, принятую германскимъ уставомъ и почти безъ измѣненія перешедшую въ австрійскій законъ. Существо ихъ сводится къ тому, что приводится различіе между опредѣленіями, постановленными съ вызовомъ и постановленными безъ вызова отвѣтчика. Въ большинствѣ случаевъ вызовъ отвѣтчика (ст. 602) окажется излишнимъ, только затягивающимъ дѣло, но, съ другой стороны, нельзя игнорировать и меньшинства, т.-е. случаевъ, когда вызовъ будетъ предсѣдателемъ признанъ необходимымъ; надо ему предоставить это право, потому, что объясненія истца могутъ возбудить въ немъ сомнѣнія насчетъ допустимости и цѣлесообразности обезпеченія, сомнѣнія, могущія быть выяснены отвѣтчикомъ. Указы-

вать въ законѣ, когда именно предсѣдатель обязанъ вызвать отвѣтчика, нѣтъ основанія—ему должна быть предоставлена полная свобода дѣйствій. Затѣмъ, разъ возможно постановленіе опредѣленія объ обезпеченіи безъ вызова, необходимо немедленно извѣстить о томъ отвѣтчика (ст. 614) и тѣмъ дать ему возможность представить свои объясненія суду въ возможно краткій срокъ; ему должно быть предоставлено средство защиты, которое, въ виду заочнаго опредѣленія, можно бы назвать отзывомъ, по аналогіи съ отзывомъ на заочное рѣшеніе. Это не нормальное средство обжалованія, обращенное къ высшему суду,—окружный судъ не является высшею инстанціею по отношенію къ предсѣдателю,—а просьба о перерѣшеніи вопроса объ обезпеченіи тѣмъ же судомъ, но въ полномъ его составѣ. Это то, что австрійскій законъ называетъ Wiederspruch, въ отличіе отъ Recurs, частной жалобы. Различіе весьма существенное: при разсмотрѣніи отзыва должно быть допущено представленіе новыхъ обстоятельствъ и доказательствъ, при разсмотрѣніи же частной жалобы это, по существу, допущено быть не можетъ; въ первой отвѣтчикъ не жалуется на неправильность опредѣленія, а требуетъ перерѣшенія на основаніи тѣхъ данныхъ и соображеній, которыми онъ ранѣе не могъ воспользоваться. Кромѣ отзыва, отвѣтчику, а равно и истцу должно быть предоставлено право обжалованія въ частномъ порядкѣ. И въ этомъ случаѣ желательно сохраненіе существующихъ правилъ, т.-е. ст. 596 и 597 (ст. 616 и 617), объ отдѣльномъ отъ апелляціи обжалованіи и о суспензивномъ эффектѣ частныхъ жалобъ, хотя послѣднее только въ случаѣ принятія, а не отмѣны или замѣны обезпечительной мѣры. Наконецъ, надо замѣтить, что право обжалованія въ частномъ порядкѣ мы распространили и на опредѣленія, постановляемыя судомъ по отзыву отвѣтчика, а также въ случаѣ пропущенія срока подачи имъ отзыва; это вполнѣ понятно, ибо самое право подачи отзыва должно быть допущено безъ ущерба для основного права обжалованія—обжалованія въ частномъ порядкѣ: воспользовался ли отвѣтчикъ правомъ подачи отзыва или не воспользовался — все равно, за нимъ должно быть сохранено право подачи частной жалобы. Если онъ имъ воспользовался, то нельзя сказать, что за нимъ признано двойное право обжалованія — отзывъ не есть средство обжалованія, въ собственномъ смыслѣ, а вызываетъ какъ бы первое и такое же опредѣленіе суда, какъ и опредѣленіе предсѣдателя

Отдѣленіе четвертое.

Привлеченіе третьяго лица къ дѣлу.

Подъ третьимъ лицомъ слѣдуетъ разумѣть такое постороннее неучаствовавшее ранѣе въ дѣлѣ лицо, которое или вступаетъ само въ дѣло, или привлекается къ дѣлу либо во имя своего права или своей обязанности, либо во имя своего юридическаго интереса, но, во всякомъ случаѣ, не въ качествѣ соучастника, т.-е. тяжущагося, солидарнаго съ тою или другою изъ сторонъ. Солидарность, въ смыслѣ единства цѣли участія, возможна и при участіи третьяго лица, но не какъ тяжущагося, а какъ пособника, не могущаго, конечно, быть признаннымъ соучастникомъ; но если лицо, вступающее или привлеченное, является въ качествѣ тяжущагося, то оно третьимъ лицомъ почитается только тогда, когда оно не солидарно ни съ одной изъ сторонъ и своимъ вступленіемъ не порождаетъ солидарности между начальными сторонами. Указанный признакъ, для правильной постановки всего вопроса объ участіи третьихъ лицъ въ процессѣ, весьма существенъ; соучастіе опредѣляется совершенно иными правилами (если самый фактъ его вліяетъ на процессуальныя права соучастниковъ), чѣмъ участіе третьихъ лицъ. Смѣшеніе этихъ двухъ институтовъ порождаетъ большую путаницу и въ теоріи, и въ примѣненіи закона, путаницу, которая должна быть предотвращена. Такіе, напр., институты, какъ такъ называемое послѣдующее соучастіе, квалифицированное соучастіе и т. д., безусловно должны быть исключены изъ ученія объ участіи третьихъ лицъ. По основаніямъ участія въ процессѣ третьяго лица, правила объ этомъ участіи естественно распадаются на двѣ категоріи: участіе третьяго лица въ качествѣ тяжущагося и участіе его въ качествѣ заинтересованнаго пособника. Но мы предпочитаемъ другое дѣленіе, принятое и нашимъ Уставомъ, хотя и не строго научное, но весьма удобное: по иниціативѣ участія; оно удобнѣе со стороны группировки правилъ вступленія, вызова, привлеченія, извѣщенія и т. п., т. е. избавляетъ отъ необходимости повторенія однихъ и тѣхъ же правилъ. Остановимся сначала на привлеченіи третьихъ лицъ.

Общая всѣмъ случаямъ привлеченія третьяго лица цѣль: сдѣлавъ лицо это участникомъ процесса, распространить на него силу состоявшагося по дѣлу рѣшенія. Это имѣетъ то практическое значеніе, что для лица привлеченнаго рѣшеніе становится

обязательнымъ и оно уже опровергать его не можетъ, не можетъ въ будущемъ процессѣ противопоставить своему противнику возраженіе, что дѣло было худо ведено, а потому и проиграно. Это всего нагляднѣе проявляется въ случаяхъ, когда сторона имѣетъ право регресса къ третьему лицу; то же самое мы видимъ и въ случаяхъ, когда третье лицо имѣетъ извѣстное требованіе къ сторонѣ. Для тяжущагося, котораго ожидаетъ новый процессъ, чрезвычайно важно обезоружить третье лицо, отнять у него возможность предъявленія exc. doli и право просить о пересмотрѣ рѣшенія, въ виду лишь одного неучастія въ дѣлѣ. Другая цѣль привлеченія третьяго лица—соединеніе двухъ процессовъ, которые должны бы происходить отдѣльно и разновременно, въ одинъ процессъ. Это имѣетъ то практическое значеніе, что процессъ и ускоряется, и удешевляется. Тяжущійся, имѣющій къ третьему лицу право обратнаго требованія, привлекаетъ его въ качествѣ эвентуальнаго, условнаго отвѣтчика, отвѣтчика на дурной конецъ, на случай проигрыша процесса; процессъ проигранъ, наступило условіе осуществленія обратнаго требованія, и судъ постановляетъ рѣшеніе по этому требованію въ пользу тяжущагося, привлекшаго третье лицо. Сразу, такимъ образомъ, разрѣшены два дѣла. Третья цѣль привлеченія — воспользоваться пособникомъ, который помогъ бы выиграть дѣло; эта цѣль, не вліяя на юридическое положеніе привлеченнаго, попутно достигается и въ случаяхъ предъявленія къ третьему обратнаго требованія, но рѣшительное значеніе она имѣетъ въ случаяхъ привлеченія лица, имѣющаго требованіе къ тяжущемуся, его привлекшему; напр., предъявляется rei vindicatio къ лицу, завладѣвшему чужимъ имѣніемъ и успѣвшему сдать его въ аренду; арендаторъ имѣетъ требованіе къ отвѣтчику и можетъ быть имъ привлеченъ, хотя, прежде всего, ради первыхъ двухъ цѣлей, но становится его пособникомъ. Наконецъ, четвертая цѣль—возможность выбытія тяжущагося, привлекшаго третье лицо, и замѣны его послѣднимъ. Это, какъ вѣрно замѣтили, но не выразили въ законѣ составители Устава, имѣетъ особенное значеніе при вотчинной очисткѣ.

Изложенное построеніе института привлеченія третьяго лица представляется намъ наиболѣе цѣлесообразнымъ; оно является сочетаніемъ постановки этого института во французскомъ и въ германскомъ законодательствахъ, а также того, что хотѣли сдѣлать составители нашего Устава съ тѣмъ, что они сдѣлали, и съ тѣмъ, что впослѣдствіи восполнено и развито кассаціонною практикою. Французское законодательство смотритъ на привлеченіе третьяго лица, главнымъ образомъ, какъ на случай предъ-

явленія тяжущимся иска по обратному требованію къ третьему лицу; demande en garantie хотя и предъявляется въ особомъ порядкѣ, но судъ при этомъ разсматриваетъ въ одномъ производствѣ два спора: споръ между сторонами и споръ между стороной, привлекшей третье лицо, и этимъ лицомъ; но что касается юридическаго положенія третьяго лица, то кодексъ не признаетъ его отвѣтчикомъ, а почитаетъ его пособникомъ, интервеніентомъ; только въ одномъ случаѣ онъ разсматриваетъ его какъ отвѣтчика, а именно при вотчинной очисткѣ (garantie formelle), когда лицо это вступаетъ въ процессъ на мѣсто, уступленное ему отвѣтчикомъ, его привлекшимъ. Главные недостатки этой системы суть: 1) французскій кодексъ допускаетъ лишь привлеченіе лица, къ которому сторона имѣетъ обратное требованіе, не допуская привлеченія лицъ, которыя сами имѣютъ извѣстныя требованія къ сторонѣ; хотя французскіе юристы и допускаютъ привлеченіе пособника, называя этотъ случай intervention forcée, но это не имѣетъ почвы въ самомъ законѣ; 2) французскій кодексъ допускаетъ demande en garantie, т.-е. искъ тяжущагося къ третьему лицу, предписывая разрѣшать этотъ искъ совмѣстно съ главнымъ искомъ, но въ то же время противника истца по этой demande не признаетъ отвѣтчикомъ; онъ низводится до положенія интервеніента, пособника; казалось бы, разъ къ лицу предъявленъ искъ, оно только и можетъ быть отвѣтчикомъ, а ни кѣмъ другимъ; получается совершенная несообразность: обратный искъ разрѣшается судомъ по общимъ правиламъ, судъ постановляетъ по этому иску рѣшеніе и т. д., а между тѣмъ отвѣтчикъ по этому иску ограниченъ въ сферѣ своихъ процессуальныхъ правъ, онъ находится въ зависимости отъ лица, его привлекающаго, какъ его пособникъ; и если принять во вниманіе, что это лицо есть его истецъ, его противникъ, то станетъ очевидною вся ненормальность, вся уродливость этого случая; къ лицу предъявленъ искъ, лицо, предъявившее искъ—истецъ, а лицо, къ которому искъ предъявленъ, не отвѣтчикъ, а пособникъ истца. Германскій уставъ вовсе не допускаетъ иска къ третьему лицу и совмѣстнаго разсмотрѣнія обратнаго требованія съ главнымъ искомъ; привлеченный — безусловно интервеніентъ, но лишь вступившій не по собственной иниціативѣ, а по иниціативѣ тяжущагося. Это, по крайней мѣрѣ, послѣдовательно, но неудовлетворительно въ томъ отношеніи, что не только третье лицо ставится въ худшее положеніе, чѣмъ то, на какое оно несомнѣнно имѣетъ право, но игнорируется одна изъ очень существенныхъ цѣлей привлеченія — соединеніе процессовъ; при вступленіи привлеченнаго и при без-

успѣшности его помощи, т.-е. при проигрышѣ процесса, приходится начать новый процессъ, предъявивъ свое обратное требованіе. Французская точка зрѣнія, далѣе, привела, хотя и къ ограниченной, но все-таки къ допустимости замѣны тяжущагося третьимъ лицомъ, точка же зрѣнія германскаго устава этого вовсе не допускаетъ. Наконецъ, надо сказать, что германское воззрѣніе имѣетъ два несомнѣнныхъ достоинства, что̀, какъ мы выше видѣли, является недостаткомъ французскаго. Во-первыхъ, оно допускаетъ привлеченіе третьяго лица не только въ тѣхъ случаяхъ, когда сторона имѣетъ къ этому лицу обратное требованіе, но и когда лицо это имѣетъ извѣстное требованіе къ сторонѣ. Этимъ, дѣйствительно, достигается главная цѣль привлеченія: обезопасеніе третьяго лица на будущее время. Во-вторыхъ — германскій уставъ узаконилъ intervention forcée, что̀ въ примѣненіи къ случаю, когда третье лицо имѣетъ извѣстныя требованія къ тяжущемуся, его привлекшему, имѣетъ очень важное значеніе. Обращаясь къ нашему Уставу, мы видимъ, что составители его оставили намъ рядъ драгоцѣнныхъ и основательныхъ разсужденій по вопросу о привлеченіи третьяго лица: они весьма обстоятельно изложили и обмотивировали французскую систему во всѣхъ ея деталяхъ, и можно было ожидать, что въ результатѣ своихъ разсужденій они создадутъ рядъ законовъ въ духѣ французскихъ. На дѣлѣ вышло не то: составили они рядъ малосодержательныхъ, чисто формальныхъ правилъ, не дающихъ яснаго представленія о желательной для законодателя постановкѣ всего вопроса. Несомнѣнно одно: Уставъ имѣетъ въ виду французскую систему, и задача теоріи и практики свелась къ тому, чтобы изъ скудныхъ постановленій закона извлечь рядъ правилъ, основанныхъ на разсужденіяхъ редакторовъ Устава. Задача эта и была ими выполнена. Привлеченіе ограничивается случаями обратныхъ требованій тяжущихся къ третьимъ лицамъ; требованію придается значеніе обратнаго иска, подлежащаго совмѣстному разсмотрѣнію съ главнымъ искомъ; привлеченіе третьяго лица пресѣкаетъ ему возможность впослѣдствіи возражать противъ рѣшенія и просить о пересмотрѣ этого рѣшенія; юридическое положеніе третьяго лица приравнивается къ пособничеству, при чемъ, однако, допускается замѣна выбывшаго тяжущагося третьимъ лицомъ. Всѣ эти почти общепризнанныя нашею теоріею и практикою положенія частью лишены догматической почвы, частью недоразвиты, частью слишкомъ общи, не дѣлая различія между видами привлеченія. Тѣмъ не менѣе задача пересмотра правилъ Устава по вопросу о привлеченіи третьяго лица должна

заключаться въ дальнѣйшемъ развитіи этихъ положеній, путемъ сочетанія французской и германской точекъ зрѣнія. Въ виду этого необходимо: 1) точно указать, что привлеченіе возможно не только въ случаяхъ, когда тяжущійся имѣетъ обратное требованіе къ третьему лицу, но и когда третье лицо имѣетъ извѣстное требованіе къ тяжущемуся; 2) прямо указать, что въ первомъ случаѣ тяжущійся предъявляетъ къ третьему лицу обратный искъ; 3) допустить совмѣстное разсмотрѣніе обратнаго иска съ главнымъ; 4) въ точности опредѣлить юридическое положеніе третьяго лица въ первомъ случаѣ, какъ отвѣтчика, во второмъ, какъ пособника; 5) допустить замѣну тяжущагося третьимъ лицомъ лишь въ первомъ случаѣ; 6) устранить послѣдующее возраженіе третьяго лица противъ рѣшенія, хотя-бы лицо это и не воспользовалось привлеченіемъ къ дѣлу и т. д.

618. Тяжущійся, который имѣетъ къ третьему лицу обратное требованіе, обусловленное неблагопріятнымъ для него рѣшеніемъ дѣла (обратный искъ), а также, къ которому третье лицо имѣетъ извѣстное требованіе, обусловленное благопріятнымъ или неблагопріятнымъ для него рѣшеніемъ, имѣетъ право просить о привлеченіи третьяго лица къ дѣлу.

Въ общемъ эта статья есть воспроизведеніе ст. 69 герм. уст. съ тою лишь разницей, что въ первой части статьи прямо говорится, что рѣчь идетъ объ „искѣ“, а во второй указывается на возможность привлеченія и въ тѣхъ случаяхъ, когда требованіе третьяго лица обусловлено благопріятнымъ для тяжущагося рѣшеніемъ суда. О выраженіи „обратный искъ“ мы поговоримъ ниже (разъясненіе къ ст. 620); что же касается неупоминанія о требованіи третьяго лица, обусловленномъ благопріятнымъ рѣшеніемъ суда, то это очевидный пробѣлъ въ герм. уставѣ: онъ вѣдь приравниваетъ привлеченнаго къ пособнику, а лицо можетъ вступить въ процессъ, въ качествѣ пособника, и тогда, когда требованіе его обусловлено благопріятнымъ для тяжущагося рѣшеніемъ; если такъ, то оно при этомъ условіи можетъ быть и привлечено. Напр., наслѣдникъ по закону предъявляетъ искъ о недѣйствительности завѣщанія къ наслѣднику по завѣщанію, въ которомъ назначенъ отказъ стороннему лицу; наслѣдникъ по завѣщанію можетъ привлечь отказопринимателя въ качествѣ третьяго лица, какъ лицо, право котораго на отказъ обусловлено признаніемъ завѣщанія

дѣйствительнымъ; наслѣдникъ по завѣщанію, независимо отъ пріобрѣтенія пособника, желаетъ себя обезопасить отъ отказопринимателя на случай неблагопріятнаго исхода процесса; при неблагопріятномъ исходѣ, т.-е. когда завѣщаніе будетъ признано недѣйствительнымъ, онъ, въ случаѣ требованій отказопринимателя о выдачѣ отказа, можетъ сослаться на судебное рѣшеніе, которое, благодаря привлеченію отказопринимателя, стало для послѣдняго обязательнымъ; если бы онъ не былъ привлеченъ, то могъ бы просить о пересмотрѣ дѣла и т. д. Но есть, конечно, и масса случаевъ, когда требованіе третьяго лица обусловлено и неблагопріятнымъ для тяжущагося рѣшеніемъ дѣла; напр., при rei vindicatio отвѣтчикъ привлекаетъ своего арендатора, какъ лицо, которое въ случаѣ присужденія имѣнія истцу можетъ предъявить къ отвѣтчику требованіе о вознагражденіи за убытки, причиненные уничтоженіемъ аренднаго договора; если бы онъ не былъ привлеченъ, то могъ бы оспаривать правильность рѣшенія и просить о пересмотрѣ дѣла, разъ же отвѣтчикъ его привлекъ, такое оспариваніе невозможно—рѣшеніе распространило свою силу на него, и арендный договоръ самъ собою уничтожается. Что касается текста статьи, то онъ представляется гораздо болѣе опредѣленнымъ, чѣмъ нынѣшнія ст. 653 и 654, говорящія объ истцѣ и отвѣтчикѣ, „считающемъ себя въ правѣ привлечь“, „желающемъ привлечь“; эти совершенно неопредѣленныя и неумѣстныя въ законѣ выраженія вызвали и въ теоріи, и въ практикѣ самое разнорѣчивое толкованіе; такая неопредѣленность была бы позволительна, если бы въ 1 ч. X т. были указаны основанія этого права привлеченія—между тѣмъ тамъ ничего подобнаго не имѣется. Въ предлагаемой статьѣ достаточно точно указаны тѣ отношенія, которыя даютъ основаніе привлеченію.

619. Привлеченіе само по себѣ обращаетъ третье лицо въ участвующаго въ дѣлѣ и распространяетъ на него силу состоявшагося по дѣлу рѣшенія, развѣ бы въ случаѣ, означенномъ въ статьѣ 632, судъ призналъ привлеченіе недопустимымъ.

Мысль этого правила та, что нельзя ставить въ зависимость отъ явки или неявки третьяго лица вопросъ о томъ, считать ли его участвовавшимъ въ дѣлѣ или нѣтъ и, слѣдовательно, можетъ ли или не можетъ онъ впослѣдствіи возражать противъ рѣшенія и опровергать его. Несомнѣнно, если его разъ привлекли,—его дѣло воспользоваться привлеченіемъ или не воспользоваться; не вос-

пользовался—значитъ, полагается на тяжущагося и на судъ и заранѣе признаетъ и надлежащее веденіе процесса, и правильность постановленнаго рѣшенія. Интересъ тяжущагося, привлекающаго третье лицо, не столько тотъ, чтобы лицо это явилось на судъ, сколько тотъ, чтобы фактъ привлеченія на будущее время обезопасилъ его отъ протестовъ третьяго лица. Редакторы Устава придавали рѣшительное значеніе явкѣ третьяго лица: явился — и распространилъ на себя силу рѣшенія, не явился — не распространилъ. Это совершенное извращеніе института привлеченія: отъ воли третьяго лица зависитъ сдѣлать себя безопаснымъ или опаснымъ для тяжущагося. Редакторы Устава чувствовали неловкость созданнаго ими положенія вещей и придумали мѣру, увеличивающую шансъ на явку третьяго лица — обезпеченіе иска тяжущагося имуществомъ третьяго лица (ст. 661); по ихъ мнѣнію, „это послужитъ самымъ дѣйствительнымъ средствомъ понужденія третьяго лица къ явкѣ“. Конечно, до нѣкоторой степени это такъ, но несомнѣнно лучшимъ средствомъ распространенія на третье лицо рѣшенія является приданіе самому факту привлеченія таковой силы. Ниже мы увидимъ, что истецъ по обратному иску можетъ просить объ обезпеченіи этого иска, но совершенно независимо отъ того, вступило ли третье лицо въ дѣло или нѣтъ. Не ради страха передъ обезпеченіемъ, „заставляющимъ вступить въ дѣло“, мы желали бы ввести эту мѣру, а съ цѣлью только гарантировать осуществимость обратнаго требованія и достигнуть того, о чемъ такъ заботились составители Устава, а именно, чтобы „по окончаніи процесса, покупщикъ, предъявивъ обратный искъ къ продавцу, не рискнулъ ничего не получить, уступивъ наличное имущество продавца“. При обратномъ искѣ мы оставляемъ правило объ обезпеченіи его, но не можемъ допустить принятія этой мѣры во второмъ случаѣ привлеченія, т.-е. когда третье лицо имѣетъ извѣстное требованіе къ тяжущемуся; это требованіе никѣмъ не предъявляется, въ предположеніи его тяжущійся привлекаетъ третье лицо, слѣдовательно, никто не можетъ требовать его обезпеченія. Итакъ, какъ общая мѣра, обезпеченіе не можетъ быть примѣнено къ привлеченію третьяго лица. Что касается оговорки, имѣющейся въ концѣ статьи, то она касается исключительно второй категоріи случаевъ привлеченія третьяго лица, т.-е. когда лицо это имѣетъ требованіе къ тяжущемуся; къ случаямъ обратнаго иска она не примѣняется, такъ какъ судъ вовсе не рѣшаетъ вопроса о допустимости этого иска, а допускаетъ предъявленіе его, какъ и всякаго другого иска; въ случаяхъ перваго рода, очевидно, если судъ придетъ къ заключе-

нію, что привлеченіе недопустимо, то это его опредѣленіе имѣетъ обратную силу къ моменту подачи просьбы о привлеченіи и она почитается неподанною.

620. Въ прошеніи о привлеченіи третьяго лица къ дѣлу означается мѣсто его жительства и излагаются обстоятельства, лежащія въ основаніи обратнаго иска тяжущагося къ третьему лицу и требованія третьяго лица къ тяжущемуся.

По основному своему содержанію статья эта не требуетъ поясненій. Обозначеніе въ прошеніи мѣста жительства третьяго лица необходимо для извѣщенія его; изложеніе обстоятельствъ, лежащихъ въ основаніи иска или требованія,—для ознакомленія съ ними третьяго лица, имѣющаго рѣшить вопросъ: вступить ли ему въ дѣло или нѣтъ. Таково же содержаніе ст. 655 Уст. гражд. суд. Здѣсь мы нѣсколько остановимся на другомъ вопросѣ. Изъ статьи видно, что допускается предъявленіе будущаго обратнаго иска въ формѣ частнаго прошенія. Насъ могутъ упрекнуть въ двукратномъ извращеніи основныхъ принциповъ гражданскаго процесса: мы допускаемъ предъявленіе еще не возникшаго, условнаго иска, когда еще нельзя сказать, что actio nata est и, затѣмъ, допускаемъ предъявленіе такого иска въ видѣ прошенія не искового, а частнаго. Что касается перваго упрека, то, конечно, общее правило то, что искъ можетъ быть предъявленъ лишь послѣ того, какъ actio nata est; но это правило есть правило законодательной политики, а не юридическій принципъ и, слѣдовательно, изъ него могутъ быть допущены и исключенія, если къ тому имѣются достаточныя основанія. Практика французскихъ судовъ, вѣдающаяся съ demande en garantie и разсматривающая обратное требованіе тяжущагося къ третьему иску какъ искъ, показала всю цѣлесообразность и все удобство предъявленія суду обратнаго требованія условно, эвентуально, т.-е. съ тѣмъ, чтобы судъ вошелъ въ разсмотрѣніе его лишь послѣ того, когда conditio existit. Было бы дѣйствительнымъ и едва-ли основательнымъ нарушеніемъ общихъ началъ, если бы судъ сразу принялся за разсмотрѣніе такого условнаго иска и постановилъ по нему свое рѣшеніе; но вѣдь тутъ искъ только предъявляется тяжущимся и принимается судомъ; судъ иска еще не разрѣшаетъ; разрѣшитъ онъ его тогда, когда conditio existit, т.-е., когда судъ признаетъ условія осуществленія обратнаго требованія наступившими, когда, напр., признаетъ по иску цессіонарія къ должнику, что долгъ

уже былъ уплаченъ до передачи; отказавъ цессіонарію въ искѣ, судъ присуждаетъ долговую сумму цессіонарію съ привлеченнаго имъ цедента. Ученые, видящіе въ предъявленіи условнаго иска извращеніе началъ процесса, допускаютъ предъявленіе обратнаго требованія (но не иска) и обращеніе этого требованія въ исковое послѣ того, какъ условіе сбылось. Эта пустая игра словъ. Нѣтъ вовсе надобности въ такой метаморфозѣ, да и едва-ли такимъ путемъ можно спасти принципъ, по ихъ мнѣнію извращенный. Исключительный характеръ предъявленія условнаго иска значительно смягчается тѣмъ, что условіемъ обратнаго иска является обстоятельство, созидаемое самимъ судомъ, а именно обвинительное рѣшеніе того суда, которому обратный искъ предъявленъ. Можно еще допустить неудобство предъявленія обратнаго иска, когда обстоятельство, его обусловливающее, лежитъ, такъ сказать, внѣ суда: судъ при этомъ могъ бы обратиться въ складочное мѣсто для разныхъ будущихъ исковъ. Строго говоря, мы и противъ этого ничего не имѣли бы, если бы жизнь указывала на необходимость и пользу такого явленія. Наконецъ, невольно напрашивается сравненіе: развѣ при обезпеченіи будущихъ исковъ—противъ допустимости чего никто не споритъ—и, слѣдовательно, при провизорномъ признаніи ихъ достовѣрности, не происходитъ предъявленія этихъ исковъ? Это особенно рельефно проявляется при французскихъ référés, гдѣ, при соблюденіи ряда формальностей, цѣлая коллегія постановляетъ сначала провизорное рѣшеніе по будущему, подлежащему обезпеченію, иску. Противники предъявленія условныхъ исковъ указываютъ еще на то, что, когда conditio deficit, неизвѣстно, въ какомъ положеніи находится привлеченное третье лицо и что̀ представляетъ собою его искъ. Это довольно странное возраженіе. Третье лицо—условный, эвентуальный отвѣтчикъ, и, слѣдовательно, со времени неосуществленія условія перестаетъ быть отвѣтчикомъ, искъ же, какъ условный, перестаетъ существовать, ибо не сбылось условіе его возникновенія. Тутъ ничего особеннаго нѣтъ для юриста, знающаго послѣдствія неосуществленія отлагательнаго условія. Суду, конечно, нѣтъ надобности постановлять рѣшенія въ смыслѣ отказа въ искѣ—фактъ предъявленія его считается никогда несуществовавшимъ. Обращаясь ко второму возраженію, чисто формальному, замѣтимъ, что квалификація просьбы о привлеченіи третьяго лица по обратному иску, какъ искового прошенія и обозначеніе его этимъ наименованіемъ нежелательно во избѣжаніе недоразумѣній, неудобствъ и осложненій. Нежелательно, во-первыхъ, чтобы взыскивались исковыя пошлины при подачѣ

просьбы; для взысканія этихъ пошлинъ нѣтъ основанія, ибо неизвѣстно, возникнетъ ли самое право на искъ; вѣдь тяжущійся, не желающій привлечь третье лицо, можетъ потомъ предъявить къ нему обратный искъ, но это онъ сдѣлаетъ лишь въ такомъ случаѣ, когда по главному иску будетъ постановлено рѣшеніе, признающее самое условіе возникновенія права на искъ сбывшимся; если же судъ постановитъ противоположное рѣшеніе, то онъ и обратнаго иска предъявлять не станетъ; тутъ же ему открывается путь къ предъявленію этого иска условно, и вводить его въ издержки нѣтъ основанія. Конечно, можно бы потребовать отъ него взноса исковыхъ пошлинъ условно, т.-е. съ тѣмъ, чтобы онѣ были ему возвращены въ случаѣ неблагопріятнаго для его иска исхода главнаго дѣла. Но это уже такое осложненіе, котораго и должно, и можно избѣжать. Ради охраненія фискальнаго интереса, цѣлесообразно взыскать съ тяжущагося исковыя пошлины послѣ, по рѣшеніи вопроса о правѣ на обратный искъ въ благопріятномъ смыслѣ. Во-вторыхъ, вовсе не желательно, чтобы къ просьбѣ о привлеченіи третьяго лица примѣнять правила о подачѣ исковыхъ прошеній—о ихъ составѣ, принятіи, о распоряженіяхъ предсѣдателя, о предварительномъ засѣданіи и т. п.; это до крайности осложнитъ процедуру; всего лучше придать просьбѣ форму частнаго прошенія уже въ виду того, что привлеченіе можетъ, какъ увидимъ ниже, подать поводъ особому частному производству по замѣнѣ тяжущагося третьимъ лицомъ (ст. 624, 625), что было бы совершенно невозможно, если бы просьба была облечена въ форму искового прошенія.

