ОЧЕРКИ

ПО

РУССКОМУ ТОРГОВОМУ ПРАВУ.

А. Х. ГОЛЬМСТЕНА

ОРДИНАРНАГО ПРОФЕССОРА ВОЕННО-ЮРИДИЧЕСКОЙ АКАДЕМІИ.

ВЫПУСКЪ ПЕРВЫЙ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Д. В. Чичинадзе, Невскій пр., № 88.
1895.

14158

ОГЛАВЛЕНІЕ.

	стран.
Предисловіе	I—III
I. Наука русскаго торговаго права	1— 17
II. Источники русскаго торговаго права	20— 29
III. Торговая право- и дѣеспособность	30— 37
IV. Торговое предпріятіе	38— 46
V. Фирма и торговыя книги	47— 69
VI. Торговый персоналъ	70— 82
VII. Торговыя товарищества	83— 95
VIII. Товарищества съ перемѣннымъ капиталомъ	96—114
IX. Общая характеристика торговыхъ сдѣлокъ	115—123
X. Заключеніе торговыхъ сдѣлокъ и ихъ предметъ	124—141
XI. Торговая купля-продажа	142—156
XII. Торговая поклажа	157—177
XIII. Биржевыя сдѣлки	178—195
XIV. Банковыя сдѣлки	196—202
XV. Коммиссіонная сдѣлка	203—210

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Предлагаемыми «Очерками по русскому торговому праву»,—большая часть коихъ въ разное время была отпечатана въ «Юридической Лѣтописи» и въ «Журналѣ Юридическаго Общества»,—я желалъ внести и свою посильную лепту въ дѣло созданія науки *русскаго* торговаго права. Наука эта находится въ періодѣ зарожденія. Все доселѣ сдѣланное несомнѣнно имѣетъ научную цѣну, но лишь въ тѣхъ частяхъ, гдѣ матеріаломъ разработки служили постановленія нашего торговаго законодательства или гдѣ изслѣдователи касались чисто теоретической стороны вопросовъ торговаго права. Главный матеріалъ,—какъ я постараюсь доказать,—изъ котораго только и можетъ быть, при дѣйствіи нынѣшняго торговаго устава, построено зданіе русскаго торговаго права, есть право обычное. Матеріалъ этотъ, не считая двухъ-трехъ монографій, не только не разработанъ, но и весьма мало извѣстенъ. Малоизвѣстность, однако, все-таки не неизвѣстность: кое-что по этой части

находится въ нашемъ распоряженіи и доступно для пользованія. Это-то кое-что я и утилизировалъ въ «Очеркахъ», извлекая торговые обычаи, какъ изъ судебныхъ рѣшеній, такъ и изъ работъ изслѣдователей торговаго быта. Но понятно само собой, что по тѣмъ вопросамъ, по которымъ имѣются опредѣленія въ торговомъ законодательствѣ, я послѣднимъ отвелъ первенствующее мѣсто.

Съ другой стороны, въ предлагаемыхъ очеркахъ мнѣ хотѣлось представить примѣръ того, что юристъ, оперирующій надъ такою областью общественнаго быта, въ которой экономическій элементъ выступаетъ столь рѣзко и выпукло, можетъ остаться юристомъ. Коммерсіалисты, въ большинствѣ случаевъ, находятся подъ столь сильнымъ вліяніемъ этого элемента, что незамѣтно для самихъ себя выпускаютъ изъ рукъ знамя юриста. Они забываютъ, что отъ нихъ требуется не бытовое описаніе, а юридическая квалификація и конструкція занимающихъ ихъ явленій. Въ предлагаемыхъ «Очеркахъ» я старался стоять на чисто юридической почвѣ.

Наконецъ, считаю нужнымъ замѣтить, что въ тѣхъ ученіяхъ, которыя представляютъ собою лишь частичное видоизмѣненіе ученій общегражданскихъ, я послѣднихъ почти не касаюсь,

а останавливаюсь только на торговыхъ особенностяхъ; напр., при изложеніи ученія о торговомъ законѣ я только указываю на особенности этого закона; при изложеніи торговыхъ сдѣлокъ, находящихъ свой прототипъ въ гражданскомъ правѣ, я излагаю лишь торговыя особенности этихъ сдѣлокъ и т. д.

28-го января
1895 г.

А. Г.

I.

НАУКА РУССКАГО ТОРГОВАГО ПРАВА.

Торговое право, въ собственномъ смыслѣ этого слова, есть отрасль права гражданскаго; это одна изъ спеціальныхъ его отраслей, спеціальныхъ въ томъ смыслѣ, что частныя правоотношенія, коими занимается гражданское право, въ торговомъ правѣ изслѣдуются лишь постольку, поскольку они подвергаются измѣненію, упрощаются, осложняются, извѣстнымъ образомъ комбинируются, сообразно потребностямъ и условіямъ торговаго оборота. Торговое право, какъ и всякая другая юридическая наука, изслѣдуетъ жизненныя отношенія даннаго порядка не непосредственно, а при посредствѣ тѣхъ юридическихъ нормъ, коими эти отношенія опредѣляются; оно оперируетъ надъ нормами,— законами и обычными правилами,— въ коихъ и содержится то специфическое, что придаетъ ему отличную отъ другихъ юридическихъ наукъ окраску, что выдѣляетъ его въ особую отрасль права гражданскаго. Между этими юридическими нормами, несомнѣнно, первенствующее мѣсто принадлежитъ закону. Какъ бы широко ни развились, какъ бы прочно ни установились

обычно-правовыя нормы, онѣ не въ состояніи такъ упорядочить бытовыя отношенія, какъ это въ силахъ сдѣлать законъ. На Западѣ относительно торговаго права уже въ XVII в. пришли къ сознанію преимущества законодательныхъ правилъ передъ обычными, и принялись за изданіе торговыхъ законовъ. Законы эти, разъ кодифицированные, дали богатый матеріалъ для науки, и мы видимъ, какая оживленная, усиленная индуктивная работа идетъ вслѣдъ за новыми и новыми кодификаціями. Западнымъ коммерсіалистамъ есть надъ чѣмъ оперировать. Взгляните на любой курсъ торговаго права — вездѣ вы увидите сложнѣйшія и труднѣйшія обобщенія, увидите тонкій, подчасъ доведенный до виртуозности, юридическій анализъ — чего? Почти исключительно законовъ, содержащихся въ торговыхъ кодексахъ. Что же мы находимъ у насъ? Первый нашъ сборникъ торговыхъ законовъ появляется въ видѣ одного изъ уставовъ государственнаго благоустройства, въ составѣ Свода законовъ; онъ же, неизмѣненный въ своемъ существѣ,—по крайней мѣрѣ въ тѣхъ частяхъ, которыя касаются торговаго права въ собственномъ смыслѣ,— дѣйствуетъ и въ настоящее время; это, повидимому, нашъ торговый кодексъ; въ немъ,— хотѣлось бы сказать,— исчерпаны нормы торговаго права, примѣняемыя въ нашемъ торговомъ быту; но, къ сожалѣнію, на самомъ дѣлѣ это вовсе не такъ: если исчерпывающее или почти исчерпывающее въ этомъ смыслѣ значеніе имѣютъ современные западные торговые кодексы, то о нашемъ торговомъ уставѣ этого отнюдь нельзя ска-

зать. Одинъ поверхностный обзоръ содержанія его показываетъ, что торговымъ кодексомъ онъ названъ быть не можетъ,— это, какъ выразился проф. Цитовичъ, складъ обломковъ законодательной дѣятельности разныхъ царствованій, начиная съ Петра Великаго [1]). Состоитъ уставъ, въ настоящее время, изъ трехъ книгъ: въ первой содержатся правила «о договорахъ и обязательствахъ, торговлѣ свойственныхъ», во второй — «о морской торговлѣ», и въ третьей — «о торговыхъ установленіяхъ». Въ первой идетъ рѣчь о трехъ договорахъ: о наймѣ приказчиковъ, о довѣренности и о товариществахъ; во второй содержатся отрывочныя указанія на нѣкоторыя частныя отношенія по морской торговлѣ, напр., о наймѣ и покупкѣ судовъ, о морскомъ страхованіи, о бодмереѣ и т. п.; въ третьей идетъ рѣчь объ устройствѣ ярмарокъ и биржъ, о веденіи торговыхъ книгъ, о мѣрахъ и вѣсахъ и т. п. А гдѣ самыя коренныя, основныя торговыя сдѣлки? Гдѣ торговая купля-продажа, поставка, перевозка, коммиссіонная сдѣлка, гдѣ сотни и сотни биржевыхъ и банкирскихъ сдѣлокъ — гдѣ все это, что даетъ такой богатый матеріалъ наукѣ торговаго права? Ничего этого, не говоря уже объ общихъ руководящихъ положеніяхъ, въ нашемъ торговомъ уставѣ не имѣется. Самые настоятельные вопросы науки и практики не находятъ въ немъ данныхъ для своего разрѣшенія. Спрашиваемъ, возможно ли построеніе науки русскаго торговаго права

[1]) Цитовичъ. Очеркъ основныхъ понятій торг. права, стр. 15. Его-же—Учебникъ торг. права стр 30.

на этихъ обломкахъ и обрывкахъ? Если мы отвѣтимъ на этотъ вопросъ отрицательно,— а другого отвѣта по совѣсти и дать не возможно,— то намъ могутъ возразить, что въ литературѣ имѣются капитальные курсы двухъ извѣстныхъ профессоровъ, Цитовича и Шершеневича, въ которыхъ изложена именно система русскаго торговаго права [1]) и самый фактъ существованія конхъ наилучшимъ образомъ опровергаетъ мысль о невозможности построенія въ настоящее время науки русскаго торговаго права. Фактъ существованія почтенныхъ трудовъ двухъ весьма уважаемыхъ ученыхъ, по нашему мнѣнію, самъ по себѣ ничего не доказываетъ и, какъ мы постараемся доказать, не въ силахъ умалить правильность той мысли, что науки русскаго торговаго права нѣтъ. Гг. Цитовичъ и Шершеневичъ, такъ сказать, сочинили, искусственно создали, сдѣлали, каждый на свой ладъ, науку русскаго торговаго права. Съ одной стороны, они до крайности расширили кругъ изслѣдуемыхъ ими институтовъ, а съ другой — пользовались такими пріемами изслѣдованія, благодаря которымъ получилось нѣчто округленное, цѣльное, очень похожее на торговое право, но очень далекое отъ *русскаго* торговаго права.

Что касается искусственнаго расширенія предѣловъ науки, то наши ученые внесли въ торговое право такіе институты, которымъ мѣсто въ обще-гражданскомъ правѣ.

---

[1]) О прекрасномъ трудѣ проф. Башилова мы не говоримъ, потому что почтенный авторъ далъ пока одно начало, для котораго въ законѣ оказалось достаточно матеріала.

Такъ напр., они очень подробно трактуютъ объ акціонерныхъ компаніяхъ, артеляхъ, желѣзнодорожной перевозкѣ, страхованіи, привиллегіяхъ, векселяхъ и т. п. Внесеніе этихъ институтовъ въ наше торговое право ничѣмъ не можетъ быть оправдано. Мы ниже увидимъ, что при рѣшеніи вопроса о томъ, является ли данная сдѣлка сдѣлкою торговою, а слѣд. и данный институтъ институтомъ права торговаго, нельзя игнорировать процессуальнаго момента: разъ искъ, проистекающій изъ данной сдѣлки подсуденъ общимъ судамъ, сдѣлка не будетъ торговою, хотя съ другой стороны, какъ увидимъ ниже, одинъ тотъ фактъ, что искъ подсуденъ коммерческому суду, самъ по себѣ, не даетъ права признавать сдѣлку торговою. Имѣя это въ виду, мы вправѣ не считать частями науки торговаго права ученія объ акціонерныхъ компаніяхъ, артеляхъ, желѣзнодорожной перевозкѣ, привиллегіяхъ, страхованіи, векселяхъ и т. п.

Всѣ эти институты, не смотря на ихъ безусловно обще-гражданскій характеръ, включены г-ми Цитовичемъ и Першеневичемъ въ торговое право—у перваго изложеніе ихъ занимаетъ приблизительно одну пятую книгу, у второго—одну треть; это—излишекъ, придающій, однако, ихъ торговому праву внѣшнюю округленность и сходство съ настоящимъ торговымъ правомъ.

Независимо отъ искусственнаго расширенія предѣловъ науки торговаго права, названные ученые пользовались такими пріемами, благодаря которымъ у нихъ дѣйствительно получалось подобіе науки русскаго торговаго пра-

ва. Пріемы ихъ, однако, существенно различны. Проф. Цитовичъ,—да позволено будетъ намъ такъ выразиться—импровизируетъ и изрѣдка излагаетъ матеріи общегражданскаго права; проф. же Шершеневичъ излагаетъ преимущественно матеріи обще-гражданскаго права и изрѣдка импровизируетъ. Конечно, этими пріемами они пользуются при изложеніи такихъ ученій, для которыхъ нѣтъ матеріала въ торговомъ законодательствѣ, а такъ какъ въ этомъ законодательствѣ почти никакого матеріала нѣтъ, то для примѣненія ихъ пріемовъ открывается чрезвычайно широкое поле, поле, охватывающее вѣрныхъ 90% всего торговаго права. Остановимся нѣсколько на разсмотрѣніи этихъ пріемовъ изслѣдованія.

Импровизація проф. Цитовича выражается въ томъ, что, изслѣдуя тотъ или другой институтъ, ненормированный торговымъ уставомъ, онъ выдаетъ за нормы русскаго торговаго права такія положенія, которыя или суть выводы изъ данной квалификаціи того или другого института, или взяты изъ того или другого иностраннаго кодекса, или основаны на намекѣ, имѣющемся въ нашемъ законодательствѣ, или сочинены самимъ авторомъ. На любой страницѣ трудовъ проф. Цитовича можно найти положенія того или другого рода; что положенія эти не могутъ образовать собою, въ совокупности, даже въ научной системѣ, *русскаго* торговаго права—это разумѣется само собой. Не споримъ, что въ результатѣ можетъ получиться очень изящная картина торгово-юридическаго быта; но картина эта будетъ очень далека

отъ дѣйствительности, будетъ вполнѣ фантастична, дастъ совершенно ложное представленіе о жизни. Для подтвержденія этой мысли возьмемъ нѣсколько наиболѣе рельефныхъ примѣровъ. Проф. Цитовичъ, напр., полагаетъ, что по нашему торговому праву при куплѣ-продажѣ periculum rei переходитъ на покупщика лишь со времени передачи ему товара,—до этой передачи гибель товара «лежитъ на рискѣ» продавца [1]). Въ этомъ положеніи вполнѣ отразились первые три изъ приведенныхъ выше пріемовъ проф. Цитовича. Во-1-хъ, это положеніе вполнѣ послѣдовательно вытекаетъ изъ квалификаціи купли-продажи, какъ обязательства продать и купить, продавецъ обязуется установить право собственности на товаръ путемъ передачи его; до передачи продавецъ собственникъ товара, и, слѣдовательно, несетъ рискъ гибели его; съ момента передачи рискъ переносится на новаго собственника, на покупщика. Иной выводъ, конечно, получится, если квалифицировать куплю-продажу, какъ обязательство передать уже проданный товаръ; тогда собственникомъ товара является покупщикъ еще до передачи, съ момента заключенія договора, и слѣдовательно, онъ, какъ собственникъ, несетъ рискъ гибели своего товара. Во-вторыхъ, приведенное проф. Цитовичемъ положеніе заимствовано изъ французскаго кодекса. Наконецъ, въ-третьихъ, положеніе это обосновывается проф. Цитовичемъ и ссылкою на нашъ законъ, не дѣлающій для

[1]) Учебникъ, стр 225. Очеркъ, стр. 155.

покупки никакого изъятія изъ общаго правила: casum sentit dominus [1]). Эта ссылка, сама по себѣ вѣрная, вовсе не разрѣшаетъ вопроса, въ данномъ случаѣ только и имѣющаго интересъ, а именно: кто dominus товара до передачи его; аѳоризмъ casum sentit dominus, примѣнимый и къ куплѣ-продажѣ, предполагаетъ вопросъ этотъ уже разрѣшеннымъ въ томъ или другомъ смыслѣ. Полученное путемъ примѣненія трехъ пріемовъ положеніе, выдаваемое за норму русскаго торговаго права, оказывается совершенно чуждымъ ему. Нашъ торговый бытъ выработалъ правило діаметрально противоположное: «по торговому обычаю товаръ идетъ за страхъ и рискъ получателя» [2]). Не лишнимъ считаемъ привести и примѣръ примѣненія четвертаго пріема—сочиненіе новыхъ нормъ. Такъ, проѳ. Цитовичъ говоритъ, съ полною категоричностью, что коммитентъ, отмѣняя порученіе, обязанъ уплатить коммиссіонеру половину провизіи, если исполненіе еще не начато, но если исполненіе уже начато, то всю [3]). Въ нашемъ торговомъ правѣ ничего подобнаго нѣтъ; у насъ, по торговому обычаю, коммиссіонеръ имѣетъ право на двѣ трети обычной провизіи въ случаѣ отмѣны порученія вслѣдствіе того, что данный на коммиссію товаръ не продается [4]); если же порученіе отмѣняется по произволу коммитента, то коммиссіо-

[1]) Учебникъ, стр. 225 пр. 3. Очеркъ, стр. 154, пр 548

[2]) Мартенсъ, Коммент., русск. торг. пр. т. I, стр. 234. Его-же, Практика спб. комм. суда 1880 и 1881 гг., стр. 212.

[3]) Очеркъ, стр 69.

[4]) Мартенсъ, Коммент., 271.

неръ получаетъ полное вознагражденіе [1]). Мы не станемъ приводить болѣе примѣровъ, такъ какъ вовсе не намѣрены писать критики трудовъ почтеннаго ученаго; и приведенныхъ примѣровъ достаточно для подтвержденія безпочвенности конструкцій проф. Цитовича: въ сочиненіяхъ своихъ онъ намъ далъ все, что угодно, только не русское торговое право.

Другой нашъ коммерціалистъ проф. Першеневичъ, импровизируетъ далеко не въ такой степени; для него сдерживающей силой являются данныя нашей судебной практики, которыми онъ широко пользуется, въ совершенную противоположность проф. Цитовичу. Послѣднему критика часто ставила въ упрекъ игнорированіе нашей судебной практики. Упрекъ едва ли заслуженный. Конечно, какъ это замѣтно и на трудѣ проф. Першеневича, пользованіе судебной практикой сдерживаетъ теоретиковъ отъ импровизацій, но это лишь до нѣкоторой степени; сама же практика не рѣдко импровизируетъ. Въ изданныхъ доселѣ сборникахъ рѣшеній коммерческихъ судовъ (Туръ, Мартенсъ, Носенко, Гувицъ и др.) мы видимъ, что суды эти и сенатъ часто строятъ сложныя теоріи, рѣшительно ни на чемъ не основанныя, и изрѣдка лишь ссылаются на нормы нашего торговаго обычнаго права. Вслѣдствіе этого, импровизація проф. Першеневича, если можно такъ выразиться, заимствованная, чужая—все импровизированное нашей практикой вошло

---

[1]) Ibid. стр. 270, также Судебн. Вѣстн. 1868 г. № 231.

въ его трудъ; въ этихъ частяхъ трудъ его приближается по характеру къ трудамъ проф. Цитовича. Но есть въ немъ и другая черта: чрезмѣрное наводненіе курса торговаго права положеніями права обще-гражданскаго. Если имѣть въ виду, что торговое право изслѣдуетъ лишь особенности обще-гражданскихъ институтовъ, то о многихъ изъ нихъ въ курсѣ торговаго права приходится сказать лишь пару словъ, отсылая читателя къ обще-гражданскому праву. Никакихъ такихъ отсылокъ у проф. Шершеневича мы не находимъ—онъ преспокойно излагаетъ институты обще-гражданскаго права, указывая попутно тѣ или другія торговыя особенности ихъ; всѣ эти ученія о торговыхъ сдѣлкахъ, о куплѣ-продажѣ, страхованіи, поклажѣ, перевозкѣ и т. д. могли бы быть сведены къ нѣсколькимъ строкамъ, а между тѣмъ они изложены весьма подробно. Это рѣшительное преобладаніе обще-гражданскаго элемента объясняется неправильнымъ взглядомъ г. Шершеневича на торговое право: онъ подъ торговымъ правомъ понимаетъ совокупность нормъ, имѣющихъ *ближайшее* соприкосновеніе съ торговымъ оборотомъ [1]). Что такое ближайшее соприкосновеніе? Какъ вездѣ и всегда, такъ и тутъ, представленіе о разстояніи вполнѣ относительно—что для одного близко, для другого далеко. Такой критерій слишкомъ шатокъ и произволенъ, чтобы дать основаніе для выдѣленія той или другой части юридическаго быта и нормъ его опредѣ-

[1]) Курсъ, т. I, стр. 9

ляющихъ, въ особую спеціальную область. Не споримъ, есть весьма знаменитые ученые, напр., Эндеманъ [1]), дающіе такое опредѣленіе торговому праву; но они сейчасъ же дѣлаютъ оговорку, что это опредѣленіе торговаго права въ обширномъ смыслѣ, въ собственномъ же смыслѣ, оно есть совокупность нормъ, заключающихъ въ себѣ особенности, присущія торговымъ правоотношеніямъ, и этотъ послѣдній взглядъ кладутъ въ основу своего изложенія. Примѣняя широкій взглядъ на торговое право, проф. Шершеневичъ, такъ сказать, развязалъ себѣ руки, черпая изъ гражданскаго права все, что можетъ быть, какъ общее, противополагаемо праву торговому, какъ спеціальному. Благодаря такому пріему, сочиненіе проф. Шершеневича можетъ быть названо, не торговымъ правомъ, а гражданскимъ правомъ, изложеннымъ въ связи съ нѣкоторыми особенностями его, вызванными условіями и потребностями торговаго оборота,—мы говоримъ «съ нѣкоторыми», потому что у проф. Шершеневича эти особенности далеко не исчерпаны и часто совершенно безпочвенны, ибо почерпнуты изъ нашей судебно-торговой практики, общую оцѣнку и значеніе которой мы уже представляли выше.

И такъ, не смотря на существованіе курсовъ двухъ извѣстныхъ ученыхъ, у насъ все-таки еще нѣтъ науки русскаго торговаго права. Не можетъ не поражать то обстоятельство, что такой несомнѣнно знающій и испы-

---

[1]) Handb. B I, S 8.

танный цивилистъ, какъ проф. Цитовичъ, и такой талантливый и многообѣщающій ученый, какъ проф. Шершеневичъ, не могли дать намъ русскаго торговаго права. Сочиненія ихъ дѣйствительно научныя работы, многими частями внесшія цѣнные вклады въ отечественную науку; не всякому, взявшемуся за составленіе курса русскаго торговаго права, удалось бы такъ выйти изъ затрудненія, какъ они вышли, и все-таки они не дали того, что можно было отъ нихъ ожидать. Почему же имъ не удалось такое по ихъ личнымъ ресурсамъ посильное дѣло? Видѣть причину этого въ неразвитости нашей торговли и, слѣдовательно, въ отсутствіи нормъ русскаго торговаго права—нельзя. Торговля наша—и внутренняя и внѣшняя—весьма развита: ежедневно совершается неисчислимая масса сложныхъ товарныхъ и денежныхъ, банкирскихъ и биржевыхъ сдѣлокъ; лица, совершающія эти сдѣлки, очевидно, подчиняются извѣстнымъ юридическимъ нормамъ; нормы эти не только заключаются въ договорныхъ условіяхъ, какъ leges privatæ, но и живутъ въ сознаніи лицъ, совершающихъ сдѣлки, и непзмѣнно, непрерывно и однообразно ими практикуются; это суть нормы обычнаго права. Въ нашемъ торговомъ быту примѣняется масса обычноправовыхъ нормъ, такъ что, въ виду почти полнаго отсутствія нормъ закона, можно сказать, что наше торговое право есть обычное торговое право. Вотъ это-то послѣднее только и можетъ быть предметомъ русскаго торговаго права. Если такъ и если имѣть въ виду полное отсутствіе сборниковъ торговыхъ

обычаевъ и почти полное незнакомство наше съ этимъ, при современномъ состояніи нашего торговаго законодательства, главнѣйшимъ, первенствующимъ источникомъ науки торговаго права, то станетъ понятнымъ почему ученые, отважившіеся писать систематическіе курсы нашего торговаго права, при всемъ желаніи, не могли выполнить своей задачи. Вотъ причина, почему ни проф. Цитовичъ, ни проф. Шершеневичъ не дали намъ русскаго торговаго права, а лишь искуственно создали нѣчто ему подобное.

Мысль о томъ, что наше торговое право есть почти исключительно торгово-обычное право, можетъ встрѣтить серьезное возраженіе. Можно сказать, что цѣльной системы обычнаго торговаго права у насъ быть не можетъ, ибо образованію и развитію ея законъ полагаетъ рѣшительное препятствіе; онъ заставляетъ при совершеніи и исполненіи торговыхъ сдѣлокъ руководиться общими гражданскими законами и лишь въ тѣхъ случаяхъ, которые ими не нормированы, оставляетъ брешь для сообразованія своихъ дѣйствій съ торговыми обычаями. Хотя законъ прямо этого не говоритъ, но это будто бы результатъ того, что суды, которые разрѣшаютъ споры о торговыхъ сдѣлкахъ, должны примѣнять сначала торговые законы, а за недостаткомъ ихъ—законы гражданскіе, а за неимѣніемъ и послѣднихъ—нормы торгово-обычнаго права. Если, дѣйствительно, судъ долженъ въ такомъ порядкѣ примѣнять юридическія нормы, то, конечно, этимъ парализуется образованіе торгово-обычнаго права—его нѣтъ и быть не можетъ, потому что всякій

разсудительный человѣкъ, предвидящій возможность спора по поводу сдѣлки, въ которую онъ вступаетъ или которую исполняетъ, будетъ сообразоваться съ тѣми юридическими нормами, которыя будутъ примѣняемы судомъ въ случаѣ спора. Если наши торговые дѣятели будутъ знать, что къ ихъ правоотношеніямъ судъ примѣнитъ правила 1 ч. X т., то при совершеніи и исполненіи сдѣлокъ они ихъ и будутъ имѣть въ виду. Понятно, что при такихъ условіяхъ объ образованіи обычнаго права не можетъ быть и рѣчи. Къ счастію, однако, законъ не является такимъ парализующимъ обычное право факторомъ. Наши суды обязаны примѣнять къ торговымъ дѣламъ, какъ увидимъ ниже, три рода источниковъ права и въ такомъ порядкѣ: сначала торговые законы, затѣмъ нормы обычнаго права и, наконецъ, общегражданскіе законы.

Такъ что у насъ законъ не оказываетъ разрушающаго дѣйствія на образованіе и развитіе обычнаго торговаго права; у насъ всегда была и есть своя цѣльная система торговаго обычнаго права; русское торговое право есть почти исключительно обычное торговое право, и это послѣднее только и можетъ быть предметомъ изслѣдованія науки русскаго торговаго права. Пока не будутъ собраны и обнародованы наши торговые обычаи, о самостоятельной и цѣльной наукѣ русскаго торговаго права нечего мечтать—она будетъ носить характеръ отрывочный, далеко не стройный, характеръ отдѣльныхъ очерковъ.

Какъ собрать наше торговое обычное право? Это во-

просъ первостепенной важности, вопросъ гамлетовскій для науки русскаго торговаго права. Усилія отдѣльныхъ ученыхъ, которые бы взялись за дѣло собиранія торговыхъ обычаевъ, тутъ не могутъ увѣнчаться полнымъ успѣхомъ. Лица и учрежденія, знакомыя съ торговыми обычаями, въ цѣломъ или въ частяхъ, не настолько близко принимаютъ къ сердцу интересы науки, чтобы приняться за приведеніе въ порядокъ своихъ знаній и изложить ихъ въ стройной формѣ. Положительный результатъ можетъ быть достигнутъ лишь совокупною дѣятельностью правительства, общества и отдѣльныхъ ученыхъ. Мы предложили бы такую организацію. Въ центрѣ всего дѣла собиранія торговыхъ обычаевъ должна стоять особая коммисія (подобно коммисіи для собиранія народныхъ юридическихъ обычаевъ при Геогр. Обществѣ), изъ лицъ теоретически и практически знакомыхъ съ торговымъ правомъ, выбранныхъ изъ среды ученаго общества, напр., петербургскаго юридическаго. На коммисію эту должно быть возложено: во 1-хъ, составленіе, при участіи и другихъ спеціалистовъ, и отпечатаніе обстоятельной программы для собиранія торговыхъ обычаевъ; программа эта должна обнимать собою не только общіе вопросы торговаго права, но и вопросы по отдѣльнымъ отраслямъ торговли; во 2-хъ, коммисія должна привести въ порядокъ доставленный матеріалъ и озаботиться изданіемъ его въ видѣ сборника тезисовъ, съ разъяснительными, въ потребныхъ случаяхъ, замѣчаніями. Только эти двѣ функціи и подобаютъ коммисіи, состоящей при ученомъ об-

ществѣ. Третья возможная въ этомъ дѣлѣ функція: добываніе матеріала, не можетъ быть выполнена коммисіею — тутъ нужна не только помощь, но и активная дѣятельность правительства. Намъ кажется, что можно разсчитывать на содѣйствіе двухъ министерствъ: юстиціи и финансовъ. Участіе министерства юстиціи могло бы выразиться въ предписаніи предсѣдателямъ семи русскихъ коммерческихъ судовъ возложить на одного изъ членовъ суда, по ихъ назначенію, просмотръ состоявшихся въ судѣ за послѣднія 25 — 30 лѣтъ рѣшеній, съ цѣлью сдѣлать изъ нихъ выписки тѣхъ частей, въ которыхъ судъ прямо ссылается на торговые обычаи. При этомъ желательно, чтобы министерство въ точности опредѣлило срокъ, къ которому работа членовъ должна быть окончена. Для петербургскаго коммерческаго суда это дѣло облегчено тѣмъ, что уже имѣются въ печати нѣсколько томиковъ его практики. Полученныя отъ судовъ свѣдѣнія министерству надлежитъ доставить въ коммисію, и этимъ роль его оканчивается. Въ нѣсколько иномъ видѣ представляется намъ дѣятельность министерства финансовъ. Этому министерству должно быть близко дѣло собиранія торговыхъ обычаевъ; самъ законъ возлагаетъ на подвѣдомственныя ему учрежденія обязанность «составленія сводовъ торговыхъ обычаевъ» — это возложено на петербургскій и московскій биржевые комитеты [1]). Мы этимъ вовсе не хотимъ сказать, что министерство должно настоять на исполненіи комитетами этой обязанности —

[1]) Прил. къ ст. 592 у. т. I, ст. 66. п. 2, IV ст. 39 п. 12.

это безполезно; составленіе свода торговыхъ обычаевъ, дѣло слишкомъ трудное. Трудностью его и объясняется безуспѣшность всѣхъ попытокъ петербургскаго биржеваго комитета кодифицировать обычное право, попытокъ начавшихся съ 1871 г. [1]). Будетъ вполнѣ достаточно, если министерство возложитъ на комитеты посильную работу и притомъ такую же, какъ и на другихъ лицъ и учрежденія, а именно: обязательное доставленіе отвѣтовъ на программу, составленную коммисіею для собиранія торговыхъ обычаевъ. Программа эта, собственно говоря, и должна быть составлена спеціально для министерства финансовъ, которому надлежитъ разсылать ее: комитетамъ мануфактуры и торговли, биржевымъ комитетамъ, собраніямъ гласныхъ или выборныхъ биржеваго общества, ярмарочнымъ комитетамъ, биржевымъ маклерамъ, старостамъ старѣйшихъ биржевыхъ артелей, представителямъ крупныхъ торговыхъ фирмъ и банкирскихъ домовъ и другимъ лицамъ, прикосновеннымъ торговлѣ и могущимъ дать потребныя свѣдѣнія. Разсылая программы, министерству, въ виду важности требуемыхъ свѣдѣній, слѣдуетъ обращаться и къ частнымъ лицамъ, прикосновеннымъ торговлѣ, съ предложеніями дать отвѣты на предлагаемые вопросы. Пусть это будетъ личною повинностью: министерство, на обязанности котораго лежитъ забота о развитіи торговли, вправѣ возложить ее на лицъ, состоящихъ, благодаря прикосновенности ихъ торговлѣ, въ его

[1]) Золотаревъ. Соображенія о способахъ и порядкѣ кодификаціи торг. обычаевъ 1877.

вѣдѣніи. И тутъ доставкѣ отвѣтовъ долженъ быть положенъ точный срокъ.

Вотъ при какихъ условіяхъ возможно собрать русскіе торговые обычаи, или, что тоже, при какихъ условіяхъ возможно созданіе науки русскаго торговаго права. Нечего, кажется, распространяться о теоретическихъ и практическихъ результатахъ созданія этой науки. Она внесетъ новый свѣтъ въ русскую науку права вообще и въ гражданское право въ частности; специфическая особенность того или другого общегражданскаго института нерѣдко освѣщаетъ новыя стороны его; стоитъ лишь вспомнить о томъ значеніи, какое имѣлъ германскій торговый кодексъ для проекта общегерманскаго гражданскаго уложенія. То же самое мы видимъ и въ наукѣ: положенія, выработанныя торговымъ правомъ, съ большою пользою утилизируются гражданскимъ правомъ. Практическій результатъ созданія науки русскаго торговаго права долженъ быть не менѣе важенъ. Съ каѳедръ и въ литературѣ будутъ излагаться не импровизаціи, а данныя реальной дѣйствительности; настоящіе и будущіе судебные дѣятели найдутъ въ наукѣ торговаго права должную поддержку, вѣрный свѣтильникъ для своей дѣятельности — найдутъ въ ней то, чего теперь не находятъ. Съ другой стороны, выиграетъ отъ этого и законодательство. Можемъ ли мы въ настоящее время думать объ изданіи приличнаго торговаго кодекса? Не зная своего торгово-юридическаго быта, что мы рискуемъ внести въ этотъ кодексъ? Исторія кодификаціи торговаго права всѣхъ

культурныхъ народовъ показываетъ, что не только первые кодексы торговые были сборниками торговыхъ обычаевъ, но что и дальнѣйшія измѣненія и улучшенія этихъ кодексовъ выражались во внесеніи въ нихъ новыхъ и новыхъ торговыхъ обычаевъ. Чѣмъ же мы хуже другихъ? Неужели нашему торговому быту можетъ быть навязанъ кодексъ, представляющій собою или измышленіе кодификаторовъ, или конгломератъ изъ положеній разныхъ иноземныхъ кодексовъ? Уберечь насъ отъ такого опаснаго предпріятія можетъ лишь собраніе торговыхъ обычаевъ и тщательная, строго-научная ихъ разработка. А пока о кодификаціи и думать нечего.

II.

ИСТОЧНИКИ РУССКАГО ТОРГОВАГО ПРАВА.

Источники торговаго права суть: законы и нормы обычнаго права.

I. *Законы.* Къ торговому праву примѣняются всѣ положенія, выработанныя общимъ ученіемъ о законѣ, за исключеніемъ лишь одного вывода, дѣлаемаго изъ того правила, что спеціальный законъ исключаетъ примѣненіе общаго, а именно: пробѣлы въ спеціальномъ законѣ восполняются общимъ закономъ. Это правило, въ примѣненіи къ торговымъ законамъ, привело бы къ необходимости восполнять пробѣлы торговаго кодекса законами, содержащимися въ обще-гражданскомъ кодексѣ. Въ такой безусловной формѣ это положеніе общаго ученія о законѣ къ торговому праву примѣнено быть не можетъ. Ниже будетъ показано, что есть не мало случаевъ, когда положеніе это примѣняется вполнѣ и къ торговому праву, но на ряду съ этимъ имѣется не мало и такихъ, когда примѣненіе его безусловно невозможно. Въ торговомъ, какъ и въ обще-гражданскомъ быту, имѣетъ существенное значеніе дѣленіе законовъ на условно- и безусловнообязательные, на диспозитивные и прецеп-

тивные; первые примѣняются только тогда, когда стороны сами не нормировали своихъ отношеній, вторые— исключаютъ всякую возможность нормированія отношеній иными правилами, кромѣ тѣхъ, которыя содержатся въ законѣ. Къ торговымъ правоотношеніямъ невозможно примѣнить обще-гражданскій диспозитивный законъ: 1) при отсутствіи торговаго закона, и 2) при наличности нормы обычнаго права; иначе говоря, въ торговомъ правѣ, при указанныхъ условіяхъ, пробѣлъ въ торговомъ законѣ не можетъ быть восполненъ обще-гражданскимъ закономъ: такою восполняющею нормою является норма права обычнаго. Объясняется это тѣмъ, что торговые дѣятели, опредѣляя свои отношенія въ той или другой сдѣлкѣ, имѣютъ вполнѣ законное основаніе не входить въ детальное опредѣленіе этихъ отношеній, расчитывая на то, что имѣется въ торговомъ быту норма обычнаго права, которая опредѣляетъ эти детали. Законодательству нѣтъ интереса противиться такому образу мыслей и дѣйствій торговыхъ дѣятелей. Вѣдь оно выставило диспозитивный общій законъ и тѣмъ, указавъ на отсутствіе интереса въ установленіи прецептивной нормы, предоставило сторонамъ самимъ опредѣлить свои отношенія—они ихъ и опредѣляютъ, т. е. не вносятъ въ сдѣлку тѣхъ или другихъ правилъ, а имѣютъ въ виду примѣненіе имъ вполнѣ извѣстныхъ, обычныхъ въ торговомъ быту правилъ. Напр., въ нашемъ торговомъ уставѣ нѣтъ ни общихъ правилъ о закладѣ движимыхъ имуществъ, ни правилъ о закладѣ процентныхъ бумагъ; въ X т. 1 ч. имѣется правило,

по которому заложенная вещь неприкосновенна для закладопринимателя, и по наступленіи срока обезпеченнаго обязательства должна быть возвращена въ цѣлости [1]). Правило это диспозитивнаго характера и стороны могутъ его и не соблюдать; онѣ могутъ вступить въ договоръ, по которому залогопринимателю предоставляется при извѣстныхъ условіяхъ такъ или иначе распорядиться съ заложенною вещью, напр. продать заложенную цѣнную бумагу въ случаѣ паденія курса. Но спрашивается, зачѣмъ имъ вносить это условіе въ договоръ, если въ нашемъ торговомъ быту подобное правило выработалось обычнымъ путемъ [2])? Законодатель, если бы онъ не желалъ примѣненія къ этому случаю обычноправовой нормы, долженъ бы былъ такъ или иначе выразить это желаніе, а такъ какъ онъ этого не сдѣлалъ, то мы вправѣ заключить, что, не включивъ требуемаго правила въ торговый уставъ и давъ въ обще-гражданскомъ законѣ диспозитивную норму, онъ очистилъ мѣсто усмотрѣнію сторонъ; послѣднее-же въ данномъ случаѣ вылилось не въ формѣ нормы договорной, а нормы, практикующейся въ той средѣ, къ которой принадлежатъ контрагенты. Выставляя то положеніе, что диспозитивный обще-гражданскій законъ не примѣняется въ восполненіе пробѣла въ торговомъ законѣ, при наличности обычая, мы дѣлаемъ изъ этого правила два вполнѣ естественныхъ и понятныхъ вывода а con-

---

[1]) Ст. 1671, 1676.