621. Копіи прошенія, отвѣтовъ и письменныхъ заявленій тяжущихся и третьяго лица сообщаются остальнымъ участвующимъ въ дѣлѣ лицамъ.

Это — ст. 656 Уст. гражд. суд. въ болѣе широкой редакціи.

Послѣ этихъ четырехъ статей (618 — 621), касающихся обѣихъ категорій случаевъ привлеченія третьяго лица къ дѣлу, слѣдуютъ сначала статьи, касающіяся привлеченія третьяго лица, къ которому тяжущійся имѣетъ обратное требованіе (ст. 622—630), а затѣмъ статьи, касающіяся привлеченія лица, которое къ сторонѣ имѣетъ извѣстное требованіе (ст. 631—365).

622. Просить о привлеченіи третьяго лица по обратному иску можно какъ въ началѣ дѣла, такъ и во время

дальнѣйшаго производства до постановленія рѣшенія по существу.

Эта статья рѣшительно отличается отъ соотвѣтствующихъ ст. 653 и 654 Устава: тамъ срокъ привлеченія для отвѣтчика—срокъ явки, для истца—первое засѣданіе. Хотя въ литературѣ нашей и высказывались мнѣнія, что отвѣтчикъ можетъ просить о привлеченіи и послѣ срока явки (Вербловскій, Движеніе гражд. проц., стр. 61), а истецъ—даже въ апелляціонномъ судѣ (Боровиковскій, Отчетъ судьи, I, стр. 130), но эти толкованія идутъ въ разрѣзъ съ разсужденіями составителей Уставовъ, придававшихъ срокамъ привлеченія „строгое“ значеніе. Разсужденія эти заключались въ томъ, что просьба о привлеченіи должна быть заявлена „въ самомъ началѣ процесса“, дабы „недобросовѣстная сторона“ не могла „затѣять привлеченіе третьяго лица единственно съ цѣлью затянуть дѣло“. Эта мысль, какъ мотивъ закона, совершенно несостоятельна. Предотвратить затягиваніе процесса можно и безъ установленія „строгаго срока“, можно, ограничивъ привлеченіе лишь моментомъ постановленія рѣшенія, установить возможно-краткій срокъ для заявленія третьимъ лицомъ суду о своемъ желаніи вступить въ дѣло; разъ этотъ срокъ истекъ, дѣлу дается дальнѣйшій ходъ и ни о какой проволочкѣ рѣчи быть не можетъ. Съ другой стороны, высказывается мнѣніе, что привлеченіе должно быть допущено во всякомъ положеніи дѣла (Васьковскій, Недост. Уст. гражд. суд. Журн. Юр. Общ. 1895, кн. 8, стр. 4). Это воззрѣніе имѣетъ несомнѣнное значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда привлекаемый фигурируетъ въ качествѣ пособника, но если подъ формой привлеченія къ нему предъявляется обратный искъ и онъ, какъ въ данномъ случаѣ, считается отвѣтчикомъ, то онъ, очевидно, можетъ быть привлеченъ лишь въ первой инстанціи суда; никакихъ исковъ въ послѣдующихъ инстанціяхъ предъявлять нельзя. Мы признаемъ вполнѣ раціональнымъ правило германскаго устава, допускающаго привлеченіе до постановленія рѣшенія по существу (§ 69).

623. Третьему лицу, привлеченному къ дѣлу по обратному иску, предоставляется въ семидневный срокъ со дня полученія копіи прошенія (622) представить въ судъ отвѣтъ по сему иску.

Разъ къ третьему лицу предъявленъ искъ, надо дать ему возможность отвѣтить на него. Если онъ пришлетъ своевременно

отвѣтъ, но не явится въ судъ при разсмотрѣніи обратнаго иска, то судъ въ его отвѣтѣ можетъ найти данныя для правильнаго рѣшенія вопроса объ обратномъ искѣ. Онъ можетъ представить и такія возраженія, въ виду коихъ судъ и не признаетъ возможнымъ присудить тяжущемуся его обратный искъ; да и самъ тяжущійся можетъ въ виду этихъ возраженій взять свой искъ обратно. Такъ какъ по необходимости на нѣкоторый срокъ производство дѣла пріостановится, то весьма цѣлесообразно дать третьему лицу въ теченіе этого срока возможность отвѣтить на искъ.

624. Тяжущійся можетъ въ прошеніи о привлеченіи третьяго лица по обратному иску просить судъ о предложеніи этому лицу вступить въ главный искъ или въ отвѣтъ по сему иску на мѣсто его, тяжущагося. И третье лицо въ правѣ въ отвѣтѣ (ст. 623) заявить суду о своемъ желаніи вступить въ главный искъ или въ отвѣтъ по сему иску на мѣсто тяжущагося, а также изъявить согласіе на предложенную ему тяжущимся замѣну. Если главный искъ личный и тяжущійся, просившій о привлеченіи, отвѣтчикъ по сему иску, то надлежитъ испросить согласіе истца на означенную въ сей статьѣ замѣну тяжущагося третьимъ лицомъ.

Статья эта посвящена вопросу о томъ, какъ можетъ состояться замѣна тяжущагося тѣмъ третьимъ лицомъ, которое было имъ привлечено къ дѣлу. Не вдаваясь въ разъясненіе процедуры, мы остановимся на вопросѣ о цѣлесообразности и предѣлахъ этой замѣны. Составители нашего Устава, обстоятельно разсуждая о необходимости и пользѣ замѣны, не создали, однако, соотвѣтствующихъ правилъ. Въ разсужденіяхъ своихъ они прямо становятся на почву французскаго устава, а именно допускаютъ замѣну лишь при вотчинной очисткѣ, т.-е. при привлеченіи третьяго лица, продавца недвижимаго имущества, покупщикомъ въ процессѣ по rei vindicatio, на основаніи эвикціи. Правило о возможности замѣны въ этихъ предѣлахъ мы находимъ въ art. 182 Code de proc. civ., и французскіе ученые оправдываютъ эту допустимость замѣны лишь при garantie formelle pour les matières réelles тѣмъ, что въ личныхъ искахъ, при garantie simple для истца вовсе небезразлично, кто будетъ его отвѣтчикомъ, и безъ его согласія такая замѣна невозможна. Изъ

подчеркнутыхъ нами словъ можно сдѣлать выводъ a contrario, что при наличности согласія истца замѣна его въ личныхъ искахъ представляется возможною. Если только въ этомъ—препятствіе для замѣны при garantie simple, то оно легко можетъ быть устранено и можно выставить общее правило, что замѣна вообще возможна, но если рѣчь идетъ о личныхъ искахъ и привлекается гарантъ отвѣтчикомъ, то необходимо согласіе истца. И, дѣйствительно, если, напр., въ процессѣ по rei vindicatio покупщикъ предъявитъ обратный искъ къ продавцу и послѣдній захочетъ стать на его мѣсто, то испрашивать на то согласіе у вступщика нѣтъ основанія, ибо rei vindicatio вещный искъ; точно также, если цессіонарій въ процессѣ съ должникомъ предъявитъ обратный искъ къ цеденту и тотъ захочетъ стать на его мѣсто, то не у кого спрашивать согласія, ибо хотя главный искъ личный, но лицо привлекшее есть истецъ, а не отвѣтчикъ. Но если къ сонаслѣдникамъ, возложившимъ на одного изъ своей среды при разсчетахъ по наслѣдству обязанность уплатить данный долгъ, предъявленъ кредиторомъ искъ, въ виду неисправности обязавшагося, то хотя они и могутъ предъявить обратный искъ къ послѣднему, но подставить его за себя безъ согласія истца не могутъ. Эта-то иллюстрированная нами мысль и лежитъ въ основѣ предлагаемой статьи.

Французскій уставъ, допуская замѣну тяжущагося третьимъ лицомъ при garantie formelle, выставляетъ одно весьма разумное и другое едва-ли цѣлесообразное правило по отношенію къ выбывшему. А именно, онъ распространяетъ силу судебнаго рѣшенія по главному иску и на выбывшаго тяжущагося (art. 185), опять-таки ради того, чтобы положить конецъ возраженіямъ съ его стороны противъ веденія дѣла и судебнаго рѣшенія; напр., цедентъ занимаетъ мѣсто цессіонарія и проигрываетъ процессъ; если не распространить на цессіонарія силы рѣшенія, то онъ, съ одной стороны, будетъ лишенъ возможности осуществить свое обратное требованіе противъ цедента, а главное, онъ можетъ предъявить тотъ же искъ къ должнику и тотъ не въ правѣ будетъ противопоставить ему exc. rei judicatae; мало того въ случаѣ выигрыша процесса, ему трудно будетъ воспользоваться выгодами такого исхода процесса, хотя цедентъ его замѣнилъ, но вѣдь только въ процессѣ, а не въ матеріальномъ правѣ; просить о взысканіи придется не цеденту, а цессіонарію. Нѣкоторые ученые полагаютъ, что распространеніе силы рѣшенія на выбывшаго противно основному принципу процесса: res judicata jus facit inter partes. Едва-ли это вѣрно, ибо юридически

выбывшій разсматривается какъ pars—онъ только выбылъ фактически; это не тотъ выходъ, какой имѣетъ мѣсто при nominatio auctoris и при преемствѣ: лишь судебныя дѣйствія совершаются вновь вступившимъ и издержки процесса онъ несетъ на себѣ—онъ только „ведетъ, какъ выразились редакторы нашего Устава, процессъ въ свою экономію". Съ другой стороны, нецѣлесообразнымъ мы признаемъ правило Code de proc. civ., по которому уступившій свое мѣсто въ процессѣ тяжущійся и фактически остается участникомъ процесса, но въ качествѣ кого именно? Уставъ говоритъ, что онъ можетъ assister, присутствовать въ процессѣ для охраненія своихъ правъ и правъ вступившаго (art. 182). Эта квалификація выбывшаго столь неопредѣленна, что придавать ей юридическій смыслъ нельзя; выбывшій не пособникъ, потому что въ слѣдующей статьѣ говорится, что при garantie simple гарантъ можетъ intervenir и, слѣдовательно, если бы законодатель желалъ этому ассистенту придать значеніе интервеніента, то онъ такъ бы и сказалъ, однако онъ этого не сдѣлалъ. Вносить подобную неопредѣленность въ проектъ мы не рѣшаемся, а съ другой стороны, не можемъ выбывшему отвести положеніе пособника, положеніе слишкомъ зависимое отъ участника; выйдетъ, что тяжущійся зависитъ отъ третьяго лица; да и какая путаница внесется въ процессъ: третье лицо обратится въ тяжущагося, тяжущійся—въ третье лицо. Мы полагаемъ, что если тяжущійся считаетъ удобнымъ уступить свое мѣсто другому, то это такъ и слѣдуетъ понимать и нельзя допустить, чтобы замѣна лицъ вызвала осложненія процесса созданіемъ какихъ-то неопредѣлимыхъ фигуръ въ родѣ ассистента.

625. Въ случаѣ желанія тяжущагося уступить свое мѣсто въ дѣлѣ третьему лицу и третьяго лица занять это мѣсто, а равно и согласія на то со стороны истца (ст. 624), предсѣдатель утверждаетъ происшедшую замѣну тяжущагося третьимъ лицомъ.

Согласно принятой нами точкѣ зрѣнія австрійскаго устава на раздѣленіе труда между предсѣдателемъ и членами суда и на расширеніе дѣятельности предсѣдателя, мы полагаемъ, что и вопросъ о замѣнѣ тяжущагося третьимъ лицомъ, какъ вопросъ частный и предварительный, долженъ быть отнесенъ въ компетенціи единоличной власти предсѣдателя. Въ видахъ ускоренія и упрощенія процесса желательно, чтобы этотъ вопросъ не подлежалъ коллегіальному обсужденію; и это возможно, ибо предсѣ-

дателю вовсе не придется входить въ существо вопроса о замѣнѣ; онъ лишь санкціонируетъ фактъ состоявшагося между сторонами и третьимъ лицомъ соглашенія; для этого собирать коллегію нѣтъ надобности. Мы сказали, что вопросъ о замѣнѣ есть вопросъ предварительный; это имѣетъ тотъ смыслъ, что именно до перехода дѣлъ въ коллегію долженъ быть установленъ личный составъ процесса, желательно, чтобы именно предсѣдатель занялся вопросомъ объ установленіи личнаго состава процесса, тѣмъ болѣе, что всѣ предшествующія замѣнѣ распоряженія исходятъ отъ него же.

626. Тяжущійся, выбывшій изъ дѣла, продолжаетъ однако считаться участвующимъ въ дѣлѣ лицомъ, и рѣшеніе, по дѣлу состоявшееся, распространяетъ свою силу и на него.

Объясненія къ этой статьѣ см. на стр. 389—390.

627. Въ случаѣ подачи прошенія о привлеченіи третьяго лица по обратному иску засѣданіе для слушанія дѣла можетъ быть назначено лишь по полученіи отъ третьяго лица отвѣта на обратный искъ или по истеченіи срока, назначеннаго для представленія сего отвѣта (ст. 623), а въ случаѣ, означенномъ въ статьѣ 624, по разрѣшеніи вопроса о замѣнѣ тяжущагося третьимъ лицомъ.

Эта статья воспроизводитъ выраженную въ ст. 657 и 659 Уст. гражд. суд. мысль, приспособленную къ принятой постановкѣ вопроса о привлеченіи третьяго лица. Такой важный инцидентъ, какъ привлеченіе третьяго лица, долженъ повліять на ходъ процесса въ смыслѣ задержанія его и все сводится лишь къ тому, чтобы задержка была сведена къ возможному минимуму. Сопоставляя эту статью съ ст. 623, мы видимъ, что процессъ задержится на семь дней, и много-много—на двѣ недѣли, если будетъ возбужденъ вопросъ о замѣнѣ.

628. Судъ сначала разрѣшаетъ дѣло о главномъ искѣ и, если благодаря постановленному имъ рѣшенію право на обратный искъ можно признать возникшимъ, разрѣшаетъ, по возможности въ томъ же засѣданіи, дѣло объ обратномъ искѣ.

Вышеизложенныя соображенія о цѣли института привлеченія третьяго лица по обратному иску (соединеніе процессовъ) находятъ себѣ выраженіе въ этой статьѣ. Два иска разрѣшаются совмѣстно, но непремѣнно въ опредѣленномъ порядкѣ: сначала главный искъ, потомъ обратный; такой порядокъ, принятый и art. 181 Code de proc. civ., требуется тѣмъ значеніемъ, какое имѣетъ одинъ искъ для другого; главный искъ является предрѣшительнымъ для обратнаго, ибо обратное требованіе обусловлено тѣмъ или другимъ рѣшеніемъ по главному иску. Болѣе подробныя опредѣленія въ законѣ едва-ли нужны — практика ихъ выработаетъ, напр., объ объявленіи резолюціи, о числѣ засѣданій и проч.

629. Тяжущійся въ правѣ со времени подачи прошенія о привлеченіи третьяго лица по обратному иску просить объ обезпеченіи этого иска.

Объясненія къ этой статьѣ см. на стр. 382—384.

630. Исковыя пошлины съ прошенія о привлеченіи третьяго лица по обратному иску взыскиваются по постановленіи рѣшенія по сему иску.

Объясненія къ этой статьѣ см. на стр. 385—386. Къ сказанному тамъ надо прибавить, что исковыя пошлины должны быть взысканы не по постановленіи рѣшенія по главному, а по постановленіи рѣшенія по обратному иску; рѣшеніе вопроса въ первомъ смыслѣ вызвало бы замѣшательство: суду по постановленіи рѣшенія по главному иску пришлось бы постановить особое опредѣленіе объ исковыхъ пошлинахъ, по исполненіи коего онъ могъ бы приступить къ разрѣшенію обратнаго иска. Это излишнее осложненіе дѣла. Всего удобнѣе обратиться къ вопросу о пошлинахъ въ концѣ всего дѣла. Если главный искъ будетъ разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что обратное требованіе не можетъ считаться возникшимъ, то и до разсмотрѣнія обратнаго иска дѣло не дойдетъ; если судъ постановитъ такое рѣшеніе, благодаря которому обратный искъ станетъ возникшимъ, то онъ приступаетъ къ его разсмотрѣнію, и если разрѣшитъ дѣло въ пользу истца, то взыщетъ пошлины съ отвѣтчика-третьяго лица, а въ противномъ случаѣ—съ истца.

631. Просить о привлеченіи третьяго лица, имѣющаго къ тяжущемуся извѣстное требованіе, обусловленное благопріятнымъ или неблагопріятнымъ для послѣдняго рѣшеніемъ

суда, можно во всякомъ положеніи дѣла какъ въ окружномъ судѣ, такъ и въ судебной палатѣ, хотя бы въ послѣднюю дѣло перешло по отмѣнѣ рѣшенія.

Выше мы уже говорили о томъ, что ограничивать привлеченіе третьяго лица „строгимъ срокомъ“ нѣтъ никакихъ основаній; страхъ передъ „злоупотребленіями“ и боязнь „замедленія“ совершенно неосновательны. И если, во вниманіе къ существу обратнаго иска, какъ иска, мы считали необходимымъ допустить его предъявленіе только въ окружномъ судѣ, то ставить какія-либо ограниченія подачѣ просьбъ о привлеченіи третьяго лица, которое имѣетъ къ сторонѣ извѣстное требованіе, мы не находимъ никакой надобности, допуская ее даже послѣ отмѣны рѣшенія. Не надо забывать, что въ этомъ случаѣ третье лицо пользуется положеніемъ пособника, т.-е. лица, которое pro parte potest можетъ вступить въ процессъ во всякомъ положеніи дѣла (ст. 663 Уст. гражд. суд., § 63 герм. уст.); если оно можетъ вступать въ процессъ во всякомъ положеніи дѣла, то нѣтъ препятствій и просить о привлеченіи его безъ всякаго ограниченія во времени.

632. Въ случаѣ возраженій противной стороны или третьяго лица, означеннаго въ предшедшей (631) статьѣ, противъ привлеченія къ дѣлу, лицо это допускается къ участію въ дѣлѣ лишь послѣ разрѣшенія сего спора судомъ, по вызовѣ какъ тяжущихся, такъ и третьяго лица.

Идея этой статьи въ сущности выражена въ ст. 658 Уст. гражд. суд., т.-е., что судъ провѣряетъ основанія привлеченія лишь въ случаѣ возраженій. Но ст. 658 допускаетъ эту провѣрку лишь вслѣдствіе возраженія противной стороны—третье лицо стоитъ совершенно въ сторонѣ: оно не можетъ возражать и при разрѣшеніи спора не участвуетъ. Редакторы Устава мотивируютъ это пассивное положеніе третьяго лица тѣмъ, что нежелательно причинять ему излишнія стѣсненія, т.-е. привлекать его, когда самый вопросъ возможности или необходимости привлеченія оказывается спорнымъ между сторонами. Это совершенно излишняя деликатность. Не надо забывать, что въ случаяхъ привлеченія третьяго лица, само третье лицо тоже имѣетъ интересъ участвовать въ дѣлѣ; споръ идетъ между сторонами о такомъ вопросѣ, который касается интересовъ этого лица. Если лицу этому не будетъ дана возможность участвовать въ спорѣ, то оно можетъ быть этимъ недовольно—тутъ боязнь причинить „излишнія

стѣсненія“ именно можетъ вызвать неудовольствіе излишнею заботливостью. Не видимъ рѣшительно никакихъ основаній для для обреченія третьяго лица на такую пассивную роль. При предлагаемой здѣсь постановкѣ института привлеченія неявка третьяго лица, вообще уклоненіе его отъ участія въ процессѣ, никакихъ для него невыгодныхъ послѣдствій не влечетъ, и единственнымъ стѣсненіемъ для него является принятіе повѣстки и расписка въ полученіи ея.

633. Въ случаѣ неявки вызываемаго третьяго лица, означеннаго въ 631 статьѣ, въ назначенный судомъ срокъ или отказа отъ вступленія въ дѣло, дѣлу дается дальнѣйшій ходъ между тяжущимися сторонами съ распространеніемъ на самое привлеченіе правила статьи 619.

Это—ст. 659 Уст. гражд. суд. съ тремя измѣненіями: во-1-хъ, правило ст. 633 касается не всѣхъ третьихъ лицъ привлекаемыхъ, а лишь тѣхъ, которыя имѣютъ извѣстныя требованія къ тяжущимся и выступаютъ въ качествѣ пособниковъ; къ третьимъ лицамъ, къ коимъ тяжущійся имѣетъ обратное требованіе, примѣняются другія правила на случай ихъ неявки: это отвѣтчики, и неявка ихъ обсуждается, какъ неявка отвѣтчика; во-2-хъ, на привлекаемое лицо распространяется общее правило — рѣшеніе имѣетъ силу и по отношенію къ нему; самый фактъ привлеченія, по соображеніямъ, выше изложеннымъ (стр. 382—383), дѣлаетъ его участвующимъ въ дѣлѣ лицомъ; въ-3-хъ, опять по изложеннымъ выше соображеніямъ (стр. 382—384) мы отвергаемъ кару налагаемаго за неявку, кару въ видѣ обезпеченія иска.

634. Положеніе привлеченнаго къ дѣлу третьяго лица, означеннаго въ ст. 631, опредѣляется правилами 639—642 статей.

Эта ссылочная статья имѣетъ цѣлью опредѣлить положеніе третьяго лица, какъ пособника тяжущагося, его привлекшаго. Мы выше уже имѣли случай не разъ указывать (стр. 378—380), что отводимое западными законодательствами (§ 71 герм. уст., § 21 австр. уст.) третьему лицу положеніе пособника можетъ быть допущено только относительно третьихъ лицъ, имѣющихъ извѣстныя требованія къ тяжущимся — претендовать на большее лица эти не могутъ. Соображенія, по которымъ имъ отводится такое положеніе, очень не сложны: 1) если лицо, имѣющее ин-

тересъ въ дѣлѣ, можетъ само вступить въ процессъ въ качествѣ пособника, то оно можетъ быть привлечено къ процессу только въ таковомъ качествѣ, а не въ иномъ, развѣ бы, какъ при обратномъ искѣ, ему по необходимости надо отвести иное, болѣе независимое положеніе, ибо къ нему предъявленъ искъ, и 2) одна изъ цѣлей привлеченія (стр. 377—380) заключается именно въ томъ, что тяжущійся желаетъ пріобрѣсти для себя пособника въ лицѣ привлекаемаго.

635. На опредѣленіе объ отказѣ въ привлеченіи третьяго лица, означеннаго въ статьѣ 631, можетъ быть принесена отдѣльная частная жалоба.

Всматриваясь въ существо тѣхъ случаевъ, когда нашъ Уставъ допускаетъ подачу частной жалобы отдѣльно отъ апелляціи (ст. 239, 586, 587, 596, 664, 673, 730, 757 и 780), мы видимъ, что редакторы Устава, дѣйствительно, ограничились наиболѣе важными случаями, существенно задѣвающими интересы тяжущихся. Но, съ другой стороны, нельзя не признать, что они, къ сожалѣнію, не придали важнаго значенія такимъ случаямъ, которые несомнѣнно того заслуживали; благодаря этому они иногда впадали въ противорѣчіе; напр., на опредѣленіе объ отказѣ или принятіи просьбы о вступленіи пособника они допустили отдѣльную частную жалобу, а на опредѣленіе объ отказѣ въ просьбѣ о привлеченіи пособника—не допустили. Надо замѣтить, что въ первомъ случаѣ возможна частная жалоба и тяжущагося о томъ, что третьему лицу отказано во вступленіи, и выходитъ, что когда судъ не допускаетъ участія пособника, просившаго о допущеніи, отдѣльная частная жалоба отъ тяжущагося принимается, а если судъ не допускаетъ участія пособника, о допущеніи коего просилъ тяжущійся, жалоба отъ тяжущагося не принимается. Намъ кажется совершенно соотвѣтствующимъ духу Устава допустить отдѣльное частное обжалованіе и въ послѣднемъ случаѣ. Интересъ тяжущагося, просящаго о привлеченіи, достаточно серьезенъ для того; если разъ законъ, при добровольномъ вступленіи пособника, признаетъ серьезность этого интереса (допуская отдѣльное обжалованіе), то надо ее признать тѣмъ болѣе при привлеченіи. Что касается редакціонной стороны предлагаемой статьи, то мы говоримъ намѣренно: „можетъ быть принесена отдѣльная частная жалоба“, а не „можетъ быть принесена частная жалоба отдѣльно отъ апелляціи“, какъ это обыкновенно говорится въ Уставѣ. Это измѣненіе обычнаго способа выраженія объясняется

желаніемъ допустить обжалованіе и опредѣленій судебной палаты. Если разъ смыслъ ст. 631 дозволяетъ просить о привлеченіи третьяго лица и въ судебной палатѣ, то и на этотъ случай должно быть распространено правило 635 статьи.

Отдѣленіе пятое.

Вступленіе третьяго лица въ дѣло.

Уставъ нашъ признаетъ два вида вступленія третьяго лица: вступленіе во имя своего юридическаго интереса (пособничество) и вступленіе во имя своего права на спорное между сторонами имущество. Увеличивать число случаевъ вступленія едва-ли представляется надобность; напр., нѣтъ надобности, какъ это обыкновенно дѣлается, говорить о вступленіи соучастника; это, какъ мы упоминали выше, — случай, къ которому примѣняются особенныя правила: правила соучастія, а не вступленія третьяго лица. Мы склонны даже уменьшить это число и исключить изъ этого отдѣла правила объ interventio principalis, какъ одной изъ формъ соучастія. Остается одно пособничество. Въ теоріи вопросъ о пособничествѣ является очень спорнымъ, но споръ касается, главнымъ образомъ, юридической природы этого института и понятія юридическаго интереса. Вопросы практическіе, за исключеніемъ двухъ-трехъ, стоятъ внѣ спора; замѣчается лишь разнообразное ихъ теоретическое освѣщеніе тѣмъ или другимъ ученымъ; таковымъ является, напр., вопросъ о юридическомъ положеніи пособника и отношеніи къ нему того тяжущагося, къ коему онъ примыкаетъ; тутъ мы встрѣчаемся съ затрудненіемъ не въ опредѣленіи ихъ правъ, а скорѣе въ ихъ формулированіи, ихъ обоснованіи съ точки зрѣнія юридическаго интереса третьяго лица. Законодательства, болѣе подробно опредѣляющія этотъ институтъ, напр. германское и австрійское, даютъ нѣсколько тождественныхъ по содержанію правилъ; во французскомъ почти никакихъ опредѣленій не имѣется, точно такъ же, какъ и у насъ. Но тамъ, гдѣ имѣется такая скудость законодательныхъ опредѣленій этого института, мы замѣчаемъ, что судебная практика, восполняя законъ, выработала рядъ правилъ, мало чѣмъ отличающихся отъ опредѣленій тѣхъ законодательствъ, въ которыхъ институтъ этотъ нормированъ болѣе подробно. Это явленіе мы замѣчаемъ во Франціи и у насъ. Наша кассаціонная практика выработала рядъ хотя и разрозненныхъ и необъединенныхъ пра-

вилъ о пособничествѣ, но правила эти весьма вѣрно характеризуютъ существо института и во многомъ сходны съ правилами германскаго и австрійскаго законодательствъ. Задача пересмотра правилъ Устава о пособничествѣ до крайности упрощается: приходится обобщить и объединить данныя кассаціонной практики и внести лишь то новое, что̀ представляется крайне необходимымъ, взявъ за образецъ германскій и австрійскій уставы.

Въ Уставѣ имѣются лишь три правила, касающіяся пособничествъ, изъ коихъ два подлежатъ извѣстнымъ измѣненіямъ (ст. 663 и 664), одно—исключенію (ст. 662). Послѣднее ставитъ условіемъ просьбы о вступленіи то, чтобы третье лицо состояло на-лицо или прислало за себя повѣреннаго. Одни понимаютъ это правило такъ, что имъ не дозволяется присылка прошенія о вступленіи по почтѣ (Брандтъ, Объ участ. тр. л., Журн. гражд. и угол. пр. 1875, кн. 4, стр. 160), другіе—что третье лицо должно явиться въ судъ, не дожидаясь никакихъ повѣстокъ (Анненковъ, т. 3, стр. 258), третьи—что судъ съ нимъ не сносится, срока явки ему не назначается (Боровиковскій, Отчетъ судьи, I, стр. 167) и т. д. Но всѣ, высказавшіе различныя мнѣнія, сходятся въ одномъ: цѣль закона — не замедлять производства. Конечно, надо заботиться о томъ, чтобы вступленіемъ третьяго лица не замедлялось производство, но если это отсутствіе замедленія покупается цѣною игнорированія интересовъ лица, участвующаго въ дѣлѣ, то это едва-ли желательно. Отъ вступленія третьяго лица все-таки производство нѣсколько замедляется—это неизбѣжно. Несправедливо ставить третье лицо въ худшее положеніе: вѣдь прошеніе его посылается же къ тяжущимся, отчего не сообщить третьему лицу о днѣ явки? Истецъ вѣдь можетъ прислать прошеніе свое по почтѣ — почему не дозволить это третьему лицу? и т. д. Интересъ третьяго лица заслуживаетъ не меньшаго вниманія, чѣмъ интересъ сторонъ въ вопросѣ о вступленіи или невступленіи пособника. Всего лучше такую неясную и ни на чемъ не основанную статью исключить.

636. Третье лицо, юридическій интересъ коего зависитъ отъ рѣшенія дѣла въ пользу одной изъ сторонъ, можетъ заявить свое желаніе принять въ немъ участіе совокупно съ истцомъ или отвѣтчикомъ. Копія рѣшенія о семъ третьяго лица сообщается участвующимъ въ дѣлѣ.

Это — ст. 663 Уст. гражд. суд. съ двумя измѣненіями: 1) къ слову „интересъ“ прибавлено „юридическій“ во избѣжаніе

смѣшенія понятій, смѣшенія интереса юридическаго съ интересомъ только имущественнымъ, какимъ является, напр., интересъ кредитора въ процессѣ другого кредитора съ тѣмъ же должникомъ (рѣш. 1879 № 112, 1878 № 216 и др.); 2) слова „во всякомъ положеніи дѣла“ исключены, такъ какъ вопросу о времени вступленія посвящена особая, слѣдующая статья.

637. Время вступленія третьяго лица опредѣляется правиломъ статьи 631. Просьба сего лица о вступленіи въ дѣло можетъ быть впервые заявлена и въ апелляціонной жалобѣ.

Эта статья основана на § 63 герм. уст. и 17 австр. уст. и на нашей кассаціонной практикѣ (см. многочисл. рѣш. у Боровиковскаго, Уст. гр. суд., подъ ст. 663 § 6).