[2]) Мартенсъ. Практ. спб. коммерч. суда 1880—1881 г., стр. 274.

trario: во-первыхъ, обще-гражданскій законъ примѣняется, когда законъ этотъ диспозитивнаго характера и въ торговомъ быту *нѣтъ соотвѣтствующаго обычно-правоваго правила*, причемъ, если имѣется въ гражданскомъ кодексѣ законъ, прямо разрѣшающій данный случай, то онъ, конечно, и примѣняется; если же такового нѣтъ, то случай долженъ быть разрѣшенъ на основаніи общаго смысла обще-гражданскихъ законовъ, согласно принципу, принятому общепроцессуальнымъ законодательствомъ [1]); во-вторыхъ, обще-гражданскій законъ примѣняется, когда *въ обще-гражданскомъ кодексѣ на данный случай имѣется прецептивное правило*, хотя и имѣлся-бы въ наличности торговый обычай— обычай этотъ, какъ противный закону, не можетъ имѣть примѣненія.

II. *Обычное право.* Въ тѣхъ случаяхъ, когда въ восполненіе пробѣла въ торговомъ законѣ, не можетъ быть примѣненъ общегражданскій законъ, примѣняется норма обычнаго права. Наше законодательство въ разныхъ частяхъ своихъ упоминаетъ о торговомъ обычаѣ, какъ источникѣ торговаго права. Такъ, на коммерческій судъ возлагается обязанность разрѣшать дѣла, руководясь обычнымъ правомъ [2]), на биржевыхъ комитетахъ лежитъ обязанность собирать торговые юридическіе обычаи [3]), диспашеръ при оцѣнкѣ убытковъ долженъ руководиться обычаемъ [4]), вопросъ о

[1]) Ст. 9 у. г. с.

[2]) Ст. 154, 352 у. с. т.

[3]) Прил. къ ст. 592 у. т. I ст. 66 п. 2. IV ст. 39 п. 12

[4]) Прил. I къ ст. 592 у. т. ст 187

торговой поклажѣ разрѣшается на основаніи торговыхъ обычаевъ [1]) и т. д. Роль обычнаго права въ нашемъ правѣ несомнѣнно вспомогательная, второстепенная; на первомъ планѣ стоитъ торговый законъ и лишь въ случаѣ его отсутствія можно говорить объ условіяхъ примѣненія обычнаго права. Но если въ общегражданскомъ правѣ только и можетъ возникнуть вопросъ объ отношеніи къ обычаю одного рода законовъ, то въ торговомъ правѣ вопросъ о взаимномъ отношеніи источниковъ права значительно осложняется, благодаря примѣненію къ торговымъ отношеніямъ законовъ двухъ родовъ: торговыхъ и общегражданскихъ. Тутъ уже возникаетъ вопросъ о взаимномъ отношеніи трехъ факторовъ—въ какомъ порядкѣ примѣняются эти три вида источниковъ торговаго права? Конечно, основное положеніе то, что если въ торговомъ кодексѣ имѣется потребная юридическая норма, то она и примѣняется; возникаетъ лишь вопросъ о примѣненіи общегражданскаго закона и обычая: въ какомъ порядкѣ они примѣняются? Современное законодательство рѣшаетъ этотъ вопросъ въ пользу обычнаго права. Да оно иначе и быть не можетъ. Если отводить второе послѣ торговаго закона мѣсто общегражданскому закону, т. е. если имъ восполнить недостающій торговый законъ, то, какъ мы видѣли выше, это не отвѣчало бы основнымъ потребностямъ торговаго оборота; мало того: это повело бы за собой застой въ развитіи обычнаго права, безъ котораго торговый оборотъ и прогрессъ его невозможны. Порядокъ примѣненія гражданскаго закона и обычая, порядокъ,

[1]) Ст. 2112 ч. 1 т. X.

по которому обычай предшествуетъ общегражданскому закону, находитъ себѣ почву въ нашемъ уставѣ, а именно, во 1-хъ, въ правилѣ, по которому при недостаткѣ «закона», «положительныхъ законовъ» коммерческіе суды должны примѣнять «торговые обычаи», «принятые въ торговлѣ обычаи» [1]); тутъ подъ «закономъ», «положительнымъ закономъ» только и можно разумѣть «торговый законъ» [2]); это можетъ быть выведено изъ того, что а) когда спеціальный уставъ употребляетъ выраженіе «законъ», то это значитъ именно законъ спеціальный и б) когда нашъ уставъ имѣетъ въ виду общегражданскіе законы, то онъ прямо говоритъ «законы гражданскіе» [3]). Во 2-хъ, такой порядокъ указанъ относительно диспашеровъ—при опредѣленіи размѣра аваріи они должны слѣдовать «правиламъ, изложеннымъ въ уставѣ торговомъ, а при недостаткѣ ихъ поступать по обычаю». Но въ новомъ (1887 г.) изданіи уст. торг. появилась новая первая статья, которая дала поводъ нашимъ ученымъ, Цитовичу и Шершеневичу, утверждать, что у насъ, при недостаткѣ торговаго закона, надлежитъ примѣнять общегражданскій законъ, и при недостаткѣ послѣдняго—обычай [4]). Въ статьѣ сказано, что «права и обязанности, проистекающія изъ сдѣлокъ и отношеній, торговлѣ свой-

---

[1]) Ст. 154, 352 у. с. т.

[2]) Цитовичъ. Очеркъ стр. 21. Contra. Цитовичъ. Учебникъ стр. 37 пр. 3

[3]) Ст. 1, 2, 52, 57, 72 и др. у. т.

[4]) Цитовичъ. Учебникъ. стр. 37. Шершеневичъ. Курсъ т. I стр. 60 Contra: Цитовичъ. Очеркъ, стр. 25.

ственныхъ, опредѣляются законами торговыми. Въ случаѣ недостатка этихъ законовъ, примѣняются законы гражданскіе и принятые въ торговлѣ обычаи». Оба наши, коммерціалиста придали этой статьѣ особенное значеніе. Проф. Шершеневичъ, хотя и въ весьма уклончивой формѣ, заявляетъ, что появленіе этой статьи весьма важно во второй ея части и лишь въ примѣчаніи говоритъ, что «новизна» ея заключается въ измѣненіи порядка примѣненія источниковъ торговаго права [1]). Выходитъ,—вѣроятно, въ виду того, что въ статьѣ три формы источниковъ расположены въ данномъ порядкѣ,—что и примѣняться они должны именно въ такомъ порядкѣ, т.-е. сначала торговый законъ, затѣмъ обще-гражданскій законъ и, наконецъ, обычай. Иначе выражается проф. Цитовичъ: онъ въ Учебникѣ торговаго права категорически заявляетъ, ссылаясь на 1 ст. у. т., что именно таковъ порядокъ примѣненія источниковъ по русскому праву [2]). Изъ того что въ статьѣ три источника торговаго права приведены въ такомъ порядкѣ: торговый законъ, гражданскій законъ и обычай—нельзя выводить, что таковъ и порядокъ ихъ примѣненія. Во 1-хъ, законъ говоритъ, что сначала примѣняется «торговый законъ», а на второе мѣсто ставитъ гражданскій законъ и обычаи; сказать же иначе, т. е. что примѣняются: «торговые законы, принятые въ торговлѣ обычаи и гражданскіе законы», нельзя было потому, что это противно логической конструкціи рѣчи. Во 2-хъ, если-бы законодатель хотѣлъ,

[1]) Курсъ т. 1 стр. 60. [2]) Учебн. стр. 37

чтобы обычай примѣнялся послѣ гражданскаго закона, то было-бы сказано: «въ случаѣ недостатка сихъ послѣднихъ, принятые въ торговлѣ обычаи»; этого онъ однако не сказалъ, потому что, очевидно, не хотѣлъ сказать. Въ 3-хъ, если законъ даетъ извѣстное перечисленіе, то къ порядку, въ которомъ слѣдуютъ перечисленныя понятія, слѣдуетъ относиться съ большою осторожностью; такъ, если перечисляются виды нормъ, подлежащихъ примѣненію къ юридическимъ отношеніямъ, то порядокъ перечисленія можетъ и не совпадать съ порядкомъ примѣненія. Въ данномъ случаѣ законъ говоритъ, что примѣняются торговые законы, а при недостаткѣ ихъ—гражданскіе законы *и* обычаи. Тутъ порядокъ перечисленія еще не указываетъ на порядокъ примѣненія трехъ видовъ нормъ; указывается порядокъ примѣненія лишь двухъ видовъ нормъ: торговаго закона на одной сторонѣ, гражданскаго закона и обычая на другой. Несомнѣнно, что сначала примѣняются торговые законы, а затѣмъ гражданскіе законы и обычаи; порядокъ же примѣненія гражданскихъ законовъ и обычаевъ не указанъ; они составляютъ одну группу нормъ, примѣняемыхъ послѣ торговаго закона; но чтобы изъ упоминанія внутри этой группы сначала гражданскаго закона, а затѣмъ обычая, можно было вывести, что и примѣненіе ихъ должно слѣдовать въ такомъ же порядкѣ—для этого нѣтъ достаточныхъ данныхъ. Наконецъ, въ 4-хъ, не надо забывать, что ст. 1 есть кодификаціонная вставка, которая не можетъ противорѣчить смыслу дѣйствующихъ законовъ — ничего новаго

она внести не могла. Проф. Цитовичъ полагаетъ, что если по нашему праву обычай въ примѣненіи своемъ слѣдуетъ за общегражданскимъ закономъ, то это, хотя и менѣе благопріятно для обычнаго права, но для примѣненія его у насъ еще остается широкое поле, ибо наши торговые и гражданскіе законы страдаютъ большими пробѣлами. Это не совсѣмъ такъ. Если пробѣлы въ торговомъ кодексѣ восполняются общегражданскими законами, то для примѣненія обычая (на третьемъ мѣстѣ) уже мѣста не остается,—если есть въ общегражданскомъ кодексѣ потребная статья, то она и примѣняется, а если ея нѣтъ, то вопросъ рѣшается всетаки на основаніи общегражданскихъ законовъ, но только на основаніи ихъ общаго смысла; имѣя въ виду, что пробѣлы въ торговомъ законѣ всегда будутъ восполняться общегражданскими, можетъ случиться, что обычай никогда не будетъ примѣняться. Насколько существенъ вопросъ о порядкѣ примѣненія источниковъ торговаго права, т. е. вопросъ о томъ, отведемъ ли обычаю третье или второе мѣсто, видно изъ слѣдующаго примѣра. Въ торговомъ уставѣ нѣтъ правилъ о торговой куплѣ-продажѣ; если предстоитъ рѣшить вопросъ, кто несетъ невыгоды гибели вещи (periculum rei) до передачи ея—покупщикъ или продавецъ—то, слѣдуя порядку примѣненія, указанному нашими учеными, придется обратиться къ X т. 1 ч.; тамъ статьи, прямо разрѣшающей этотъ вопросъ, нѣтъ, но на основаніи общаго смысла законовъ приходятъ (проф. Цитовичъ) къ тому, что невыгоды гибели вещи до пере-

дачи несетъ продавецъ; если же слѣдовать порядку, нами указываемому, то, не находя въ X т. 1 ч. прецептивнаго закона, обращаемся къ торговому обычному праву, и тамъ находимъ діаметрально-противоположное правило: «невыгоды гибели вещи до передачи несетъ покупщикъ [1]).

---

[1]) Мартенсъ. Коммент. къ у. т. т. I, стр. 271.

III.

ТОРГОВАЯ ПРАВО- И ДѢЕСПОСОБНОСТЬ.

Субъектами правоотношеній, вытекающихъ изъ торговыхъ сдѣлокъ, могутъ быть какъ лица физическія, такъ и юридическія (казна, артель, акціонерная компанія). Лица физическія могутъ вступать въ сдѣлки или единолично или соединяясь въ товарищества, которыя однако обыкновенно не возводятся на степень лицъ юридическихъ (товарищество полное, на вѣрѣ и случайное). По значенію своему въ цѣломъ торговомъ предпріятіи физическія лица могутъ быть раздѣлены на самостоятельныхъ, главныхъ дѣятелей и зависимыхъ, вспомогательныхъ; къ первымъ относятся купцы, самостоятельно ведущіе торговлю, ко вторымъ—приказчики, повѣренные, конторщики и т. п. Здѣсь мы остановимся лишь на вопросѣ о лицахъ, самостоятельно ведущихъ торговлю.

Купцомъ, съ точки зрѣнія торговаго права, является лицо, профессіонально занимающееся торговлей, т. е. вступающее въ торговыя сдѣлки отъ своего имени. Возможность вести торговлю отъ своего имени, въ смыслѣ возможности быть субъектомъ правъ и обязанностей, выте-

кающихъ изъ сдѣлокъ, входящихъ въ торговое предпріятіе, есть *торговая правоспособность*; возможность же самолично вести торговлю и самолично совершать отъ своего имени сдѣлки, входящія въ составъ торговаго предпріятія, есть *торговая дѣеспособность*. Какъ къ право-, такъ и къ дѣеспособности законъ относится отрицательно, т. е. указываетъ лишь на лицъ, право- или дѣеспособность коихъ ограничена, выражая тѣмъ мысль, что всѣ лица, относительно коихъ не имѣется такихъ ограничительныхъ постановленій,—право- и дѣеспособны. Наше законодательство содержитъ въ себѣ рядъ положеній, ограничивающихъ *торговую правоспособность*. Безусловно запрещается заниматься торговлею, какъ самолично, такъ и чрезъ повѣренныхъ, слѣдующимъ лицамъ: 1) священнослужителямъ и церковнымъ причетникамъ [1]); 2) торговымъ приказчикамъ, неимѣющимъ на производство своей торговли разрѣшенія хозяина [2]); 3) биржевымъ маклерамъ и браковщикамъ [3]); 4) консуламъ [4]); 5) лицамъ, причисленнымъ, какъ члены семейства, къ одному купеческому свидѣтельству [5]); 6) евреямъ, внѣ черты осѣдлости [6]), и 7) лишенныхъ права торговли по суду, куда относятся: а) несостоятельные должники, признанные неосторожными, развѣ бы большинство кредито-

---

[1]) Ст. 20, прим. 1 полож. о пошл

[2]) Ст. 16 уст. торг.; ст. 1186 ул. нот.

[3]) Ст. 592, пр. 1; ст. 114, 139; ст. 1307 ул. н.

[4]) Ст. 3 у. кон.

[5]) Ст. 73 пол. о пошл.

[6]) Ст. 1171 ул. н.

ровъ просило судъ о допущеніи ихъ вновь къ торговлѣ [1]); б) лишенные всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ [2]); но, по отбытіи этими лицами наказанія, имъ можетъ быть разрѣшено начальствомъ производить торговлю [3]); в) купцы, нарушившіе спеціально-торговыя постановленія, напр., уклонившіеся отъ обязанности веденія торговыхъ книгъ [4]), употребившіе неклейменные мѣры и вѣсы [5]) и т. п. Независимо отъ этого въ законѣ нашемъ имѣются частныя ограниченія торговой правоспособности; такъ, военнослужащимъ запрещается заниматься торговлею крѣпкими напитками; содержатели аптекъ, торговцы ядовитыми веществами или съѣстными припасами въ извѣстныхъ случаяхъ лишаются права производить именно данную отрасль торговли и т. п.

Что касается *торговой дѣеспособности*, то ограниченія ея, содержащіяся въ нашемъ законѣ, заключаются въ томъ, что за нѣкоторыми лицами признается право производить торговлю отъ своего имени (торговая правоспособность), но не самолично, а чрезъ представителей; къ лицамъ этимъ принадлежатъ: 1) офицеры и нижніе чины, находящіеся на дѣйствительной службѣ; они могутъ производить торговлю не иначе, какъ чрезъ повѣренныхъ, управляющихъ или приказчиковъ [6]), и 2) не-

[1]) Ст. 622 п. 2 уст. суд. торг.

[2]) Ст. 43 ул. н.

[3]) Ст. 48 ул. н.

[4]) Ст 1173 ул. н.

[5]) Ст 1175 ул. н.

[6]) Ст. 2135 кн. 1 ч. II св. воен. пост., изд. 1859 г (Высоч. пов. 7 февраля 1881 г.).

совершеннолѣтніе до 17 лѣтъ; они могутъ производить торговлю только чрезъ своихъ опекуновъ, сами же вступать въ торговыя сдѣлки не могутъ. Что законъ предоставляетъ опекуну вести торговлю отъ имени опекаемаго, этому имѣется не мало доказательствъ: а) законъ говоритъ объ обязанности опекуна брать на лицо опекаемаго купеческое свидѣтельство [1]); б) если послѣ смерти купца останутся и несовершеннолѣтніе дѣти, то, съ общаго согласія опекуна послѣднихъ и совершеннолѣтнихъ наслѣдниковъ, торговля можетъ быть продолжена и ведена при участіи опекуна, заступающаго несовершеннолѣтняго [2]); въ виду этого и въ томъ случаѣ, когда остались послѣ смерти купца одни несовершеннолѣтніе, опекунъ можетъ продолжать веденіе торговли; в) къ числу общихъ обязанностей опекуна законъ относитъ: *а)* употребленіе денегъ несовершеннолѣтняго на *торги, промыслы* и т. п. [3]), и *б)* приведеніе *торговъ, промысловъ* и прочихъ дѣлъ и *заведеній* по возможности въ лучшее положеніе [4]). Въ виду этихъ указаній закона не можетъ быть и сомнѣнія въ правѣ торговли несовершеннолѣтнихъ до 17 лѣтъ, но чрезъ посредство опекуна. Не то слѣдуетъ сказать о несовершеннолѣтнихъ отъ 17—21 года. Спорнымъ является вопросъ, обладаетъ ли такой несовершеннолѣтній полною дѣеспособностью или тор-

---

[1]) Ст. 72 и 79 пол. о пошл.
[2]) Ст. 1238, прилож. къ прим. 1, ст. 17, 18 ч 1 т. X.
[3]) Ст. 268 ч. 1 т. X.
[4]) Ст. 270 п. 4 ч. 1 т. X.

говая его дѣеспособность ограничена. Разногласіе возбуждаетъ ст. 220 ч. 1 т. X. На основаніи этой статьи достигшій 17-лѣтняго возраста вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ, но дѣлать долги, давать письменныя обязательства, «совершать акты какого-либо рода, а равно и распоряжаться капиталами можетъ .... не иначе, какъ съ согласія и за подписью попечителей». Проф. Цитовичъ, примѣняя эту статью къ торговой дѣеспособности, различаетъ два случая: 1) заведеніе и унаслѣдованіе торговли и 2) веденіе торговли. Къ тому случаю, когда несовершеннолѣтній желаетъ завести или унаслѣдовать торговлю, примѣняется вторая часть 220 ст., т. е. требуется согласіе попечителя. Это совершенно вѣрно. Къ тому же случаю, когда несовершеннолѣтній ведетъ уже заведенную или унаслѣдованную торговлю, примѣняется первая часть 220 ст., т. е. онъ можетъ, какъ имѣющій право «управлять имѣніемъ», дѣйствовать самостоятельно, онъ считается торгово-дѣеспособнымъ [1]). Съ этимъ послѣднимъ мнѣніемъ нельзя согласиться, ибо 1) нельзя отождествлять «управленіе имѣніемъ» съ веденіемъ торговли; подъ «управленіемъ имѣніемъ» у насъ совершенно вѣрно понимается совершеніе сдѣлокъ, связанныхъ съ завѣдываніемъ хозяйствомъ недвижимаго имѣнія [2]); несовершеннолѣтній имѣетъ право совершать эти сдѣлки безъ согласія попечителя, лишь бы онѣ не были направлены

[1]) Очеркъ, стр. 36, Учебникъ, стр. 56.

[2]) Побѣдоносцевъ, Судебное руководство стр. 39; Малининъ. Судебное признаніе въ дѣлахъ гражданскихъ стр. 65.

къ отчужденію, къ ограниченію правъ и къ умаленію стоимости имѣнія; ни въ какія сдѣлки внѣ этого завѣдыванія, а тѣмъ болѣе въ сдѣлки, связанныя съ рискомъ, онъ вступать не можетъ; онъ вправѣ, если можно такъ выразиться, вступать самостоятельно лишь въ текущія сдѣлки, направленныя къ извлеченію, обыкновеннымъ способомъ, выгоды изъ имѣнія. Не то мы видимъ въ торговлѣ. Тамъ сдѣлки связаны съ рискомъ, тамъ нѣтъ сдѣлокъ текущихъ, или, вѣрнѣе, торговля не можетъ существовать безъ сдѣлокъ, связанныхъ съ рискомъ, безъ кредита, т. е. долговъ другимъ лицамъ; тамъ нельзя ограничиться лишь извѣстнымъ точнымъ кругомъ сдѣлокъ. Поэтому то нельзя отождествлять управленіе имѣніемъ съ веденіемъ торговли и, слѣдовательно, нельзя и утверждать, что несовершеннолѣтніе отъ 17—21 года могутъ самостоятельно вести торговлю, такъ какъ они могутъ самостоятельно управлять имѣніемъ. 2) Къ дѣлу веденія торговли именно примѣняется вторая часть 220 ст., ибо торговля не можетъ обойтись не только безъ долговъ на другихъ, но и безъ долговъ другимъ лицамъ, а дѣлать долги несовершеннолѣтній безъ согласія попечителя не можетъ. Мало того, если 3) признать несовершеннолѣтняго отъ 17 лѣтъ вполнѣ дѣеспособнымъ, то надо ему предоставить или, вѣрнѣе, надо его обязать вести самостоятельно торговыя книги; но это прямо противорѣчитъ второй части 220 ст., ибо записи въ торговыя книги суть письменные акты, которымъ законъ придаетъ юридическую силу и въ пользу и противъ лица,

ведущаго книгу; дѣлая запись, лицо совершаетъ письменный актъ—что прямо запрещено 220 ст. Въ основныхъ чертахъ, мнѣніе проф. Цитовича принялъ и проф. Башиловъ, но онъ дѣлаетъ лишь небольшое исправленіе, тоже едва-ли основательное. Признавая за несовершеннолѣтнимъ отъ 17 лѣтъ право самостоятельно вести уже заведенную или унаслѣдованную торговлю, онъ требуетъ, однако, чтобы на совершеніе письменныхъ актовъ испрашивалось согласіе попечителя [1]). Эта поправка разрушаетъ все то воззрѣніе, къ которому она сдѣлана. Какая же торговля можетъ быть производима безъ письменныхъ актовъ, исходящихъ отъ торговца? Ни одна сколько-нибудь значительная торговля не ведется безъ письменныхъ сдѣлокъ и самая незначительная не можетъ обойтись безъ торговыхъ книгъ. Безусловно вѣрно мнѣніе проф. Шершеневича, что несовершеннолѣтній отъ 17 лѣтъ не можетъ самостоятельно ни завести, ни вести торговлю — на всѣ сдѣлки, имъ совершаемыя, требуется согласіе попечителя [2]). Наконецъ, проф. Цитовичъ, отрицаетъ или, вѣрнѣе, отрицалъ самостоятельную торговую дѣеспособность замужней женщины, требуя согласія мужа на веденіе ею торговли. Основывался онъ на 107 ст. 1 ч. X т., по которой мужъ — глава семьи, а жена — хозяйка дома; безъ согласія мужа она не можетъ быть хозяйкой чего нибудь другого, кромѣ дома [3]). Съ этимъ

---

[1]) Русское торговое право, стр. 82.
[2]) Курсъ торг. пр., т. I, стр. 109.
[3]) Очеркъ, стр. 36.

толкованіемъ выраженія «хозяйка дома» нельзя согласиться: выраженіе это не даетъ характеристики юридическаго положенія жены — это изображеніе въ законѣ факта,—факта, вѣрно подмѣченнаго, но не могущаго породить никакихъ юридическихъ послѣдствій; никакихъ юридическихъ выводовъ изъ него сдѣлать нельзя. Да и самъ проф. Цитовичъ, сознавъ неправильность этой мысли, отказывается отъ нея въ своемъ «Учебникѣ». И дѣйствительно, изъ общаго принципа нашего законодательства о полной имущественной самостоятельности жены, въ торговомъ правѣ нѣтъ никакихъ исключеній, а наоборотъ имѣется весьма сильное подтвержденіе. Единственное ограниченіе дѣеспособности замужней женщины въ области имущественныхъ сдѣлокъ мы находимъ въ вексельномъ уставѣ [1]), гдѣ сказано: «обязываться векселями замужняя женщина можетъ лишь съ согласія мужа»; но это единственное ограниченіе падаетъ, когда жена «производитъ торговлю отъ собственнаго имени»; тутъ, слѣдовательно, прямо указывается на ея торговую дѣеспособность, пользованіе которою ставитъ ее внѣ упомянутаго ограниченія.

---

[1]) Ст. 6 уст. о векс.

IV.

ТОРГОВОЕ ПРЕДПРІЯТІЕ.

Торговая дѣятельность отдѣльнаго лица выражается въ его торговомъ предпріятіи. Торговымъ предпріятіемъ именуется опредѣленная отрасль торговой дѣятельности, обособленная, съ объективной стороны, извѣстнымъ родомъ сдѣлокъ и товаровъ, а съ субъективной—какъ профессія опредѣленнаго лица; такъ, торговымъ предпріятіемъ будетъ банкирское предпріятіе, заключающееся въ томъ, что банкиръ профессіонально занимается извѣстными сдѣлками, имѣющими своимъ предметомъ деньги; писчебумажная фабрика—будетъ предпріятіемъ, заключающимся въ томъ, что фабрикантъ занимается покупкой тряпья, опилокъ и другихъ матеріаловъ и средствъ производства, наймомъ лицъ, занятыхъ обработкой матеріала, продажею выдѣланной бумаги и т. д. Характерныя черты торговаго предпріятія должны быть почерпнуты изъ матеріальныхъ признаковъ торговыхъ сдѣлокъ. Признаки эти, о которыхъ подробно будетъ изложено ниже, всецѣло отражаются на торговомъ предпріятіи слѣдующимъ образомъ: сдѣлка, какъ увидимъ, есть звено въ цѣлой цѣпи ей по-

добныхъ—и торговое предпріятіе слагается изъ цѣлаго ряда въ основаніи однородныхъ сдѣлокъ; сдѣлка должна быть совершена лицомъ по профессіи — въ предпріятіи совершеніе цѣлой цѣпи сдѣлокъ образуетъ собою профессію лица; сдѣлка должна имѣть спекулятивную цѣль—предпріятіе должно служить источникомъ дохода лица; торговая сдѣлка возможна лишь при осѣдлой торговлѣ, предпріятіе должно быть прикрѣплено къ опредѣленному мѣсту; въ товарной торговлѣ сдѣлка имѣетъ своимъ предметомъ товаръ—предпріятіе товарно-торговое немыслимо безъ товара; сдѣлка торговая, по общему правилу, есть обоюдно-торговая—торговое предпріятіе получаетъ специфически торговое значеніе благодаря вступленію главы ея въ такія сдѣлки.

Юридическая квалификація торговаго предпріятія будетъ вѣрна лишь въ томъ случаѣ, когда мы не упустимъ изъ виду, что торговое предпріятіе есть созданіе частнаго лица, есть проявленіе его личности—одна изъ сферъ его дѣятельности. Какъ обособленная, объективно и субъективно, отрасль торговли, предпріятіе не можетъ быть разсматриваемо, какъ субъектъ торговыхъ правоотношеній—оно не можетъ быть уподоблено лицу. Между тѣмъ, по господствующему въ наукѣ торговаго права мнѣнію предпріятіе есть universitas bonorum [1]). Согласиться съ такимъ взглядомъ нельзя, ибо: а) имъ смѣшивается предпріятіе съ товаромъ, составляющимъ предметъ

[1]) Völderndorf, Handb. Endemann'a т. 1, стр. 188—189; Цитовичъ, Очеркъ, стр. 39—40 Учебн., стр. 59.

сдѣлокъ, кои входятъ въ составъ предпріятія. Въ торговомъ предпріятіи обособляется извѣстная отрасль торговли, а не имущество; имущество предпринимателя, подобно universitas bonorum, не можетъ имѣть самостоятельнаго существованія, отдѣльнаго отъ имущества купца, ведущаго торговлю; товаръ, съ которымъ имѣетъ дѣло предпріятія, остается имуществомъ купца, хотя и имуществомъ, имѣющимъ свое опредѣленное назначеніе; назначеніе это, какъ и вся судьба товара, находится вполнѣ во власти купца. Олицетворяя имущество, товаръ, представители этого взгляда забываютъ, что возможно торговое предпріятіе и безъ товара, напр. содержаніе справочнаго бюро. б) Взглядъ этотъ смѣшиваетъ экономическую точку зрѣнія съ юридической. Говорятъ: публика, кліентура довѣряютъ предпріятію; renommée, кредитъ присваиваются предпріятію; все это какъ бы переносится съ купца на его предпріятіе. Это вѣрно, но въ тоже время все это имѣетъ значеніе съ экономической, а не съ юридической стороны; цѣнность, торговое значеніе предпріятія возрастаетъ, но сферы права это не касается; съ экономической точки зрѣнія предпріятіе отодвигается на второй планъ и впередъ выступаетъ купецъ; публика, довѣряя предпріятію, вступаетъ въ юридическія отношенія все-таки не съ предпріятіемъ, а съ купцомъ. Въ чемъ же заключается юридическая якобы самостоятельность торговаго предпріятія? Говорятъ, торговое предпріятіе имѣетъ свою осѣдлость. Какое же значеніе имѣетъ эта осѣдлость?—Это мѣсто, гдѣ можно ви-

дѣть хозяина, гдѣ совершаются сдѣлки, гдѣ находится складъ товара, куда направляется корреспонденція для передачи хозяину—все это лишено юридическаго значенія. Осѣдлость эта говорятъ, не совпадаетъ съ мѣстомъ жительства хозяина. Это несовпаденіе имѣло бы значеніе, если бы осѣдлость предпріятія была связана съ юридическими послѣдствіями, если бы, напр., признавать особую подсудность по осѣдлости предпріятія. Такой особой подсудности нѣтъ; по нашему праву мѣсто этой осѣдлости опредѣляетъ собою мѣсто жительства купца [1]); если эти мѣста не совпадаютъ, то искъ предъявляется по мѣсту жительства, а если неизвѣстно мѣсто жительства, то оно предполагается тамъ, гдѣ находится дѣловой центръ предпріятія—контора, лавка и т. п. Говорятъ, далѣе, установлены особые сборы (билеты) съ предпріятій, заведеній, отличные отъ промысловаго налога, платимаго лично купцами за право торговли и не пріуроченнаго къ предпріятію. Это не указываетъ на юридическую самостоятельность предпріятія — сборы лежатъ на купцѣ и платятся имъ съ предпріятія, какъ отрасли его дѣятельности; это объектъ обложенія, который, въ силу именно таковаго, не выдѣляется въ самостоятельное имущество въ юридическомъ смыслѣ. Говорятъ, затѣмъ, что по смерти купца, до вступленія наслѣдниковъ, предпріятіе продолжается, даже личныя обязанности служащихъ не прекращаются. Въ этомъ видна не юридическая самостоятельность предпріятія и независимость его отъ

[1]) Ст. 204 уст. гражд. суд.

хозяина, а проявленіе заботливости государства объ интересахъ какъ наслѣдниковъ, такъ и контрагентовъ умершаго купца; тутъ повторяется старая исторія съ heriditas jacens,—для сохраненія цѣлости и неприкосновенности имущества изобрѣталось особое юридическое лицо; но какъ при hereditas jacens, такъ и при торговомъ предпріятіи нѣтъ надобности прибѣгать къ фикціи. Затѣмъ, что касается личныхъ обязанностей служащихъ при торговомъ предпріятіи, то это не единственный случай продолженія личныхъ обязательствъ по смерти вѣрителя; напр., личный наемъ на сельско-хозяйственныя работы не прекращается смертью нанимателя [1]); не прекращается сразу смертью довѣрителя и обязанность повѣреннаго, но изъ этого никакихъ выводовъ въ пользу самостоятельности и юридической независимости данной сферы дѣятельности лица дѣлать нельзя. Указывается, наконецъ, на то, что каждое торговое предпріятіе имѣетъ свое особое счетоводство. Это вѣрно, но выводъ въ пользу юридической самостоятельности предпріятія изъ этого все-таки сдѣлать нельзя: вести книги обязанъ хозяинъ предпріятія; это — обязанность его профессіи по каждому предпріятію, имъ ведомому. Въ виду неосновательности разсмотрѣннаго воззрѣнія теоріи, мы полагаемъ, что торговое предпріятіе только и можетъ быть квалифицировано какъ нѣчто, связанное съ лицомъ торгующимъ— какъ проявленіе его дѣятельности.

---

[1]) Ст. 43 пол. о наймѣ на сельск. раб.

Переходимъ къ изложенію отдѣльныхъ моментовъ существованія торговаго предпріятія: начала, измѣненія и прекращенія его.

1. *Начало торговаго предпріятія.* Съ какого момента торговое предпріятіе считается возникшимъ? Съ момента обнаруженія лицомъ намѣренія начать торговлю. Какія же дѣйствія лица свидѣтельствуютъ объ этомъ намѣреніи, это—quaestio facti. Напр., взятіе гильдейскаго свидѣтельства, могущее имѣть различныя цѣли, можетъ и не почитаться выраженіемъ такого намѣренія, но заказъ вывѣски, бланокъ и т. п. явно его свидѣтельствуютъ. Проф. Цитовичъ считаетъ началомъ производства торговли совершеніе сдѣлокъ по торговымъ оборотамъ и сдѣлокъ торговаго свойства. Это не отвѣтъ на поставленный вопросъ, потому что рѣшеніе вопроса о томъ, принадлежитъ ли данное дѣйствіе къ той или другой изъ двухъ группъ сдѣлокъ, крайне затруднителенъ и различно разрѣшается самимъ же проф. Цитовичемъ, установившимъ эту группировку торговыхъ сдѣлокъ: разъ выходитъ, что наемъ торговаго помѣщенія есть сдѣлка по торговымъ оборотамъ, какъ сдѣлка, являющаяся приспособленною къ торговымъ оборотамъ [1]), а въ другомъ мѣстѣ она не признается сдѣлкою по торговымъ оборотамъ [2]), причемъ прямо заявляется, что наемъ помѣщенія не указываетъ на начатіе «производства своей торговли». Вопросъ о моментѣ начала торговаго предпріятія чрезвы-

[1]) Учебн., стр. 39.
[2]) Ibid, стр. 72.

чайно важенъ, ибо съ этого момента всѣ сдѣлки, совершаемыя лицомъ, являются торговыми: фактъ начатія торговли съ даннаго момента придаетъ сдѣлкѣ по этой торговлѣ характеръ торговый.

2. *Измѣненіе торговаго предпріятія.* Измѣниться торговое предпріятіе можетъ или съ объективной или съ субъективной стороны. а) *Объективное измѣненіе* выражается въ томъ, что предметъ торговли измѣняется—суровскій магазинъ обращается въ кондитерскую и т. п. Полное измѣненіе имѣетъ болѣе полицейское и и фискальное значеніе—примѣняются правила, установленныя для измѣненнаго предпріятія. Съ точки зрѣнія торговаго права рѣшительное измѣненіе предпріятія имѣетъ значеніе прекращенія прежняго, и къ нему примѣняются правила добровольной ликвидаціи. б) *Субъективное измѣненіе* имѣетъ мѣсто при смѣнѣ владѣльца предпріятія. Смѣна эта можетъ произойти двумя путями: аа) посредствомъ акта *inter vivos*, т. е. торговое предпріятіе, со всѣмъ его активомъ и пассивомъ, переходитъ въ этомъ случаѣ отъ одного лица къ другому путемъ договорнаго соглашенія, всего чаще путемъ продажи—это такъ назыв. «передача дѣла на ходу». Такая продажа сама по себѣ, конечно, совершенно позволительна, но ею не должны быть нарушены права кредиторовъ владѣльца предпріятія. Нарушеніе ихъ правъ можетъ выразиться въ двоякой формѣ: 1) обязательства, лежащія на ихъ должникѣ, владѣльцѣ переносятся на другихъ лицъ безъ согласія ихъ, кредиторовъ. Должникъ не

имѣетъ права передавать свои обязательства другому лицу безъ согласія кредиторовъ. Если это правило не соблюдено, то прежній владѣлецъ остается должникомъ и кредиторы игнорируютъ новаго. Слѣдовательно, для полной продажи предпріятія необходимо согласіе кредиторовъ въ отношеніи къ пассиву. 2) Права кредиторовъ могутъ быть нарушены и продажею предпріятія только со стороны его актива, товара и правъ владѣльца на другихъ лицахъ: должникъ продастъ предпріятіе въ ущербъ кредиторамъ. Если эта продажа подходитъ подъ «подложное переукрѣпленіе имущества во избѣжаніе платежа долговъ [1]), то кредиторы могутъ требоваться ея уничтоженія [2]). бб) Переходъ предпріятія *mortis causa*. Смерть владѣльца предпріятія не можетъ остаться безъ вліянія на самое предпріятіе, но вліяніе это весьма разнообразно и переходъ предпріятія къ другимъ лицамъ есть лишь одинъ изъ случаевъ, вызванныхъ смертью. Наше законодательство даетъ рядъ очень дробныхъ опредѣленій по вопросу о вліяніи смерти на ходъ самаго предпріятія [3]). Прежде всего, законъ различаетъ, имѣется ли достаточно имущества для уплаты всѣмъ кредиторамъ. Если имущества не оказывается въ достаточной мѣрѣ, то кредиторы могутъ просить объ объявленіи несостоятельности и объ учреж-

---

[1]) Ст. 1529 п. 1 т. X.

[2]) См. условія этого уничтоженія въ ст. моей: «Отреченіе отъ наслѣдства въ ущербъ кредиторовъ», Юрид. Лѣт. 1891 г. № 5, стр. 354—362.

[3]) Прил. къ ст. 1238 ч. I т. X.