638. Въ случаѣ возраженій противника того тяжущагося, къ которому третье лицо желаетъ присоединиться, противъ вступленія, лицо это допускается къ участію въ дѣлѣ лишь послѣ разрѣшенія сего спора судомъ, по вызовѣ какъ тяжущихся, такъ и третьяго лица; вслѣдствіе же заявленія тяжущагося, къ которому третье лицо желаетъ присоединиться, объ отказѣ отъ помощи третьяго лица, лицо сіе къ участію въ дѣлѣ не допускается, и если тяжущійся имѣетъ къ третьему лицу обратное требованіе, то отказъ отъ помощи послѣдняго равносиленъ отказу отъ обратнаго требованія.

Принципъ, лежащій въ основѣ этой статьи, мы находимъ въ § 68 герм. и § 17 австр. уст., предоставляющихъ суду разрѣшать вопросъ о допустимости вступленія, т.-е. наличности юридическаго интереса третьяго лица, лишь въ случаѣ возраженія противъ вступленія. Эта система (Менгеръ называетъ ее anticipatives Contumacialsystem) гораздо раціональнѣе противоположной (по Менгеру declaratives Contumacialsystem), принятой нашимъ Уставомъ, по которой и безъ возраженій судъ рѣшаетъ вопросъ о допустимости вступленія. Обѣ эти системы суть лишь два различныхъ способа разрѣшенія вопроса о предѣлахъ вмѣшательства суда. Примѣненіе второго способа имѣетъ разумное основаніе лишь тогда, когда въ данномъ случаѣ въ игрѣ публичный интересъ, когда вмѣшательство суда оправдывается необходимостью упорядочить процессъ, когда отъ невмѣшательства можно ожидать

существенныхъ неудобствъ для тяжущихся и т. п. Если ничего подобнаго не имѣетъ мѣста, то чрезмѣрное вмѣшательство можетъ влечь за собой только неудобства: въ данномъ случаѣ лишь напрасное замедленіе производства. Третье лицо проситъ о допущеніи вступить въ процессъ; если никто изъ сторонъ этому не противится, судъ долженъ допустить вступленіе; въ просьбѣ о вступленіи третье лицо, конечно, укажетъ на свой интересъ, и стороны могутъ, и не будучи юристами, видѣть, имѣются ли основанія для вступленія или нѣтъ—если дать противнику стороны, которой третье лицо желаетъ помогать, право противиться вступленію, то это и безъ прямого вмѣшательства суда достаточно сильное средство для предотвращенія случаевъ вступленія такихъ лицъ, которыя права на это не имѣютъ. Надо замѣтить, что нашъ Уставъ принялъ эту систему въ примѣненіи къ привлеченію третьяго лица (ст. 658); не было рѣшительно никакихъ основаній не примѣнять ее и ко вступленію третьяго лица. Но мы допускаемъ разрѣшеніе судомъ вопроса о допустимости вступленія только въ случаѣ возраженій противника той стороны, которой третье лицо желаетъ пособлять, возраженію же самой этой стороны мы придаемъ иное значеніе. Возраженіе этой стороны есть отказъ отъ помощи третьяго лица, и если сторона отъ помощи этого лица отказывается, то насильно ей навязанъ такой пособникъ быть не долженъ. Это было бы совершенно противно идеѣ пособничества: третье лицо, хотя и вступаетъ въ процессъ во имя своего интереса, но вступаетъ и ради оказанія помощи сторонѣ; мы увидимъ ниже, что интересъ его можетъ быть охраненъ и независимо отъ вступленія, даже въ случаѣ отказа во вступленіи, лишь бы рѣшеніе, безъ его участія состоявшееся, ему не вредило. Но разъ третье лицо желаетъ быть пособникомъ, оно все-таки противъ желанія стороны допущено къ участію быть не можетъ; тяжущемуся должна быть дана возможность отстаивать свою самостоятельность и брать себѣ въ помощь только такихъ лицъ, какихъ онъ желаетъ; зная, что, какъ бы совершенъ процессъ ни былъ, отъ вступленія должно произойти нѣкоторое замедленіе, а съ другой стороны, увѣренный въ своей правотѣ и въ возможности одному справиться съ противникомъ, тяжущійся долженъ имѣть право отвергнуть непрошенное вмѣшательство, лишь бы отъ этого, конечно, не страдало третье лицо. Въ нашей литературѣ вопросъ этотъ подвергался обсужденію (Боровиковскій, Отчетъ судьи, I, стр. 169—170, Васьковскій, Недост. Уст. гражд. суд., Журн. Юрид. Общ. 1875, кн. 4, стр. 112) и въ сущности былъ разрѣшенъ въ указанномъ нами

смыслѣ, съ тою лишь разницей, что названные писатели считали возможнымъ разрѣшить его именно такъ лишь въ примѣненіи къ тому случаю, когда третье лицо вступаетъ въ процессъ во имя своего интереса, т.-е. къ единственно возможному, по нашему мнѣнію, случаю пособничества. Они дѣлятъ пособничество на два вида: когда пособникъ вступаетъ во имя своего интереса, въ отвращеніе обратнаго требованія, и когда онъ вступаетъ во имя своего права; въ послѣднемъ случаѣ отказъ стороны отъ помощи не долженъ имѣть никакого значенія. Самое дѣленіе пособничества на эти виды основано на недоразумѣніи: пособничества во имя права нѣтъ и быть не можетъ; если лицо вступаетъ въ процессъ во имя своего права, то нельзя ему отводить такое зависимое и подчиненное положеніе, какое занимаетъ пособникъ — тогда уже это не пособникъ, а тяжущійся или присоединяющійся къ сторонѣ, т.-е. соучастникъ, или предъявляющій право, независимое отъ правъ стороны, и т. п. Дѣленіе это несостоятельно и потому, что внѣ его остаются случаи, когда пособничество должно быть допущено. Напримѣръ, несомнѣнно, въ спорѣ о дѣйствительности духовнаго завѣщанія къ наслѣднику по завѣщанію присоединяется легатарій, какъ возможный вѣритель этого наслѣдника, становящійся таковымъ по признаніи завѣщанія дѣйствительнымъ; во имя права онъ вступать не можетъ; искъ къ наслѣднику по завѣщанію имъ не можетъ быть предъявленъ; у него лишь общій интересъ съ этимъ наслѣдникомъ — признаніе завѣщанія дѣйствительнымъ. Точно также, въ спорѣ между пожизненнымъ владѣльцемъ по завѣщанію и наслѣдникомъ по закону, владѣющимъ наслѣдственнымъ имѣніемъ, къ пожизненному владѣльцу присоединяется наслѣдникъ по завѣщанію; у него съ пожизненнымъ владѣльцемъ общій интересъ: признаніе завѣщанія дѣйствительнымъ; въ этомъ процессѣ судъ не признаетъ правъ наслѣдника по завѣщанію, но если завѣщаніе будетъ признано судомъ дѣйствительнымъ по поводу пожизненнаго владѣнія, то этимъ наслѣдникъ по завѣщанію, съ большею вѣроятностью, будетъ избавленъ отъ необходимости предъявить новый искъ къ наслѣднику по закону. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ лица эти вступаютъ въ процессъ во имя своего интереса, въ частности, ради того, чтобы судомъ было признано одно изъ условій ихъ права (см. мой Учебн. русск. гражд. суд., 5 изд., стр. 106), а никакъ не самое право. Въ виду, слѣдовательно, неправильности проводимаго различія между видами пособничества, мы и полагаемъ, что можетъ быть вполнѣ принято мнѣніе названныхъ ученыхъ о значеніи для третьяго лица отказа стороны отъ его по-

мощи, но въ примѣненіи ко всѣмъ случаямъ пособничества, какъ формы участія третьяго лица во имя своего интереса. Но, какъ мы замѣтили выше, третье лицо не должно страдать отъ этого безконтрольнаго отказа отъ его помощи; не должно забывать объ интересѣ и этого лица; нельзя допустить, чтобы тяжущійся, возражавшій противъ вступленія, впослѣдствіи могъ бы предъявить къ третьему лицу какія-либо требованія въ случаѣ проигрыша процесса; точно также нельзя допустить, чтобы и третье лицо, будучи противъ воли устранено отъ участія, что-либо могло потерять; напр., если цессіонарій возражаетъ противъ вступленія цедента и затѣмъ проигрываетъ процессъ, то предъявить къ нему свое право регресса не можетъ. Г. Васьковскій хочетъ, чтобы тяжущійся, при самомъ отказѣ третьему лицу во вступленіи, отказался отъ своего обратнаго требованія, и въ этомъ лишь случаѣ придаетъ отказу въ участіи рѣшительное значеніе; г. Боровиковскій предоставляетъ суду рѣшить вопросъ, можно ли проигрышъ процесса поставить въ зависимость отъ неучастія третьяго лица, и если можно, то — и обратное требованіе предъявлено быть не можетъ. Но такая условность едва-ли можетъ быть допущена: само собою, безъ особаго отказа падаетъ право тяжущагося на обратное требованіе, сама собой предполагается причинная связь между неучастіемъ третьяго лица и проигрышемъ процесса. Разъ тяжущійся лишаетъ третье лицо права участвовать въ процессѣ, онъ несетъ всѣ невыгоды этого отказа; въ противномъ случаѣ, было бы допущено проявленіе простого каприза со стороны тяжущагося; необходимо, гдѣ и насколько возможно, поддержать серьезный характеръ процессуальныхъ дѣйствій. Очень можетъ быть, что въ результатѣ такой строгости получится, что стороны не будутъ пользоваться своимъ правомъ отказа отъ помощи третьяго лица, но въ этомъ небольшая бѣда.

На этихъ соображеніяхъ основана заключительная часть статьи.

639. Третье лицо принимаетъ дѣло въ такомъ положеніи, въ какомъ оно находилось во время его вступленія.

Это общее мѣсто въ ученіи о пособничествѣ; вступленіе третьяго лица, съ одной стороны, не должно оказывать никакого вліянія на судебныя дѣйствія, до того совершенныя,—они должны сохранить полную силу, опровергать ихъ нельзя, а съ другой, третье лицо не въ правѣ совершать дѣйствія, срокъ совершенія коихъ уже истекъ до его вступленія: не то процессъ чрезмѣрно

затянулся бы (р. Касс. Деп. 1883 г. № 72, 1884 г. № 175). Спорной можетъ быть лишь редакція статьи. Наша редакція буквальный переводъ правилъ германскаго (§ 64) и австрійскаго (§ 18) уставовъ; очень можетъ быть, что статья сама по себѣ не вполнѣ ясна и понятна, особенно для не-спеціалиста („принять дѣло", да еще въ извѣстномъ „положеніи"), но для спеціалиста она и ясна, и точна. Мы остановились на такой редакціи, именно въ предположеніи, что судьи наши образованные юристы. Изложить статью можно описательно, но это рискованно: легко упустить ту или другую черту.

640. Третье лицо можетъ совершать всякаго рода судебныя дѣйствія, согласныя съ его интересомъ и не противныя интересамъ той стороны, къ которой оно присоединяется, но предъявлять самостоятельныя требованія оно не въ правѣ.

Современные западные уставы даютъ очень поверхностную характеристику правъ третьяго лица. Такъ, германскій и австрійскій уставы говорятъ, что третье лицо можетъ совершать всякаго рода судебныя дѣйствія, не противорѣчащія судебнымъ дѣйствіямъ стороны. Эта характеристика, собственно, ничего не выражаетъ, такъ какъ трудно себѣ представить противорѣчіе между судебными дѣйствіями; противорѣчіе можетъ касаться цѣли дѣйствія; напр., третье лицо доказываетъ недѣйствительность акта, а тяжущійся—дѣйствительность его; можетъ оно касаться выбора дѣйствій; напр., третье лицо предъявляетъ споръ о подлогѣ, а тяжущійся не предъявляетъ; можетъ оно касаться содержанія дѣйствія, напр., признанія, присяги и т. д. Такъ что общимъ образомъ о противорѣчіи дѣйствій говорить если и можно, то это весьма не точно, а главное это ровно ничего не выражаетъ, напр., когда тяжущійся ведетъ дѣло вяло и апатично и почти никакихъ дѣйствій не совершаетъ — для того чтобы говорить о противорѣчіи, необходимы дѣйствія и стороны, и третьяго лица. Всего лучше говорить объ интересѣ третьяго лица и интересахъ стороны; центръ тяжести дѣйствій, совершаемыхъ третьимъ лицомъ, заключается въ томъ, являются ли они согласными съ его интересомъ и съ интересами тяжущагося; что третье лицо можетъ совершать дѣйствія, лишь согласныя съ его интересомъ,—это понятно само собой, но тѣмъ не менѣе надо объ этомъ упомянуть въ законѣ, ибо дѣйствія для него безразличныя только затягивали бы процессъ; съ другой стороны, дѣйствія эти должны быть

согласны съ интересами тяжущагося—выигрышемъ процесса; если этого нѣтъ, значитъ, третье лицо противодѣйствуетъ, а не содѣйствуетъ, пособляетъ сторонѣ. Если разъ данное дѣйствіе согласно съ интересами обоихъ лицъ, то дѣйствіе это третьимъ лицомъ можетъ быть совершено. Напр., имѣется свидѣтель, который могъ бы дать показаніе въ пользу тяжущагося, но тяжущійся не проситъ о его вызовѣ, потому что боится, какъ-бы свидѣтель попутно не огласилъ факта, оглашеніе коего ему непріятно; третье лицо должно имѣть право настоять на вызовѣ такого свидѣтеля, ибо вызовъ его клонится въ пользу и его, и тяжущагося. На томъ же соображеніи основано и право участвовавшаго въ дѣлѣ третьяго лица подавать апелляціонныя и кассаціонныя жалобы, хотя-бы тяжущійся и остался доволенъ обжалуемымъ рѣшеніемъ; хотя, какъ увидимъ, тяжущійся можетъ воспротивиться подачѣ жалобы, но если онъ этому не противится и самъ жалобы не подаетъ, то третье лицо можетъ это сдѣлать. Наконецъ, что третье лицо не можетъ предъявлять самостоятельныхъ требованій на судѣ, напр., встрѣчнаго иска, это вытекаетъ изъ существа пособничества и признано кассаціонной практикой (р. Касс. Деп. 1881 г. № 36, 1879 г. № 161); не можетъ оно предъявлять и требованія бо̀льшаго сравнительно съ тѣмъ, чего требуетъ сторона,—это требованіе бо̀льшаго есть самостоятельное требованіе.

641. Дѣйствія тяжущагося, противныя интересу третьяго лица, а также несогласіе тяжущагося на дѣйствія третьяго лица, клонящіяся къ интересу сего лица, имѣя полную силу, ни въ какомъ случаѣ не должны вредить третьему лицу.

Вступленіемъ пособника права тяжущагося ни въ какомъ случаѣ не должны быть умаляемы; ни одного права онъ лишенъ быть не можетъ. Но это охраненіе неприкосновенности и цѣлости процессуальныхъ правъ тяжущихся не должно идти за счетъ третьяго лица, не должно влечь за собой никакихъ невыгодъ для него. Напр., тяжущійся дѣлаетъ судебное признаніе, послѣдствіемъ чего является отказъ въ искѣ; если этотъ отказъ въ искѣ является условіемъ его обратнаго требованія къ третьему лицу, то требованіе предъявлено быть не можетъ. Или, напр., тяжущійся не желаетъ, чтобы рѣшеніе было обжаловано — онъ можетъ и не позволить третьему лицу подавать жалобу, но, сдѣлавъ это, онъ не можетъ предъявлять къ третьему лицу обратнаго требованія, обусловленнаго даннымъ неблагопріятнымъ для него рѣшеніемъ. Конечно, правило 641 ст. ограничиваетъ признаваемое статьею

640 право пособника: третье лицо можетъ совершать дѣйствія, согласныя съ его интересомъ, но тяжущійся можетъ противъ нихъ возражать, но въ концѣ концовъ третье лицо въ выигрышѣ: если тяжущійся возражаетъ, то онъ этимъ освобождаетъ третье лицо отъ обязанности по обратному требованію.

642. Судебное рѣшеніе, по дѣлу состоявшееся, распространяетъ свою силу и на участвовавшее въ дѣлѣ третье лицо; при предъявленіи къ нему со стороны тяжущагося требованій, основанныхъ на рѣшеніи, оно можетъ возражать противъ правильнаго веденія дѣла лишь въ томъ случаѣ, если не могло воспользоваться даннымъ средствомъ защиты вслѣдствіе поздняго вступленія въ дѣло, или, если тяжущійся совершилъ дѣйствіе, означенное въ ст. 641, или если тяжущійся намѣренно или по небрежности не воспользовался даннымъ средствомъ защиты, о существованіи коего третье лицо не знало.

Статья эта основана на § 65 герм. уст. гражд. суд. и указываетъ на распространеніе силы рѣшенія на третье лицо — въ этомъ юридическій смыслъ пособничества; разъ пособникъ участвовалъ въ дѣлѣ, онъ долженъ пользоваться всѣми выгодами и нести всѣ невыгоды состоявшагося по дѣлу рѣшенія. Но на него невозможно распространять эту силу безусловно уже потому, что онъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ бываетъ лишенъ возможности вліять на исходъ дѣла, и такихъ обстоятельствъ, препятствующихъ ему вліять на исходъ дѣла, три: онъ могъ не успѣть воспользоваться даннымъ средствомъ защиты, потому что вступилъ въ дѣло, когда уже поздно было воспользоваться этимъ средствомъ, напр., пропустилъ срокъ предъявленія отвода; ему, затѣмъ, тяжущійся помѣшалъ воспользоваться даннымъ средствомъ защиты, напр., прямо заявилъ о нежеланіи своемъ, чтобы средство это было утилизировано; или, наконецъ, онъ не зналъ о существованіи этого средства, напр., о существованіи документа, столь важнаго, что, будь онъ въ виду суда, дѣлу былъ бы данъ иной оборотъ.

643. На опредѣленіе суда объ отказѣ третьему лицу принять участіе въ дѣлѣ (ст. 638) можетъ быть принесена отдѣльная частная жалоба.

Эта статья основана на § 68 герм. и § 17 австр. уст. гражд. суд. и находитъ свое оправданіе въ томъ существенномъ значе-

ніи, какое имѣетъ для третьяго лица отказъ въ принятіи участія въ дѣлѣ. Допускается отдѣльная жалоба (въ смыслѣ, изъясненномъ подъ ст. 635) лишь въ случаѣ отказа, но допустить ее, какъ это установлено ст. 664 Уст. гражд. суд., и въ случаѣ разрѣшенія третьему лицу участвовать въ дѣлѣ,—нѣтъ никакихъ основаній. Единственное лицо, которое можетъ принести таковую жалобу — это противникъ того тяжущагося, къ которому третье лицо присоединяется; но побужденіе, заставляющее его жаловаться—страхъ передъ усилившимся противникомъ,—едва-ли таково, чтобы заслуживало вниманія законодателя. Проф. Клейнъ вѣрно говоритъ, что „вступленіе третьяго лица не можетъ вредить ни одному изъ тяжущихся".

Вторымъ видомъ вступленія третьяго лица по Уставу является такъ наз. interventio principalis. Современное воззрѣніе на этотъ институтъ то, что онъ есть случай соучастія: третье лицо, предъявляя искъ противъ обоихъ тяжущихся, дѣлаетъ ихъ соотвѣтчиками по этому иску. Это воззрѣніе весьма важно по своимъ послѣдствіямъ: отношенія между лицами, участвующими въ такомъ осложненномъ процессѣ, опредѣляются правилами соучастія. Въ законодательствахъ, однако, этотъ взглядъ прямо не высказывается, но выводится теоріею, напр., въ Германіи, изъ самой природы института, а относительно австрійскаго устава это можно вывести изъ мѣста, отведеннаго правиламъ объ interventio principalis въ системѣ, — они изложены въ отдѣлѣ о соучастіи. Мы полагаемъ, что, по практическимъ соображеніямъ, болѣе цѣлесообразно ввести въ самый законъ указанія на то, что благодаря предъявленію иска со стороны третьяго лица образуется процессуальное соучастіе. Но, конечно, такая квалификація этого случая возможна благодаря измѣненію ст. 665 въ томъ смыслѣ, что третье лицо должно предъявить искъ непремѣнно къ обоимъ тяжущимся, а не къ тому или другому изъ нихъ. Почему не слѣдуетъ допускать послѣдняго — нечего распространяться. Долгій споръ по этому вопросу въ германской литературѣ привелъ къ тому, что interventio princ. имѣетъ мѣсто лишь при условіи предъявленія третьимъ лицомъ иска къ обоимъ тяжущимся. И въ нашей литературѣ вопросъ этотъ достаточно выясненъ и разрѣшенъ именно въ послѣднемъ смыслѣ (Боровиковскій, Отч. судьи. I, стр. 195. Васьковскій, н. с. Ж. Ю. О. 1895 г., № 2, стр. 79). Какъ мы уже упоминали, неодинаково рѣшается вопросъ о мѣстѣ, которое должно быть отведено правиламъ объ interventio principalis; мы полагаемъ,

что слѣдуетъ вынести эти правила изъ отдѣла о вступленіи третьихъ лицъ и, по примѣру австрійскаго устава, перенести въ отдѣлъ о соучастіи. При оставленіи этихъ правилъ на прежнемъ мѣстѣ, мы впадемъ въ двойную ошибку: мы не только безо всякихъ основаній не отведемъ имъ единственно возможнаго мѣста, но, кромѣ того, опять-таки безо всякихъ основаній, отнесемъ одинъ изъ случаевъ соучастія къ случаямъ, дающимъ поводъ частному производству; случай этотъ ровно никакого отношенія къ частнымъ производствамъ не имѣетъ.

Въ виду изложенныхъ соображеній, мы предлагаемъ въ соотвѣтствующемъ отдѣлѣ помѣстить слѣдующую статью:

> Третье лицо, заявляющее на спорное имущество свои особенныя права, независимо отъ правъ истца и отвѣтчика, должно подать о томъ исковое прошеніе противъ обоихъ тяжущихся, которые вслѣдствіе того становятся соучастниками въ отвѣтѣ по сему иску.

VIII.

ПАМЯТИ

Семена Викентьевича Пахмана [1]).

Пахманъ умеръ... Какъ много это говоритъ уму и сердцу его современниковъ-юристовъ и особенно бывшихъ сотоварищей и учениковъ. Пахманъ, какъ человѣкъ, Пахманъ, какъ ученый, Пахманъ, какъ профессоръ—все это такъ выпукло, такъ характерно, такъ выдѣляется, не на сѣромъ фонѣ посредственности, а среди крупныхъ ученыхъ силъ.

Глубокій, строго логическій, сильный индуктивный умъ, обладавшій способностью самыя сложныя явленія, путемъ тонкаго ихъ анализа, представить въ самомъ простомъ, для всѣхъ ясномъ, видѣ, способностью сложнѣйшія научныя проблемы сводить къ простымъ положеніямъ; внутренній огонь, убѣдительность рѣчи, дышащей несомнѣнной убѣжденностью, рѣчи, покоряющей своей аргументаціей, прямой, не оставляющей никакихъ недомолвокъ, чуждой туманности—вотъ умственный обликъ Пахмана. Во всей полнотѣ онъ проявился и въ лекціяхъ, и въ ученыхъ трудахъ, и въ рѣчахъ, и въ возраженіяхъ на диспутахъ, и въ сенатскихъ рѣшеніяхъ. Его курсъ гражданскаго права,—къ сожалѣнію не отпечатанный,—являетъ собою образецъ тонкаго юридическаго анализа; тутъ сложнѣйшимъ институтамъ дается точная, ясная и простая характеристика и конструкція. Изъ печатныхъ трудовъ его извѣстное сочиненіе объ обычномъ правѣ свидѣтельствуетъ о колоссальной силѣ индуктивнаго ума—тысячи рѣшеній волостныхъ судовъ, сырой, необработанный матеріалъ,

---

[1]) Право. 1911 г. № 1.

сводятся къ общимъ научнымъ началамъ. Возьмите, затѣмъ, знаменитую его рѣчь о двухъ направленіяхъ въ наукѣ права—какъ просто и ясно разрѣшается сложнѣйшая проблема науки права, методологическія ея основы. Припоминаю я возраженія его на диспутахъ Малышева, Дорна, Азаревича, Голевинскаго, Дыдынскаго, Зигеля — какъ широко въ нихъ раскрылась вся глубина его юридической мысли. Тѣ же качества его проявлялись и въ сенатскихъ рѣшеніяхъ, имъ написанныхъ. Можно, а быть можетъ и должно, не соглашаться съ нѣкоторыми взглядами его, проведенными въ рѣшеніяхъ, напр., по вопросу о примѣненіи давности къ церковнымъ землямъ, но въ необычной обоснованности имъ отказать нельзя.

Чарующая сила его ума покоряла умы людей, его окружавшихъ. Когда и гдѣ бы Пахманъ ни проявлялъ своей дѣятельности, вездѣ онъ становился центральною фигурою, около него группировались другіе. Такъ было въ университетахъ Харьковскомъ и Петербургскомъ, такъ было въ многочисленныхъ комиссіяхъ и въ Сенатѣ. Его мнѣніе высоко цѣнили, прислушивались къ его голосу. Съ этой стороны Пахманъ былъ избалованъ, и тѣмъ сильнѣе дѣйствовали на его впечатлительную натуру отдѣльные случаи неудачъ. Я помню, сколько огорченій ему доставляло участіе въ разныхъ законодательныхъ комиссіяхъ. Онъ напрягалъ всѣ силы своего ума, чтобы отстоять извѣстный взглядъ, и если его не понимали или не хотѣли понять, онъ былъ въ отчаяніи. Я помню, какъ онъ боролся въ бывшей въ 70-хъ годахъ комиссіи о реформѣ церковнаго суда, гдѣ онъ проводилъ взгляды антиклерикальные; въ комиссіи о пожизненномъ владѣніи, гдѣ онъ былъ противъ ограниченія арендн­аго договора трехлѣтнимъ срокомъ (ст. 1692[1]– ч. 1 т. X); въ комиссіи (первой) по вексельному уставу, гдѣ онъ стоялъ за обозначеніе въ векселѣ полученія валюты, или валюты „въ счетъ“; въ комиссіи по составленію гражданскаго уложенія, гдѣ онъ требовалъ, чтобы сначала были выработаны основныя положенія и т. д. Во многихъ случаяхъ онъ выходилъ изъ состава комиссій задолго до окончанія работъ; но чувство горечи, даже обиды, долго сказывалось въ немъ. Его часто возмущало невѣжество членовъ комиссій, узость ихъ взглядовъ, стремленіе сообразоваться „откуда вѣтеръ дуетъ“. Но это все ничто по сравненію съ тѣмъ глубокимъ огорченіемъ, какое было ему причинено забаллотированіемъ его въ 1876 г. въ Петербургскомъ университетѣ—онъ былъ забаллотированъ въ совѣтѣ, не подвергшись баллотировкѣ въ факультетѣ. Еще не время раскрывать всѣ, извѣстныя мнѣ, подробности

этого „сверженія кумира“. Скажу одно: это было безпримѣрное въ лѣтописяхъ университетовъ недоразумѣніе; совѣтъ былъ введенъ въ заблужденіе; впослѣдствіи, даже очень скоро, университетъ всячески старался исправить роковую ошибку: его звали обратно, ему присудили премію гр. Сперанскаго, его избрали въ почетные члены; таковое же избраніе послѣдовало и со стороны почти всѣхъ университетовъ. Какъ его ни манило въ университетъ, съ которымъ онъ сроднился, но онъ былъ непоколебимъ — обида была слишкомъ велика, чтобы ее можно было простить.

Какъ ученый, какъ цивилистъ, С. В. являлъ собою образецъ гармоническаго сочетанія юриста-техника, строгаго догматика и юриста, проникнутаго реальными, жизненными научными интересами. Первая сторона его творчества всего ярче выразилась въ его курсѣ гражданскаго права. Это былъ курсъ чисто догматическій; все постороннее, мѣщающее чистотѣ анализа, правильности конструкціи, выдержанности системы, было устранено. Тѣ измѣненія, которыя С. В. внесъ въ свой курсъ за послѣдніе годы, какъ отраженіе взглядовъ, высказанныхъ въ статьяхъ его о системѣ гражданскаго уложенія, не были уступкою или отступленіемъ отъ принятаго имъ метода; онъ лишь, къ сожалѣнію, отказался отъ ранѣе проведенной имъ общепринятой системы Гейзе и во главѣ курса поставилъ ученіе о лицахъ и прежде всего о правахъ личности.

Строго-научнымъ оправданіемъ и объясненіемъ принятаго имъ въ курсѣ метода является его рѣчь „О современномъ движеніи въ наукѣ права“. Тотъ строгій догматизмъ, которымъ былъ проникнутъ его курсъ, нашелъ въ этой рѣчи свое всестороннее обоснованіе. Въ слушателяхъ его курса всегда оставалось какое-то недоумѣніе, оставался открытымъ вопросъ — наука ли гражданское право, да и вся юриспруденція, при такомъ строго-догматическомъ изложеніи? Упомянутая рѣчь являлась цѣлымъ откровеніемъ; многихъ бывшихъ его слушателей обуяло радостное чувство: Пахманъ — говорили они — доказалъ, что догматическая юриспруденція наука. Для слѣдившихъ за движеніемъ науки рѣчь эта дала много новаго въ смыслѣ спасенія самостоятельности догматики и вполнѣ доказала, что ничѣмъ другимъ она замѣнена или вытѣснена быть не можетъ. Онъ возвелъ догматику въ науку точную, подобную математикѣ; видя въ правѣ „мѣру свободы въ общежитіи“, онъ и на догматическую юриспруденцію взглянулъ, какъ на науку о соотношеніи величинъ. Это соотношеніе опредѣляется извѣстными логическими

принципами, принципами неизмѣнными (впослѣдствіи я въ „Этюдахъ о современномъ состояніи науки права“ старался доказать, что эти принципы суть законы юридической статики). Правъ ли былъ Пахманъ или не правъ — это другой вопросъ, но никто не станетъ отрицать, что онъ дошелъ до корней вопроса, выставивъ такія положенія, которыхъ не легко опровергнуть, да по правдѣ сказать, до сей поры никто съ подобающею серьезностью и не опровергнулъ.

Свой строгій догматизмъ Пахманъ и до и послѣ появленія рѣчи использовалъ, какъ методологическую основу въ двухъ различныхъ по характеру работахъ. Въ первой его работѣ „О судебныхъ доказательствахъ по древнему русскому праву“ уже сказалось стремленіе примѣнить догматическій методъ къ изслѣдованію отдѣльныхъ памятниковъ законодательства. Еще гораздо рѣзче это сказалось въ его „Обычномъ гражданскомъ правѣ“, являющемся, въ сущности, въ предѣлахъ наличнаго матеріала, строго догматическимъ курсомъ нашего обычнаго права.