денiи конкурса; результатомъ появляется распродажа имущества и раздѣлъ вырученной суммы между кредиторами и, слѣдовательно, прекращеніе предпріятія. Если-же вопросъ о несостоятельности не возбужденъ и, слѣдовательно, имѣется достаточно имущества для удовлетворенія кредиторовъ, то законъ различаетъ, имѣются ли наслѣдники на лицо или они отсутствуютъ. Въ послѣднемъ случаѣ имъ дѣлается вызовъ чрезъ публикацію и, если въ назначенный срокъ (для живущихъ въ томъ-же городѣ 3 мѣс., для иногородныхъ 9 мѣс., а пребывающихъ внѣ Европы— 1 1/2 года) они не явятся, то предпріятіе ликвидируется. Если-же наслѣдники находятся на лицо, то тутъ законъ опять различаетъ, совершеннолѣтни-ли они или несовершеннолѣтни. Въ послѣднемъ случаѣ назначается опека и торговое предпріятіе не пріостанавливается, а непрерывно продолжается опекуномъ, однимъ или вмѣстѣ съ совершеннолѣтними наслѣдниками. Если наслѣдники всѣ совершеннолѣтни, то а) они могутъ отречься отъ наслѣдства, и тогда наступаетъ ликвидація предпріятія, б) они, независимо отъ того, желаютъ или не желаютъ принять наслѣдство, могутъ быть устранены кредиторами, въ виду того, что послѣдніе имъ не довѣряютъ—и тутъ, уже по иниціативѣ кредиторовъ, также наступаетъ ликвидація; б) по явкѣ, наслѣдникамъ дается мѣсячный срокъ, дабы они втеченіе его могли, «напередъ осмотрѣться» (beneficium inventarii) и в) буде пожелаютъ, они могутъ принять наслѣдство и продолжать предпріятіе; это ихъ желаніе можетъ быть выражено или явно или молчаливо—

пропускомъ упомянутаго мѣсячнаго срока; съ истеченіемъ его наслѣдники почитаются принявшими наслѣдство.

3. *Прекращеніе торговаго предпріятія.* Прекращается предпріятіе: а) по желанію владѣльца его—эта добровольная ликвидація называется «прекращеніемъ торговыхъ дѣлъ»; б) въ случаѣ смерти владѣльца, при условіяхъ, выше указанныхъ, в) объявленіемъ владѣльца несостоятельнымъ, и г) запрещеніемъ владѣльцу заниматься торговлею.

Разсмотрѣвъ моменты существованія торговаго предпріятія, переходимъ къ разсмотрѣнію его принадлежностей; таковыхъ четыре: дѣловой центръ предпріятія, опредѣленное имя его, видимые слѣды его и торговый персоналъ.

I. Дѣловой центръ предпріятія. Каждое торговое предпріятіе такъ или иначе прикрѣплено къ мѣсту, имѣетъ мѣсто, откуда исходятъ распоряженія хозяина, гдѣ его можно видѣть, куда предъявляются векселя, гдѣ находятся его торговыя книги, его контора, магазинъ; называется это мѣсто торговымъ заведеніемъ. Отъ заведенія надо отличать помѣщеніе—мѣстонахожденія товара, матеріаловъ и средствъ производства, напр., амбаръ, складъ, фабрика и т. п. Иногда торговое заведеніе и торговое помѣщеніе разъединены, иногда соединены; въ предпріятіяхъ по денежной торговлѣ заведеніе и помѣщеніе всегда соединены, въ предпріятіяхъ по товарной торговлѣ: оптомъ—всегда разъединены, напр. контора и фабрика, контора и складъ; въ розницу—обыкновенно соединены—въ магазинѣ прилавокъ, касса, контора и т. п.

V.

(Продолженіе).

ФИРМА И ТОРГОВЫЯ КНИГИ.

II. Опредѣленное имя предпріятія или фирма. Фирма есть наименованіе, подъ которымъ купецъ ведетъ свою торговлю — наименованіе это изображено на вывѣскѣ, бланкахъ, ярлыкахъ, подписи, клеймѣ и т. п. Подъ этимъ наименованіемъ предпріятіе извѣстно публикѣ и лицамъ, имѣющимъ дѣловыя съ нимъ связи. Фирма, какъ наименованіе, индивидуализируетъ торговое предпріятіе; съ нею соединяется представленіе о состояніи, качествѣ, родѣ этого предпріятія. Разъ сложилось извѣстное представленіе о предпріятіи, фирма пріобрѣтаетъ экономическое значеніе для владѣльца предпріятія; фирма пріобрѣтаетъ довѣріе—растетъ клієнтура, поднимается кредитоспособность владѣльца предпріятія; источникъ его дохода увеличивается; въ глазахъ же клієнтовъ и контрагентовъ онъ какъ бы отступаетъ на второй планъ, на первый планъ выдвигается предпріятіе, имѣющее опредѣленную фирму; публика довѣряетъ фирмѣ, контрагенты вѣрятъ ей.

Фирма пріобрѣтаетъ важное экономическое значеніе— пользованіе ею есть исключительное право хозяина пред-

пріятія. Право на фирму есть исключительное право пользоваться наименованіемъ предпріятія въ опредѣленномъ районѣ. Оно есть, во 1-хъ, право *исключительнаго пользованія*; всякому другому пользоваться имъ должно быть запрещено, ибо это причиняетъ ущербъ хозяину предпріятія. Нарушеніе фирменнаго права выражается въ видѣ заимствованія чужой фирмы, т. е. наименованія своего предпріятія чужимъ именемъ, причемъ заимствованіе это можетъ быть: полное, когда заимствованное наименованіе совершенно не совпадаетъ съ гражданскимъ именемъ заимствователя, напримѣръ, Петровъ называетъ свою булочную «Филипповъ», и неполное—И. Филипповъ назоветъ свою булочную «Д. Филипповъ» (извѣстная фирма), или неизвѣстный Елисѣевъ открываетъ виноторговлю подъ наименованіемъ «братья Елисѣевы», или К. и С. Поповы неизвѣстные открываютъ чайную торговлю подъ наименованіемъ «К. и С. Поповы» (извѣстная фирма); въ послѣднихъ двухъ случаяхъ нарушеніе фирменнаго права выразилось въ прибавкѣ «братья» и въ одинаковомъ сокращеніи именъ. Во 2-хъ, фирменное право есть право пользованія *наименованіемъ*. Наименованіе можетъ быть личное и безличное; первое имѣетъ мѣсто тогда, когда въ фирмѣ воспроизведено гражданское имя лица, второе — когда воспроизведено какое либо другое выраженіе, напр. Au bon goût, Дѣтскій рай, Ява, Англійскій магазинъ, Ореандо и т. п. Единоличный торговецъ можетъ дать своему предпріятію ту или другую фирму. Полное торговое товарищество, говоритъ нашъ законъ, торгуетъ «подъ

общимъ наименованіемъ всѣхъ» (товарищей), «подъ ихъ именемъ»; но это требованіе закона не соблюдается— въ фирму вносятся имена одного или двухъ товарищей съ прибавкою «и К°». Тоже самое надо сказать о товариществѣ на вѣрѣ—въ фирму можетъ быть внесены при самомъ «обвѣщеніи купечества» и при регистраціи имена какъ товарищей, такъ и вкладчиковъ, если они «сами того пожелаютъ» [1]). Наконецъ, въ акціонерной компаніи фирма безлична; по закону она должна быть «отъ предметовъ и свойствъ предпріятія заимствована»; напримѣръ, Якорь, Самолетъ и т. п. [2]), хотя и отъ этого дѣлаются отступленія: бываютъ фирмы и незаимствованныя отъ свойствъ и предметовъ предпріятія, напримѣръ Москва, Россія, Нью-Іоркъ и т. п. Къ фирмѣ, въ нѣкоторыхъ формахъ внѣшняго ея проявленія (напримѣръ, на вывѣскѣ, клеймѣ), присоединяются извѣстныя аксессуары, напримѣръ, изображеніе орденовъ, государственнаго герба, медалей, полученныхъ на выставкѣ и т. п. Эти аксессуары имѣютъ юридическое значеніе при переходѣ фирмы (см. ниже). Въ 3-хъ, право на фирму есть исключительное пользованіе *въ опредѣленномъ районѣ.* Заимствованіе чужой фирмы можетъ причинить ущербъ обладателю послѣдней лишь при одномъ условіи: если оно совершено въ районѣ клієнтуры даннаго предпріятія; чѣмъ шире районъ клієнтуры, тѣмъ шире долженъ быть

---

[1]) Ст. 81, 86. Иного мнѣнія г. Шершеневичъ, т. 1 стр 126— безъ аргументаціи.

[2]) Ст. 2148 ч. 1 т. X.

районъ, въ предѣлахъ коего заимствователь чужой фирмы можетъ причинить ущербъ обладателю ея. Лицо, торговля котораго распространяется лишь въ предѣлахъ города или села, не можетъ претендовать на исключительность его фирмы во всей губерніи или во всемъ государствѣ; иное дѣло фирма такого предпріятія, которое не ограничено предѣлами города, наприм., банкирской конторы—ея клієнтура не ограничивается мѣстомъ нахожденія заведенія, а потому, гдѣ-бы въ предѣлахъ государства ни произошло заимствованіе, оно можетъ невыгодно отразиться на обладателѣ фирмы. У насъ, однако, въ случаяхъ прямого признанія фирменнаго права, а именно относительно товариществъ, районъ дѣйствія этого права не опредѣленъ.

Что касается *внѣшняго выраженія фирмы*, то таковымъ является: во первыхъ, *вывѣска*, т. е. изображеніе фирмы у входа въ торговое заведеніе или помѣщеніе съ улицы, площади, двора и т. п. Но, служа выраженіемъ фирмы даннаго предпріятія, вывѣска можетъ имѣть и самостоятельное значеніе, какъ обозначеніе лишь заведенія или помѣщенія; тогда это будетъ наименованіе помѣщенія или заведенія, какъ принадлежностей предпріятія,—это тоже фирма, къ которой mutatis mutandis примѣняются правила о фирменномъ правѣ. Во вторыхъ, *бланки* счетовъ, квитанцій, прейсъ-курантовъ и т. д.; въ нихъ тоже воспроизводится фирма предпріятія, или заведенія, или помѣщенія. Въ третьихъ, *подпись* на актахъ, исходящихъ отъ предпріятія; подпись можетъ

быть тождественна съ фирмой, когда фирмою служитъ гражданское имя хозяина; въ противномъ случаѣ подпись хозяина снабжается добавкою: «торгующій подъ фирмой такой то» и т. п. Въ четвертыхъ, *клеймо*— это знакъ, набиваемый или наклеиваемый на товаръ, вышедшій изъ завода, фабрики или мастерской и содержащій полное или частичное воспроизведеніе фирмы. Законъ различаетъ клеймо фабричное или заводское отъ ремесленнаго. Что касается перваго, то право исключительнаго пользованія фабричнымъ и заводскимъ клеймомъ прямо признано закономъ [1]). Законъ не возводитъ клейменіе фабричныхъ и заводскихъ произведеній въ непремѣнную обязанность содержателей фабрикъ и заводовъ: онъ предоставляетъ имъ на волю, снабжать свои произведенія клеймами или нѣтъ. Если они желаютъ клеймить свои произведенія, то могутъ, — опять если желаютъ—представить въ департаментъ мануфактуры и торговли министерства финансовъ образецъ и описаніе клейма, коимъ намѣрены пользоваться; клеймо это должно изображать гражданское имя фабриканта, или прописанное, или обозначенное лишь иніціалами, но непремѣнно на русскомъ языкѣ; кромѣ того не возбраняются изображенія различныхъ предметовъ, напримѣръ, вида фабрики, орудій производства, аксессуаровъ фирмы и т. п. Департаментъ мануфактуры и торговли утверждаетъ клеймо развѣ-бы встрѣтилъ одно изъ указанныхъ въ законѣ препятствія, а именно: а) когда клеймо окажется неудоб-

[1]) Ст 157—161 ул пр

нымъ, напримѣръ, если на немъ сдѣлано неприличное изображеніе, б) когда оно окажется несогласнымъ съ изданными правилами и, что всего важнѣе, в) когда «уже есть подобное, отъ коего не довольно различено». Заимствованіе чужого клейма карается уголовнымъ закономъ [1]). Относительно ремесленнаго клейма законъ лишь говоритъ, что, во 1-хъ, оно выдается ремесленнымъ цеховымъ управленіемъ и во 2-хъ, что каждый мастеръ обязанъ ставить клеймо на свои издѣлія [2]).

Переходимъ къ вопросу объ отдѣльныхъ моментахъ въ развитіи права на фирму. Право это установляется, переходитъ отъ лица къ лицу, охраняется и прекращается.

1. *Установленіе права на фирму.* Установляется право на фирму или въ силу признанія со стороны органовъ государственной власти за даннымъ предпріятіемъ опредѣленной фирмы, или въ силу оглашенія факта присвоенія предпріятіемъ опредѣленной фирмы, такъ или иначе внѣшнимъ образомъ выраженнаго. Первый способъ, какъ общій, принятый германскимъ законодательствомъ (система регистраціи), принятъ и нашимъ торговымъ уставомъ относительно предпріятій, принадлежащихъ товариществамъ полнымъ и на вѣрѣ и именуемыхъ торговыми домами. Фирма, какъ «гражданское и торговое знаменованіе», заявляется при учрежденіи торговаго дома въ столицахъ и въ Одессѣ купеческимъ управамъ, а въ другихъ городахъ—город-

[1]) Ст. 161 у. пр. и 1354 ул. нак.
[2]) Ст 434 у. пр.

скимъ управамъ [1]), которыя сообщаютъ объ этомъ департаменту мануфактуръ и торговли [2]). Одновременно съ этой заявкой о присвоенной предпріятіемъ фирмѣ «обвѣщается купечество печатными листами» [3]). Что касается акціонерной компаніи, то фирма за нею утверждается при утвержденіи ея устава Высочайшею властью [4]). Второй способъ установленія фирменнаго права примѣняется къ единоличнымъ предпріятіямъ. Законъ, къ сожалѣнію, никакихъ правилъ относительно его не даетъ. Разсылка циркуляровъ съ обозначеніемъ фирмы, объявленіе о фирмѣ въ газетахъ, набивка вывѣски и т. п. служатъ выраженіемъ факта существованія фирмы—факта, съ которымъ соединяется установленіе права на фирму; со времени оглашенія фирмы можно лишь говорить о ея заимствованіи, о нарушеніи права на фирму.

2. *Переходъ права на фирму.* Фирма хотя и имѣетъ имущественную цѣнность для хозяина предпріятія, но, какъ принадлежность послѣдняго она отдѣльно отъ предпріятія отчуждаема быть не можетъ. Признать правомѣрность продажи имени нельзя, потому что такимъ путемъ вводятся въ заблужденіе и кліенты и контрагенты предпріятія—это будетъ явнымъ обманомъ. Фирма переходитъ вмѣстѣ съ переходомъ предпріятія къ другому хозяину. Но въ этомъ случаѣ надо отличать гражданское имя отъ аксессуаровъ въ изображеніи фирмы. Что касается граж-

[1]) Ст. 67, 80 у. т.
[2]) Ст. 70 у. т
[3]) Ст. 67 у. т.
[4]) Ст. 2148, 2197, ч. 1 т. X.

данскаго имени, изображеннаго на фирмѣ, то обыкновенно въ фирмѣ дѣлается добавка, гласящая о переходѣ предпріятія, напримѣръ: «преемникъ», «бывшій», «наслѣдникъ», «вдова», «сыновья» и т. п. Фирма съ такой добавкой переходитъ ipso jure къ пріобрѣтателю предпріятія—прежній хозяинъ, если предпріятіе перешло по акту inter vivos, не вправѣ этому противиться, ибо это истина. Пользованіе же прежнею фирмою безъ указанія на переходъ предпріятія правомѣрно лишь въ двухъ случаяхъ: 1) когда состоялось соглашеніе между прежнимъ и новымъ хозяиномъ въ этомъ смыслѣ и 2) когда предпріятіе перешло къ другому лицу по праву законнаго или завѣщательнаго наслѣдованія и нѣтъ слѣдовательно лица, могущаго оспаривать это пользованіе фирмою въ виду лучшаго права на нее. Что же касается аксесуаровъ фирмы, то съ переходомъ ея и они могутъ переходить, если не связаны съ личностью хозяина, а имѣютъ ближайшее отношеніе къ самому предпріятію; напр., гербъ, какъ знакъ поставщика двора, если пріемникъ предпріятія не становится поставщикомъ, къ нему не переходитъ; гербъ же, полученный на выставкѣ, можетъ переходить. Точно также орденъ, полученный хозяиномъ предпріятія, хотя за полезную дѣятельность на поприщѣ торговли и изображенный на фирмѣ, не можетъ переходить къ новому обладателю фирмы, медаль же, полученная на выставкѣ, можетъ перейти.

3. *Охраненіе права на фирму.* Отсутствіе въ нашемъ законодательствѣ прямаго указанія на то, что право

на фирму охраняется отъ нарушенія, дало поводъ утверждать, что законъ нашъ собственно права на фирму не признаетъ [1]). Не отрицая того несомнѣннаго факта, что у насъ прямого закона, охраняющаго фирмы нѣтъ и раздѣляя вполнѣ тѣ сожалѣнія, которыя по тому поводу высказываются, мы, однако, далеки отъ мысли не признавать у насъ фирменнаго права вообще; искать его основы въ обычномъ правѣ нѣтъ надобности—если законъ не содержитъ въ себѣ опредѣлительнаго правила о данномъ правѣ, а даетъ рядъ правилъ охранительныхъ, то и этого вполнѣ достаточно, чтобы сказать, что онъ данное право признаетъ. Мы склонны думать, что у насъ законъ даетъ гораздо больше средствъ охраненія фирменнаго права, чѣмъ тамъ, гдѣ право это прямо признается; средства, коими располагаетъ нашъ законъ, чрезвычайно разнообразны и касаются самыхъ разнообразныхъ случаевъ внѣшняго выраженія фирмы.

Средства эти, сообразно органамъ, вѣдающимъ дѣло охраны правъ на фирму, могутъ быть сведены къ двумъ группамъ: судебныя и административныя. Первыя распадаются на двѣ категоріи: средства общія и спеціальныя, смотря по тому являются ли компетентными общіе суды или судъ спеціальный. Къ общимъ судебнымъ средствамъ относится, во-первыхъ, гражданскій искъ и, во-вторыхъ,

[1]) Шершеневичъ. Н. с. т. I, стр. 127: «Право на фирму признано нашимъ обычнымъ правомъ». Въ томъ же смыслѣ выражается Башиловъ, н. с. стр. 126 Колумбусъ, Фирма по нашимъ торговымъ законамъ въ Ж. гр. и у. пр. 1882 г кн. 1, стр. 99—100.

уголовное преслѣдованіе на общихъ основаніяхъ; къ спеціальнымъ—и то, и другое, входящіе въ вѣдѣніе ремесленной управы. Что касается средствъ административныхъ, то всѣ они предупредительнаго свойства и исходятъ отъ различныхъ правительственныхъ установленій.

I. *Судебныя средства. А) Общія*, а именно: *а) Гражданскій искъ.* Владѣлецъ предпріятія, носящаго опредѣленную форму, имѣя исключительное право на нее, заинтересованъ въ томъ, чтобы фирма его не была заимствована, чтобы на вывѣскѣ, бланкѣ, подписи и клеймѣ другого предпріятія не было изображенія его фирмы. Если же разъ фирма заимствована такъ или иначе, то онъ вправѣ требовать, чтобы не только впредь заимствованіе не продолжалось, но и чтобы тотъ ущербъ, который ему причиненъ за прошлое время, былъ возмѣщенъ. Въ виду этого въ его распоряженіи должны быть два иска: а) искъ о запрещеніи нарушителю пользоваться чужою фирмою и b) искъ о вознагражденіи за убытки, причиненные заимствованіемъ. а) *Искъ о запрещеніи* признанъ нашею судебною практикою, исходящею изъ общихъ соображеній о томъ, что съ пользованіемъ фирмою связаны матеріальные интересы и слѣд. заимствованіе чужой фирмы поражаетъ эти интересы, въ виду чего право на фирму можетъ быть возстановлено судомъ путемъ воспрещенія нарушителямъ пользованія ею [1]). Эти

[1]) Носенко, Уставъ торг. стр. 163. Взглядъ этотъ принятъ Шершеневичемъ, н. с. т. I стр. 127, и Башиловымъ, н. с. стр. 132.