Что касается проникновенія жизненными научными интересами, то оно проявилось въ выборѣ предметовъ научныхъ изысканій. Два краеугольныхъ камня лежатъ въ основѣ его научныхъ работъ, два вопроса его увлекали: вопросъ объ обычномъ правѣ и вопросъ кодификаціи гражданскихъ законовъ. Характерное явленіе: одна изъ первыхъ его работъ, затѣмъ главнѣйшая, центральная его работа и, наконецъ, послѣдняя его работа посвящены обычному праву. Первая — это рѣчь, произнесенная въ 1856 г. въ Казани: въ ней въ увлекательной формѣ обрисовывается юридическій бытъ инородцевъ Казанской губерніи. Черезъ 20 лѣтъ появляется первый томъ, а вскорѣ и второй „Обычнаго гражданскаго права въ Россіи“. Трудъ этотъ — капитальное научное произведеніе. Мы, старые убѣжденные обычники, уповаемъ, что этотъ трудъ еще будетъ имѣть громадное значеніе, когда разсѣется — а она непремѣнно разсѣется! — темная туча, нынѣ висящая надъ нашимъ обычнымъ правомъ. Но и въ настоящее время самый фактъ возможности воспроизведенія цѣльной системы обычнаго права — блестяще доказанный Пахманомъ, — является сильнѣйшимъ аргументомъ въ пользу существованія обычнаго права, нынѣ — horribile dictu! — подвергнутаго сомнѣнію. Трудъ этотъ открылъ широкое поле для дальнѣйшихъ изысканій, направленныхъ къ локализаціи нормъ обычнаго права, ихъ интеграціи и дифференціаціи по районамъ, однообразнымъ и разнообразнымъ по политическимъ, соціальнымъ, экономическимъ, этнографическимъ и др. условіямъ. Я помню, какъ С. В обрадовался

этой мысли, высказанной мною въ газ. „День“ въ 1889 году (№ 51). Вскорѣ по выходѣ этого номера я засталъ у С. В. Евгенія Ивановича Якушкина—оба они чрезвычайно сочувственно отнеслись къ такому направленію въ разработкѣ нашего обычнаго права, разработкѣ его по волостямъ, уѣздамъ, губерніямъ и болѣе крупнымъ районамъ; тогда возможно будетъ, говорили они, его кодифицировать, а затѣмъ уже использовать для кодификаціи гражданскихъ законовъ, сохранивъ множество мѣстныхъ особенностей. Наконецъ, послѣдній трудъ Пахмана, статья „Очеркъ народныхъ юридическихъ обычаевъ Смоленской губерніи“, помѣщенная въ изданномъ въ 1900 г. подъ его редакціей „Сборникѣ народныхъ юридическихъ обычаевъ“. Сборнику предпослано преинтересное предисловіе редактора. Въ статьѣ Пахманъ примѣняетъ идею локализаціи; онъ въ предѣлахъ Смоленской губерніи отмѣчаетъ, насколько это позволяетъ матеріалъ, различіе обычно-правовыхъ нормъ въ двухъ частяхъ губерніи, сѣверо-восточной, великорусской и юго-западной, бѣлорусской. Замѣчательно и вышеупомянутое предисловіе: солидная защита нашего обычнаго права отъ нападокъ со стороны его противниковъ.

Другой вопросъ, занимавшій Пахмана — кодификація гражданскихъ законовъ. Онъ своими трудами въ этой области въ значительной мѣрѣ содѣйствовалъ какъ проникновенію въ сознаніе правительства мысли о необходимости издать новое гражданское уложеніе, такъ и приближенію къ осуществленію этой мысли. На торжественномъ юбилейномъ актѣ Петербургскаго университета 8 февраля 1869 года при блестящей публикѣ, переполнившей громадный залъ Дворянскаго собранія, онъ произнесъ рѣчь „О задачахъ гражданскаго уложенія“. Рѣчь была покрыта громомъ долго не смолкавшихъ рукоплесканій. Вскорѣ онъ былъ приглашенъ на службу въ тогдашнее учрежденіе, вѣдавшее дѣло кодификаціи (II отд. С. Е. И. В. Канцеляріи). Это назначеніе ставили въ связь съ предположеніемъ о сочиненіи новаго уложенія; объ этомъ упорно ходили слухи, и я припоминаю, что были у С. В. разговоры на эту тему со стоявшимъ во главѣ учрежденія княземъ Урусовымъ, черезъ десять лѣтъ и назначеннымъ предсѣдателемъ комитета для составленія новаго уложенія. Такъ медленно капля точила камень!.. Въ 1876 г. появляются два объемистыхъ тома сочиненія Пахмана „Исторія кодификаціи гражданскаго права“. Въ этомъ трудѣ изложены, какъ самый механизмъ кодификаціонныхъ работъ отъ древнѣйшихъ временъ до нашихъ дней на Западѣ и у насъ, такъ и результаты этихъ работъ, при чемъ передается лишь содержаніе многочисленныхъ ко-

дексовъ и проектовъ. Это сочиненіе вызвало рядъ крайне противоположныхъ отзывовъ: одни возвеличивали, другіе низводили. Самъ С. В. говорилъ, что ни тѣ, ни другіе не были правы — они не считались съ тою скромною задачею, которую себѣ поставилъ авторъ; онъ, помню, вполнѣ соглашался съ мнѣніемъ Н. В. Калачева, что далъ невѣрное заглавіе своей книгѣ — это не исторія кодификаціи, а матеріалы для таковой исторіи. И тѣ и другіе критики должны бы были имѣть въ виду, что самъ авторъ называетъ въ предисловіи свое сочиненіе „обзоромъ составленія и содержанія кодексовъ“. Съ этой точки зрѣнія книга отнюдь не заслуживаетъ порицанія; если знакомство „съ примѣрами прошлаго“ необходимо и для кодификаторовъ, то книга должна быть признана цѣнною.

Наступилъ 1882 годъ. Созывается комитетъ для составленія проекта новаго уложенія. Оба нашихъ корифея цивилистики, Пахманъ и Кавелинъ, воспрянули духомъ. Въ составъ комитета пригласили одного Пахмана, но оба предстали съ докладами передъ многочисленными собраніями юридическаго общества. Такъ возникли двѣ работы Пахмана: „О предметѣ и системѣ русскаго гражданскаго уложенія“ и „О значеніи личности въ гражданскомъ правѣ“. Въ первой, гдѣ на каждомъ шагу замѣтно пользованіе данными изъ „Исторіи кодификаціи“, предметъ уложенія, съ одной стороны, расширяется требованіемъ внести въ него и торговое право, съ другой—ставится въ общепризнанныя, но отрицаемыя Кавелинымъ рамки частнаго права; что же касается системы, то предлагается римская — persona, res, actio—въ видѣ схемы, похожей на французскую: „право лицъ, право на имущество и право по обязательствамъ“. Оригинальна рубрика „о правахъ лицъ вообще“. Подробнѣе объ этихъ правахъ трактуетъ вторая работа. Тутъ рельефно выдвигается роль личности въ области гражданскихъ отношеній и предлагается внести въ уложеніе нѣсколько общихъ положеній о правахъ личности въ томъ смыслѣ, что они охраняются закономъ и что всякія сдѣлки, клонящіяся къ лишенію или ограниченію ихъ, признаются недѣйствительными. Эти два сочиненія отразились, хотя и не въ полной мѣрѣ, на „Проектѣ гражданскаго уложенія“.

Въ профессорской дѣятельности Пахмана довольно рѣзко различаются два періода: до и послѣ перехода въ Петербургскій университетъ. Въ первый періодъ С. В. былъ типичнымъ провинціальнымъ профессоромъ 50 и 60 годовъ; годъ въ Ришельевскомъ Лицеѣ, семь лѣтъ въ Казанскомъ, 8 лѣтъ въ Харьковскомъ университетахъ, онъ за эти 16 лѣтъ перечиталъ, кромѣ предме-

товъ своей спеціальности, почти всѣ юридическія науки. Замѣщеніе каѳедръ тогда шло очень туго и всегда было много вакантныхъ: наличные профессора и распредѣляли между собою эти каѳедры. Пахману, какъ молодому, талантливому профессору, приходилось читать массу лекцій по чуждымъ ему спеціальностямъ. Это ужасно отвлекало его отъ разработки собственнаго курса и отъ надлежащей подготовки къ лекціямъ. Проявить свой талантъ и свои знанія во всей силѣ и во всемъ объемѣ онъ не могъ; всѣ бывшіе слушатели его говорили, что они высоко цѣнили его за его выдающіяся дарованія, но онъ не могъ подѣлиться съ ними всѣмъ тѣмъ богатствомъ, которымъ располагалъ. Бывали лекціи замѣчательныя, на всю жизнь сохранившіяся въ памяти слушателей, но было много и заурядныхъ, не выходящихъ за предѣлы курса Мейера. Къ тому же и общество предъявляло въ то время къ профессорамъ свои требованія: съ расширеніемъ въ немъ любознательности отъ профессоровъ требовалось чтеніе публичныхъ лекцій. И С. В. ихъ прочелъ не мало на своемъ вѣку и притомъ съ большимъ успѣхомъ. Прибавьте къ этому страсть его къ музыкѣ—онъ былъ виртуозомъ скрипачемъ: ни одинъ музыкальный вечеръ, а ихъ было много, особенно во время и послѣ Крымской кампаніи, съ благотворительною цѣлью, не обходился безъ его участія. Надо только удивляться, какъ при такой обстановкѣ онъ, какъ и всѣ провинціальные профессора, успѣвалъ слѣдить за литературой — а они дѣйствительно за нею слѣдили; но лекціи и научная продуктивность отъ этой обстановки страдали. Тѣмъ не менѣе слава Пахмана, какъ выдающагося дарованія, росла и вѣсть о немъ дошла до Петербурга. Еще за пять лѣтъ до его перевода, а именно въ 1861 г. среди тогдашней интеллигенціи ходили о немъ весьма благопріятные слухи. Онъ былъ членомъ (отъ Харьковскаго университета) комиссіи, выработавшей университетскій уставъ 1863 года; С. В. Пахманъ и С. М. Соловьевъ были душою этой комиссіи.

Въ 1866 г. Пахмана избираютъ въ Петербургскомъ университетѣ, за уходомъ А. И. Вицына, на каѳедру гражданскаго права. Создается новая обстановка—замѣщать вакантныя каѳедры нѣтъ надобности, публичныя лекціи вышли изъ моды, скрипкѣ дается отдыхъ. С. В. всецѣло отдается разработкѣ своихъ лекцій, собственноручно пишетъ свой чудный курсъ; чуть не ежегодно переиздаетъ его для студентовъ съ новыми дополненіями и измѣненіями. Хотя его вскорѣ избираютъ профессоромъ въ Александровскомъ Лицеѣ и Училищѣ Правовѣдѣнія, но онъ и тамъ читаетъ свой курсъ гражданскаго права и притомъ въ меньшемъ

объемѣ, такъ что ни о какомъ отвлеченіи рѣчи быть не могло. Лекціи Пахмана были чрезвычайно увлекательны и привлекали массу слушателей. Качества его ума, выше мною описанныя, проявлялись во всей своей полнотѣ. Онъ не излагалъ отдѣльныя ученія съ одинаковой полнотой, нѣкоторыя даже совсѣмъ пропускалъ, но подробно останавливался на самыхъ существенныхъ— эти лекціи были самыя образцовыя: голосъ его повышался, рѣчь становилась рѣзко выразительной, онъ воодушевлялся и эффектно заканчивалъ лекцію. Я живо помню его лекціи о юридическомъ лицѣ, о давности, объ обманѣ и т. п.; такія лекціи никогда не забываются. При этомъ, надо сказать, онъ рѣдко сходилъ съ почвы юридическаго анализа; изъ лекцій, когда онъ вдавался въ вопросы, выходящіе за предѣлы гражданскаго права, я припоминаю лишь одну, когда онъ, говоря о договорахъ противныхъ нравственности, развивалъ общій тезисъ: non omne, quod licet, honestum est. Словомъ, дарованія Пахмана раскрылись на петербургской каѳедрѣ во всю свою ширь и глубину. Бывшій учитель его, Рѣдкинъ, бывшій ученикъ его Градовскій и неизмѣнный другъ его Таганцевъ—вотъ „стая славныхъ", въ которой и Пахманъ занималъ почетное мѣсто.

Вѣчная, благодарная память усопшему дорогому учителю!..

IX.

Дмитрій Ивановичъ Мейеръ,

ЕГО ЖИЗНЬ И ДѢЯТЕЛЬНОСТЬ [1]).

Д. И. Мейеръ, сынъ придворнаго музыканта, родился 1 сентября 1819 года въ С.-Петербургѣ [2]). Въ 1834 году изъ второй С.-Петербургской гимназіи онъ поступилъ въ главный педагогическій институтъ, гдѣ въ 1841 году окончилъ курсъ по разряду юридическихъ наукъ и опредѣленіемъ конференціи 21 декабря награжденъ золотою медалью [3]). По представленію конференціи Д. И. былъ командированъ за границу для усовершенствованія въ наукахъ, при чемъ тогдашній министръ народнаго просвѣщенія графъ Уваровъ избралъ мѣстомъ его занятій Берлинскій университетъ [4]). Программа занятій, предстоявшихъ молодому ученому за границею, вовсе не была опредѣлена; онъ даже не зналъ „предмета будущаго преподаванія“, т.-е. не предназначался въ спеціалисты по той или другой отрасли права, а потому, какъ онъ самъ говорилъ, долженъ былъ слушать всѣ науки—не только юридическія, но и философію, и исторію [5]). Но есть основаніе думать, что Мейеръ уже тогда имѣлъ влеченіе къ гражданскому праву. Это видно уже изъ того, что въ Берлинѣ онъ преимущественно занимался римскимъ правомъ, слушая тридцать лекцій въ недѣлю по этому предмету [6]); затѣмъ, онъ

---

[1]) Журналъ Юридическаго Общества 1894 г. Іюнь.
[2]) Attest. past. Екатер. ц. 1894 г. № 565.
[3]) Дѣла гл. пед. инст. 1841 г. № 5 л. 5.
[4]) Ibid., 1846 г. № 20 л. 22—25.
[5]) Ibid., л. 102.
[6]) Ibid., л. 103.

повезъ съ собою лишь одно рекомендательное письмо, а именно, отъ профессора римскаго права Штекгардта къ „великому учителю римскаго права“ Савиньи [1]), и, наконецъ, лица, близко знавшія Мейера, говорятъ, что изъ берлинскихъ профессоровъ онъ съ наибольшимъ уваженіемъ отзывался о Пухтѣ, лекціи котораго по римскому праву тщательно записывалъ и потомъ бережно хранилъ [2]).

Уѣхавъ изъ Петербурга въ концѣ февраля 1842 года, Мейеръ, на первыхъ порахъ по прибытіи въ Берлинъ, воспользовался рекомендаціею, данною ему и товарищу его Жиряеву, и отправился къ великому Савиньи. Оба они знали напередъ, что Савиньи, тогда прусскій министръ юстиціи, приметъ ихъ холодно; но они были пріятно поражены простотою и любезностью оказаннаго имъ пріема. Визитъ, какъ видно, былъ непродолжителенъ. Савиньи, узнавъ, чьи лекціи они посѣщаютъ и одобривъ сдѣланный выборъ (они указали на Гомейера и Рудорфа), сказалъ: „спросите у нихъ совѣта касательно дальнѣйшихъ вашихъ занятій и тѣхъ профессоровъ, которыхъ вы должны слушать въ зимній семестръ“. Этотъ совѣтъ самъ по себѣ не могъ имѣть особеннаго значенія, въ виду удачнаго выбора профессоровъ, сдѣланнаго молодыми людьми; если бы выборъ былъ не удаченъ, то, конечно, Савиньи исправилъ бы сдѣланную ошибку. Въ описанной Пекарскимъ бесѣдѣ Мейера съ великимъ ученымъ единственно характернымъ является замѣчаніе, сдѣланное Мейеромъ на прощальное заявленіе Савиньи: „вы много можете узнать у насъ хорошаго“; Мейеръ отвѣтилъ на это: „хорошо было бы, если бы можно было столько взять, сколько даютъ намъ здѣсь [3]). Эти слова вполнѣ характеризуютъ отношеніе Мейера къ своимъ заграничнымъ занятіямъ—онъ дѣйствительно хотѣлъ взять все, что тамъ даютъ. Годы, проведенные имъ за границею, были посвящены неустанному, усиленному труду. Тамъ, вѣроятно, и разстроилось его, и безъ того не крѣпкое, здоровье: лѣтомъ 1843 года онъ вынужденъ былъ ѣхать въ Герберсдорфъ для пользованія морскими купаньями [4]). И дѣйствительно, слушаніе такой массы лекцій, какъ онъ слушалъ, при его крайне добросовѣстномъ отношеніи къ дѣлу и строгомъ отношеніи къ себѣ, поглощало все его время. Но, какъ оказывается, онъ находилъ еще время для за-

[1]) Пекарскій. Студенческія воспоминанія о Д. И. Мейерѣ въ сборн. „Братчина“ 1859 г., стр. 221.

[2]) Сообщ. С. В. Пахманъ.

[3]) Пекарскій, н. с., стр. 221—223.

[4]) Дѣла Гл. пед. инст. 1846 г. № 20 л. 102.

нятій и русскимъ правомъ. Проф. бар. Врангель, читавшій въ институтѣ русское право, умеръ, не дочитавъ и половины курса, „что̀ затрудняло занятія по русскому законодательству“, и Мейеръ счелъ необходимымъ восполнить этотъ пробѣлъ, насколько это было возможно за границею, параллельно съ слушаніемъ и изученіемъ лекцій берлинскихъ профессоровъ [1]).

Сознавая святость и отвѣтственность той задачи, которую предстояло выполнить по возвращеніи на родину, Мейеръ, къ концу срока командировки, пришелъ къ сознанію, что выраженное имъ два года назадъ желаніе не осуществилось: онъ взялъ не все, что̀ ему давали; онъ считалъ себя еще недостаточно подготовленнымъ къ профессорской дѣятельности и въ этомъ смыслѣ послалъ 2 января 1844 года „откровенное признаніе“ въ конференцію института, прося продлить срокъ отпуска [2]). Просьба была уважена министромъ: Мейеръ былъ оставленъ за границею еще на полгода, но безъ содержанія [3]).

Къ осени 1844 года Мейеръ вернулся въ Петербургъ, гдѣ, вѣроятно, немедленно принялся за изготовленіе пробной лекціи, которую по тогдашнимъ правиламъ должны были прочесть возвратившіеся изъ-за границы студенты передъ назначеніемъ на каѳедру. Мейеръ приготовилъ лекцію „О гражданскихъ отношеніяхъ обязанныхъ крестьянъ“, которая, по одобреніи проф. Рождественскимъ, была прочитана въ институтѣ 11 января 1845 года [4]). „По полнотѣ и ясности изложенія и по искусству произношенія Мейеръ заслужилъ единодушное одобреніе слушателей“, какъ сказано въ журналѣ конференціи [5]). Черезъ мѣсяцъ, а именно 15 февраля, Мейеръ былъ назначенъ въ Казанскій университетъ „исправляющимъ должность адъюнкта, до полученія степени магистра“ [6]).

По прибытіи въ Казань, Мейеръ не сразу приступилъ къ чтенію лекцій: время было весеннее, скоро наступили экзамены, и впервые онъ выступилъ передъ студентами въ качествѣ экзаменатора. „Въ назначенный для испытанія день“, говоритъ Пекарскій, „собравшіеся въ залу студенты увидѣли у экзаменаторскаго стола молодого профессора съ чрезвычайно добродушнымъ и привлекательнымъ лицомъ и на видъ столь моложаваго, что

[1]) Ibid., л. 103.
[2]) Ibid., л. 102.
[3]) Ibid., л. 106.
[4]) Ibid., л. 139.
[5]) Ibid., л. 142.
[6]) Ibid., л. 149.

многіе изъ студентовъ казались старше его. По обычаю, вызовъ студентовъ происходилъ въ алфавитномъ порядкѣ фамилій. Едва первые успѣли кончить отвѣты, какъ остальные товарищи приступали къ нимъ съ разспросами: что Мейеръ строго экзаменуетъ, прижимаетъ? Отвѣтъ былъ неутѣшительный: новый профессоръ останавливаетъ на каждомъ словѣ, требуетъ объясненій на сказанное студентомъ, наконецъ, спрашиваетъ о томъ, чего, повидимому, въ билетахъ съ вопросами вовсе не было... Результатъ испытаній озадачилъ студентовъ: тѣ, которые отвѣчали по своду законовъ, рубя, какъ говорится, съ плеча и не обращая вниманія на вопросы экзаменатора, получили неудовлетворительные баллы“ [1]).

Наступила осень 1845 года. Передъ началомъ лекцій студенты, получившіе на экзаменѣ удовлетворительные баллы и переведенные на слѣдующій курсъ, узнали, что по настоянію Мейера снова должны слушать гражданское право. Послѣ первыхъ же лекцій они увидѣли, что излагается такое гражданское право, о которомъ они еще доселѣ не имѣли понятія... Студенты, не приготовленные къ серьезному изложенію науки и вообще не привычные къ усвоенію всѣхъ тонкостей мышленія, встрѣтили непреодолимыя, какъ казалось сначала, препятствія слѣдить за преподаваніемъ новаго профессора [2]). Только съ теченіемъ времени и, главнымъ образомъ, благодаря внѣ-лекціоннымъ разъясненіямъ,—за каковыми Мейеръ просилъ своихъ слушателей обращаться къ нему безъ стѣсненія и въ университетѣ, и во всякое время на дому,—студенты стали понимать своего профессора. Мейеръ не нисходилъ до своей аудиторіи, а требовалъ и стремился къ тому, чтобы она восходила до пониманія его чтеній. И это ему, единственному тогда настоящему профессору, вполнѣ удалось. Сначала студенты не могли ни понимать его, ни записывать читанное имъ. Потомъ явилось и то и другое. Садясь на каѳедру, онъ удивительно спокойно излагалъ свой предметъ; изложеніе было столь цѣльное, законченное и отдѣланное съ внѣшней стороны, что записывать становилось не только возможно, но и легко. По увѣренію позднѣйшихъ его слушателей, стоило надлежащимъ образомъ записать его лекцію и она оказывалась готовою хотя для печати; наилучшія въ литературномъ смыслѣ мѣста впослѣдствіи изданнаго курса его суть тѣ, въ которыхъ удалось слово въ слово записать изложенное съ каѳедры—никакой литературной обра-

[1]) Пекарскій, н. с., стр. 210.
[2]) Ibid., стр. 211, 214.

ботки не требовалось [1]). Читалъ онъ лекціи безъ конспектовъ [2]), что̀ уже само собой и безъ удостовѣренія лицъ, близко знавшихъ его, указываетъ на то, что къ каждой лекціи онъ тщательно готовился. Основная черта его характера, строгость къ самому себѣ, проявилась и въ строгой оцѣнкѣ своего курса. Не щадя силъ на разработку его, онъ все-таки былъ имъ недоволенъ. „Нашъ курсъ", говоритъ онъ въ концѣ введенія, „будетъ лишь стремленіемъ къ идеалу науки, но заранѣе скажемъ рѣшительно, что онъ далеко не достигнетъ своей цѣли" [3]).

Строгій къ самому себѣ, онъ былъ строгъ и къ другимъ. Заявивъ себя съ этой стороны вскорѣ по пріѣздѣ въ Казань, онъ остался такимъ до конца; онъ былъ и остался одинаково требовательнымъ и строгимъ ко всѣмъ — не допуская и мысли о какихъ-либо несправедливостяхъ и единичныхъ послабленіяхъ. Не надо забывать, въ какія времена ему пришлось жить и дѣйствовать, да еще въ казанской окраинѣ. То, что̀ съ нашей современной точки зрѣнія представляется вполнѣ естественнымъ, зауряднымъ, въ то доброе старое время было, нѣкоторымъ образомъ, геройствомъ, гражданскимъ подвигомъ. Привозитъ богатая помѣщица своего Митрофанушку въ губернію съ цѣлью опредѣлить его въ университетъ. Узнавъ, что секретарь испытательной комиссіи Мейеръ требователенъ, она не смутилась и по заведенному обычаю посылаетъ къ нему на квартиру кулекъ съ сахаромъ и чаемъ. Когда Мейеръ выгналъ посланнаго, помѣщица и въ толкъ не могла взять, какъ онъ могъ не принять подарка, и разсудила, что если бы она послала сотенку-другую, онъ не отказался бы принять [4]). Уже изъ этого факта видно, въ какую прекрасную атмосферу попалъ молодой профессоръ и сколько ему приходилось переживать тяжелыхъ минутъ. Но онъ былъ несокрушимъ какъ скала и, изъ желанія сохранить нравственную чистоту, постоянно стоялъ на-сторожѣ: какъ ему поступить въ данномъ случаѣ, боясь запятнать свою чистую душу хотя бы однимъ подозрѣніемъ въ чемъ-либо небезукоризненномъ; это вызывало въ немъ нѣкоторую щепетильность, порой доходившую до крайней степени. Разсказываютъ такой случай: былъ въ числѣ студентовъ Казанскаго университета племянникъ одного изъ извѣстныхъ столичныхъ профессоровъ, далеко не выдающійся, но чрезвычайно трудолюбивый и старательный. Получаетъ Мейеръ отъ его дяди

[1]) Сообщ. Н. А. Кремлевъ.
[2]) Предисл. А. И. Вицына къ I изд. Русск. гр. права Мейера, стр. 2.
[3]) Мейеръ. Русск. гр. право, изд. 5, стр. 15.
[4]) Пекарскій, стр. 234—235.

письмо, въ которомъ тотъ его проситъ не о снисхожденіи или послабленіи, а только обращаетъ вниманіе на добросовѣстность племянника при ограниченности природныхъ его дарованій; письмо это скорѣе можно было понять какъ предостереженіе отъ столь возможной на экзаменахъ ошибочной оцѣнки знаній. Мейеръ былъ, однако, такъ смущенъ этой просьбой, что, придя къ одному изъ своихъ друзей и разсказавъ ему это событіе, въ заключеніе объявилъ, что онъ самъ не станетъ экзаменовать. На это ему другъ отвѣтилъ, что онъ готовъ за него проэкзаменовать и заранѣе увѣренъ, что предѣльный баллъ студентъ получитъ, такъ какъ не было еще случая, чтобы онъ чего-либо изъ пройденнаго курса не зналъ. Слова эти вполнѣ сбылись: тотъ отвѣчалъ сносно, какъ позволяли его дарованія. Во время экзамена Мейеръ молчалъ и даже не слушалъ отвѣта, показавъ тѣмъ, что совершенно устраняется отъ оцѣнки, но, увидавъ въ спискѣ удовлетворительный баллъ, онъ выразилъ свое удовольствіе по поводу удачнаго исхода экзамена [1]).

Рядомъ съ исполненіемъ профессорскихъ обязанностей, съ разработкою курсовъ не только гражданскаго права и процесса, но и торговаго [2]) и вексельнаго права [3]), а также и другихъ наукъ, которыя Мейеру приходилось читать временно, напр., энциклопедіи, международнаго права [4]),—мы видимъ его усиленно работающимъ въ двоякомъ направленіи: теоретическомъ и практическомъ. Работа въ первомъ изъ этихъ направленій обнимаетъ собою два періода: первый—періодъ соисканія ученыхъ степеней, второй—періодъ учено-литературной дѣятельности. Назначенный, какъ мы видѣли, исправляющимъ должность адъюнкта, до полученія степени магистра, Мейеръ получаетъ эту степень 18 мая 1846 г. за сочиненіе: „Опытъ о правѣ казны по дѣйствующему законодательству“ [5]). Содержаніе этого сочиненія намъ неизвѣстно. Въ описываемое время печатаніе диссертацій не было обязательно. Мейеръ представилъ и защитилъ свою работу въ рукописи. Говорятъ лишь, что рукопись эта была, уже по смерти Мейера, у одного изъ книгопродавцевъ, вѣроятно, съ цѣлью напечатанія, но какая судьба ее постигла—неизвѣстно. Въ 1848 году Мейеръ уже представилъ докторскую диссертацію—это извѣстное

---

[1]) Сообщ. С. В. Пахманъ.
[2]) Шпшкинъ въ рец., помѣщ. въ Отеч. Зап. 1859 г. 126, стр. 14.
[3]) К. Д. Н. въ рец., помѣщ. въ Журн. М. Н. Пр. 1857 г., 95, стр. 19.
[4]) Дѣло совѣта Спб. универс. 1855 г. № 97, л. 31.
[5]) Ibid., l. c.

его изслѣдованіе: „О древнемъ русскомъ правѣ залога“ [1]). Въ сочиненіи этомъ мастерски воспроизведена картина древняго русскаго залогового права, при чемъ блестяще проявился талантъ автора подвергать юридическія явленія тонкому, детальному анализу. Мейеръ, на основаніи источниковъ древняго права, доказываетъ, что у насъ право залога было формою права собственности, хотя и условно — имущество данное въ залогъ возвращалось въ случаѣ исполненія обязательства, въ случаѣ же неисполненія оставалось у залогопринимателя, хотя бы стоимость его превышала сумму обязательства; закладная тутъ превращалась въ купчую. Съ XVI в. замѣчаются попытки обратить право залога въ право на чужую вещь, въ право требовать продажи вещи, но попытки эти были слабы и не долговѣчны—то требовалась публичная продажа съ обязательствомъ передать hypercha залогопринимателю, то опять отмѣнялась, — настолько воззрѣніе это было ново и чуждо обычному праву. Наконецъ, это воззрѣніе утвердилось съ изданія устава о банкротахъ 1800 г. Эта диссертація въ свое время обратила на себя вниманіе и вызвала нѣсколько рецензій [2]), изъ коихъ самая основательная написана С. В. Пахманомъ [3]). Удостоенный степени доктора, Мейеръ былъ возведенъ въ экстраординарные, а въ 1852 г. — въ ординарные профессора [4]).

Второй періодъ—періодъ литературной дѣятельности Мейера, начинается съ поѣздки его въ Одессу въ 1850 году. Занимаясь спеціально разработкой русскаго торговаго права [5]) и придавая такое серьезное значеніе обычному праву [6]), Мейеръ отправился въ центръ нашей отпускной торговли съ цѣлью изученія на мѣстѣ тамошнихъ торговыхъ обычаевъ [7]). Плодомъ его трехмѣсячнаго пребыванія явились „Юридическія изслѣдованія относительно торговаго быта Одессы“, появившіяся въ свѣтъ лишь черезъ пять лѣтъ. Собранный на мѣстѣ обычно-правовой матеріалъ подвергнутъ тщательной научной разработкѣ. Всего обстоятельнѣе и подробнѣе Мейеръ останавливается на комиссіонной сдѣлкѣ, на морскомъ страхованіи и на движеніи переводныхъ векселей. Изслѣдованіе это и по сейчасъ не имѣетъ себѣ подобнаго въ нашей

---

[1]) Ibid., л. 32.
[2]) Отеч. Зап. 1855 г. № 4. Москвит. 1855 г. № 5.
[3]) Журн. М. Н. П. 1855 г. ч. 87, стр. 132 и слѣд.
[4]) Дѣла совѣта Спб. универс. № 97, л. 33.
[5]) Шишкинъ въ н. рец. стр. 74.
[6]) Русск. гр. право, изд. 9, стр. 14—17, 37—39, 46—48.
[7]) Пахманъ въ н. журн., стр. 156—164.