соображенія сами по себѣ вѣрны, но они лишены догматической почвы и практическаго значенія. Нашъ законъ не содержитъ въ себѣ никакихъ указаній на подобные иски; практическаго же значенія иски эти лишены тамъ, гдѣ не признается за судомъ право налагать штрафъ и требовать т.-наз. cautio de non amplius turbando [1]): сегодня судъ запретилъ заимствованіе, а завтра оно снова сдѣлано. У насъ эти иски не могутъ имѣть самостоятельнаго значенія: они въ нѣсколько иной квалификаціи являются исками придаточными, сопутствующими искамъ о вознагражденіи за убытки. Квалифицированы они должны быть, какъ иски объ уничтоженіи тѣхъ вещей, на которыхъ воспроизведена фирма, вещей, производствомъ коихъ причиненъ убытокъ, и дальнѣйшимъ существованіемъ коихъ убытокъ этотъ продолжаетъ причиняться, напр. какъ иски о снятіи вывѣски, объ уничтоженіи бланковъ и т. п. Эти иски предусмотрѣны ст. 685 ч. 1 т. X, именно какъ иски, связанные съ искомъ о вознагражденіи за убытки, и въ этомъ качествѣ они не лишены практическаго значенія, т. е. вполнѣ осуществимы, ибо, «буде отвѣтчикъ не исполнитъ... рѣшенія въ назначенный срокъ, то сіе исполняется на его счетъ»—говоритъ ст. 685, находящая свою санкцію въ ст. 934 и 937 у. г. с.

b) *Искъ о вознагражденіи за убытки.* Ст. 574, 644 и 684 ч. 1 т. X такъ широко редактированы, что не признавать за владѣльцемъ фирмы права требовать вознагражденія за убытки отъ лица заимствовавшаго—

[1]) Unger, System d. öst, P. R. B. 2 S 610 Anm. 21.

нельзя [1]). На этотъ счетъ никакого разногласія ни въ теоріи, ни въ практикѣ нѣтъ и быть не можетъ. Весь вопросъ тутъ въ практическомъ исходѣ этихъ исковъ. Наша практика по процессамъ объ убыткахъ такъ неудовлетворительно поставлена, проникнута такимъ формализмомъ, что далеко не всякій ущербъ можетъ быть дѣйствительно возмѣщенъ; судъ требуетъ точныхъ доказательствъ размѣра убытковъ не только при damnum emergens, что еще кое-какъ осуществимо, но и при lucrum cessans, что уже совсѣмъ не осуществимо для истца. Такая практика не только не основана на законѣ, а прямо ему противорѣчитъ [2]); мало того, она противорѣчитъ тѣмъ положеніямъ, которыя самою практикой выставляются; допустить вознагражденіе за lucrum cessans и требовать точныхъ доказательствъ размѣра убытковъ, какъ дѣлаетъ наша практика, значитъ выставлять два положенія одно другое вытѣсняющихъ [3]).

б. Уголовное преслѣдованіе. Не всякое заимствованіе чужой фирмы, какъ таковое, у насъ уголовно наказуемо; изъ четырехъ формъ внѣшняго выраженія фирмы,

---

[1]) Законъ прямо указываетъ на одинъ случай, когда можетъ быть предъявленъ искъ о награжденіи за убытки, причиненные заимствованіемъ, фирмы, а именно когда поддѣлано фабричное клеймо. См. ст. 1354 ул. о нак.

[2]) Законъ нашъ знаетъ случай ущерба въ кредитѣ и предписываетъ вознаградить за потери и убытки по усмотрѣнію и опредѣленію суда (ст. 670 ч I т. X).

[3]) Ср Башиловъ н. с. стр. 132—137. Вопросъ о необходимости доказать размѣръ убытковъ не есть затрудненіе чисто процессуальнаго свойства, какъ думаетъ г. Шершеневичъ (Курсъ т. I стр. 128).

воспроизведеніе лишь въ одной изъ этихъ фирмъ возведено въ особое уголовное правонарушеніе,—это воспроизведеніе чужого фабричнаго клейма. Относительно поддѣлки клеймъ въ уложеніи содержится прямое указаніе на наказуемость ея [1]), причемъ условіемъ послѣдней и теорія, и практика признаютъ утвержденіе фабричнаго клейма со стороны департамента мануфактуръ и торговли [2]); поддѣлка же фабричнаго клейма неутвержденнаго, какъ и клейма ремесленнаго, не можетъ быть квалифицирована, какъ преступленіе, предусмотрѣнное уложеніемъ. Ненаказуема и сама по себѣ поддѣлки бланковъ, прейсъ-курантовъ и т. п., развѣ бы въ конкретныхъ случаяхъ поддѣлка эта явилась средствомъ введенія въ заблужденіе и какъ обманное дѣйствіе входила въ составъ мошенничества [3]).

Б. Спеціальныя судебныя средства. Средства эти заключаются въ защитѣ фирменнаго права со стороны спеціальнаго суда, каковымъ у насъ, въ мѣстностяхъ, гдѣ не введены судебные уставы, является судъ цеховой и ремесленной управы. Споры между ремесленниками одного и того же цеха вѣдаются цеховою управою [4]) къ спорамъ этимъ могутъ быть отнесены и споры о нарушеніи фирменнаго права.

II. *Средства административныя.* Всѣ они, какъ

---

[1]) Ст. 1354 ул, ст. 160 у. пром.

[2]) Неклюдовъ, Руков. къ особ. ч. русск. уг. пр. т IV ст. 535.

[3]) Сергѣевскій, О мошенничествѣ. Юрид. Лѣтопись, 1890 г. Ноябрь стр. 390 и слѣд

[4]) Ст. 2 прил. къ ст. 332 у. пром.

мы выше замѣтили, характера предупредительнаго: благодаря дѣятельности органовъ власти административной, пресѣкается возможность пользоваться заимствованной фирмой. Такъ, во-первыхъ, практикой учрежденій, завѣдывающихъ выдачею торговыхъ билетовъ (уѣздныя казначейства, городскія управы и др.) выработано и примѣняется правило, что лицамъ, заявляющимъ чужую фирму, эти билеты не выдаются [1]). Такая практика совершенно согласна съ закономъ; торговые билеты выдаются опредѣленнымъ лицамъ, взявшимъ предварительно гильдейское или промысловое свидѣтельство; въ послѣднемъ значится гражданское имя лица, тутъ обозначенію фирмы нѣтъ мѣста; это же, и никакое другое, имя можетъ быть обозначено въ билетѣ. Во-вторыхъ, лицо, открывающее торговое заведеніе и исполнившее всѣ фискальныя требованія, должно исходатайствовать разрѣшеніе мѣстной власти [2]) и тутъ измѣненіе имени не можетъ произойти. Въ-третьихъ, хотя законъ неоднократно упоминаетъ о вывѣскахъ торговыхъ заведеній и помѣщеній [3]), но о соотвѣтствіи ихъ съ фирмою предпріятія не упоминаетъ; набивка вывѣски съ безличнымъ именемъ, напр.: «Au bon goût», «Дѣтскій рай», и т. п., или безъ обозначенія фирмы предпріятія, конечно, никакъ воспрепятствовано быть не можетъ; но вывѣска съ обозначеніемъ чужого гражданскаго имени набита быть не мо-

[1]) Башиловъ, в с. стр 133.

[2]) Ст. 103 пол пошл., ст. 69, 70 у. пром., ст. 1346, 1347 ул.

[3]) Ст. 330, 387 у. пром., ст. 24 п. 2 прим. пол. пошл., ст. 69 пол. тракт., ст. 7 прав. о суд. к. и др.

жетъ. Учрежденія, на коихъ лежитъ надзоръ за торговыми заведеніями [1]), не должны допускать набивки вывѣсокъ съ обозначеніемъ ложной фирмы; заведеніе съ такой вывѣской будетъ не тѣмъ, на открытіе коего данное лицо имѣетъ право—это будетъ открытіе заведенія безъ надлежащаго свидѣтельства и билета [2]) да и полиція, не только обязанная содѣйствовать торговой администраціи, но и наблюдающая за внѣшнимъ благочиніемъ, не должна дозволить набивку вывѣски лицомъ, имя коего не совпадаетъ съ именемъ, обозначеннымъ на вывѣски. Въ-четвертыхъ, на печатаніе клеймъ, бланковъ, ярлыковъ и пр. требуется разрѣшеніе мѣстнаго полицейскаго начальства [3]), причемъ полиція не вправѣ дать дозволенія на печатаніе произвольныхъ изображеній; если о дозволеніи проситъ не то лицо, имя коего означено на клеймѣ, ярлыкѣ, бланкѣ и т. п., то полиція, какъ учрежденіе, обязанное предупреждать и пресѣкать преступленія, не можетъ дозволить печатанія. Въ-пятыхъ, департаментъ мануфактуры и торговли, въ функціи котораго входитъ утвержденіе фабричныхъ и заводскихъ клеймъ, можетъ отказать въ утвержденіи, если «уже есть подобное, отъ коего представленное недовольно различно» [4]) чѣмъ, разумѣется, предотвращается воспроизведеніе на клеймѣ чужой фирмы. Что же касается ремесленнаго клейма, то оно выдается цеховою управою и уже, конечно, соотвѣтствуетъ гражданскому имени мас-

[1]) Ст. 92 и слѣд. пол. пошл.
[2]) Ст. 117 пол. пошл.
[3]) Ст 41 у. п.
[4]) Ст. 160 п. 5 у. пром.

тера [1]). Наконецъ, въ шестыхъ, биржевые и корабельные маклера и биржевые нотаріусы не вправѣ участвовать въ совершеніи сдѣлки отъ имени ложной фирмы; это выводъ изъ того, что лица эти отрѣшаются отъ должности за несообщеніе одной сторонѣ объ обманѣ, совершенномъ другой стороной [2]); въ виду такой строгой кары, понятно, лица эти, видя, что одинъ изъ контрагентовъ пользуются фирмою, не совпадающею съ его гражданскимъ именемъ, должны провѣрить это обстоятельство и, обнаруживъ пользованіе чужою фирмою, сообщить о томъ противной сторонѣ.

Вотъ какими разнообразными средствами, и предупредительными, и возстановительными, охранено у насъ фирменное право.

4. *Прекращеніе права на фирму.* Прекращается право на фирму: а) прекращеніемъ предпріятія и б) по желанію хозяина предпріятія.

IV. *Видимые слѣды предпріятія.* Торговое предпріятіе, какъ отрасль торговой дѣятельности лица, оставляетъ по себѣ извѣстные видимые слѣды, къ каковымъ относятся: 1) *Торговая корреспонденція*, т. е. входящія и исходящія письма. Сохраненіе входящихъ писемъ у насъ необязательно, а относительно исходящихъ, для оптовой торговли предписывается вносить письма эти въ особую книгу копій «буквально». 2) *Торговыя документы*, т. е. счеты, фактуры и т. п. составляющіе матеріалъ для торговаго счетоводства. 3) *Торговыя*

[1]) Ст. 434 у. пром.

[2]) Ст. 1322, 1324, 1325 ул.

книги. Подъ торговыми книгами разумѣются книги, которыя ведутся лицами торговой профессіи, въ которыя вносится приходъ и расходъ по предпріятію и на основаніи которыхъ во всякое время можно вывести балансъ, т. е. отношеніе прихода къ расходу, актива къ пассиву. Имѣютъ они значеніе не только для хозяина, владѣльца предпріятія, но и для другихъ лицъ, находящихся съ владѣльцемъ въ юридическихъ отношеніяхъ. Въ послѣднемъ смыслѣ значеніе ихъ сказывается при разстройствѣ дѣлъ купца, могущемъ влечь за собою несостоятельность, и при самомъ объявленіи несостоятельности. Въ этихъ случаяхъ необходимо ознакомиться съ «положеніемъ дѣлъ» купца, дабы рѣшить какъ вопросъ объ объявленіи его несостоятельнымъ, такъ и вопросъ о степени и свойствѣ несостоятельности. Принципъ обязательнаго веденія торговыхъ книгъ и былъ принятъ законодательствомъ именно въ видахъ того значенія, какое онѣ имѣютъ при несостоятельности. Проявляется этотъ принципъ въ двоякой формѣ: или законъ вообще объявляетъ обязанность веденія торговыхъ книгъ, не опредѣляя ни числа, ни рода книгъ, которыя должны быть ведены, или же вдается въ эти детали. У насъ до 1800 г., когда изданъ былъ второй банкротскій уставъ, былъ принятъ принципъ обязательнаго веденія книгъ въ первой формѣ, а именно: первый банкротскій уставъ 1740 г. предписывалъ вести «купеческія книги чисто, порядочно, неизодрано и безъ чищенія» [1]);

[1]) Полн. собр зак. № 8300 у. б. ст. 36. См мое изслѣд «Историч. очеркъ русскаго конкурснаго процесса» стр. 35—36.

въ уставѣ же 1800 г. находимъ примѣненіе принципа обязательнаго веденія книгъ во второй его формѣ: предписывается «лицамъ, торгующимъ въ кредитъ», вести книги, причемъ различаются торговцы гуртовые отъ розничныхъ, а послѣдніе дѣлятся на ведущихъ торгъ болѣе и менѣе 1000 руб.; гуртовые ведутъ 7 книгъ, розничные перваго рода—5, второго—1; при этомъ самая форма книгъ преподана закономъ [1]). Принципъ обязательнаго веденія торговыхъ книгъ въ первой его формѣ долженъ быть рѣшительно предпочтенъ второй. Вторая его форма имѣетъ много противъ себя: законъ, предписывая число книгъ и въ точности указывая способъ ихъ веденія, во 1-хъ до крайности стѣсняетъ торгующихъ; они лишены возможности вести книги такъ, какъ имъ по роду и свойствамъ торговли представляется болѣе удобнымъ и во 2-хъ, усовершенствованія въ дѣлѣ бухгалтеріи не могутъ быть примѣнены разъ принята закономъ извѣстная система ея: несмотря на то, что она, быть можетъ, устарѣла, она должна быть примѣняема.

Принципъ обязательнаго веденія книгъ, возникнувъ на почвѣ конкурснаго процесса, былъ утилизированъ именно этимъ процессомъ. Юридическое значеніе его сказывается со стороны вліянія его на несостоятельность. Уже въ первомъ нашемъ банкротскомъ уставѣ 1740 г.

---

[1]) Полн. собр. зак. № 19692 у. б. ст. 140—143, прилож. къ ст. 183. Проф. Шершеневичъ ошибочно считаетъ первымъ закономъ, опредѣлившимъ порядокъ веденія книгъ, законъ 14 іюля 1834 г. н. с. т. 1 стр. 129.

веденію или неведенію книгъ придано важное значеніе: купецъ, не ведущій книгъ, хотя бы несостоятельность его по существу и была несчастна, «безвинна», признается однако банкротомъ «обманнымъ». Не надо забывать, что по уставу 1740 г. безвиннаго банкрота «штрафовать не надлежитъ», а обманнаго — подвергаютъ смертной казни чрезъ повѣшаніе [1]). И нынѣ дѣйствующее законодательство, воспринявъ принципъ обязательнаго веденія торговыхъ книгъ въ той приблизительно формѣ, какъ онъ проведенъ въ уставѣ 1800 года, придаетъ ему двоякое значеніе. Уклоненіе отъ обязанности вести книги влечетъ за собою: во 1-хъ, денежный штрафъ—въ случаѣ же наложенія штрафа въ четвертый разъ купецъ лишается права торговли [2]) и во 2-хъ, признаніе несчастнаго несостоятельнаго неосторожнымъ [3]), т. е. вмѣсто освобожденія отъ отвѣтственности лицо подвергается тюремному заключенію и лишается права торговли [4]).

Что касается самаго веденія книгъ, то законъ нашъ предписываетъ слѣдующія правила: во 1-хъ, книги могутъ быть ведены на любомъ языкѣ, но если онѣ ведутся на еврейскомъ, то рядомъ помѣщается переводъ на русскій, нѣмецкій или польскій языки [5]). Во 2-хъ, книги должны имѣть опредѣленный, надлежащій внѣшній видъ, т. е. должны быть пронумерованы, должны вестись исправно,

---

[1]) У. б. 1740, ст 3, 19, 22, 36.
[2]) Ст. 1173 улож. нак.
[3]) Ст. 622 у. т., 1173 улож. нак
[4]) Ст. 621, 622 у. с. т.
[5]) Ст. 610 у. т.

безъ поправокъ, подчистокъ, вымарыванія, приписокъ между строками и въ пробѣлахъ между статьями [1]), а сдѣланныя ошибки и описки должны быть оговорены [2]). Ненадлежащее веденіе книгъ карается денежнымъ штрафомъ не свыше 50 руб. [3]). Въ 3-хъ, законъ опредѣляетъ число книгъ, которыя должны быть ведены; для оптовыхъ торговцевъ число ихъ доходитъ до 8, для крупныхъ розничныхъ — до 4, а для мелкихъ розничныхъ до 3. Въ 4-хъ, наконецъ, законъ, не давая образцовъ, описываетъ опредѣленные виды книгъ [4]), а именно: отъ всѣхъ купцовъ, оптовыхъ и розничныхъ, какъ крупныхъ, такъ и мелкихъ, требуется веденіе книгъ трехъ родовъ: 1) товарной, въ которую вносятся всѣ купленные и проданные товары, 2) кассовой, въ которую вносится приходъ и расходъ денегъ и 3) разсчетной, въ которой значатся долги купца и купцу. Кромѣ этихъ трехъ общихъ видовъ книгъ, оптовые торговцы должны вести: 1) копировальную книгу, куда вносятся копіи съ исходящихъ писемъ, 2) книгу исходящихъ счетовъ на отпущенный товаръ, 3) фактурную книгу, т. е. книгу исходящихъ счетовъ на посланный товаръ со включеніемъ въ счетъ издержекъ перевозки и пересылки, 4) такъ-назыв. гроссъ-бухъ—главную книгу, въ которой содержатся отдѣльные счета имущества по родамъ его и отдѣльные счета кре-

---

[1]) Ст. 611 у. т.
[2]) Ст. 612 у. т.
[3]) Ст. 1174 улож. нак.
[4]) Ст. 605—608 у. т.

диторовъ и должниковъ купца и 5) меморіалъ, т. е. книгу, въ которую вписываются всѣ дѣла, произведенныя за день. Наконецъ, крупные розничные торговцы обязаны вести, сверхъ трехъ общихъ, документную книгу, куда вносятся всѣ акты, совершенные купцомъ [1]).

Независимо отъ значенія торговыхъ книгъ, какъ средствъ ознакомленія съ состояніемъ дѣлъ купца, онѣ имѣютъ, главнымъ образомъ, для него значеніе доказательныхъ средствъ, съ помощью коихъ онъ можетъ подтвердить существованіе правъ его относительно другихъ лицъ. Изъ правила scriptura pro scribente nihil probat, торговыя книги составляютъ исключеніе [2]). Общія правила доказательной силы торговыхъ книгъ, изложенныя въ уст. гражд. судопр. (ст. 466—469) касаются тѣхъ случаевъ, когда одна сторона принадлежитъ, а другая не принадлежитъ къ торговому сословію, законы-же торговые имѣютъ въ виду случаи принадлежности обѣихъ сторонъ къ числу лицъ торгующихъ. Особенности этихъ правилъ, въ отличіе отъ общихъ, суть: во 1-хъ торговая книга обладаетъ доказательною силою въ пользу купца, ссылающагося на нее, лишь въ томъ случаѣ, когда запись актива истца вполнѣ совпадаетъ съ записью пассива отвѣтчика [3]); 2) торговою книгою можно доказывать не только побочныя обстоятельства, но и основаніе

[1]) Подробн. описаніе торг. книговодства см. у проф. Бошилова, назв. соч. стр. 98—122.

[2]) Подробн. см. въ моемъ Учебникѣ гражд. судопр., изд. 2 стр. 496—197.

[3]) Ст 258, 259 у. суд. т.

обязательства, causa debendi [1]); 3) принимается она за доказательство не только по спорамъ о поставкѣ товаровъ и займѣ денегъ, но и по другимъ торговымъ обязательствамъ [2]); 4) доказательная сила ея не ограничена, при жизни купца, никакимъ срокомъ, послѣ-же смерти купца она сохраняетъ силу въ теченіе пяти лѣтъ [3]). Въ остальномъ примѣняются общія правила уст. гражд. судопр.

---

[1]) Ст. 258 у. с. у.
[2]) Ст. 257 у. с. т.
[3]) Ст. 262 у. с. т.

VI.

(*Продолженіе*).

ТОРГОВЫЙ ПЕРСОНАЛЪ.

V. *Торговый персоналъ.* Торговецъ можетъ вести свое предпріятіе и одинъ; но это совершенное исключеніе; обыкновенно при каждомъ предпріятіи имѣется свой торговый персоналъ, какъ совокупность отдѣльныхъ лицъ, которыя находятся къ владѣльцу предпріятія въ извѣстныхъ юридическихъ отношеніяхъ. Исчерпать всѣ разнообразныя отношенія владѣльца къ персоналу нѣтъ ни надобности, ни возможности— все сводится или къ чистому *личному* найму, или къ чистому *представительству*, или-же къ самымъ многообразнымъ формамъ *сплетенія* того и другого (повѣренные по дѣламъ, прикащики, управляющіе заводами, комивояжеры, кассиры, бухгалтеры, артельщики и т. п.). Будетъ вполнѣ достаточно, если мы укажемъ на торговыя особенности личнаго найма и представительства безотносительно къ тому, проявляется-ли наемъ или представительство въ чистой формѣ или они тѣмъ или инымъ образомъ въ данномъ конкретномъ случаѣ сплетены, скомбинированы. *1) Отношенія по торговому предста-*

вительству. Отношенія эти мало чѣмъ отличаются отъ отношеній по общегражданскому представительству [1]). Что касается установленія представительства, то основаніемъ его всегда является договоръ, причемъ договоръ этотъ или является въ формѣ самостоятельнаго акта,—заключеннаго письменно,—или включается въ договоръ личнаго найма [2]). Актъ перваго рода нашъ законъ именуетъ довѣренностью, кредитною довѣренностью, кредитомъ, кредитнымъ письмомъ [3]). Актъ этотъ, если онъ выданъ на управленіе торговыми дѣлами, есть актъ явочный [4]). Что касается отношеній повѣреннаго къ довѣрителю, то особенности ихъ суть слѣдующія. Во 1-хъ, правило общегражданской довѣренности, что повѣренный не можетъ передавать своей обязанности другому лицу (передовѣріе), примѣняется лишь къ лицу, уполномоченному на отдѣльныя дѣйствія; если-же дано общее полномочіе, то повѣренный можетъ поручить другимъ лицамъ исполненіе того или другого, отдѣльнаго, даннаго ему порученія, но никакъ не веденіе всего торговаго дѣла. Во многихъ случаяхъ безъ этого передовѣрія не обойтись, особенно когда ввѣрено обширное торговое предпріятіе. Такое передовѣріе, конечно, является не столько передачей другому обязанности (продолжающей лежать на повѣренномъ, ведущемъ дѣло), сколько предоставленіемъ ему осуществленія

---

[1]) Ст. 258 уст. торг.
[2]) Ст. 257 уст. торг
[3]) Ст. 262 уст. торг.
[4]) Ст. 52 уст. торг.

обязанности. Во 2-хъ, то положеніе, что дѣйствія повѣреннаго обязательны для довѣрителя, имѣетъ весьма широкое примѣненіе въ торговомъ правѣ. Въ гражданскомъ правѣ ставятся два условія этой обязательности: законность этихъ дѣйствій и соотвѣтствіе ихъ предѣламъ полномочія, выраженнаго въ довѣренности. Отъ третьихъ лицъ, вступающихъ въ юридическую сдѣлку съ повѣреннымъ, требуется, чтобы они предварительно справились съ довѣренностью, дабы ознакомиться съ предѣлами полномочія; если они этого не сдѣлали, а вступили съ повѣреннымъ въ актъ, выходящій за предѣлы его полномочія, то оказывать имъ покровительство законъ не долженъ; они могутъ требовать вознагражденіе съ повѣреннаго, но не могутъ обратиться къ довѣрителю, хозяину предпріятія—онъ передъ ними не отвѣтчикъ. Но, съ другой стороны, нельзя всегда ставить это третьимъ лицамъ въ укоръ и всегда освобождать довѣрителя отъ отвѣтственности въ случаяхъ, когда повѣренный вышелъ за предѣлы полномочія. Такъ, въ торговомъ быту сложилось предположеніе, презумція (juris et de jure) полномочія, въ виду извѣстной обстановки предпріятія. Придя въ магазинъ или банкирскую контору, вы справляетесь или сами по внѣшнимъ признакамъ видите, кто прикащикъ или управляющій, и предполагаете въ немъ полнаго представителя хозяина, его alter ego. Вамъ дѣла нѣтъ до довѣренности этихъ лицъ, въ которой, быть можетъ, сказано, что повѣренный не вправѣ совершить данный актъ; напримѣръ, вы уплачиваете ему долгъ въ

3,000 р., а въ довѣренности сказано, что онъ можетъ получить лишь сумму не свыше 2,000 р.; тѣмъ не менѣе долгъ почитается уплаченнымъ, и хозяинъ не имѣетъ права требовать съ васъ 1,000 р., быть можетъ, ему не врученныхъ повѣреннымъ—онъ можетъ обратиться съ требованіемъ не къ вамъ, а къ повѣренному. Въ 3-хъ, довѣренность, на которой основано торговое представительство, должна быть толкуема шире, чѣмъ довѣренность по обще-гражданскому представительству. Общая довѣренность на веденіе дѣлъ даетъ право лишь на совершеніе сдѣлокъ, необходимыхъ для обычнаго, нормальнаго теченія дѣлъ, торговая же довѣренность, которою повѣренный уполномочивается быть alter ego хозяина, даетъ право на совершеніе всякаго рода сдѣлокъ, связанныхъ съ «отправленіемъ торговыхъ дѣлъ». Хотя нашъ законъ различаетъ два вида общей довѣренности, ограниченную и неограниченную, т. е. довѣренность, въ которой перечислены дѣйствія, на которыя повѣренный уполномоченъ, и довѣренность, въ которой этого перечисленія нѣтъ [1]), но и та и другая должны быть толкуемы возможно широко. Наконецъ, въ 4-хъ, торговое представительство всегда срочно, но предѣлъ этотъ или положенъ самымъ характеромъ порученія (окончаніе его) или опредѣленъ календарно и притомъ въ троякомъ направленіи: а) законъ опредѣляетъ максимальный срокъ—3 года; б) минимальный—1 годъ и в) въ видѣ опредѣленнаго періода: годъ, два года, три года, безъ мѣся-

[1]) Ст. 44, 45 уст. торг.

цевъ [1]). Что касается прекращенія торговаго представительства, то, въ виду вышеуказанной презумціи, хозяинъ долженъ принять мѣры къ тому, чтобы была измѣнена обстановка дѣятельности даннаго лица. Въ видахъ предотвращенія недоразумѣній, прикащикъ долженъ быть устраненъ изъ заведенія; если онъ по уничтоженіи довѣренности остается въ заведеніи и совершаетъ акты по прежнему, то акты эти обязательны для хозяина. Вообще, уничтожая довѣренность, довѣритель долженъ огласить этотъ фактъ: въ обычаѣ публикаціи объ этомъ уничтоженіи. *2) Отношенія по торговому личному найму.* Формы этихъ отношеній крайне разнообразны. Главнѣйшій изъ нихъ суть: наемъ прикащика и наемъ артели. А. *Наемъ прикащика.* Законъ, если не прямо, то косвенно различаетъ нѣсколько категорій прикащиковъ, смотря по тому, дана-ли прикащику довѣренность на веденіе торговли или онъ служитъ при заведеніи въ качествѣ помощника прикащика либо служителя. Первые именуются главными прикащиками, вторые—просто прикащиками [2]). Торговые особенности *найма главнаго прикащика* заключаются въ слѣдующемъ. Во 1-хъ, наемъ этотъ всегда соединенъ съ представительствомъ. Главный прикащикъ—повѣренный, ведущій торговое дѣло, а потому, въ письменный актъ должна быть включена довѣренность на управленіе торговыми дѣлами; послѣдняя-же, какъ мы видѣли, должна быть явлена къ засвидѣтельствованію, изъ чего мы дѣлаемъ

[1]) Ст. 48 уст. торг.
[2]) Ст. 4 уст. торг.

тотъ выводъ, что договоръ найма главнаго прикащика, какъ неизбѣжно и неразрывно связанный съ общею довѣренностью, актъ явочный. Несовершеніе письменнаго акта влечетъ за собою денежный штрафъ [1]). Во 2-хъ, вопросъ о срокѣ договора подчиняется общегражданскимъ правиламъ, за исключеніемъ лишь максимальнаго его предѣла. Общій срокъ найма пять лѣтъ, срокъ же найма главнаго прикащика—три года, опять въ виду вышеизложеннаго соображенія, т. е. потому, что въ договоръ этотъ включается или рядомъ съ нимъ совершается довѣренность на управленіе торговлей, крайній срокъ коей три года. Г.г. Цитовичъ и Шершеневичъ иного мнѣнія: они распространяютъ правила X т. 1 ч. о 5-лѣтнемъ срокѣ и на договоръ найма главнаго прикащика [2]), допуская тѣмъ самымъ такое несообразное явленіе: главный прикащикъ можетъ наняться на пять лѣтъ, а довѣренность ему выданная имѣетъ силу лишь три года. Въ какомъ же положеніи онъ въ теченіи двухъ лѣтъ? Въ 3-хъ, многими особенностями отличаются обязанности главнаго прикащика. а) Онъ долженъ всецѣло и исключительно посвятить себя дѣламъ хозяина; такъ, онъ не можетъ управлять чужими дѣлами, не можетъ брать чужихъ товаровъ для продажи [3]). Нарушеніе этой обязанности, независимо отъ конфискаціи товаровъ въ пользу хозяина,

---

[1]) Ст. 121 полож. о пошл., ст. 1183 улож.

[2]) Цитовичъ, Учебникъ, стр. 80, Шершеневичъ, н. с., т. I. стр. 154.

[3]) Ст. 16 уст. торг.

наказывается денежнымъ штрафомъ до 100 р. или арестомъ отъ 3 нед. до 3 мѣс. [1]). б) Онъ долженъ дѣйствовать исключительно въ интересахъ хозяина. Не говоря уже объ общей обязанности не причинять убытковъ, законъ связываетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ карательныя послѣдствія съ нарушеніемъ этой обязанности, а именно: за продажу товара за цѣну ниже назначенной хозяиномъ—онъ подвергается денежному штрафу, а при наличности корыстной цѣли—тюремному заключенію отъ 3 мѣс. до 1 года [2]); за подрывъ кредита, путемъ разглашенія тайны—отъ денежнаго штрафа до 100 р. до ссылки въ Сибирь [3]); за продажу собственнаго товара отъ имени хозяина—денежному штрафу до 300 руб. [4]); даже за недозволенные хозяиномъ расходы прикащикъ подвергается наказанію, какъ за продажу товара по цѣнѣ ниже назначенной хозяиномъ [5]). Затѣмъ, в) онъ обязанъ представлять хозяину отчетъ. Нашъ законъ различаетъ отчетъ внезапный отъ періодическаго; первый состоитъ въ томъ, что хозяинъ въ любое время требуетъ отъ прикащика представленій о положеніи дѣлъ; второй есть отчетъ, который прикащикъ обязанъ представить по истеченіи года. За ложныя показанія и счета прикащикъ подвергается отъ тюремнаго заключенія до 4 мѣс. до ссылки на житье въ отдаленныя губерніи, кромѣ Сибир-

[1]) Ст. 1186 улож.
[2]) Ст. 19 уст. торг., ст. 1188, 1681 улож., ст. 177 м. уст.
[3]) Ст. 20 уст. торг, ст. 1187, 1666 улож.
[4]) Ст. 17 уст. торг., ст. 1186, 1169 улож
[5]) Ст. 1191 улож.

скихъ [1]). Основаніемъ этихъ отчетовъ законъ признаетъ письменные акты, удостовѣряющіе полученіе прикащикомъ денегъ или товаровъ, въ виду чего предлагается и хозяину и прикащику, первому выдавать, второму брать росписки въ полученіи [2]). Отсутствіе такихъ расписокъ лишаетъ хозяина права предъявлять какія либо требованія къ прикащику—свидѣтельскими показаніями полученіе денегъ и товаровъ прикащикомъ доказываемо быть не можетъ.

Особенно важное значеніе законъ придаетъ годовымъ отчетамъ, обязывая прикащиковъ представлять таковые не позже мѣсяца по истеченіи года. Этотъ мѣсячный срокъ имѣетъ то значеніе, что до истеченія его хозяинъ не имѣетъ права иска къ прикащику; съ истеченіемъ-же его онъ можетъ требовать судомъ все причитающееся ему съ прикащика. Этотъ мѣсячный срокъ, однако, удлиняется, теченіе его пріостанавляется по тремъ основаніямъ: вслѣдствіе тяжкой болѣзни, отлучки по приказу хозяина и отлучки по повелѣнію правительства [3]). Отъ обязанности представить хозяину отчетъ прикащикъ освобождается и хозяинъ теряетъ право требовать отчета, какъ и всего, причитающагося ему съ прикащика—по истеченіи года со дня окончанія срока служенія [4]). Этотъ срокъ давности считается не со дня окончанія отчетнаго года, какъ думаетъ проф: Шершеневичъ [5]), а именно съ исте-

---

[1]) Ст. 22 уст. торг., ст. 1190 улож.
[2]) Ст. 15 уст. торг.
[3]) Ст. 30 уст. торг.
[4]) Ст. 31, 32 уст. торг.
[5]) Шершеневичъ н. с. стр. 158.

ченія срока письменнаго договора. Положимъ, договоръ заключенъ на три года; по истеченіи втораго года хозяинъ не требовалъ отчета; онъ потерялъ это право не по истеченіи третьяго—онъ теряетъ его со дня истеченія года со времени окончанія третьяго года, года служенія. Въ 4-хъ, не лишены особенностей и обязанности хозяина. Обязанности эти суть: а) выдача прикащику опредѣленнаго въ договорѣ вознагражданія. Вознагражденіе это опредѣляется или въ видѣ денежной суммы или же въ видѣ % съ чистаго дохода. Во всякомъ случаѣ о немъ должно быть упомянуто въ договорѣ; неупоминаніе, а также несоставленіе письменнаго договора, толкуется въ смыслѣ безмезднаго служенія прикащика [1]). Въ этомъ нельзя не видѣть кореннаго отступленія отъ основныхъ принциповъ торговаго права, гдѣ безмездность никогда не предполагается. Право прикащика требовать вознагражденія погашается особою давностью, а именно мѣсячною со дня истеченія срока [2]) служенія. Проф. Шершеневичъ говоритъ, что искъ о выдачѣ вознагражденія погашается годовою давностью [3]), основываясь, вѣроятно, на томъ, что годовая давность признана по искамъ о взаимныхъ «разсчетахъ» хозяевъ съ прикащиками [4]). По его мнѣнію въ законѣ имѣется противорѣчіе, подлежащее разрѣшенію въ смыслѣ предпочтенія болѣе продолжительной

---

[1]) Ст. 8 уст. торг

[2]) Ст. 35 уст. торг.

[3]) Шершеневичъ н. с стр. 161 пр. 50.

[4]) Ст. 29 уст. торг.

давности. По нашему мнѣнію никакого противорѣчія нѣтъ, ибо одна статья устава (29) говоритъ объ искахъ изъ разсчетовъ, включая туда и иски прикащиковъ объ издержкахъ, ими сдѣланныхъ, а другая (35) объ искахъ о вознагражденіи; иски второго рода не суть иски, проистекающіе изъ разсчетовъ и къ нимъ годовая давность примѣнена быть не можетъ. Мѣсячная давность по искамъ о вознагражденіи пріостанавливается, однако, въ случаѣ отлучки прикащика. б) Хозяинъ обязанъ принять отчетъ отъ прикащика. Если онъ будетъ отъ этого уклоняться, то прикащикъ можетъ предъявить къ нему искъ втеченіе года со дня окончанія срока служенія. Если втеченіе года хозяинъ не потребовалъ отчета, то онъ лишается права предъявлять какія-либо притязанія къ прищику [1]). в) Хозяинъ обязанъ брать съ прикащика росписки въ полученіи послѣднимъ товаровъ и денегъ [2]). Уклоненіе отъ этой обязанности влечетъ за собою потерю права требовать отчетъ. г) Хозяинъ обязанъ возмѣстить издержки необходимыя и полезныя, но не прихотливыя [3]). д) Хозяинъ обязанъ выдать прикащику свидѣтельство, удостовѣряющее правильность предъявленнаго послѣднимъ отчета. Въ исполненіи этой обязанности чрезвычайно заинтересованъ прикащикъ—безъ такого свидѣтельства онъ не можетъ быть принятъ на должность прикащика другимъ хозяиномъ [4]). Если хозяинъ уклонится отъ этой

[1]) Ст. 29, 31, 32, 34 уст. торг.
[2]) Ст. 15 уст. торг.
[3]) Ст. 25 уст. торг.
[4]) Ст. 33 уст. торг.

обязанности, не доказавъ невозможности выдачи свидѣтельства, въ виду непредставленія или представленія неправильнаго отчета,—таковое свидѣтельство должно быть выдано судомъ. Наконецъ, въ 5-хъ, особенность, касающаяся прекращенія отношеній по найму прикащиковъ, заключается въ томъ, что смерть хозяина не освобождаетъ прикащика отъ его обязанностей—онъ остается при предпріятіи на прежнихъ основаніяхъ. Мало того, смерть хозяина налагаетъ на него особыя обязанности: онъ обязанъ не позже трехъ дней со смерти хозяина объявить суду о состояніи книгъ предъпріятія [1]). Что касается *помощниковъ прикащика и торговыхъ служащихъ*, то, хотя законъ и говоритъ, что правила о (главныхъ) прикащикахъ распространяются и на нихъ [2]), но самъ-же отъ этого отступаетъ. Отношенія между нимц и хозяиномъ скорѣе подчиняются общимъ правиламъ о личномъ наймѣ. Отличаются они отъ общегражданскихъ отношеній лишь: а) усиленіемъ дисциплинарной власти хозяина надъ прикащиками: за непочтительность къ нему и его семейству, за развратную, безпорядочную жизнь, хозяинъ можетъ ихъ подвергнуть «мѣрамъ домашняго укрощенія»; въ случаѣ безуспѣшности этихъ мѣръ прикащики караются судомъ—арестомъ отъ 7 дней до 3 мѣсяцевъ. [3]). б) Наемъ этотъ не прекращается смертью хозяина [4]).