литературѣ торговаго права и сохранило большую научную цѣну.— Въ 1852 г. Мейеръ помѣщаетъ въ „Московскихъ Вѣдомостяхъ“ статью „Объ объявленныхъ цѣнахъ въ книжной торговлѣ“ [1]). Въ статьѣ этой подвергнутъ весьма обстоятельному обсужденію вопросъ о томъ, можетъ ли книгопродавецъ произвольно продавать книгу за цѣну выше объявленной? Мейеръ приходитъ къ утвердительному разрѣшенію этого вопроса. Основное его соображеніе то, что книга, купленная книгопродавцемъ, принадлежитъ ему и онъ воленъ сбывать ее и за меньшую, и за бо́льшую цѣну. Другое дѣло, если при продажѣ авторъ или издатель не дозволилъ продавать книгу свыше объявленной цѣны. Но тутъ возникаютъ новыя неудобства. Прежде всего трудно доказать размѣръ причиненныхъ автору убытковъ. Конечно, можно выговорить неустойку на случай нарушенія договора; но и это имѣетъ свои неудобства. Обязаться неустойкою книгопродавецъ согласится лишь въ случаѣ пріобрѣтенія всего изданія, но никакъ не при покупкѣ нѣсколькихъ экземпляровъ; да и самъ авторъ, выговоривъ ничтожную неустойку, не станетъ судиться изъ-за мелочей. На Западѣ на этотъ счетъ существуетъ обычай, не дозволяющій произвольнаго повышенія цѣны. Редакція „Моск. Вѣд.“ снабдила эту статью примѣчаніемъ, въ которомъ Мейеру дѣлается совершенно неосновательный упрекъ въ смѣшеніи понятій—онъ будто бы не разграничиваетъ купли-продажи книги отъ отдачи ея на комиссію. Незачѣмъ было Мейеру этого разграничивать; онъ говоритъ только о куплѣ-продажѣ, а не о комиссіи, при которой постановленный имъ вопросъ и не можетъ быть возбужденъ. Наконецъ, нельзя не замѣтить, что въ разсматриваемой статьѣ Мейеръ коснулся обойденнаго имъ въ курсѣ вопроса объ обязательности публичнаго обѣщанія награды, при чемъ рѣшилъ его въ отрицательномъ смыслѣ.—Затѣмъ, въ 1853 г. Мейеръ помѣстилъ въ „Ученыхъ запискахъ Казанскаго университета“ (кн. 4) изслѣдованіе „О юридическихъ вымыслахъ и предположеніяхъ, о скрытныхъ и притворныхъ дѣйствіяхъ“. Сочиненіе это представляетъ собою работу глубоко продуманную, изобилующую множествомъ по тому времени новыхъ, оригинальныхъ мыслей. Будь оно написано на одномъ изъ иностранныхъ языковъ, оно обратило бы на себя вниманіе всего ученаго міра,— у насъ оно прошло незамѣченнымъ. То, что̀ Мейеръ высказалъ въ началѣ пятидесятыхъ годовъ въ далекой Казани, черезъ тридцать лѣтъ снова открыто на Западѣ; напр., взглядъ его на фикцію

[1]) 1852 г. № 28.

всецѣло приписывается Бюлову. Упомянутое сочиненіе о предположеніяхъ—трудъ строго индуктивный: каждое положеніе является результатомъ обобщенія множества отдѣльныхъ правоположеній, почерпнутыхъ изъ римскаго и русскаго права [1]). Какъ видно изъ заглавія, предметомъ сочиненія являются четыре понятія: фикціи, предположенія, конклюдентныя дѣйствія и симуляціи. Идея, объединяющая эти понятія, та, что во всѣхъ случаяхъ ихъ проявленія мы видимъ, что правоположенія, разсчитанныя на извѣстные факты, примѣняются, несмотря на видимое отсутствіе этихъ фактовъ. Къ одному изъ изслѣдуемыхъ понятій Мейеръ относится отрицательно, именно къ фикціямъ, доказывая, что существованіе ихъ обусловлено чисто историческими причинами—формализмомъ древне-римскаго процесса; не желая жертвовать имъ, но желая удовлетворить потребности и духу новаго времени, римскіе юристы создали вымыслы (fictio legis Corneliae, possessio ficta, absentia ficta и др.). Что же касается современнаго права, напр., нашего, то тѣ положенія его, которыя, повидимому, основаны на фикціи, прекрасно объясняются и безъ того (ст. 119, 389, 391, 394, 567, 1004, 1123, 2017, 2339 и др. 1 ч. X т.). Къ остальнымъ тремъ понятіямъ Мейеръ относится положительно, при чемъ особенною оригинальностью отличаются его разсужденія о скрытныхъ фактахъ, а тонкостью анализа—изслѣдованіе о дѣйствіяхъ притворныхъ. Изъ числа скрытныхъ дѣйствій онъ исключаетъ, съ одной стороны, дѣйствія символическія, а съ другой — дѣйствія, относительно которыхъ закону неизвѣстно, какъ выразилась въ нихъ воля. Засимъ, остаются, слѣдовательно, такія дѣйствія, которыя по внутренней необходимости, невольно, а не по искусственной связи, свидѣтельствуютъ о волѣ и относительно которыхъ законъ признаетъ из-

[1]) Бросается въ глаза то обстоятельство, что, цитируя иногда буквально русское законодательство, авторъ не дѣлаетъ ссылокъ на соотвѣтствующія статьи закона; замѣнены онѣ ссылками на юридическія сочиненія, напр., Неволина, Кранихфельда, Дегая, Станиславскаго и др. Сдѣлано это было Мейеромъ по цензурнымъ соображеніямъ. Законъ 2 ноября 1852 г. (Полн. собр. зак. № 26734) предписывалъ „сочиненія, въ которыхъ теорія законодательства или финансовой и административной науки примѣняются авторомъ къ существующимъ у насъ учрежденіямъ, препровождать въ тѣ правительственныя мѣста и учрежденія, до которыхъ сочиненія сіи по предмету своему относятся". При такихъ условіяхъ только и можно было писать на историко-юридическія темы. Во избѣжаніе разсылки своего догматическаго сочиненія въ разныя мѣста и учрежденія, Мейеръ, какъ онъ самъ въ этомъ сознался, и замѣнилъ ссылки на законъ ссылками къ другимъ авторамъ, гдѣ данный законъ цитированъ (Сообщ. С. В. Пахманъ).

вѣстнымъ, что воля выразилась съ уклоненіемъ отъ обычнаго ея проявленія; сюда относятся, напр., ст. 973, 1261, 1265, 1267 и др. Наконецъ, анализъ притворныхъ дѣйствій ведется въ двоякомъ направленіи: со стороны отношенія притворнаго дѣйствія къ прикрытому и со стороны цѣли перваго.—Послѣдней работой Мейера была изданная имъ въ 1855 году монографія „О значеніи практики въ системѣ юридическаго образованія“. Центръ тяжести этого разсужденія заключается въ установленіи подробнаго плана, почти программы, веденія практическихъ занятій по гражданскому и уголовному праву и судопроизводству. Этому изложенію предшествуетъ рядъ соображеній о значеніи практическихъ занятій для изучающихъ юриспруденцію. Всего рельефнѣе взглядъ Мейера выраженъ въ слѣдующихъ словахъ его: „смѣло можно сказать, что при устраненіи практической стороны въ образованіи юридическомъ самая обширная и стройная чисто теоретическая система обращается въ великолѣпную фантасмагорію, которая именно тѣмъ опаснѣе для дѣла цивилизаціи, чѣмъ величавѣе размѣры системы, ибо, съ одной стороны, кажется, что все сдѣлано, чтобы просвѣтить будущаго юриста и создать изъ него надежное орудіе правосудія, дѣятельнаго вѣщателя непреложныхъ юридическихъ истинъ, съ другой стороны, усматривается, что всѣ умственныя и нравственныя сокровища, которыми щедрою рукою надѣлила его наука въ напутствіе на практическое поприще, на первыхъ же порахъ разсыпаются, и новобранецъ-практикъ остается развѣ при нѣсколькихъ громкихъ фразахъ, при довольно высокомъ мнѣніи о себѣ и довольно низкомъ о другихъ и вынужденъ за самымъ скуднымъ руководствомъ и поученіемъ обращаться къ пошлой рутинѣ и скрѣпя сердце принимать отъ нея милостыню“ [1]).

Заканчивая наши указанія на теоретическую сторону дѣятельности Мейера [2]), слѣдовало бы остановиться на его классическомъ „Русскомъ гражданскомъ правѣ“. Но трудъ этотъ не былъ имъ изданъ при жизни. Русская наука обязана появленіемъ въ свѣтъ этого труда ученику Мейера, А. И. Вицыну, издавшему его по запискамъ слушателей. Если цѣлыхъ два по-

[1]) Мейеръ, Значеніе практики, стр. 11.

[2]) Изъ задуманныхъ Мейеромъ работъ извѣстны двѣ: онъ хотѣлъ издать въ 1857 г. очеркъ вексельнаго права, затѣмъ „завѣтною его мечтою было издать юридическій катехизисъ, изложенный самымъ простымъ и популярнымъ образомъ. Мейеръ, какъ было слышно, составилъ уже планъ катехизиса и готовился его издать при первомъ удобномъ случаѣ“. Шишкинъ, н. рец., стр. 74, 85.

колѣнія русскихъ юристовъ выросло на Мейерѣ, то немалая заслуга въ этомъ принадлежитъ проф. Вицыну—не возьмись онъ за трудную работу сличенія записей студентовъ, мы не знали бы Мейера, и, несомнѣнно, русская наука гражданскаго права и гражданская судебная практика не находились бы на томъ уровнѣ, на какомъ онѣ стоитъ въ настоящее время. Кто слѣдилъ за литературой и практикой, тотъ подтвердитъ, что ни одно сочиненіе по русскому гражданскому праву не избѣгло вліянія Мейера, и что на множествѣ рѣшеній гражданскаго кассаціоннаго департамента Сената сказываются очевидные слѣды этого же вліянія. Распространяться о курсѣ Мейера нѣтъ надобности: голоса всѣхъ нашихъ цивилистовъ, начиная съ крупныхъ величинъ и кончая мелкими, слились въ одинъ дружный хоръ, всѣ они, безъ различія партій, считаютъ Мейера отцомъ истинной науки русскаго гражданскаго права, а курсъ его великимъ твореніемъ, не потерявшимъ и понынѣ своего значенія.

Переходя къ практической сторонѣ дѣятельности Мейера, мы видимъ его дѣйствующимъ какъ въ стѣнахъ университета, такъ и изрѣдка внѣ ихъ. Въ стѣнахъ университета происходятъ практическія занятія со студентами, по плану, начертанному Мейеромъ въ его вышеупомянутомъ сочиненіи „О значеніи судебной практики“,—студенты „упражняются въ письменномъ и словесномъ разрѣшеніи юридическихъ случаевъ“ и въ „совершеніи дѣйствій, относящихся къ дѣлопроизводству“ [1]). Кромѣ того, имъ была устроена, какъ онъ выражался, „юридическая клиника“ [2]), т.-е. консультаціи по гражданскимъ дѣламъ: являлись частныя лица за совѣтами. Мейеръ давалъ имъ совѣты въ присутствіи студентовъ, при чемъ разъяснялъ предложенные казусы [3]). Внѣ университета мы видимъ Мейера въ роли безмезднаго консультанта по гражданскимъ дѣламъ. Кто ни являлся къ нему на домъ за совѣтами,—всѣмъ онъ оказывалъ помощь. Разсказываютъ, что какъ-то къ нему пришла цѣлая толпа подгородныхъ крестьянъ съ просьбой указать имъ путь къ правдѣ. Мейеръ ласково ихъ принялъ и долго съ ними бесѣдовалъ, давъ имъ рядъ совѣтовъ [4]). Но являвшихся къ нему съ неправымъ дѣломъ онъ выпроваживалъ. Какъ-то приходитъ къ нему помѣщикъ, имѣвшій дѣло съ лицомъ податного сословія и почитавшій потому свой искъ вполнѣ правильнымъ. Мейеръ, указавъ ему на общія правила для произ-

[1]) Пекарскій, н. с., стр. 213.
[2]) Мейеръ. О значеніи практики, стр. 42—43.
[3]) А., н. рец. въ Журн. Мин. Юст. 1859 г. т. 2, стр. 138.
[4]) Сообщ. Н. А. Кремлевъ.

водства тяжебныхъ дѣлъ, прямо объявилъ, что искъ его не правиленъ и совѣтовалъ прекратить процессъ. Помѣщикъ разсердился и потомъ всякому встрѣчному и поперечному говорилъ, что Мейеръ ученый и что, можетъ быть, онъ тамъ римское право и знаетъ, но въ практическомъ отношеніи ни аза въ глаза не смыслитъ. Послѣ Мейеръ разсказывалъ, что онъ, пожалуй, могъ бы указать этому помѣщику на способъ выиграть процессъ при извѣстныхъ благопріятныхъ условіяхъ, — могъ бы показать ему, какъ говорится, лазейку, но не хотѣлъ этого потому, что не желалъ служить орудіемъ нечистыхъ цѣлей“ [1]). Сколько извѣстно, Мейеръ разъ взялъ на себя даже предсѣдательствованіе въ конкурсѣ, конечно, безъ вознагражденія, изъ одного желанія ознакомиться съ конкурснымъ процессомъ [2]). Въ Казани жилъ купецъ, нѣсколько разъ совершавшій выгодныя для себя продѣлки, именно объявлявшій себя банкротомъ. Пріобрѣтя опытность въ этомъ выгодномъ упражненіи, онъ вздумалъ еще разъ объявить себя банкротомъ и предложилъ своимъ кредиторамъ по пяти или по десяти копѣекъ за рубль. Прежнія продѣлки такого рода сходили ему съ рукъ: никто не могъ и не хотѣлъ его уличить въ злостномъ банкротствѣ. Онъ думалъ, что и теперь кончится по прежнимъ примѣрамъ. Но Мейеръ сказалъ кредиторамъ, что готовъ взять на себя управленіе дѣлами конкурса. Вице-губернаторъ былъ тогда человѣкъ лойяльный, и Мейеръ могъ вести дѣло строгимъ законнымъ порядкомъ. Долгаго времени, большого труда стоило ему привести въ порядокъ счета торговца, веденные, по общему обычаю, безалабернымъ образомъ и, сверхъ того, умышленно запутанные и исполненные фальшивыми цифрами. Всѣ средства подкупа, обмана и промедленія были употреблены должникомъ и его партизанами. Все напрасно. Мейера нельзя было ни запугать, ни обмануть, ни обольстить. Онъ сидѣлъ надъ счетными книгами и записками и, наконецъ, привелъ дѣло въ ясность. Онъ доказалъ злостность, и банкротъ былъ арестованъ. Мѣсяцъ проходилъ за мѣсяцемъ въ извѣстныхъ переговорахъ между банкротомъ и его партизанами. Всѣ ихъ усилія оказались напрасными. Банкротъ сидѣлъ подъ арестомъ. Мейеръ былъ непоколебимъ. Такъ прошло около года. Наконецъ, банкротъ убѣдился, что не можетъ ни обольстить, ни осилить Мейера. Онъ заплатилъ долги своимъ кредиторамъ и былъ выпущенъ изъ-подъ ареста. И прямо изъ-подъ ареста явился въ квартиру Мейера —

[1]) Шишкинъ, н. рец. стр. 85 прим.
[2]) Сообщ. А. И. Вицынъ.

какъ бы вы думали съ какими словами? „Благодарю тебя, уважаю тебя“, сказалъ онъ бывшему своему противнику: „на твоемъ примѣрѣ увидѣлъ я, что̀ значитъ быть честнымъ. Черезъ тебя я узналъ, что поступалъ дурно. У насъ такъ принято дѣлать, какъ дѣлалъ я. Ты мнѣ раскрылъ глаза. Теперь я понимаю, что̀ дурно и что̀ хорошо. Изъ всѣхъ людей, съ которыми имѣлъ я дѣло, я вѣрю тебѣ одному. Во всѣхъ своихъ дѣлахъ я буду слушаться тебя, а ты не оставь меня своимъ совѣтомъ“ [1]).

Обращаясь къ отношеніямъ Мейера съ университетомъ, т.-е. съ товарищами профессорами и студентами, мы касательно первыхъ находимъ противорѣчивыя указанія. Такъ, одинъ изъ слушателей его говоритъ: „Мейера не любило большинство товарищей по наукѣ, потому что онъ имъ служилъ горькимъ упрекомъ и живымъ примѣромъ того, что и въ наше темное время можно было много сдѣлать для молодежи“... [2]). Это указаніе вѣрно лишь отчасти. Особенно любить Мейера большинство тогдашнихъ казанскихъ профессоровъ не имѣло причинъ, но въ результатѣ онъ представилъ собою если не центръ, вкругъ котораго группировались его товарищи, то по крайней мѣрѣ вліятельнаго, дѣятельнаго, уважаемаго сочлена. Могъ ли бы членъ коллегіи, не любимый товарищами, предпринять изданіе сборника ихъ статей? Мейеръ, какъ извѣстно, издалъ въ 1855 г. свой „Юридическій Сборникъ“. Сборникъ этотъ, не потерявшій своего значенія и по сейчасъ, благодаря двумъ статьямъ самого издателя—о залогѣ и о торговомъ бытѣ Одессы, — статьѣ С. Капустина о поручительствѣ и др., состоялся, какъ говорится въ предисловіи, благодаря тому, что въ рукахъ Мейера, по стеченію обстоятельствъ, оказалось нѣсколько ученыхъ работъ. Обстоятельства, о которыхъ онъ говоритъ, и есть не что иное, какъ сочувствіе, расположеніе къ нему товарищей и другихъ лицъ, близкихъ факультету: весь сборникъ, за исключеніемъ статьи проф. Осокина, составленъ изъ диссертацій: докторскихъ — самого Мейера и Станиславскаго, магистерской — Бржезовскаго и кандидатскихъ — остальныхъ авторовъ [3]). Далѣе, могъ ли нелюбимый товарищами членъ коллегіи приглашать молодыхъ ученыхъ на вакантныя каѳедры и, какъ говорится, проводить ихъ въ факультетъ? А между тѣмъ, извѣстно, что именно Мейеръ пригласилъ въ Казань проф. Пахмана, чи-

[1]) Современникъ 1857 г. № 6, стр. 49.

[2]) Соколовскій. Студенческія воспоминанія въ Русск. Словѣ 1863 г. кн. 5, стр. 17.

[3]) За сборникъ свой Мейеръ былъ награжденъ брилліантовымъ перстнемъ.

тавшаго въ Ришельевскомъ лицеѣ въ Одессѣ. По возвращеніи изъ Москвы послѣ защиты магистерской диссертаціи „О судебныхъ доказательствахъ“ С. В. Пахманъ въ концѣ 1851 г. получилъ отъ Мейера приглашеніе перебраться въ Казань, что̀ и состоялось при его же личномъ содѣйствіи; затѣмъ, по пріѣздѣ Пахмана въ Казань, Мейеръ ему заявилъ, что хотя онъ и избранъ на каѳедру полицейскаго права, но желательно, чтобы онъ читалъ, кромѣ того, и исторію русскаго права, на что̀ онъ охотно согласился [1]). Наконецъ, могъ-ли нелюбимый членъ факультета быть избранъ въ деканы? 18 декабря 1853 г. Мейеръ, хотя и незначительнымъ большинствомъ голосовъ, былъ выбранъ деканомъ юридическаго факультета [2]). Отчасти, конечно, избранію этому благопріятствовали два обстоятельства: онъ тогда былъ единственнымъ ординарнымъ профессоромъ въ факультетѣ и деканскія обязанности исполнялъ филологъ. Но, съ другой стороны, безъ расположенія къ нему большинства, немногочисленнымъ друзьямъ его, при всей ихъ энергіи и находчивости, не удалось бы склонить на свою сторону лицъ, стоявшихъ подъ вліяніемъ тогдашняго ректора, за избраніе прежняго декана-филолога. Самъ Мейеръ не домогался деканства. Вотъ что̀ онъ говоритъ въ письмѣ къ пріятелю: „мои избиратели имѣли въ виду, чтобы деканъ былъ юристъ, что̀ составляетъ и мое желаніе, и при томъ, самое искреннее. Мнѣ очень жаль, что изъ юристовъ я одинъ могъ быть избранъ и что долженъ желать ему успѣха передъ высшимъ начальствомъ. Мое честолюбіе, право, не просится на поприще деканскихъ заслугъ; я питаю честолюбіе профессора-руководителя юношества, а не чиновника. Не будучи очень усидчивымъ и при слабомъ здоровьѣ, долженъ даже опасаться, что деканство отвлечетъ меня отъ другихъ, болѣе сообразныхъ моимъ склонностямъ занятій. Искренне сожалѣю, что Станиславскій выбываетъ отсюда; черезъ короткое время его бы можно было произвести въ ординарные профессора и вручить ему деканскій жезлъ. Ни въ какомъ случаѣ деканство не поколеблетъ прежнихъ моихъ плановъ и намѣреній [3]), не внушитъ мнѣ привязанности къ Казани, которой остаюсь чуждымъ до сихъ поръ, несмотря на десятилѣтнее въ ней пребываніе [4]).

Что касается отношеній Мейера со студентами, то ихъ по-

[1]) Сообщ. С. В. Пахманъ.

[2]) Дѣла совѣта С.-Петерб. унив. 1855 г. № 97, л. 33.

[3]) Очевидно, эти „планы и намѣренія“ заключались въ переходѣ изъ Казани въ Петербургъ.

[4]) Пекарскій, н. с., стр. 24.

истинѣ можно назвать идеальными. Онъ относился къ своимъ ученикамъ какъ горячо любящій ихъ наставникъ, призванный служить только на ихъ пользу и заботиться только объ ихъ благѣ; они его положительно боготворили. Первый дебютъ Мейера въ Казани въ роли экзаменатора, какъ мы видѣли, произвелъ впечатлѣніе не въ пользу его — студенты его испугались. Но, съ одной стороны, увлеченные его лекціями и частными бесѣдами, съ другой—встрѣтивъ необычайную простоту и обходительность въ обращеніи, они скоро сблизились съ нимъ. Съ каѳедры онъ, въ связи съ непосредственнымъ предметомъ преподаванія, высказывалъ такія мысли, которыя находили живой откликъ въ юныхъ умахъ и сердцахъ его слушателей. Читая, напр., объ объектѣ права собственности и исключая изъ числа этихъ объектовъ человѣка, онъ доказывалъ всю несправедливость крѣпостного права, говоря о судѣ и судьяхъ — клеймилъ взяточничество, доказывая всю гнусность его и т. п. Эти лекціи, или, вѣрнѣе, необходимыя отступленія, глубоко западали въ души слушателей [1]). Когда случалось дѣлать такія отступленія, всѣ студенты оставляли перья и, будто по уговору, начинали съ напряженнымъ вниманіемъ слѣдить за словами профессора, боясь проронить каждый звукъ ихъ. Въ эти минуты рѣчь молодого профессора, дотолѣ тихая и спокойная, раздавалась громко по аудиторіи, добродушное лицо дѣлалось задумчивымъ и серьезнымъ, голосъ дрожалъ и, вмѣсто обычной блѣдности, на немъ показывался болѣзненный румянецъ [2]). Частныя бесѣды съ отдѣльными слушателями въ формѣ разъясненій прочитаннаго происходили и въ университетѣ, но главнымъ образомъ они завязывались на дому. Мейеръ объявилъ, что двери его кабинета постоянно открыты для его слушателей. Вначалѣ съ естественною робостью, а потомъ смѣлѣе студенты стали пользоваться этимъ приглашеніемъ. Бесѣды на дому были разнообразны — ближайшимъ образомъ онѣ касались вопросовъ гражданскаго права, но иногда переходили и на вопросы общелитературные. На студентовъ чарующимъ образомъ дѣйствовало общелитературное образованіе Мейера, преклоненіе его передъ Бѣлинскимъ, Гоголемъ, Пушкинымъ. Съ этой стороны ихъ поражало, что профессоръ, читающій съ каѳедры такую премудрость, какой они еще и не раскусили хорошенько, раздѣляетъ ихъ мнѣнія, напр., относительно Бѣлинскаго. Бесѣдуя по вопросамъ науки, Мейеръ нерѣдко давалъ являвшимся къ нему студентамъ книги

---

[1]) Соколовскій, н. с., стр. 17.

[2]) Пекарскій, н. с., стр. 226.

изъ своей прекрасной библіотеки [1]) и при возвращеніи ихъ слегка зондировалъ студентовъ, желая знать, насколько понятно прочитанное. Скоро взаимныя отношенія между профессоромъ и слушателями стали самыя простыя и сердечныя. Авторитетъ Мейера все возрасталъ и, какъ заявляютъ его бывшіе слушатели, самымъ сильнымъ аргументомъ, заставлявшимъ умолкнуть спорщиковъ, была ссылка на Мейера: это сказалъ Мейеръ, это его мнѣніе [2]).

Позднѣе, съ начала пятидесятыхъ годовъ, помощь, оказываемая Мейеромъ студентамъ въ ихъ занятіяхъ, не ограничивалась снабженіемъ ихъ книгами и бесѣдами по поводу прочитаннаго — для ознакомленія съ латинскимъ и новыми языками онъ поручалъ имъ письменные переводы разныхъ сочиненій и съ поразительнымъ терпѣніемъ и любовью исправлялъ эти переводы, тратя на это по нѣсколько часовъ въ недѣлю [3]).

Обаяніе Мейера въ средѣ его слушателей перешло и за предѣлы университета. Это свидѣтельствуетъ цѣлый рядъ фактовъ. „Со вступленіемъ на службу“, говоритъ Пекарскій, „если мнѣ удавалось исполнить честно какое-либо дѣло, то первая мысль была: какъ-бы Мейеръ остался доволенъ, что я такъ поступилъ“. Разсказываютъ, что одному очень богатому юношѣ, по выходѣ изъ университета, представлялся случай выгодно купить имѣніе съ крѣпостными, но воспоминаніе о Мейерѣ, осуждавшемъ крѣпостное право, преслѣдовало его неотступно, и онъ на это не рѣшился, а впослѣдствіи капиталъ свой употребилъ на какое-то промышленное предпріятіе [4]). Примѣръ дѣйствительно трогательной привязанности къ наставнику показалъ нѣкто Мартыновъ. Бѣдный молодой человѣкъ, по окончаніи курса въ университетѣ,

---

[1]) Библіотека эта завѣщана Мейеромъ Спб. университету. Въ завѣщаніи сказано, что библіотека его должна поступить въ собственность тому университету, на службѣ въ которомъ его застигнетъ смерть; если же онъ умретъ, служа въ другомъ какомъ-либо спеціальномъ учебномъ заведеніи, то библіотека его должна перейти въ пользу того университета, въ которомъ онъ состоялъ на службѣ до перехода въ одно изъ означенныхъ учебныхъ заведеній. Приведеніе въ порядокъ библіотеки Мейера и составленіе описи было возложено на покойнаго И. Е. Андреевскаго. Собранные Мейеромъ древніе акты и рукописи переданы университетомъ археологической комиссіи. Дѣла сов. Спб. унив. 1855 г. № 97, л. 45—46.

[2]) Пекарскій, н. с., стр. 220, 223.

[3]) Сообщ. А. И. Вицынъ и Н. А. Кремлевъ.

[4]) Т. III, ст. въ Отеч. Зап. 1858 г. № 5, стр. 11. Пекарскій, дѣйствительно глубоко чтившій память Мейера, живя въ періодъ освобожденія крестьянъ, восклицаетъ: „невольно съ грустью вспоминаешь о ранней кончинѣ Мейера; ему не суждено было дожить до счастливѣйшей минуты въ жизни каждаго честнаго человѣка!“ Стр. 223.

сталъ страдать неизлѣчимою болѣзнью и скоро почувствовалъ приближеніе смерти. Въ предсмертныя минуты онъ вспомнилъ о любимомъ профессорѣ: Мейеръ долго и безуспѣшно хлопоталъ, чтобы пріобрѣсти сочиненіе Кавелина „Основныя начала русскаго судоустройства и гражданскаго судопроизводства отъ уложенія до учрежденія о губерніяхъ". У Мартынова была эта книга, и онъ завѣщалъ ее своему наставнику. „Благодарю васъ за книгу Мартынова", писалъ Мейеръ къ товарищу его, Киндякову, исполнившему послѣднюю волю покойнаго. „Дорогая и рѣдкая книга! Не думалъ и не гадалъ я, что послѣ всѣхъ моихъ поисковъ добуду ее, перешагнувъ черезъ трупъ любезнаго мнѣ человѣка. Грустно съ вещью соединять воспоминаніе о чемъ-либо невозвратномъ или объ утратѣ" [1]). — Со многими изъ своихъ слушателей Мейеръ состоялъ въ перепискѣ. Они обращались къ нему за совѣтами, не только по вопросамъ науки, но и по своимъ частнымъ дѣламъ. Весьма характерно письмо одного изъ его слушателей, оправдывавшаго свое поступленіе на административную, а не судебную службу тѣмъ, что правовѣды въ судебномъ вѣдомствѣ заграждаютъ служебный путь студентамъ. Мейеръ доказывалъ, что быстрота возвышенія правовѣдовъ не исключаетъ возможности идти впередъ по службѣ и студентамъ, и приводилъ фамиліи питомцевъ университета, коимъ посчастливилось по судебной службѣ [2]). О тѣхъ изъ его учениковъ, которые о себѣ не давали знать по окончаніи курса, онъ наводилъ справки въ приказахъ по гражданскому вѣдомству, слѣдя за ихъ служебными успѣхами, — у него даже была заведена особая книжка, въ которую все это вносилось. Всего болѣе его радовали тѣ, которые поступали на судебную службу, а избиравшіе другой родъ службы или предварительно писали ему, приводя рядъ оправдывающихъ обстоятельствъ или, какъ-бы чувствуя себя передъ нимъ виновными, избѣгали съ нимъ видѣться; такъ, одинъ изъ любимыхъ имъ слушателей не рѣшался воспользоваться случаемъ, чтобы побывать у Мейера, единственно потому, что избралъ не судебную, а административную службу [3]).

Всѣ эти факты говорятъ одно: Мейеръ и лучшіе его слушатели составляли одно духовное цѣлое, и эта ихъ духовная связь перешла далеко за стѣны университета. Одинъ изъ нихъ, воспроизведя неприглядную картину состоянія Казанскаго уни-

---

[1]) Пекарскій, н. с., стр. 223—224.
[2]) Ibid., стр. 224—238.
[3]) Ibid., стр. 225.

верситета своего времени, говоритъ: „впрочемъ, есть одно имя святое для каждаго слушателя. Д. И. Мейеръ былъ высокая личность, ни одного пятна не лежитъ на немъ; онъ многихъ выдвинулъ на прочную дорогу, указавъ имъ куда идти. Я увѣренъ, что не одинъ изъ слушателей донесетъ до гроба воспоминаніе о немъ, не одинъ въ трудныя минуты искушенія обязанъ ему своимъ спасеніемъ. Дмитрій Ивановичъ былъ олицетворенная честность; вся его жизнь представляла служеніе одной идеѣ; несмотря на невзгоды, на физическія и нравственныя страданія, онъ твердо, безуклонно шелъ къ своей цѣли, ни разу не отступая, ни разу не погнувшись передъ бурями“... [1]).

Въ 1855 г. Неволинъ, читавшій гражданское право и исторію русскаго права въ Петербургскомъ университетѣ и энциклопедію и исторію права въ Училищѣ правовѣдѣнія, по болѣзни вышелъ въ отставку. Вѣсть объ этомъ дошла до Казани, и изнывавшій въ тоскѣ по Петербургу Мейеръ 16 іюня беретъ отпускъ [2]). Только люди близкіе знали о цѣли его путешествія; для остальныхъ она была неизвѣстна,—отпускъ былъ взятъ въ „С.-Петербургъ, Кіевъ и Спасскій уѣздъ“. По прибытіи въ Петербургъ, Мейръ вскорѣ занялъ каѳедру энциклопедіи въ Училищѣ правовѣдѣнія [3]), а затѣмъ началъ хлопотать о назначеніи на каѳедру гражданскаго права въ университетѣ. 4 сентября онъ пишетъ попечителю Петербургскаго учебнаго округа Мусину-Пушкину письмо, въ которомъ проситъ имѣть его въ виду при замѣщеніи вакантной каѳедры гражданскаго права. „Побуждаетъ меня къ тому“, говоритъ онъ, „желаніе служить въ Петербургѣ, какъ сосредоточіи нашей умственной жизни, съ которымъ я, при томъ, связанъ всѣми родственными моими отношеніями“ [4]). На другой день по полученіи этого письма попечитель снесся съ ректоромъ, прося его „предложить совѣту письмо извѣстнаго своими учеными трудами въ области юридической литературы“ Мейера, дать дѣлу надлежащій ходъ и войти отъ совѣта съ представленіемъ о перемѣщеніи Мейера [5]). 12 сентября совѣтъ выбралъ Мейера [6]), и лишь 10 декабря онъ былъ перемѣщенъ

---

[1]) Соколовскій, н. с., стр. 17—18.

[2]) Дѣла совѣта С.-Петерб. университета, 1855 г. № 97, л. 6.

[3]) Подробности его избранія на каѳедру намъ неизвѣстны, такъ какъ въ архивѣ Училища правовѣдѣнія никакихъ слѣдовъ пребыванія Мейера не сохранилось.

[4]) Дѣла совѣта С.-Петерб. университета, 1855 г. № 97, л. 9.

[5]) Ibid., л. 2.

[6]) Ibid., л. 2.

въ Петербургскій университетъ на каѳедры гражданскаго права и исторіи русскаго права [1]). 21 декабря онъ прочелъ свою первую лекцію [2]).

Въ сентябрѣ 1855 года бывшіе слушатели Мейера, находившіеся въ Петербургѣ, узнали, что онъ переходитъ на службу въ здѣшній университетъ и уже пріѣхалъ. Они его разыскали и были встрѣчены точно такъ же, какъ онъ принималъ ихъ въ былое время въ Казани, т.-е. съ обыкновенною своею привѣтливостью и радушіемъ. Они пріобрѣли въ немъ снова какъ будто самаго близкаго родственника или друга. Почти ежедневно они являлись къ нему—то тотъ, то другой. По утвержденіи его профессоромъ Петербургскаго университета, онъ нанялъ квартиру и сталъ обзаводиться своимъ хозяйствомъ. Приходятъ къ нему какъ-то двое изъ бывшихъ его слушателей и застаютъ его въ отличнѣйшемъ расположеніи духа. Со смѣхомъ онъ указалъ на два письменныхъ стола, которые недавно купилъ. „Знаете ли, для чего именно два“, говорилъ онъ: „для того, что я читаю лекціи въ Училищѣ правовѣдѣнія и скоро стану читать въ университетѣ. Лекціи будутъ неодинаковы, и мнѣ пришла фантазія и дома заниматься на отдѣльныхъ столахъ, чтобы не смѣшивать студентовъ съ правовѣдами“ [3]). Недолго, однако, ему пришлось заниматься за этими столами. Здоровье его все больше и больше разстатывалось, силы измѣняли. Лекціи онъ одолѣвалъ съ трудомъ, очень слабымъ голосомъ, имѣя очень болѣзненный видъ [4]). Едва двигаясь, собирая послѣднія силы, онъ за пять дней до смерти ѣдетъ въ засѣданіе юридическаго факультета, въ которомъ долженъ былъ рѣшаться вопросъ о докторской диссертаціи друга его Жиряева „Теорія улики“. Предвидѣлось бурное засѣданіе, такъ какъ одинъ изъ профессоровъ, голосъ котораго могъ имѣть значеніе, не хотѣлъ по чисто личнымъ соображеніямъ пропустить диссертацію. Мейеръ рѣшился во что бы то ни стало ѣхать и выступить въ защиту Жиряева. Ни просьбы, ни уговоры—ничего не дѣйствовало; хотѣли отложить засѣданіе, но самъ Мейеръ настаивалъ, чтобы оно состоялось въ назначенный день, именно въ среду 13 января 1856 г. На уговоры и просьбы Жиряева Мейеръ, разсердившись, отвѣтилъ: „ты, наконецъ, заставляешь

[1]) Ibid., л. 4. Эта затяжка объясняется тѣмъ, что министръ долго не рѣшался лишить Казанскій университетъ такого выдающагося профессора, какъ Мейеръ. Сообщ. А. И. Вицынъ.

[2]) Ibid., л. 11.

[3]) Пекарскій, н. с., стр. 237—239.

[4]) Сообщ. П. А. Юреневъ.

меня сказать то, чего я не хотѣлъ говорить: въ среду я навѣрно могу быть въ засѣданіи, потому что буду еще живъ, а за другой день не ручаюсь". Въ среду Мейеръ явился въ засѣданіе: диссертація Жиряева была одобрена благодаря энергіи и аргументаціи Мейера [1]). Положеніе больного становилось все хуже и хуже — врачи объявили ему пять дней жизни. Въ субботу 16 января боль въ груди до того усилилась, что Мейеръ не могъ уже лежать въ постели: его пересадили на кресло. Тутъ мы видимъ его совершающимъ подвигъ, которымъ достойно закончилась его жизнь: онъ ѣдетъ въ Училище правовѣдѣнія читать лекцію... Въ понедѣльникъ 18 января часовъ въ 6 вечера больного оставили одного, такъ какъ онъ желалъ отдохнуть, а въ 8 часовъ... Мейера не стало [2]); онъ умеръ какъ воинъ на своемъ посту, онъ прямо глядѣлъ смерти въ глаза, не выпуская изъ рукъ знамени. Человѣкъ, имѣвшій духъ прочитать лекцію, зная, что черезъ два-три дня онъ уже ничего не будетъ въ состояніи читать, по одному этому факту заслуживаетъ и удивленія, и благодарности. Что̀ передумалъ, что̀ перечувствовалъ этотъ необыкновенный человѣкъ, возвратившись домой съ своей послѣдней лекціи!.. [3]).

26 января Мейера похоронили. На похоронахъ, между прочимъ, присутствовали товарищи его по Педагогическому институту, бывшіе казанскіе его слушатели и новые товарищи и слушатели по университету и Училищу правовѣдѣнія. У гроба одинъ изъ симпатичнѣйшихъ дѣятелей шестидесятыхъ годовъ на поприщѣ женскаго образованія, товарищъ покойнаго, проф. Н. А. Вышнеградскій произнесъ глубоко-прочувствованную рѣчь. „Когда предъ нашими взорами", сказалъ онъ, „приподымается таинственный покровъ съ глубоко-унылаго и божественно-прекраснаго лика смерти, то душа, самая разсѣянная, собирается съ мыслями, углубляется въ себя, поражается невольнымъ трепетомъ, видя отверзающіяся двери безпредѣльной вѣчности. Собравшій насъ здѣсь печальный случай, этотъ гробъ, сокрывшій еще одну изъ благородныхъ жертвъ науки, невольно пробуждаетъ въ душѣ много думъ грустныхъ и возвышенныхъ. При видѣ этой еще, можно сказать, юной жизни, такъ рано оторванной отъ благороднаго труда, не можемъ не исполниться грустныхъ размышленій и ощущеній. Жаль угасшаго свѣтильника, который лилъ около

[1]) Пекарскій (н. с., стр. 240—241) невѣрно передалъ этотъ фактъ — Мейеръ ѣздилъ не въ судъ, а въ факультетское засѣданіе.

[2]) А. въ н. рец., стр. 139. Пекарскій, н. с., стр. 241—242.

[3]) А. въ н. рец., стр. 139—140.

себя обильный свѣтъ, жаль дѣятеля, который обѣщалъ такъ много для науки и воспитанія. Но когда вспомнимъ объ этой жизни, такъ доблестно посвященной одному прекрасному дѣлу, когда вспомнимъ о плодахъ, кои русская наука уже успѣла собрать отъ немноголѣтнихъ, но многоплодныхъ трудовъ усопшаго нашего товарища, то душа исполняется умиленіемъ и глубокимъ уваженіемъ къ нему. Доблестно идти въ бою на смерть за дѣло правды и добра, но кто усомнится признать не менѣе доблестнымъ подвигъ мирнаго служителя науки, который видитъ предъ собою только одну цѣль жизни—истину, который знаетъ только ея радость—ея постиженіе, который съ самоотверженіемъ отрекается отъ всѣхъ увлеченій, столь свойственныхъ юности, и честно, безъ устали, безъ уклоненій идетъ къ своей возвышенной цѣли. Кто усомнится признать высокую доблесть въ человѣкѣ, который самую жизнь — этотъ столь милый всѣмъ намъ даръ Творца—цѣнитъ настолько, насколько она послужила къ открытію истины? Я не имѣю надобности говорить вамъ, собравшіеся здѣсь товарищи и ученики усопшаго, что смерть похитила у насъ именно такого человѣка. Древніе изображали истину въ видѣ женщины, облаченной покровомъ, надъ коей были начертаны слѣдующія слова: „никто нечистый да не приближается ко мнѣ“. Усопшій другъ нашъ приносилъ въ храмъ истины именно ту чистоту мысли, то высокое безкорыстіе, то отсутствіе всякихъ постороннихъ побужденій, кои одни только даютъ слабому человѣку силу бодро, безъ устали трудиться на поприщѣ науки, кои одни только производятъ благословенные плоды истины и добра. Профессоръ Мейеръ былъ однимъ изъ тѣхъ, которые самоотверженно трудятся, открывая новые пути въ области истины и добра, однимъ изъ тѣхъ благородныхъ воиновъ, кои все приносятъ въ жертву своему долгу и безъ печали слагаютъ самую жизнь, завѣщая потомству дальнѣйшее движеніе впередъ. Онъ сдѣлалъ много для любимой своей науки. Въ продолженіе своей, краткой для любви нашей, дѣятельности онъ образовалъ много юношей-законовѣдцевъ; но едва-ли въ продолженіе всей своей жизни онъ далъ болѣе торжественный урокъ, какъ тотъ, который слышится изъ его гроба. Благородные юноши, ученики почившаго! Позвольте мнѣ изъяснить словами то, что такъ явственно ощущается при видѣ этого гроба близко знавшими вашего покойнаго наставника. Какой бы путь вамъ ни указало Провидѣніе, идите по нему такъ же чисто неуклонно, трудитесь такъ же доблестно для дѣла правды и добра, трудитесь до самой смерти вашей, дабы этотъ грозный часъ засталъ васъ бодрствующими и трудящимися, а не

дремлющими и праздными, ибо такова была кончина профессора Мейера. За два дня до смерти, уже навѣрное зная о ея неизбѣжной близости, онъ отправился на свое дѣло и въ послѣдній разъ исполнилъ его передъ вами съ тою совершенною ясностью духа, которая свидѣтельствуетъ о его необыкновенной нравственной силѣ. И такъ—sit tibi terra levis, столь уважаемый всѣми нами другъ и товарищъ нашъ. Ты оставилъ намъ много свѣтлыхъ мыслей о наукѣ, но важнѣйшее наслѣдіе, тобою намъ завѣщанное, есть нравственный образецъ чистаго, доблестнаго служенія тому дѣлу, къ которому назначило тебя Провидѣніе“ [1]).

Въ этихъ прекрасныхъ словахъ вылились мысли и чувства друзей Мейера, проводившихъ его къ мѣсту вѣчнаго упокоенія. Похороненъ Мейеръ на смоленскомъ лютеранскомъ кладбищѣ. И теперь надъ могилой его стоитъ невысокій металлическій крестъ, окруженный таковою же низенькою рѣшеткою—все это болѣе чѣмъ скромно и пропадаетъ среди окружающихъ роскошныхъ памятниковъ. На крестѣ съ трудомъ можно прочесть такъ много говорящія уму русскаго юриста слова: „Dmitrius Meyer“. Глядя на этотъ памятникъ, не вѣрится, что подъ нимъ покоится прахъ „перваго въ Россіи цивилиста въ истинномъ смыслѣ и одного изъ самыхъ благороднѣйшихъ людей, какихъ только видѣли на своихъ каѳедрахъ русскіе университеты“ [2]).

[1]) С.-Петерб. Вѣдом. 1856 г. № 36.

[2]) Григорьевъ. Исторія С.-Петербургск. университета, стр. 157—158.

X.

Оскаръ фонъ-Бюловъ [1]).

Въ концѣ 1907 года (19-го ноября) скончался въ Гейдельбергѣ одинъ изъ выдающихся представителей современной учености, основатель и глава цѣлой школы процессуалистовъ, реформаторъ науки гражданскаго процесса, Оскаръ фонъ-Бюловъ [2]). Что смерть его прошла у насъ незамѣченной и въ литературѣ не отмѣченной—тому имѣется не мало причинъ. Публика вообще и юридическая въ частности мало интересуется гражданскимъ процессомъ, а что касается собственно нашихъ процессуалистовъ, то большинство ихъ не примкнуло къ созданной Бюловымъ школѣ; у насъ, среди теоретиковъ, сторонниками этой, нынѣ ставшей господствующей въ Германіи и Австріи, школы являются только авторъ настоящихъ строкъ и нѣсколько молодыхъ профессоровъ, его учениковъ.

Завидный жребій выпалъ на долю покойнаго ученаго: на его глазахъ созданное имъ направленіе, хотя и медленно, на протяженіи болѣе тридцати лѣтъ, отвоевывало себѣ все болѣе и болѣе широкое поле и, наконецъ, стало господствующимъ. Сначала созданная Бюловымъ структура гражданскаго процесса долго оставалась незамѣченною. Изрѣдка лишь появлялись критическія на нее замѣчанія. Около десяти лѣтъ Бюловъ, надо думать, испытывалъ непріятное чувство. Глубоко убѣжденный въ своей пра-

---

[1]) Право, 1908 г. № 25.

[2]) Біографическія данныя почерпнуты нами изъ двухъ некрологовъ: Rümelin'a въ Arch. f. d. civ. Praxis B. 103. H. I. и Heinsheimer'a въ Zeitschr. f. d. Civilprocess. B. 37. H. 4.

вотѣ и въ громадномъ значеніи своего взгляда для научной разработки процесса, онъ терпѣливо ждалъ и самъ пріостановилъ дальнѣйшую работу въ духѣ созданнаго имъ направленія. Но вотъ мало-по-малу стали появляться и цѣльныя системы гражданскаго процесса, построенныя на основахъ, предложенныхъ Бюловымъ, и отдѣльныя монографіи, посвященныя то разработкѣ основного воззрѣнія Бюлова, то примѣненію его къ отдѣльнымъ ученіямъ, — и, наконецъ, взглядъ его восторжествовалъ: къ нему присоединились лучшія силы не только изъ цивилистовъ, но и изъ государствовѣдовъ и криминалистовъ. Старое направленіе оказалось вытѣсненнымъ. Дожить до такого полнаго торжества своей идеи рѣдко кому удавалось.

Самъ Бюловъ не принадлежалъ къ числу особенно плодовитыхъ ученыхъ. Переворотъ въ наукѣ гражданскаго процесса произвело его небольшое по объему изслѣдованіе, но по содержанію дѣйствительное magnum opus—Die Lehre von den Processeinreden und den Processvoraussetzungen. Giessen. 1868 г. Переворотъ произведенъ не спеціальною темою, ученіемъ о процессуальныхъ возраженіяхъ и предположеніяхъ, а исходной точкой, установленной авторомъ и проведенной въ этомъ ученіи, а именно, что гражданскій процессъ есть юридическое отношеніе между судомъ и сторонами, подлежащее такимъ же пріемамъ научнаго изслѣдованія, какіе примѣняются къ юридическимъ отношеніямъ, анализомъ коихъ занимается гражданское право. Полный застой въ научной разработкѣ гражданскаго процесса и объясняется тѣмъ, что ученые смотрятъ на него, съ чисто формальной точки зрѣнія, какъ на сумму судебныхъ дѣйствій, на судопроизводство въ буквальномъ смыслѣ и занимаются не столько содержаніемъ, сколько формою, не столько юридическимъ анализомъ, сколько описаніемъ. Если же исходить изъ того, что процессъ есть юридическое отношеніе, то выдвигаются такія проблемы, которыя ранѣе и не возникали, рядъ такихъ вопросовъ, которые въ разрѣшеніи даютъ нѣчто совсѣмъ иное, чѣмъ то, что мы находимъ теперь въ наукѣ и чѣмъ сами же недовольны, сознавая всю ошибочность разрѣшенія — всплываютъ крупные недостатки господствующаго воззрѣнія. Бюловъ и посвятилъ свое изслѣдованіе одному изъ этихъ вопросовъ, а именно вопросу о процессуальныхъ возраженіяхъ (отводахъ). Доказывая научную негодность и несообразность существующаго понятія процессуальнаго возраженія и установившихся видовъ его, гдѣ смѣшивается процессуальная сторона съ матеріально-правовой, Бюловъ разсуждаетъ такимъ образомъ: если процессъ есть юридическое отношеніе,

то должны имѣться въ наличности извѣстные конститутивные его элементы, извѣстныя фактическія предположенія, извѣстный составъ фактовъ (Thatbestand), необходимый для его возникновенія. Судьѣ, рядомъ съ фактами, являющимися предположеніями матеріально-правового отношенія, приходится обсуждать и факты, являющіеся предположеніями процессуальнаго отношенія, какъ-то: подвѣдомственность дѣла суду, способность судьи, тяжущихся, повѣренныхъ и т. д. Процессуальныя возраженія и суть не что иное, какъ отрицательное выраженіе процессуальныхъ предположеній: тяжущіеся заявляютъ суду объ отсутствіи того или другого предположенія, необходимаго для правомѣрнаго возникновенія процессуальнаго отношенія. Надо замѣтить, что въ упомянутомъ сочиненіи Бюловъ отрицалъ самостоятельный характеръ процессуальныхъ возраженій, полагая, что вопросъ объ отсутствіи того или другого предположенія долженъ быть всегда возбужденъ судомъ ex officio, а тяжущимся должно быть дано право напоминанія суду о необходимости возбудить данный вопросъ; но потомъ, подъ вліяніемъ Ветцеля и Гейслера, онъ нѣсколько отступилъ отъ первоначальнаго своего взгляда и допустилъ возможность существованія рядомъ съ правомъ напоминанія и права отвода, т.-е. самостоятельныхъ процессуальныхъ возраженій; въ однихъ случаяхъ, слѣдовательно, судъ ex officio возбуждаетъ вопросъ объ отсутствіи предположенія и право тяжущагося является правомъ субсидіарнымъ, въ другихъ — судъ возбуждать этого вопроса не можетъ; возбуждать его можетъ лишь тяжущійся въ видѣ самостоятельнаго процессуальнаго возраженія. До появленія сочиненія Бюлова, вопросъ о процессуальныхъ возраженіяхъ ютился въ небольшомъ уголкѣ науки въ видѣ отрицательнаго выраженія предположеній процесса, въ формѣ процессуальныхъ возраженій, перепутанныхъ съ возраженіями матеріально-правовыми. Со времени же Бюлова ученіе о процессуальныхъ предположеніяхъ стало въ ряду ученій, захватывающихъ весь процессъ — оно измѣнило всю структуру процесса.

Дальнѣйшее развитіе теоріи Бюлова приводитъ къ ряду новыхъ построеній и разграниченій въ области процесса. Что сдѣлали другіе ученые въ этомъ направленіи — здѣсь не мѣсто перечислять; мы можемъ указать лишь, что сдѣлано самимъ Бюловымъ. Два вопроса имъ обслѣдованы: вопросъ объ особомъ характерѣ правъ тяжущихся и о различіи нормъ, опредѣляющихъ процессъ, какъ юридическое отношеніе.

Первому вопросу посвящено изслѣдованіе „Processualische Fictionen und Wahrheiten“ (Archiv f. d. civilist. Praxis. B. 62,

H. 1). Бюловъ доказываетъ, что въ гражданскомъ процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи sui generis, тяжущіеся только обладаютъ правами, но не несутъ никакихъ процессуальныхъ обязанностей, всѣ же права сторонъ проникнуты преклюзивнымъ характеромъ, т. е. вслѣдствіе неосуществленія ихъ въ положенный срокъ они прекращаются и обладатель права несетъ всѣ невыгодныя послѣдствія, отъ того проистекающія. Это даетъ Бюлову основаніе выставить особый принципъ процесса: принципъ преклюзивности. Въ наукѣ до Бюлова нѣкоторыя преклюзивныя права трактовались какъ обязанности сторонъ, неисполненіе коихъ влечетъ за собой извѣстныя невыгоды, при чемъ объяснялись таковыя фикціями касательно содержанія воли лица, не исполнившаго своей обязанности; предполагалось, что лицо бездѣйствуетъ потому, что желаетъ тѣмъ выразить волю опредѣленнаго содержанія; то или другое содержаніе презумированной воли опредѣляло собой и невыгодныя послѣдствія бездѣйствія; напр. неявка отвѣтчика на судъ давала основаніе фикціи признанія имъ требованій истца и т. п. Во всѣхъ этихъ случаяхъ Бюловъ видитъ лишь неосуществленіе лицомъ своего процессуальнаго права съ единственнымъ для него послѣдствіемъ — потерею даннаго права; не явился на судъ—значитъ, не пожелалъ воспользоваться своимъ правомъ защиты и только; никакихъ другихъ выводовъ, въ родѣ фиктивнаго признанія изъ этой неявки дѣлать невозможно. Въ цѣломъ рядѣ процессуальныхъ явленій Бюловъ отвергаетъ фикціи и сводитъ бездѣйствіе лица къ неосуществленію своего права, съ которымъ (неосуществленіемъ) и связываются только послѣдствія такового; напр., при вступленіи отвѣтчика въ отвѣтъ по иску, предъявленному въ судъ, коему искъ этотъ неподсуденъ, нѣтъ надобности фингировать его согласіе; достаточно признать, что отвѣтчикъ не осуществилъ своего преклюзивнаго права отвода по неподсудности и т. д. Другой важный для науки результатъ этой работы Бюлова — окончательное изгнаніе изъ науки фиктивной litis contestatio и установленіе нынѣ общепринятаго положенія, что для возникновенія процесса достаточно одного предъявленія иска.

Третья, замѣчательная по глубинѣ и значенію, работа Бюлова: „Disipositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung (Archiv f. d. civil. Praxis B. 64, H. 1) посвящена вопросу о двоякаго рода юридическихъ нормахъ, коими опредѣляются права и обязанности субъектовъ процесса, какъ юридическаго отношенія. Однѣ нормы абсолютныя, безусловно обязательныя, другія—диспозитивныя, условно-обязательныя; пер-

выя нормируютъ данное отношеніе непосредственно и исключительно, уклоненія отъ нихъ недопустимы; вторыя—предоставляютъ частнымъ лицамъ самимъ нормировать данное отношеніе; изъ нѣсколькихъ возможныхъ нормированій они выбираютъ любое. Бюловъ тщательно анализируетъ эти два вида нормъ, показывая, какъ глубоко онѣ проникаютъ гражданскій процессъ. Нѣтъ такого процессуальнаго явленія, въ которомъ не сказалась бы эта двойственность, напр., абсолютная и относительная неспособность судьи, свидѣтеля, абсолютныя и относительныя основанія подсудности, абсолютныя и относительныя условія процесса, отводы и напоминанія, и т. д. Это даетъ возможность ясно и точно характеризовать явленія, опредѣляемыя нормами того или другого рода, и установить общія начала касательно той или другой группы.

Упомянутыми тремя, неисчерпаемыми по глубинѣ и всеобъемлемости своей, изслѣдованіями и ограничивается кругъ работъ Бюлова по провѣркѣ и проведенію идеи процесса, какъ юридическаго отношенія. Этими работами онъ далъ вѣрныя и прочныя предуказанія, въ какомъ направленіи должна вестись дальнѣйшая научная разработка гражданскаго процесса, не только по отдѣльнымъ ученіямъ, но и въ цѣльной системѣ. Самъ Бюловъ, поставивъ вѣхи, не рѣшился пройти намѣченный путь до конца: онъ находилъ, что еще рано приступать къ перестройкѣ системы науки процесса въ духѣ созданнаго имъ направленія (Zeitschr. f. d. Civilproc. B. 27). Въ рецензіи на курсъ своего ученика и послѣдователя Р. Шмидта онъ даетъ лишь общій планъ системы гражданскаго процесса. Удивительную нерѣшительность и осторожность онъ проявилъ здѣсь въ проведеніи своей идеи юридическаго отношенія; послѣдователи его оказались въ этомъ случаѣ гораздо болѣе рѣшительными и быть можетъ менѣе осторожными...

Другія работы Бюлова въ области гражданскаго процесса, хотя и обличаютъ большой талантъ, необычайную логичность, ясность и опредѣленность мысли, но не имѣютъ такого громаднаго научнаго значенія, какъ упомянутыя три. Хотя изслѣдованія его, посвященныя вопросу о судебномъ признаніи (Ueber den Begriff des gerichtl. Geständnisses въ Arch. f. d. civ. Pr. B. 28 и Das Geständnissrecht, 1899), нѣкоторые ученые и ставятъ въ связь съ основнымъ его воззрѣніемъ на процессъ, но связь эта далеко не осязательна; въ сущности онъ поддерживаетъ господствующее въ наукѣ воззрѣніе, при чемъ постоянно переходитъ въ область гражданскаго права. Такой же отрѣшенный отъ основного его взгляда характеръ носитъ его работа объ абсо-

лютной силѣ судебнаго рѣшенія (Absolute Rechtskraft des Urtheils въ Arch. f. d. civ. Pr. B. 83, H. I) — работа нѣсколько эксцентричная. Онъ доказываетъ, что незыблемость судебнаго рѣшенія установлена во имя публичнаго интереса, что сила его охраняется не только посредствомъ exceptio rei judicatae, но и судомъ ex officio и дѣло разъ окончательно рѣшенное ни подъ какимъ видомъ не должно быть перерѣшено, хотя бы обѣ стороны были на то согласны. Къ той же категоріи работъ должны быть отнесены его статьи объ отношеніи суда къ законодательству — Gesetz und Richteramt (Arch. f. d. civ. Pr. 65) и Ueber das Verhältniss der Rechtssprechung zum Gesetzesrecht (Das Recht 10 Jahrg. № 13), гдѣ онъ въ довольно рѣшительной формѣ признаетъ за судомъ творческую дѣятельность, но затѣмъ, видя, къ какимъ нелѣпымъ крайностямъ эта мысль привела нѣкоторыхъ юныхъ писателей, значительно смягчилъ свое воззрѣніе.

Наконецъ, совершенно особнякомъ, по своему значенію и вліянію на дальнѣйшее развитіе науки гражданскаго процесса, въ духѣ направленія Бюлова, стоитъ сочиненіе его объ искѣ и рѣшеніи—Klage und Urtheil (Zeitschr. f. d. Civilproc. B. 31), являющееся рѣзкимъ протестомъ противъ теоріи Ваха-Гельвига о существѣ права на искъ. Выставленное этой теоріей новое понятіе иска въ процессуальномъ смыслѣ (Rechtsschutzanspruch) въ смыслѣ конкретнаго права лица на благопріятное рѣшеніе, встрѣтило рѣшительный отпоръ со стороны Бюлова. Онъ считаетъ право на искъ правомъ не на рѣшеніе опредѣленнаго содержанія, а на правомѣрное рѣшеніе (privatrechtmässige Entscheidung). Это разномысліе посейчасъ имѣетъ мѣсто среди процессуалистовъ—создалась цѣлая литература вопроса объ искѣ. По связи съ этимъ вопросомъ оживилось умиравшее было ученіе объ искахъ о признаніи (я называю ихъ исками безъ исполнительной силы), также вызвавшее цѣлую, чрезвычайно интересную литературу. Результатомъ оказалась необходимость новой перестройки гражданскаго процесса; включеніе исковъ о признаніи въ кругъ изслѣдованія науки процесса потребовало коренной переработки многихъ ученій. Заслуга Бюлова во всемъ этомъ двояка: съ одной стороны безъ его построенія процесса, какъ юридическаго отношенія, и не всплыли бы вопросы о процессуальномъ правѣ на искъ, какъ о правѣ лица къ государству, какъ о части того комплекса, который образуетъ собою юридическое отношеніе, а съ другой стороны, не всплылъ бы и вопросъ объ искахъ о признаніи со всѣми его громадными послѣдствіями для построенія науки про-

цесса: опять явились новыя идеи, новыя комбинаціи, новыя конструкціи въ дополненіе къ прежнимъ.

Ограничиваясь въ нашемъ бѣгломъ обзорѣ указанными изслѣдованіями Бюлова въ области гражданскаго процесса, мы хотѣли лишь очертить тотъ слѣдъ, который этотъ ученый оставилъ въ своей спеціальности. Всѣ его изслѣдованія являются цѣннымъ вкладомъ въ методологію правовѣдѣнія, но особенно цѣнны тѣ, которыми намѣчается путь строго-методической разработки гражданскаго процесса. Во главѣ всего зданія стоитъ свѣтлая мысль о процессѣ, какъ юридическомъ отношеніи. Насколько она свѣтла и плодотворна, насколько дальнѣйшее методическое проведеніе ея раскрываетъ смыслъ и юридическую природу процессуальныхъ явленій, до извѣстной степени уже видно изъ сравненія литературы гражданскаго процесса, особенно цѣльныхъ системъ науки, за послѣднее десятилѣтіе съ тѣмъ, что представляла собою эта литература за предшествующее время. Это — день и ночь. Несомнѣнно, въ данномъ случаѣ денницей надо признать геній Бюлова.

Оскаръ фонъ-Бюловъ, сынъ городского совѣтника г. Бреславля, родился 11 сентября 1837 г. По окончаніи курса мѣстной гимназіи, съ 1855 по 1858 г., слушалъ лекціи по юридическимъ наукамъ въ Бреславлѣ, Гейдельбергѣ и Берлинѣ. Въ Бреславлѣ онъ пользовался руководительствомъ извѣстнаго Гушке, а въ Гейдельбергѣ еще болѣе извѣстнаго Вангерова; въ Бреславлѣ же онъ, въ 1859 г., пріобрѣлъ степень доктора за диссертацію „De praejudicialibus formulis“. Избравъ эту тему, очевидно, по совѣту Гушке, Бюловъ и не думалъ, что ею предуказанъ путь, который преемственно приведетъ автора къ сочиненію, положившему основаніе его славѣ и значенію въ наукѣ. Послѣ года и трехъ мѣсяцевъ, посвященныхъ судебной службѣ, и года отбытія воинской повинности, Бюловъ снова возвращается къ теоретическимъ занятіямъ и въ 1863 году издаетъ сочиненіе „De praejudicialibus exceptionibus“, органически связанное съ его диссертаціею. Благодаря этому сочиненію ему открылась приватъ-доцентура въ Гейдельбергѣ, тогда гремѣвшемъ славными именами. Объ этомъ періодѣ своей жизни и дѣятельности, какъ свидѣтельствуютъ его біографы, Бюловъ всегда вспоминалъ съ восхищеніемъ. Среди такихъ профессоровъ, какъ Вангеровъ, Миттермайеръ, Блунчи, Тонъ, а также Гельмгольцъ и Гервинусъ, нелегко было молодому доценту занять видное положеніе. Но Бюловъ занялъ его. Черезъ

два года, однако, послѣдовало назначеніе его въ Гиссенъ экстраординарнымъ профессоромъ. Здѣсь, возведенный въ 1865 г. въ ординарные профессоры, Бюловъ работалъ въ сообществѣ такихъ свѣтилъ науки, какъ Іерингъ и Регельсбергеръ. Узы самой тѣсной дружбы соединяли этихъ трехъ ученыхъ, несмотря на глубокое ихъ различіе и по складу ума, и по направленію. Пребываніе въ Гиссенѣ ознаменовалось выходомъ въ свѣтъ его „Processeinreden“—сочиненія, по темѣ сроднаго предыдущей его работѣ о преюдиціальныхъ возраженіяхъ. Франко-прусская война на время вырвала его изъ университетской семьи—какъ офицеръ запаса, онъ былъ назначенъ комендантомъ острова Пельворка. Въ 1872 г. онъ возвращается къ профессурѣ—становится въ Тюбингенѣ преемникомъ извѣстнаго Бринца. Тринадцать лѣтъ продолжалась его, полная успѣховъ, плодотворная дѣятельность въ Тюбингенѣ, при чемъ послѣдній годъ онъ былъ ректоромъ университета. Тамъ онъ въ теченіе семи лѣтъ (1878—1885) состоялъ соредакторомъ журнала „Archiv für die civilistische Praxis“. Въ 1885 г. онъ перешелъ въ Лейпцигъ. Здѣсь онъ въ теченіе семи лѣтъ проявилъ крайне усиленную преподавательскую дѣятельность—кромѣ предметовъ своей спеціальности—гражданскаго процесса и римскаго права,—онъ читалъ и уголовный процессъ, но зато литературная дѣятельность сократилась до минимальной степени: ни одной, даже журнальной статьи, не вышло изъ-подъ его пера за этотъ періодъ. Сказалась и физическая немочь: симптомы сердечнаго страданія принимали все болѣе и болѣе угрожающій характеръ, такъ что врачи настоятельно требовали безусловнаго отдыха. И вотъ въ 1892 г. Бюловъ выходитъ въ отставку и поселяется на покой въ дорогомъ ему по воспоминаніямъ юности Гейдельбергѣ. Прекрасный климатъ, тихая семейная обстановка, симпатичная ему среда гейдельбергскихъ профессоровъ, отсутствіе обязательныхъ занятій—все это чрезвычайно благотворно отразилось на его здоровьѣ, но вернуться къ профессурѣ онъ не рѣшился.

Жизнь на покоѣ была, однако, далека отъ полной бездѣятельности; за это время, онъ съ 1894 г. снова сталъ соредакторомъ „Archiv“'а и написалъ рядъ изслѣдованій; къ этому періоду относятся его работы о судебномъ признаніи, объ абсолютной силѣ рѣшенія и критика теоріи иска Ваха-Гельвига. Хотя за послѣдніе два года жизни ничего въ печати не появлялось, но онъ рукъ не покладалъ: послѣ смерти въ бумагахъ его нашлась почти готовая къ печати рукопись—дальнѣйшее развитіе мыслей его объ отношеніи судебной практики къ законодательству.

Смерть незамѣтно подкралась къ видимо выздоровѣвшему организму. Утромъ 19 ноября 1907 г. Бюловъ, чувствуя себя совершенно здоровымъ, пошелъ въ кабинетъ, сѣлъ на кресло передъ письменнымъ столомъ и сталъ читать газету. Черезъ нѣкоторое время на креслѣ, къ неописуемому ужасу членовъ его семьи, оказался уже не Бюловъ, а его остывающій трупъ.

XI.

Сергѣй Александровичъ Бершадскій [1]).

24-го февраля 1896 г. родные, друзья и почитатели профессора Бершадскаго опустили въ землю прахъ своего незабвеннаго друга, товарища и учителя. Тысячная толпа, сопровождавшая гробъ, была проникнута единою скорбью — скорбью глубокой: сошелъ въ могилу человѣкъ, какихъ не много и по уму, и таланту, и по душевнымъ качествамъ.

Свѣжа могила, свѣжа мысль о понесенной потерѣ,—никакъ не привести въ порядокъ воспоминаній объ отошедшемъ; но общій нравственный обликъ усопшаго друга и въ настоящую, тяжелую для пишущаго эти строки, минуту рельефно выступаетъ среди обломковъ мыслей и чувствъ.

Сергѣй Александровичъ былъ натурой исключительной, своеобразной и, что̀ ужаснѣе всего, драгоцѣннѣйшія черты этой натуры постепенно привели къ роковой развязкѣ: онъ, можно сказать, палъ жертвою своей натуры. Тотъ жизненный огонь, который въ немъ такъ сильно и непрерывно пылалъ, безжалостно разрушилъ его, хотя и мощное, тѣло. Натура покойнаго была поразительно воспріимчива, и все окружающее такъ сильно имъ воспринималось, что поглощало и проникало всего человѣка. Ни къ одному дѣлу, ни къ одному вопросу онъ не могъ относиться слегка: все, начиная съ крупныхъ вопросовъ науки и жизни общественной и государственной, и кончая мелкими вопросами частной жизни, — все воспринималось имъ такъ сильно и такъ глубоко проникало въ него, что надо было обладать по-истинѣ гигантскими силами, чтобы не быть, наконецъ, доведеннымъ до

---

[1]) Историческій Вѣстникъ 1896 г. апрѣль.

полнаго и преждевременнаго изнеможенія. Какъ идеалиста, въ лучшемъ смыслѣ этого слова, его особенно волновало все уклоняющееся отъ правды, о которой онъ намъ, людямъ близкимъ, чуть не на смертномъ одрѣ сказалъ, что во всю свою жизнь глубоко вѣрилъ въ ея торжество. Вѣсть о какомъ-либо явленіи жизни, гдѣ эта правда страдала и попиралась, какъ электрическая искра, возбуждала его. Что говорить о явленіяхъ этого рода, имѣющихъ широкое общественное или государственное значеніе,—явленія, болѣе узкія по кругу своего вліянія и значенія, такъ глубоко западали въ его душу, такъ поглощали его всего, что онъ просто, какъ говорится, мѣста себѣ не находилъ. Узнаетъ о неблаговидномъ поступкѣ товарища, узнаетъ о бѣдѣ, незаслуженно постигшей друга, — онъ весь какъ въ огнѣ, точно его лично постигло несчастье. Но онъ не только волновался, онъ и прилагалъ всѣ усилія къ устраненію послѣдствій неблаговиднаго поступка, къ ослабленію послѣдствій разразившей бѣды. Надо было видѣть, какъ онъ проникался насквозь, хотя бы иногда, съ точки зрѣнія практической, житейской мудрости, малозначащимъ явленіемъ, какъ онъ весь уходилъ въ чужой интересъ. Иногда, бывало, самъ пострадавшій уже остынетъ, а С. А. все еще горитъ, только и думаетъ, только и носится съ глубоко засѣвшею въ его душу мыслью.

Вся жизнь С. А., отъ школьной скамьи до гробовой доски,— эпопея волненій, увлеченій, порывовъ до самозабвенія. Школьные товарищи его разсказываютъ, какъ онъ учился: весь уходилъ въ ученіе, заботясь только о томъ, какъ бы знать больше, и зналъ всегда не только больше, чѣмъ требовалось, а иногда больше, чѣмъ знали его учителя. Самъ онъ не разъ говорилъ, что въ дѣтствѣ лучшей игрушкой его была книжка. Съ ранней юности въ немъ обнаружилась склонность къ изящнымъ искусствамъ: живописи, драматическому искусству, поэзіи. Съ пыломъ, свойственнымъ его натурѣ, онъ предавался то тому, то другому изъ нихъ; это не было одностороннее увлеченіе: онъ весь уходилъ то въ то, то въ другое искусство. Принявшись за кисть, онъ не довольствовался развитіемъ своего таланта до возможнаго совершенства, а сталъ основательно изучать исторію живописи. Увлеченіе этимъ искусствомъ дошло до того, что юноша, окончивъ курсъ въ гимназіи съ золотою медалью, хотѣлъ стать профессіональнымъ живописцемъ; но, какъ онъ потомъ говорилъ, „книжка взяла верхъ“. Драматическому искусству онъ также предался всей душой; обнаруживъ не малый талантъ, онъ въ былое время участвовалъ въ кружкѣ любителей-малороссовъ, съ

извѣстнымъ впослѣдствіи Кропивницкимъ во главѣ, дававшемъ спектакли. И тутъ мы видимъ въ немъ не только лицедѣя, но и ученаго, усердно изучающаго драму по классическимъ образцамъ и исторію драматическаго искусства. Любовь къ поэзіи сказалась въ немъ очень рано, и, если бы собрать все, имъ написанное въ стихотворной формѣ, получился бы солидный томъ. И тутъ увлеченіе выразилось не въ одномъ творчествѣ, но и въ изученіи исторіи изящной литературы; покойный былъ большимъ знатокомъ въ этой области. Я не засталъ С. А. въ періодъ увлеченія его искусствомъ, но могу себѣ представить, какъ онъ, увлекшись тѣмъ или другимъ и забывъ все остальное, жилъ всецѣло предметомъ увлеченія. Впослѣдствіи, въ періодъ ученой и педагогической дѣятельности, онъ лишь досуги могъ удѣлять искусству. Мы видимъ его тратящимъ трудовые гроши на покупку цѣнныхъ художественныхъ изданій [1]), видимъ его лѣтомъ въ деревнѣ сидящимъ за мольбертомъ и воспроизводящимъ скудную сѣверную природу, видимъ его читающимъ въ Лицеѣ публичную лекцію „О романтизмѣ въ живописи“; видимъ его, безгранично чадолюбиваго отца, окруженнаго дѣтьми и читающаго имъ какую-нибудь комедію, съ подобающею мимикой, жестикуляціей и перемѣнами голоса; читаемъ его письма къ другу въ стихотворной формѣ; видимъ его произносящимъ глубоко прочувствованные стихи у свѣжей могилы боготворимаго имъ учителя, профессора Градовскаго.

Увлеченіе искусствомъ смѣнилось увлеченіемъ наукой — „книжка взяла верхъ“. Будучи студентомъ Новороссійскаго университета, С. А. принялся за изученіе государственнаго права. На способнаго и усерднаго студента обратилъ вниманіе профессоръ Пригара, къ памяти котораго покойный относился съ искреннимъ благоговѣніемъ. По окончаніи С. А. курса профессоръ Пригара оставилъ его при университетѣ и въ теченіе двухъ лѣтъ руководилъ его занятіями. Въ разгаръ работы профессоръ умираетъ. Въ такихъ случаяхъ молодые люди, состоящіе при университетѣ, переходятъ въ вѣдѣніе преемника своего руководителя. С. А. этого не пожелалъ. Жажда знанія влекла его туда, гдѣ оно дѣйствительно могло быть пріобрѣтено: онъ выхлопоталъ себѣ переводъ въ Петербургъ, желая продолжать занятія подъ руководствомъ лучшаго изъ государствовѣдовъ, про-

[1]) Хотѣлось бы сказать, что въ оставленной имъ библіотекѣ имѣются рѣдкіе экземпляры, иногда unica этихъ изданій... Сказать этого я не могу: лучшіе изъ нихъ онъ во время болѣзни вынужденъ былъ продать. Пріобрѣтены они университетскимъ музеемъ.

фессора Градовскаго. Черезъ два года былъ сданъ экзаменъ на магистра и сданъ блистательно. Еще недавно покойный, разсказывая рядъ эпизодовъ изъ своихъ сношеній съ Градовскимъ, вспомнилъ, какъ тотъ, объявивъ ему о блистательно выдержанномъ экзаменѣ, сталъ цѣловать и обнимать его. Прекрасная философская подготовка, обнаруженная на экзаменѣ, заставила факультетъ остановиться на С. А., когда, по оставленіи университета профессоромъ Рѣдкинымъ, пришлось озаботиться замѣщеніемъ каѳедры философіи права. Тутъ началась усиленная работа въ области философіи, покойный весь погрузился въ изученіе философовъ по ихъ твореніямъ непосредственно. Но это увлеченіе продолжалось не долго. Его скоро смѣнило другое, опредѣлившее собою всю дальнѣйшую научную дѣятельность покойнаго. Обладая обширными историческими познаніями и непрерывно занимаясь исторіей, С. А. остановился спеціально на изученіи еврейства, его вѣрованій, нравовъ и исторической судьбы. Началась просто гигантская работа, выполнить которую можно было, лишь обладая исключительными способностями и посвятивши ей себя всецѣло. Опять весь человѣкъ ушелъ въ дѣло: онъ только и думалъ, только и говорилъ о еврействѣ. Изученіе послѣдняго привело его къ такъ называемому еврейскому вопросу вообще и въ Россіи въ частности. Ближайшимъ образомъ его занималъ еврейскій вопросъ у насъ. Какъ истый историкъ, онъ началъ съ самаго корня этого вопроса. Изученіе причинъ обособленности русскихъ евреевъ, со всѣми ея мрачными сторонами, должно было, по его мнѣнію, начаться съ изученія исторіи положенія евреевъ въ Литвѣ, откуда, собственно, еврейскій вопросъ перешелъ къ намъ вмѣстѣ съ Литвою. Вопросъ о юридическомъ и общественномъ положеніи евреевъ въ Литвѣ и послужилъ темой магистерской диссертаціи С. А.: „Литовскіе евреи“. Работа эта, единственная въ своемъ родѣ, сразу выдвинула молодого ученаго. Замѣчательна она и по новизнѣ имѣющихся въ ней данныхъ: вся она основана на архивныхъ источникахъ. Одновременно съ нею имъ изданы два тома приложеній подъ заглавіемъ: „Документы и регистры“, гдѣ воспроизведены именно тѣ архивные источники, надъ которыми работалъ авторъ. Собираніемъ этихъ документовъ С. А. ужасно увлекся—весь погрузился въ архивы. Московскій, виленскій, варшавскій архивы имъ перерыты въ поискахъ за документами по литовскому еврейству.

Вскорѣ по защитѣ диссертаціи, увлеченіе еврействомъ поостыло и смѣнилось другимъ. Изучивъ попутно исторію Литвы, С. А. начинаетъ увлекаться литовскимъ правомъ, его исторіею.

И чѣмъ дальше, тѣмъ больше онъ имъ увлекается. Съ кѣмъ изъ насъ, товарищей своихъ, С. А. не бесѣдовалъ о литовскомъ правѣ: съ цивилистомъ, при встрѣчѣ, поговоритъ по неясному для него вопросу гражданскаго права Литвы, съ криминалистомъ — по вопросу права уголовнаго, съ финансистомъ — по вопросу финансовому и т. д. И мы никогда не забудемъ того искренняго увлеченія, съ какимъ онъ говорилъ на любимую тему, и тѣхъ громадныхъ познаній въ литовскомъ правѣ, которыя при этомъ обнаруживались. Да и слушатели С. А., особенно по исторіи русскаго права и государственному праву, помнятъ, съ какимъ увлеченіемъ, уклоняясь иногда отъ предмета лекціи, онъ говорилъ о литовскомъ юридическомъ строѣ. Чѣмъ дальше шла работа по литовскому праву, тѣмъ больше времени С. А. проводилъ въ архивахъ. Вообще строгій къ самому себѣ въ дѣлѣ исполненія долга, онъ иногда до того увлекался архивной работой, что забывалъ о своихъ служебныхъ обязанностяхъ. Въ экзаменное время бывали случаи, что утромъ, вмѣсто экзамена, онъ идетъ себѣ въ архивъ — и вотъ начинаются поиски его по разнымъ учрежденіямъ, гдѣ имѣются архивы, пока, наконецъ, найдутъ пропавшаго профессора, погруженнаго въ любимое дѣло. Увлеченіе его доходило до того, что, уходя рано утромъ и возвращаясь часовъ въ 5—6, онъ забывалъ ѣсть, вдыхая въ теченіе цѣлаго дня одну архивную пыль — эту отраву. Чтобы составить себѣ приблизительную картину той обстановки, при которой онъ работалъ, достаточно сказать, что нерѣдко, уходя изъ дому, онъ бралъ съ собою тряпку, говоря, что она ему нужна для стиранія пыли съ документовъ, и когда ему кто-то замѣтилъ: вѣдь не на палецъ же пыли на этихъ документахъ, то онъ, расхохотавшись своимъ своеобразнымъ, звучнымъ, заразительнымъ смѣхомъ, отвѣтилъ: „не на палецъ, а на два“. Очень можетъ быть, что эта проклятая пыль погубила нашего незабвеннаго друга. Изъ его разсказовъ объ устройствѣ нѣкоторыхъ петербургскихъ архивовъ мы узнали, что ему нерѣдко приходилось сидѣть въ одномъ архивѣ въ шубѣ, въ другомъ—на сквознякѣ. Нужно было имѣть желѣзное здоровье, чтобы все это выдержать.

Это беззавѣтное, самоотверженное увлеченіе, несомнѣнно, свело С. А. въ могилу, а съ другой стороны и не оставило въ наукѣ осязательнаго слѣда. Имъ былъ лишь собранъ и изученъ громадный матеріалъ для задуманнаго обширнаго изслѣдованія (докторская диссертація) о государственныхъ и общественныхъ отношеніяхъ въ великомъ княжествѣ Литовскомъ, нѣкоторыя главы котораго уже, оказывается, написаны. Конечно, добытыя

путемъ такихъ усилій свѣдѣнія оказали свое вліяніе на читанный С. А. курсъ исторіи русскаго права, гдѣ, обыкновенно забываемому нашими историками права, литовскому праву отведено, быть можетъ, подъ вліяніемъ искренняго увлеченія, даже слишкомъ много мѣста. Наконецъ, за послѣдніе годы архивныя изысканія С. А. были направлены, главнымъ образомъ, на область литовскаго наслѣдственнаго права, которому и посвящены два его изслѣдованія: „О наслѣдованіи въ выморочныхъ имуществахъ по литовскому праву“ и „Литовскій статутъ и польскія конституціи“.

Такъ протекла труженическая жизнь покойнаго ученаго. Послѣ всего описаннаго не въ правѣ ли *я* былъ сказать, что С. А. палъ жертвою своей натуры? Какъ этотъ жизненный огонь постепенно разрушалъ его тѣло, такъ одновременно и смерть медленно подкрадывалась къ нему и, наконецъ, похитила его у насъ.

Спи, дорогой! Послѣ вынесенной тобою работы мысли и чувства только и могъ наступить вѣчный сонъ... Да будетъ тебѣ легка родная земля!

XII.

Лудольфъ Борисовичъ Дорнъ [1]).

29 апрѣля 1891 г. въ г. Ригѣ, въ лѣчебницѣ для душевнобольныхъ скончался Л. Б. Дорнъ. Болѣзненно-подвижный и воспріимчивый темпераментъ покойнаго, его до крайности неровный, быстро переходящій отъ веселаго къ мрачному настроенію характеръ, всегда внушали опасеніе, что сильное нервное потрясеніе должно гибельно на немъ отразиться. Нѣсколько тяжелыхъ потерь, имъ понесенныхъ—смерть сначала старшаго сына, потомъ жены—не могли не потрясти его нервной натуры; нѣкоторыя обстоятельства по службѣ завершили рядъ душевныхъ страданій покойнаго, и онъ заболѣлъ одною изъ тяжкихъ формъ психическихъ болѣзней — маніею преслѣдованія. Отправленный на излѣченіе въ Ригу, Л. Б. сталъ, повидимому, поправляться; но къ несчастію одно само по себѣ незначительное обстоятельство вызвало рѣзкое проявленіе болѣзни и привело къ роковой развязкѣ: безпокойство изъ-за долгаго неполученія отвѣта о благополучномъ прибытіи сына изъ Риги въ Петербургъ послужило ближайшей причиной его скоропостижной смерти.

Такъ закончилъ свое земное существованіе этотъ полный жизни и дѣятельности, безгранично добрый и симпатичный человѣкъ. Благодарная память о немъ навсегда сохранится въ сердцахъ его многочисленныхъ учениковъ по С.-Петербургскому университету и училищу правовѣдѣнія. Кому изъ нихъ не приходилось убѣждаться въ этой неизмѣримой добротѣ ихъ учителя? Онъ не только протягивалъ руку помощи тому, кто просилъ объ этомъ, но и самъ охотно предлагалъ ее; при этомъ, однако, по-

[1]) Юридическая Лѣтопись 1891 г. Іюнь.

койный, какъ и вообще въ дѣятельности своей, все сводилъ на принципіальную почву; шутя о немъ говорили, что у него есть своя „общая часть“ жизни и дѣятельности, въ которой онъ постоянно справляется. Когда къ нему обращались съ просьбой несогласной съ „общею частью“, то можно было быть увѣреннымъ, что услышишь въ отвѣтъ какую-нибудь общую сентенцію, обыкновенно на латинскомъ языкѣ, въ родѣ: est modus in rebus, quod non est in actis, non est in mundo, ne bis in idem и т. п. Правовѣды отлично знали эту „общую часть“, а потому, прежде чѣмъ обратиться къ нему съ просьбой, коллегіально обсуждали аргументы противъ всѣхъ возможныхъ сентенцій, которыя будутъ приведены Л. Б. Иногда имъ удавалось одержать побѣду, особенно когда аргументъ былъ сердечнаго свойства, касался милости; и они нерѣдко противоставляли общей части своего инспектора свою общую часть съ сентенціями, въ родѣ summum jus—summa injuria, jus est ars boni и т. п. Въ большинствѣ случаевъ, однако, онъ твердо и неуклонно держался строгихъ принциповъ, съ перваго взгляда казавшихся чисто формальными, но на самомъ дѣлѣ имѣвшихъ серьезное содержаніе. Можно сказать, что, благодаря проведенію этихъ принциповъ, покойному удалось разумно примѣнить тѣ предначертанія совѣта, благодаря которымъ учебная часть въ спеціальныхъ классахъ училища правовѣдѣнія поднялась на ту высоту, на какой она стоитъ въ настоящее время. Покойный дѣйствительно умѣлъ разумно сочетать строгость и требовательность съ добротою и снисходительностью.

Мы потеряли въ Л. Б. не только достойнаго человѣка, но и крупную научную, преподавательскую силу.

Покойный немного писалъ, но много работалъ и, можно сказать, работалъ плодотворно. Какъ знатокъ римскаго права,— не только первоисточниковъ его, но и современной литературы,— онъ у насъ не имѣлъ себѣ равнаго. Благодаря феноменальной памяти, онъ дѣйствительно зналъ наизусть Corpus juris, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ частяхъ, которыя касаются гражданскаго права; надо было изумляться, какъ онъ на лекціяхъ цитировалъ наизусть, съ обычною скороговоркою, длиннѣйшіе фрагменты. И съ какимъ наслажденіемъ онъ это дѣлалъ, указывая на математическую точность и выразительность языка римскихъ юристовъ. Слушатели его, конечно, помнятъ, съ какою любовью и благоговѣніемъ онъ относился къ тому, что называлъ „нашими источниками“. Правовѣды не могли сдѣлать Л. Б. лучшаго подарка ко дню 25-тилѣтія его преподавательской дѣятельности, какъ экземпляръ Corpus juris въ драгоцѣнномъ переплетѣ... Знанія

покойнаго шли далеко за предѣлы „нашихъ источниковъ“. Не было сочиненія по римскому праву, которое ускользнуло бы отъ его вниманія, и это не было знакомство библіофила, знакомство, ограниченное оглавленіемъ, введеніемъ и заключеніемъ; онъ всякую книжку штудировалъ, что̀ при его знаніи источниковъ и литературы дѣлалось съ замѣчательной быстротой. Знанія эти проявлялись въ его лекціяхъ и, едва-ли еще не рельефнѣе, въ возраженіяхъ на публичныхъ диспутахъ соискателей ученыхъ степеней. Лица, знающія римское право, поражались и обилію знаній, логичности, и критицизму оппонента и считали диспутанта разбитымъ, а между тѣмъ—замѣчательное явленіе—публика не выносила изъ этихъ возраженій Л. Б. никакого впечатлѣнія, особенно въ случаѣ находчивости диспутанта, сумѣвшаго остроумнымъ словомъ отдѣлаться отъ придирчиваго оппонента. Эта противоположность впечатлѣній объяснялась отсутствіемъ блеска и красоты рѣчи покойнаго и довольно сухою дѣловитостью формы изложенія. Этими же внѣшними недостатками объяснялась не особенно сильная любовь слушателей къ лекціямъ покойнаго. Въ нихъ надо было вслушаться, войти во вкусъ, но кто въ нихъ разъ вслушался и вошелъ во вкусъ, тотъ дѣйствительно наслаждался и работалъ съ удовольствіемъ; особенно цѣнили его курсъ уже послѣ прохожденія его — при изученіи основныхъ, чисто-юридическихъ наукъ—гражданскаго и уголовнаго права съ процессами; тутъ-то и сказывалось дорновское преподаваніе, его строго научный догматизмъ; воочію приходилось убѣждаться, что въ римскомъ правѣ и именно въ томъ римскомъ правѣ, которое читалъ Л. Б.—сила и развивающая, и облегчающая дальнѣйшее изученіе юриспруденціи. Слова, сказанныя тоже уже покойнымъ оппонентомъ Л. Б.на магистерскомъ его диспутѣ, П. Г. Рѣдкинымъ: „студенты часто забываютъ, что, уничтожая или сбывая записки по римскому праву, они сжигаютъ свои корабли“—не примѣнимы къ ученикамъ Л. Б., именно этого не забывавшимъ...

Вѣрный разъ избранному научному направленію, покойный былъ далекъ отъ всякихъ новшествъ и экстравагантностей современной юриспруденціи. Какъ достойный ученикъ Вангерова, Л. Б. до конца жизни неуклонно держался строго догматическаго направленія, внося въ свои лекціи только то новое, что̀ не шло въ разрѣзъ съ основными положеніями этого направленія. И въ этой строгой послѣдовательности данной школѣ была его сила и значеніе. Всякій, преподающій основныя юридическія науки на высшихъ курсахъ, знаетъ, насколько успѣшность преподаванія этихъ наукъ обусловлена характеромъ преподаванія римскаго

права. Слушатели Л. Б.—это благодарный и вполнѣ пригодный для дальнѣйшей обработки матеріалъ, матеріалъ, надъ которымъ потрудиться — истинное наслажденіе. Ученики Л. Б. юристы, какъ говорится, хорошей школы, съ дѣйствительно развитою способностью юридическаго мышленія; они должны помнить, и несомнѣнно помнятъ, что главнымъ работникомъ надъ фундаментомъ, на которомъ построено все зданіе ихъ послѣдующей теоретической или практической дѣятельности, какъ юристовъ, былъ незабвенный Дорнъ. Миръ праху его!..

XIII.

Евгеній Алексѣевичъ Нефедьевъ [1])

и

Константинъ Никаноровичъ Анненковъ.

Русская процессуальная наука понесла двѣ тяжелыя утраты. Скончались: 12 марта 1910 г. профессоръ гражданскаго судопроизводства Московскаго университета Евгеній Алексѣевичъ Нефедьевъ, и 22 февраля извѣстный комментаторъ устава гражданскаго судопроизводства Константинъ Никаноровичъ Анненковъ. Оба трудились на одной нивѣ, но обрабатывали ее различными способами и орудіями. Нефедьевъ былъ теоретикъ: наиболѣе цѣнныя его работы посвящены теоріи процесса; Анненковъ былъ практикъ: наиболѣе цѣнныя его работы посвящены истолкованію, преимущественно съ практической стороны, дѣйствующаго закона. Каждый изъ нихъ внесъ свою лепту въ сокровищницу науки, каждый, сообразно склонности своего ума, трудился надъ той или другой стороной любимой имъ науки. Нефедьевъ работалъ для аудиторіи, Анненковъ—для суда непосредственно; оба составили себѣ почетное имя—одинъ въ средѣ теоретиковъ, другой — въ средѣ практиковъ. Но, работая въ своей области, каждый изъ нихъ не пренебрегалъ смежной областью: Нефедьевъ во всѣхъ своихъ работахъ удѣлялъ подобающее мѣсто судебной практикѣ, Анненковъ, комментируя законъ, считался и съ литературою, преимущественно французской и нашей, но тѣмъ не менѣе оба они рознились по пріемамъ научной работы: Нефедьевъ заботился, прежде всего, о правильной теоретической постановкѣ вопросовъ науки, Анненковъ сосредоточивалъ свое вниманіе главнымъ образомъ на раскрытіи истиннаго смысла дѣйствующаго закона съ его практической стороны.

---

[1]) Журналъ Министерства Юстиціи 1910 г. Декабрь.

Е. А. Нефедьевъ родился 7 іюня 1851 г. въ с. Гатовкѣ, Сызранскаго у., Симбирской губ., въ родовомъ имѣніи отца, отставного военнаго, не жалѣвшаго средствъ на образованіе своихъ дѣтей; обучались они въ Москвѣ. Е. А. учился въ гимназіи при Лазаревскомъ институтѣ восточныхъ языковъ, откуда, по окончаніи курса, поступилъ на юридическій факультетъ Московскаго университета. Во времена студенчества чрезвычайно благотворное вліяніе на него, въ смыслѣ возбужденія серьезнаго интереса къ наукѣ, имѣлъ сосѣдъ по имѣнію отца, бывшій профессоръ Московскаго университета Дмитріевъ, даровитый авторъ „Исторіи судебныхъ инстанцій“. Дмитріевъ, въ то время уже оставившій профессуру, жилъ въ деревнѣ, служа по выборамъ. Странное явленіе! Дмитріевъ путемъ обмѣна мыслей, граничащаго съ руководительствомъ въ занятіяхъ, какъ-бы наталкивалъ молодого человѣка на ученую карьеру, а между тѣмъ самъ усиленно его уговаривалъ не избирать этотъ путь, а идти въ мировые судьи. Е. А. поддался этимъ уговорамъ и, по окончаніи университетскаго курса со степенью кандидата, въ 1875 году баллотировался и былъ выбранъ мировымъ судьей въ родномъ уѣздѣ. Но не по душѣ пришлась ему практическая дѣятельность, его влекло къ наукѣ; онъ перебрался въ Казань, вступилъ въ ряды присяжной адвокатуры и сталъ готовиться къ экзамену на степень магистра гражданскаго права; по выдержаніи экзамена въ Казанскомъ университетѣ въ 1882 г., въ томъ же году, по представленіи диссертаціи pro venia legendi подъ заглавіемъ „О способахъ освобожденія недвижимыхъ имуществъ отъ описи ихъ третьими лицами, не имѣющими на свое имущество актовъ укрѣпленія“, вступилъ въ число приватъ-доцентовъ. Курсъ гражданскаго процесса онъ открылъ, появившеюся вскорѣ и въ печати, вступительною лекціей: „Задачи и элементы науки гражданскаго процесса“. Я тогда же поздравилъ Казанскій университетъ съ солидною преподавательскою силою; молодой доцентъ „показалъ себя далеко не новичкомъ въ избранной имъ наукѣ; это видно изъ основного взгляда его на направленіе въ научной разработкѣ гражданскаго процесса и изъ строго критическаго отношенія къ высказаннымъ въ юридической литературѣ взглядамъ“ (Журн. гр. и уг. права 1883 г. кн. 9, стр. 156 — 159). Недолго заставили себя ждать и диссертаціи на ученую степень. Въ 1885 г. появилась его магистерская диссертація: „Устраненіе судей въ гражданскомъ процессѣ“. Можно не соглашаться съ отстаиваемымъ авторомъ дѣленіемъ судей, подлежащихъ устраненію, на относительно неспособныхъ, т.-е. устраняемыхъ ex

officio, и подозрительныхъ, т.-е. отводимыхъ по основаніямъ, не указаннымъ въ законѣ, но тѣмъ не менѣе надо признать, что мысль эта строго научно обоснована; отъ первой до послѣдней страницы тогда еще молодой ученый неуклонно идетъ по намѣченному пути. Вопросъ ставится имъ такимъ образомъ: какіе интересы ограждаются институтомъ устраненія судей, и онъ приходитъ къ выводу, что интересы эти двояки: интересы правосудія и интересы тяжущихся; первые ограждаются необходимостью устраненія судей „относительно-неспособныхъ“, вторые—возможностью устраненія судей подозрительныхъ. Авторъ добрую половину книги посвящаетъ изслѣдованію вопроса объ основаніяхъ устраненія судей по праву римскому, нѣмецкому и французскому; другую половину занимаетъ изслѣдованіе вопроса по русскому праву, сначала до, а затѣмъ послѣ судебной реформы. Въ видѣ резюме дается руководящее начало для нашей судебной практики, которая должна различать отстаиваемое авторомъ дѣленіе судей, подлежащихъ устраненію, хотя, какъ думаетъ и авторъ, законъ категорически подозрительныхъ судей не признаетъ (см. мою рецензію въ Журн. гр. и угол. права 1886 г. кн. 10, стр. 130—143). По защитѣ этой диссертаціи, 4 октября 1887 г., Е. А. былъ удостоенъ степени магистра гражданскаго права и черезъ годъ съ небольшимъ назначенъ экстраординарнымъ профессоромъ по каѳедрѣ гражданскаго судопроизводства. Въ 1891 г. появляется его докторская диссертація—„Къ ученію о сущности гражданскаго процесса. Соучастіе въ гражданскомъ процессѣ“. Это, какъ видно изъ заглавія,—два сочиненія, соединенныхъ въ одну книгу, теорія процесса и соучастіе. Въ теоретической части (гл. II и III) сначала подвергаются строго-критическому разбору теоріи процесса Бюлова и его послѣдователей. Тутъ не мало мѣста отведено и моей теоріи, и я долженъ сказать, что всѣ критическія замѣчанія Е. А. вполнѣ серьезны и цѣнны; чтеніе такой критики не вселяетъ въ критикуемаго автора ни малѣйшей горечи, хотя бы онъ, какъ и я въ данномъ случаѣ, твердо остался при своей теоріи. Затѣмъ, авторъ излагаетъ свою теорію процесса. Для разъясненія нѣкоторыхъ положеній ея Е. А. издалъ и рѣчь, произнесенную имъ передъ диспутомъ, подъ заглавіемъ: „Единство гражданскаго процесса“. Пользуясь этими разъясненіями, теорія его представляется въ такомъ видѣ: процессъ есть дѣятельность суда, какъ органа власти; условіемъ этой дѣятельности является особое отношеніе между судомъ и тяжущимися, названное авторомъ „властеотношеніемъ“, т.-е. отношеніемъ власти и подчиненія; оба тяжущихся подчинены суду, обя-

заны исполнять его велѣнія; и власть и подчиненіе нужны суду для исполненія имъ своей обязанности. Властеотношеніе устанавливается между судомъ и тяжущимися съ момента предъявленія иска, т.-е. послѣдніе становятся въ положеніе истца и отвѣтчика,—въ положеніе, подчиненное суду. Какъ бы не вяжущееся съ такой структурой гражданскаго процесса, состязательное начало является, по мнѣнію автора, лишь смягченіемъ власти суда, вызваннымъ желаніемъ законодателя „по возможности уменьшать случаи употребленія насилія, т.-е. прямого принужденія противъ тяжущихся". Во второй части своего сочиненія (гл. I и IV) Е. А. примѣняетъ свою точку зрѣнія на процессъ къ ученію о соучастіи.—9 февраля 1892 г., по защитѣ этой диссертаціи, Е. А. возведенъ былъ въ степень доктора и вскорѣ назначенъ ординарнымъ профессоромъ. Въ 1895 г. появилось небольшое его изслѣдованіе—„Ученіе объ искѣ". Оно, къ сожалѣнію, является лишь введеніемъ къ задуманному большому труду. Е. А. установилъ новую точку зрѣнія на искъ, несогласную съ господствующею теоріею иска, но основанную на смыслѣ современныхъ, не исключая и нашего, законодательствъ. По его мнѣнію, искъ не есть единичное дѣйствіе въ смыслѣ обращенія къ суду, а есть непрерывная дѣятельность въ теченіе всего процесса. Этотъ въ высшей степени интересный взглядъ свой авторъ, конечно, не успѣлъ должнымъ образомъ обосновать и развить, — сочиненіе такъ и осталось неоконченнымъ. Къ тому же періоду относится его актовая рѣчь — „Основныя начала гражданскаго процесса", въ которой въ общедоступной формѣ, но съ научною основательностью, изложены начала устности и письменности, гласности и начало состязательное, и докладъ, прочитанный въ Казанскомъ юридическомъ обществѣ, — „Склоненіе сторонъ къ миру въ гражданскомъ процессѣ", какъ обязанность суда въ однихъ случаяхъ безусловная, въ другихъ — факультативная.

Кромѣ гражданскаго процесса, своей спеціальности, Е. А. интересовался и общими юридическими вопросами; во всѣхъ почти сочиненіяхъ его мы видимъ, что онъ то освѣщаетъ вопросы процесса общими началами науки права, то кладетъ ихъ въ основу своихъ спеціальныхъ изысканій. Интересовала его и исторія права; во многихъ случаяхъ онъ обращается къ исторіи для раскрытія смысла современныхъ законоположеній, напр., въ ученіи объ искѣ, объ устраненіи судей. Въ печати имѣется его небольшая брошюра, посвященная вопросу внѣшней исторіи нашего права, а именно — „Причина и цѣль изданія Полнаго Собранія и Свода съ точки зрѣнія Сперанскаго". Въ этой бро-

шюрѣ, между прочимъ, проводится мысль, подробно развитая пять лѣтъ спустя, тоже покойнымъ, Н. М. Коркуновымъ въ его статьѣ „Значеніе Свода законовъ“, а именно, что Сводъ не есть новый законъ.—Въ 1896 г. Е. А. былъ перемѣщенъ въ родной ему Московскій университетъ на каѳедру торговаго права и судопроизводства. Вскорѣ онъ былъ назначенъ и помощникомъ ректора. Это назначеніе сильно повліяло на его научную продуктивность, онъ издалъ начало очень интереснаго и оригинальнаго по замыслу и построенію „Курса гражданскаго судопроизводства“ и конспектъ своихъ лекцій: „Судопроизводство торговое“, „Конкурсный процессъ“. Но административный постъ не только ослабилъ его научную продуктивность,—онъ подорвалъ его здоровье; особенно въ смутное время здоровье его сильно пошатнулось; онъ вышелъ въ отставку и вскорѣ скончался.

Оставивъ прочный слѣдъ своей дѣятельности въ юридической литературѣ, Е. А. оставилъ по себѣ и добрую память въ средѣ своихъ коллегъ и учениковъ; коллеги его уважали и любили, какъ человѣка въ высокой степени порядочнаго, прямого и искренняго, студенты—какъ профессора, увлеченнаго любимою наукою, доступнаго и отзывчиваго на ихъ нужды; примѣромъ послѣдняго качества можетъ служить то, что право на изданіе своихъ лекцій по торговому процессу онъ подарилъ обществу взаимопомощи студентовъ-юристовъ Московскаго университета.

К. Н. Анненковъ родился 15 февраля 1843 г. въ с. Ивницѣ, Льговскаго у., Курской губ., родовомъ имѣніи отца. Получивъ прекрасное первоначальное образованіе, сначала дома, а съ девятилѣтняго возраста въ частномъ пансіонѣ, онъ четырнадцати лѣтъ поступилъ во вторую Харьковскую гимназію, курсъ которой окончилъ въ 1861 году съ золотою медалью. Поступивъ на юридическій факультетъ Харьковскаго университета, онъ въ 1865 г. окончилъ курсъ кандидатомъ. Захваченный умственнымъ движеніемъ „эпохи великихъ реформъ“, онъ, будучи человѣкомъ вполнѣ обезпеченнымъ, на службу не поступилъ, а уѣхалъ къ себѣ въ имѣніе съ желаніемъ посвятить себя общественной дѣятельности. Тогда только-что вводились Положеніе о земскихъ учрежденіяхъ и Судебные уставы, и юноша, которому не исполнилось и 23 лѣтъ, долженъ былъ ждать еще два года до вступленія въ тотъ возрастъ, въ которомъ лицо могло подлежать избранію. Въ 1868 г. онъ былъ избранъ мировымъ судьею и вслѣдъ за тѣмъ, въ томъ же году, гласнымъ уѣзднаго земскаго собранія; пробывъ полтора

трехлѣтія участковымъ мировымъ судьею, К. Н. былъ избранъ почетнымъ мировымъ судьею и предсѣдателемъ мирового съѣзда. Службу судебную и земскую онъ покинулъ передъ самымъ упраздненіемъ мировой юстиціи и по преобразованіи земскихъ учрежденій. Пытался К. Н. одновременно заняться и адвокатурой, но дѣятельность эта ему не понравилась, и онъ, проведя нѣсколько дѣлъ, оставилъ ее.

К. Н. написалъ свои въ высокой степени интересныя „Воспоминанія“, гдѣ содержатся яркія характеристики помѣщичьяго быта наканунѣ и послѣ освобожденія крестьянъ, средней и высшей школы, первыхъ шаговъ и послѣдующей дѣятельности мировыхъ и земскихъ учрежденій и т. п. Изъ этихъ воспоминаній мы узнаемъ, что онъ родился и росъ въ помѣщичьей средѣ „средней руки“. Это среда, глубоко проникнутая крѣпостничествомъ, которая дала намъ просвѣщенныхъ дѣятелей 60-хъ годовъ—мировыхъ посредниковъ перваго призыва, первыхъ мировыхъ судей и земцевъ и др. Въ то время какъ крупные помѣщики, владѣльцы лятифундій не столько заботились объ образованіи своихъ сыновей, сколько о возможно блестящей ихъ карьерѣ, военной, дипломатической и т. п., въ то время какъ мелкопомѣстные дворяне вовсе объ образованіи своихъ сыновей не заботились, и они, когда порвалась цѣпь, ударившая „однимъ концомъ, по барину, другимъ по мужику“, разбрелись, кто-куда, искать всякихъ занятій,—въ это время помѣщики „средней руки“ очень заботились о томъ, чтобы дать сыновьямъ своимъ возможно лучшее образованіе; убѣжденные въ вѣчности и незыблемости крѣпостного права, они безсознательно своимъ отношеніемъ къ дѣтямъ прорыли ту пропасть, въ которую право это провалилось безвозвратно. К. Н. былъ продуктъ именно этой среды. Съ малыхъ лѣтъ его ставятъ въ благопріятнѣйшія условія для нравственнаго и умственнаго развитія. Во многихъ мѣстахъ въ то время имѣлись маленькіе, чисто семейнаго характера пансіоны, устраивавшіеся образованными женщинами для помѣщичьихъ дѣтей даннаго раіона; такъ и здѣсь, высокообразованная дочь управляющаго громадными имѣніями кн. Голицына въ 40 верстахъ отъ Ивницъ, устроила такой пансіонъ на 8 мальчиковъ и дѣвочекъ; туда отдали маленькаго Анненкова, тутъ были заложены высокія нравственныя качества и любовь къ ученію и знанію въ умъ и сердце будущаго дѣятеля. Засимъ, родители отдаютъ его въ лучшую изъ двухъ Харьковскихъ гимназій и наконецъ „привозятъ на своихъ лошадяхъ“ въ университетъ. Они и тутъ создаютъ ему чрезвычайно благопріятныя нравственныя и умствен-

ныя условія развитія; они его вводятъ въ свою среду „средней руки“, среду своихъ родственниковъ и знакомыхъ; время проходитъ въ серьезныхъ умственныхъ занятіяхъ и разумныхъ удовольствіяхъ: занятія по изученію западнаго государственнаго права смѣняются танцовальными, музыкальными и т. п. вечерами въ средѣ мѣстной интеллигенціи, въ обществѣ университетскихъ профессоровъ (Каченовскаго, Пахмана и др.). Въ результатѣ,—къ 22 годамъ выросъ высоко-нравственный и широко образованный общественный дѣятель, лютый врагъ крѣпостничества, жаждавшій, въ то время освободительнаго движенія, дѣятельности на новыхъ поприщахъ. К. Н. мечталъ о вступленіи въ ряды выборныхъ мировыхъ судей и земцевъ. Можно себѣ представить, какъ томительно тянулись три года по окончаніи курса, когда происходили первые выборы и онъ по молодости лѣтъ не могъ баллотироваться. Дождавшись желаемаго момента, избранный мировымъ судьею, онъ со „страхомъ и восторгомъ“ принялся за дѣло, олицетворяя собою типъ просвѣщеннаго, независимаго, самостоятельнаго судьи. Онъ скоро, благодаря своимъ занятіямъ и дарованіямъ, выдвинулся среди своихъ собратьевъ и былъ поставленъ ими во главѣ мировой юстиціи уѣзда. И тутъ онъ съ мѣста, въ роли предсѣдателя съѣзда, трудился съ неоскудѣвающей энергіей. Льговскій съѣздъ при немъ сталъ образцовымъ. Какъ земскій дѣятель, К. Н. сыгралъ весьма видную роль въ своемъ уѣздѣ—не мало просвѣтительныхъ, врачебныхъ, благотворительныхъ учрежденій обязаны ему своимъ существованіемъ и процвѣтаніемъ.

Въ смыслѣ знанія дѣйствующаго законодательства, Харьковскій университетъ того времени далъ очень немного своимъ питомцамъ. На юридическомъ факультетѣ были лишь два профессора, заслуживающихъ этого наименованія,—Пахманъ и Каченовскій, оба даровитые, знающіе, прекрасные лекторы; остальной составъ профессуры стоялъ на очень низкой ступени; но и Каченовскій читалъ иностранное законодательство, а Пахманъ, съ одной стороны, не успѣвалъ надлежащимъ образомъ готовиться къ лекціямъ, такъ какъ одновременно со своими двумя предметами — гражданскимъ правомъ и процессомъ — читалъ и полицейское право по вакантной каѳедрѣ; напр., гражданскій процессъ, уже реформированный, сначала, до введенія судебной реформы, излагалъ по 2 ч. X т., а по введеніи давалъ краткій, неразработанный очеркъ новаго судопроизводства. Уже по окончаніи университетскаго курса К. Н. пришлось много заниматься по юриспруденціи, особенно по тѣмъ областямъ, которыя для

него имѣли практическое значеніе. Онъ выписывалъ рѣшительно всѣ вновь выходящія русскія юридическія книги и издававшіеся юридическіе журналы и газеты; его библіотека обнимаетъ всю нашу юридическую литературу за послѣднія сорокъ пять лѣтъ.

Интересно, какъ зародилась въ немъ мысль о составленіи знаменитаго „Опыта комментарія устава гражданскаго судопроизводства". Ему казалось, что въ интересахъ распространенія среди юристовъ-практиковъ правильнаго пониманія устава было бы желательно ознакомить ихъ съ французскимъ уставомъ, послужившимъ образцомъ нашему; для перевода на русскій языкъ онъ остановился на лучшемъ тогда комментаріи Буатара; но, ознакомившись ближе съ этимъ и другими комментаріями, пришелъ къ заключенію, что намѣченная имъ цѣль, путемъ изданія перевода, достигнута не будетъ; единственнымъ способомъ ея достиженія онъ призналъ составленіе самостоятельнаго комментарія нашего устава. Началъ онъ его въ 1877 году печатать понемногу въ „Судебномъ журналѣ" Думашевскаго, но въ 1879 году уже былъ изданъ 1-й томъ; завершилось изданіе 6-мъ томомъ, вышедшимъ въ 1887 г.; нѣкоторые томы выдержали нѣсколько изданій. Ровно тридцать лѣтъ тому назадъ я отъ души привѣтствовалъ появленіе перваго тома этого труда (Журн. гражд. и угол. права 1880 г., кн. 3, стр. 130—158), а затѣмъ и послѣдующихъ его томовъ (тамъ же 1884 г. кн. 1, стр. 132—149, 1888 г. кн. 2, стр. 79—104) и подвергнулъ подробному разсмотрѣнію. Будущее показало, что я былъ правъ, признавъ „Комментарій" капитальнымъ научнымъ трудомъ, ставшимъ настольною книгою нашихъ практиковъ. Историкъ нашей юридической литературы долженъ будетъ прослѣдить, какое большое вліяніе имѣло сочиненіе Анненкова, главнымъ образомъ, на нашу судебную практику; вліяніе это, конечно, ближайшимъ образомъ ограничивается тѣми взглядами, которые принадлежатъ самому автору; но, и независимо отъ того, „Комментарій" имѣлъ и то благотворное вліяніе, что расшевелилъ застывшую-было на кассаціонной практикѣ мысль практиковъ и заставилъ обратиться хотя бы только въ русской литературѣ процесса, исчерпанной авторомъ.

Когда К. Н. закончилъ свой „Опытъ", онъ, уже по натурѣ, не могъ обречь себя на бездѣятельность и покой. Онъ приступилъ къ другому обширному труду, представляющему гораздо бо́льшія затрудненія въ своемъ выполненіи, особенно, для живущаго въ глухой провинціи. Онъ въ 1894 г. приступилъ къ составленію „Системы русскаго гражданскаго права". Я остаюсь

при мнѣніи, высказанномъ въ рецензіи объ этомъ трудѣ (Журн. Юрид. Общ. 1895 г. кн. 4, стр. 1—15): это не „система“, а по существу, хотя и не по формѣ, комментарій, и къ тому же прекрасный комментарій практическаго характера. Для уясненія юридической природы институтовъ, авторъ обращается не къ теоріи гражданскаго права съ ея многочисленными контраверзами, а къ римскому праву и главнѣйшимъ современнымъ законодательствамъ, а затѣмъ обстоятельнѣйшимъ образомъ комментируетъ дѣйствующее наше законодательство и широко пользуется нашей литературой и судебной практикой. Значеніе и вліяніе этого труда такое же, какъ „Опыта“, а потребность въ подобномъ трудѣ оказалась даже болѣе настоятельной, чѣмъ въ комментаріи устава, почти всѣ томы по нѣскольку разъ переизданы. Въ послѣдующихъ изданіяхъ какъ „Опыта“, такъ и „Системы“ сказалась чрезвычайно привлекательная черта К. Н.: онъ относился съ большимъ вниманіемъ къ критическимъ замѣчаніямъ, сдѣланнымъ по поводу предыдущихъ изданій; онъ съ благодарностью принималъ эти замѣчанія и, гдѣ признавалъ нужнымъ, исправлялъ изложеніе, даже отказывался отъ высказаннаго взгляда.

Интересовался К. Н., благодаря большому вліянію на него еще во времена студенчества проф. Каченовскаго, и государственнымъ правомъ. Онъ издалъ и небольшую книжку—„Задачи губернскаго земства“, задумавъ, однако, большой трудъ по ученію о самоуправленіи, но судьба рѣшила иначе, смерть пресѣкла исполненіе этого желанія. Умеръ даровитый цивилистъ, энергичный общественный дѣятель и добрѣйшій человѣкъ. Насколько онъ былъ проникнутъ альтруистическими идеями, идеею общаго блага, видно изъ завѣщательныхъ его распоряженій; согласно волѣ его, все его солидное состояніе, по прекращеніи пожизненнаго пользованія процентами вдовою и другими лицами, переходитъ къ Льговскому земству на нужды народнаго образованія въ уѣздѣ, призрѣніе бѣдныхъ крестьянъ и на безвозвратныя ссуды имъ при добровольномъ переселеніи въ Сибирь; библіотека поступаетъ въ пользу Харьковской общественной библіотеки, а право изданія его сочиненій—въ пользу родного Харьковскаго университета для выдачи пособій окончившимъ курсъ бѣднымъ студентамъ до поступленія ихъ на службу. Поистинѣ трогательное отношеніе къ народу, образованію и учащейся молодежи!

XIV.

Александръ Ивановичъ Вицынъ [1]).

Александръ Ивановичъ Вицынъ родился 6 ноября 1833 года. Питомецъ сначала Пермской гимназіи, которую окончилъ съ золотой медалью, а затѣмъ Казанскаго университета, ученикъ Мейера, А. И., по окончаніи университетскаго курса въ 1853 г., былъ отправленъ „для дальнѣйшаго усовершенствованія въ юридическихъ наукахъ“ въ Московскій университетъ, гдѣ и сдалъ экзаменъ на магистра гражданскаго права и въ 1856 г. защитилъ диссертацію „Третейскій судъ по русскому праву“. По возвращеніи въ Казань, четыре мѣсяца читалъ лекціи приватно, а съ 21 декабря—въ качествѣ адъюнкта по каѳедрѣ полицейскаго права. Съ этого времени начинается оффиціальная учебная дѣятельность проф. Вицына и продолжается почти двѣнадцать лѣтъ. Двѣнадцать лѣтъ научной и преподавательской дѣятельности, полной непрерывнаго и неустаннаго труда, прошли не безплодно и не безслѣдно. Преподаваніе въ Казанскомъ университетѣ началось, какъ мы видѣли, съ полицейскаго права, затѣмъ перешло на международное и завершилось гражданскимъ правомъ. На эту свою спеціальную каѳедру А. И. перешелъ въ 1859 г., но черезъ полтора года уже покидаетъ Казань и назначается профессоромъ гражданскаго права въ Училище правовѣдѣнія, а черезъ годъ—профессоромъ того же предмета въ Александровскій лицей. Въ началѣ 1864 года совѣтъ Петербургскаго университета избираетъ его доцентомъ, въ концѣ того же года возводитъ его, по защитѣ диссертаціи „О договорѣ морского страхованія

[1]) Русское гражданское право. Чтенія Д. И. Мейера, изданіе восьмое съ исправленіями и дополненіями А. Х. Гольмстена, стр. XVII—XVIII.

по русскому праву", въ степень доктора гражданскаго права, а въ мартѣ 1866 — въ званіе ординарнаго профессора. Научная дѣятельность проф. Вицына выразилась, какъ въ вышеупомянутыхъ диссертаціяхъ, такъ и въ рядѣ другихъ работъ, а именно въ изслѣдованіи „Очеркъ управленія въ Россіи отъ Петра Великаго до учрежденія министерствъ" (1855 г.), и журнальныхъ статьяхъ, напр., „Объ учетѣ досрочныхъ платежей по обязательствамъ" (Журналъ Министерства Юстиціи 1861 года) и др. На всѣхъ трудахъ проф. Вицына лежитъ печать талантливости, всѣ они отличаются точностью и тщательностью обработки, всѣ вносятъ что-либо новое въ избранную тему. Но надо сознаться, что громкую извѣстность пріобрѣлъ А. И. не этими учеными трудами, а изданіемъ курса своего учителя Д. И. Мейера. Обязаны мы появленіемъ курса Мейера въ свѣтъ всецѣло и исключительно профессору А. И. Вицыну. Это такая заслуга, которая не будетъ забыта исторіею. Началъ А. И. издавать лекціи своего профессора сначала отдѣльными очерками съ 1857 года и, ободренный успѣхомъ изданія и сочувственнымъ пріемомъ критики, предпринялъ большое дѣло: онъ собралъ записи лекцій и другихъ слушателей Мейера, привелъ эти записи въ порядокъ, очистилъ съ редакціонной стороны, сдѣлалъ нѣкоторыя дополненія и въ 1859 году выпустилъ первое изданіе курса. Имъ же редактированы и послѣдующія четыре изданія (1862, 1863, 1864 и 1873 г.г.). А. И. много потрудился и по дѣлу составленія судебныхъ уставовъ, именно устава гражданскаго судопроизводства. Это та работа представителя науки, которая, воплотившись въ законѣ, приписывается оффиціальной коллегіи, въ средѣ членовъ которой имя его мы напрасно стали бы искать. Въ 1868 году А. И. внезапно порываетъ связь съ университетомъ; онъ оставляетъ Петербургъ, перебирается въ Москву и становится въ ряды адвокатуры. Тутъ имя его становится громкимъ; его избираютъ предсѣдателемъ совѣта присяжныхъ повѣренныхъ (1871 — 1875), т.-е. на должность, которая у насъ выпадаетъ на долю людей высокихъ умственныхъ и нравственныхъ качествъ... „Едва-ли не всѣ наличные члены сословія—говорится въ адресѣ, поднесенномъ А. И. въ день сорокалѣтія его службы, — прямо или косвенно имѣли А. И. своимъ наставникомъ". Въ 1875 г. А. И. покинулъ адвокатуру и былъ, по избранію московскаго купечества, назначенъ предсѣдателемъ Московскаго коммерческаго суда. И тутъ дѣятельность его была болѣе чѣмъ выдающейся. Вотъ что говорятъ объ этомъ періодѣ дѣятельности А. И. присяжные стряпчіе Московскаго коммерческаго суда: „вступивъ въ должность пред-

сѣдателя Московскаго коммерческаго суда съ дореформеннымъ строемъ, Вы со всею присущею Вамъ энергіей стремились къ поднятію сего суда на должную высоту и приблизили его къ свѣтлому типу судебныхъ учрежденій Императора Александра II. Самостоятельно, не подчиняясь вліяніямъ, съ достойной стойкостью преслѣдовали Вы кривду, волокитство и темноту, внося всюду и свѣтъ, и правду. Вы привлекли въ судъ лицъ съ университетскимъ образованіемъ, подняли матеріальное положеніе служащихъ, ускорили и упростили дѣлопроизводство. Руководствуясь исключительно побужденіями честнаго служенія идеѣ правосудія, Вы при этомъ никогда не стремились въ внѣшней популярности".

Въ 1896 г. исполнилось сорокъ лѣтъ служебной дѣятельности А. И. Это дало поводъ московской адвокатурѣ выразить своему бывшему сочлену глубокое уваженіе. Присяжные стряпчіе при Московскомъ коммерческомъ судѣ собрали капиталъ на учрежденіе въ Московскомъ университетѣ стипендіи имени А. И. Въ 1898 г. А. И. вышелъ въ отставку и, прежде чѣмъ удалиться на покой, пожертвовалъ совѣту присяжныхъ повѣренныхъ свою прекрасную юридическую библіотеку.

А. И. уѣхалъ въ Ялту; здѣсь на Пушкинскомъ бульварѣ онъ купилъ себѣ домикъ и поселился въ немъ; не долго ему пришлось тамъ пожить. Сказавшаяся за послѣдніе годы болѣзнь, удушіе, скоро поразила его; въ одинъ изъ припадковъ, 26 февраля 1900 г., онъ скончался на рукахъ жены, незамѣтно для нея. Съ нимъ сошелъ въ могилу одинъ изъ достойнѣйшихъ учениковъ Мейера, увѣковѣчившій память своего учителя.

БИБЛІОТЕКА
Ленин... отдѣленія
Комм... Академіи
при ЦИК. СССР.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Страница.	*Примѣчаніе.*	*Напечатано.*	*Слѣдуетъ читать.*
67	1-ое	стр. 345 —	стр. 343 —
72	4-ое	» — 64	» —84

Въ статьѣ — *Участіе представителей юридической науки въ отправленіи гражданскаго правосудія* — пропущено указаніе на то, что эта статья была напечатана въ Журналѣ Министерства Юстиціи [1905 г., апрѣль].