---

[1]) Ст. 1238 т. X п. 1 прил., ст. 13 и 19.

[2]) Ст. 37 уст. торг.

[3]) Ст. 12, 13 уст. торг.; ст. 1185 ул.

[4]) Ст. 19 прил. къ ст. 1238 ч. 1 т. X.

Б. *Наемъ артели.* Для отправленія разныхъ работъ на биржѣ, при таможнѣ, при торговыхъ амбарахъ и буянахъ, въ рядахъ и тому подобныхъ торговыхъ помѣщеніяхъ [1]) хозяева торговыхъ предпріятій нанимаютъ артели, именуемыя биржевыми. Артель есть общество, товарищество, принимающее на себя отправленіе разныхъ работъ съ круговою порукою членовъ другъ за друга — одного за всѣхъ и всѣхъ за одного» [2]). Для хозяина наемъ артели, имѣя въ виду круговое ручательство, представляетъ большія выгоды—въ случаѣ порчи или гибели товара, ввѣреннаго артели, онъ обращается съ требованіемъ возмѣщенія ко всей артели, поручившейся за виновнаго. Артель уплачиваетъ ему изъ общей кассы (дуванъ) [3]). Если въ кассѣ нѣтъ денегъ, онъ обращается къ отдѣльнымъ артельщикамъ, потомъ опять къ образовавшемуся дувану и т. д. Но большинство биржевыхъ артелей располагаетъ весьма большими капиталами. Въ случаѣ взысканія со стороны хозяина уплата производится иногда изъ дувана, составленнаго путемъ экстраординарныхъ, усиленныхъ взносовъ членовъ. *Совершается* наемъ артели или словесно или письменно. Строго юридически говоря, выраженіе «наемъ артели»

---

[1]) Ст. 92 уст. торг

[2]) Ст. 97 уст. торг —Цитовичъ объ артели вовсе не упоминаетъ. Шершеневичъ изложилъ небольшой очеркъ, но, видно, незнакомъ съ литературой. См. Немировъ, Биржевыя артели, С.-П.-Б. 1876 г. Пахманъ, Обычное гражданское право въ Россіи, 1877 г. т. I стр. 247—366. Дитятинъ, Устройство и управленіе городовъ Россіи, 1873 г, стр. 268—287.

[3]) Ст. 101 уст. торг.

не совсѣмъ вѣрно: артель не нанимается, а является посредницей между хозяиномъ и рабочими, членами артели. Наемный договоръ совершается отъ имени артели старостой, избираемымъ ею, причемъ въ договорѣ этомъ артель-посредница беретъ на себя ручательство за каждаго изъ нанявшихся рабочихъ. *Срокъ* служенія артели опредѣляется закономъ минимально: онъ долженъ быть не менѣе одного года [1]). Ранѣе этого срока артель не можетъ разойтись. Но спрашивается: обязателенъ-ли такой срокъ для хозяина? Законъ этого не говоритъ и мы не вправѣ восполнить пробѣлъ путемъ толкованія. Хозяинъ, если въ договорѣ срокъ не опредѣленъ, вправѣ отказать артели во всякое время. *Юридическія отношенія* по найму артели опредѣлены законъ очень скудно: 1) относительно хозяина установлено то ограниченіе, что онъ, нанявъ одну артель, не вправѣ брать въ то-же время другую и 2) относительно артели—что въ случаѣ недостатка въ рабочихъ для исполненія работы, она обязана нанимать поденщиковъ, хотя бы то было и съ передачею [2]). Наконецъ, смерть хозяина не освобождаетъ артель отъ обязательства, ею на себя принятаго [3]).

---

[1]) Ст. 103, 744 уст. торг.
[2]) Ст. 100 уст. торг.
[3]) Ст. 19 прил. къ ст. 1238 ч 1 т. X.

VII.

ТОРГОВЫЯ ТОВАРИЩЕСТВА.

Тѣ-же формы товарищества, какія сложились въ общегражданскомъ быту, функціонируютъ и въ быту торговомъ. Предметомъ ихъ дѣятельности является «производство торговыхъ дѣйствій» [1]), и это обстоятельство кладетъ нѣкоторый отпечатокъ и на ихъ юридическую конструкцію; подъ вліяніемъ потребностей и условій торговаго оборота, общегражданскія товарищества восприняли въ себѣ тѣ или другія особенности. Исключеніе составляютъ акціонерныя компаніи, на организацію коихъ предметъ ихъ дѣятельности—занятіе торговлею—никакого вліянія не имѣетъ. Мы остановимся на товариществѣ полномъ, товариществѣ на вѣрѣ и товариществѣ съ перемѣннымъ капиталомъ.

I. Полное торговое товарищество. И въ торговомъ быту полное товарищество сохраняетъ свои типичныя черты, являясь соединеніемъ нѣсколькихъ лицъ, положившихъ заодно торговать, подъ одною фирмою, образовавшихъ отдѣльный складочный капиталъ и отвѣчаю-

[1]) Ст. 64 уст. торг

щихъ за долги товарищества всѣмъ своимъ имуществомъ. Нашъ уставъ называетъ такое товарищество торговымъ домомъ [1]). Особенности полнаго торговаго товарищества, въ отличіе отъ общегражданскаго, сводятся къ слѣдующимъ. 1) Торговое товарищество можетъ возникнуть только путемъ соглашенія, выражающагося въ заявкѣ и въ оповѣщеніи купечества. Что касается заявки, то она дѣлается въ столицахъ и въ Одессѣ—купеческой управѣ [2]), причемъ должна быть представлена выписка изъ товарищескаго договора, въ которой надлежитъ означить: 1) имя, отчество, званіе, прозвище и жительство каждаго изъ товарищей, 2) подпись и печать тѣхъ товарищей, которые уполномочены непосредственно править и распоряжаться дѣлами, и 3) количество складочнаго капитала [3]). Открытіе торговаго товарищества безъ заявки влечетъ за собою: 1) закрытіе его и 2) денежный штрафъ въ размѣрѣ 500 р. [4]). Мотивируется эта строгость тѣмъ, что лицо, открывшее товарищество безъ заявки, вводитъ публику въ заблужденіе—торгуя, быть можетъ, единолично, оно желаетъ къ себѣ внушить довѣріе, выдавъ свое предпріятіе за товарищеское, пользующееся, конечно, большимъ довѣріемъ, чѣмъ предпріятіе единоличнаго купца. Главнѣйшее назначеніе заявки—дать возможность лицамъ, интересующимся составомъ и состоятельностью товарище-

---

[1]) Ст. 71, 68 и 4, 77 уст. торг

[2]) Ст. 67 уст. торг.

[3]) Ст. 68 уст. торг.

[4]) Ст. 69 уст. торг., 1197 ул.

ства, ознакомиться съ выпискою; безъ этой публичности торговое товарищество теряетъ свое значеніе въ торговомъ оборотѣ, какъ особое ему присущее юридическое явленіе. Что касается оповѣщенія купечества печатными листами, то, хотя законъ и признаетъ его обязательнымъ, но санкціи въ себѣ не содержитъ—имъ фиксированъ лишь обычай; но какъ бы то ни было, требуя оповѣщенія купечества, законъ ясно выразилъ свой взглядъ на торговое товарищество, какъ на явленіе, по существу требующее широкой гласности. 2) Полное торговое товарищество обязательно имѣетъ фирму, какъ «общее названіе всѣхъ» товарищей [1]), хотя по обычаю въ наименованіе вносятся имена лишь одного или двухъ товарищей съ прибавкою «и К°». Если по отношенію къ единоличному торговцу право на фирму по нашему законодательству признано только нормами охранительными [2]), то относительно права на фирму товарищества слѣдуетъ сказать, что оно признано и нормами опредѣлительными—фирма товарищества регистрируется тѣми учрежденіями, въ которыхъ находится выписка изъ товарищескаго договора. 3) Торговое товарищество имѣетъ свой складочный капиталъ, образовавшійся изъ взносовъ каждаго изъ товарищей, хотя возможенъ случай, что тотъ или другой товарищъ участвуетъ въ товариществѣ не капиталомъ, а трудомъ; тогда доля участія его въ прибыляхъ опредѣ-

---

[1]) Ст. 71 уст. торг

[2]) См. выше стр. 55—63.

ляется договоромъ. Но складочнымъ капиталомъ не ограничивается имущество товарищества—оно можетъ состоять изъ множества другихъ цѣнностей. Отдѣльный складочный капиталъ и отдѣльное имущество вообще обособляютъ товарищество, уподобляютъ его юридическому лицу, причемъ фикція юридическаго лица примѣняется къ нему mutatis mutandis—не со всѣми ея послѣдствіями, а лишь до нѣкоторой степени; а потому сказать, что полное торговое товарищество есть лицо юридическое, нельзя: въ немъ имѣются лишь кое-какія его черты. Самостоятельность и обособленность товарищества съ имущественной стороны выражается въ слѣдующемъ. а) Каждый товарищъ можетъ быть кредиторомъ и должникомъ товарищества. Какъ къ должнику, къ нему предъявляются требованія со стороны товарищества, какъ кредиторъ, онъ имѣетъ требованія къ товариществу, причемъ, если взыскивается причитающаяся ему сумма изъ складочнаго капитала, то онъ получаетъ ее полностью; если-же онъ обращается съ требованіемъ къ отдѣльнымъ сотоварищамъ, то съ нихъ онъ можетъ требовать лишь въ размѣрѣ ихъ долей или съ зачетомъ своей доли. б) Хотя кредиторъ товарищества и можетъ стать кредиторомъ товарищей, но кредиторы отдѣльныхъ товарищей никогда не могутъ быть кредиторами товарищества; самое большее, что они могутъ—это обратить взысканіе на долю ихъ должника въ товариществѣ. в) При конкуренціи равносильныхъ и одновременныхъ требованій кредиторовъ товарищества съ требованіями кредиторовъ товарищей сна-

чала удовлетворяются требованія первыхъ, а затѣмъ уже вторыхъ [1]). Кредиторы товарищей могутъ обратить взысканіе на долю ихъ должника въ активѣ товарищества, получающемся за вычетомъ долговъ. г) Кредиторы товарищества имѣютъ право prima facie на имущество товарищества, а затѣмъ уже могутъ обратиться къ отдѣльнымъ товарищамъ. Допустить право выбора, какъ это дѣлаютъ наши коммерсіалисты [2]), нѣтъ основаній. Выводить изъ словъ закона: «товарищи отвѣтствуютъ за всѣ долги онаго вообще и порознь» [3]), что кредиторы могутъ по усмотрѣнію обратить искъ сразу къ отдѣльнымъ товарищамъ, нельзя: на то они и кредиторы *товарищества*, что могутъ обратиться именно къ товариществу, а при безуспѣшности взысканія могутъ, конечно, предъявить искъ къ отдѣльнымъ товарищамъ. Процессуальный законъ не разъ упоминаетъ объ искахъ къ товариществу, имѣя въ виду, что искъ долженъ быть предъявленъ именно къ товариществу, въ лицѣ уполномоченнаго его представителя [4]), а никакъ не къ отдѣльному товарищу; для предъявленія къ нему иска надо указать, что къ товариществу онъ уже былъ предъявленъ, но остался неудовлетвореннымъ. Если-бы истецъ вду-

---

[1]) Проф. Шершеневичъ (стр. 183) выражается еще рѣзче, но онъ едва-ли правъ Онъ полагаетъ, что на имущество, пріобрѣтенное товариществомъ, имѣютъ исключительное право его кредиторы, а кредиторы товарищей никакого права не имѣютъ.

[2]) Цитовичъ, Учебн. стр. 120, Шершеневичъ, стр. 223.

[3]) Ст. 26, 220, 221 уст. гр. суд.

[4]) Ст. 571 уст. гр. суд.

малъ обратиться сразу къ отдѣльному товарищу, то тотъ имѣлъ-бы полное право предъявить отводъ, заявивъ, что онъ не представитель товарищества, что искъ по существу есть искъ не противъ него, а противъ товарищества, т. е. что послѣднее надлежащій отвѣтчикъ. 4) Необходимая принадлежность торговаго товарищества—полномочный распорядитель, выбранный товарищами изъ своей среды. Мы видѣли выше, что при учрежденіи товарищества въ выпискѣ должно быть указано, кто именно избранъ въ качествѣ уполномоченнаго распорядителя—это лицо имѣетъ право исключительно распоряжаться дѣлами, подписывать акты отъ имени товарищества [1]), быть безъ особой довѣренности представителемъ его на судѣ [2]) и т. п. Дѣйствовать отъ имени товарищества никто изъ товарищей кромѣ него не можетъ. Объемъ его полномочій опредѣляется учредительнымъ договоромъ. 5) Отдѣльный товарищъ не можетъ быть въ то-же время товарищемъ другаго *торговаго* товарищества [3]). Мотивъ этой особенности торговаго товарищества вполнѣ ясенъ. Въ интересахъ кредиторовъ не желательно, чтобы товарищъ состоялъ членомъ другого единенія, въ коемъ онъ отвѣчалъ-бы тоже всѣмъ своимъ имуществомъ. Если онъ въ данномъ товариществѣ отвѣчаетъ всѣмъ своимъ имуществомъ, то вполнѣ разумно запрещать ему отвѣчать этимъ-же имуществомъ по другому товариществу. 6) Особенность торго-

---

[1]) Ст. 68 уст. торг.
[2]) Ст. 26 уст. гр суд
[3]) Ст. 78 уст. торг

ваго товарищества проявляется и по вопросу о вліяніи *смерти* товарища. Римскіе юристы строго различали товарищеское отношеніе въ цѣломъ его составѣ отъ отношенія отдѣльныхъ товарищей къ другимъ товарищамъ. Смерть товарища прекращала отношеніе и въ томъ и въ другомъ смыслѣ—morte socii societas solvitur, но въ первомъ случаѣ смерть влекла за собою это послѣдствіе условно, во второмъ—безусловно, т. е. въ первомъ случаѣ товарищество между оставшимися въ живыхъ товарищами могло продолжаться, если въ договорѣ, при его заключеніи, это было выговорено, во второмъ же случаѣ товарищескія отношенія умершаго прекращались въ томъ смыслѣ, что наслѣдники умершаго не становились по преемству товарищами, хотя-бы въ договорѣ эта преемственность была выговорена [1]). Юстиніанъ объясняетъ прекращеніе товарищества смертью одного изъ товарищей тѣмъ, что qui societatem contrahit, personam certam sibi eligit [2]). Но это односторонне: этимъ объясняется лишь прекращеніе товарищескихъ отношеній во второмъ смыслѣ, т. е. непреемственность ихъ. И дѣйствительно, навязывать товарищамъ лицо, имъ нежелательное, неразумно; быть можетъ, при заключеніи договора они, подъ вліяніемъ тѣхъ или другихъ обстоятельствъ, отказались отъ права не принимать наслѣдника въ сотоварищи—это для нихъ, когда фактъ смерти

[1]) Pandecten: Windscheid, B 2, S. 487—488; Arndts, S. 514; Baron, S. 513—514.

[2]) § 5 Inst 3 25

совершился, необязательно. Если же они питаютъ довѣріе къ наслѣднику, то, конечно, ничто имъ не мѣшаетъ принять его въ товарищи, какъ и всякое другое лицо. Но указанныя соображенія Юстиніана не объясняютъ прекращенія товарищества въ первомъ смыслѣ, т. е. въ цѣломъ составѣ. Тутъ всего вѣрнѣе имѣть въ виду интересы кредиторовъ товарищества, для которыхъ не безразлично, выбылъ-ли тотъ или другой товарищъ изъ товарищества или нѣтъ. Быть можетъ это самый состоятельный изъ всѣхъ? Если-бы товарищество въ этомъ случаѣ не прекращалось, то, при неизвѣстности со стороны кредиторовъ о смерти того или другаго изъ товарищей, они продолжали-бы кредитовать товариществу, увѣренные въ нахожденіи въ его составѣ именно этого члена. Въ виду ихъ интересовъ товарищество должно прекратиться, а если товарищи этого не пожелаютъ, то должны оговорить въ договорѣ, опять въ интересахъ кредиторовъ, дабы тѣмъ было вѣдомо, что въ товариществѣ могутъ произойти перемѣны, и они, при вступленіи въ сдѣлку съ товариществомъ, справлялись о личномъ составѣ его. Что касается нашего права, то можно, въ противность господствующему мнѣнію, но согласно съ требованіями практики, утверждать, что смерть товарища влечетъ за собой прекращеніе товарищества въ отношеніи къ умершему и въ цѣломъ составѣ. Что оно прекращается въ первомъ смыслѣ, т. е. что оно непреемственно, мы основываемъ на приведенномъ соображеніи Юстиніана, имѣющемъ общее значеніе, вытекающемъ изъ существа

товарищества. Проф. Цитовичъ, допуская преемственность права товарища, говоритъ, что уставомъ даже упрощена форма завѣщанія товарищескихъ правъ [1]). Это, очевидно, недоразумѣніе. Нашъ уставъ предоставляетъ каждому товарищу назначить на случай своей смерти не преемника, а особое лицо «для продолженія общей торговли до раздѣла и прекращенія товарищества» [2]), «для безостановочнаго отправленія текущихъ дѣлъ и ликвидаціи» [3]). Это лицо есть представитель умершаго и ликвидаторъ, а не преемникъ. О наслѣдникахъ умершаго товарища законъ лишь говоритъ, что они «по обоюдному согласію съ оставшимися товарищами» могутъ «продолжать торговое предпріятіе на прежнемъ или новомъ основаніи» [4]). Здѣсь выраженіе «продолжать на прежнемъ основаніи» не указываетъ на то, что наслѣдники вступаютъ въ прежнее товарищество на мѣсто умершаго; законъ этой стороны вопроса не касается, а говоритъ лишь объ «основаніяхъ» торговли. Съ одинаковой, если не съ большей, вѣроятностью, можно предположить, что тутъ имѣется въ виду образованіе новаго товарищества на «прежнихъ основаніяхъ». Говоря это, мы естественно переходимъ къ вопросу о вліяніи смерти на товарищескія отношенія въ цѣломъ ихъ составѣ. Мы того мнѣнія, что смерть товарища по нашему праву влечетъ за

---

[1]) Цитовичъ, Учебн., стр. 125.
[2]) Ст. 73—75 уст. торг.
[3]) Ст. 14 прил. къ ст. 1238 ч 1 т. X.
[4]) Ст. 18 ibid.

собой безусловное прекращеніе товарищества. Это мы выводимъ изъ того, во первыхъ, что законъ, говоря о распоряженіяхъ товарищей на случай смерти, имѣетъ въ виду «ликвидацію» товарищества [1]) и, какъ мы видѣли, говоря о продолженіи предпріятія на прежнихъ основаніяхъ, не предрѣшаетъ вовсе сохраненія товарищества—предпріятіе можетъ продолжаться на прежнихъ основаніяхъ и при новомъ товариществѣ. Во вторыхъ, главный аргументъ въ пользу прекращенія товарищества—интересы кредиторовъ. Тутъ выдвигается то соображеніе, которое мы выше изложили, а именно: для кредиторовъ не безразлично, умеръ или живъ тотъ или другой товарищъ. Это соображеніе тѣмъ болѣе имѣетъ значеніе у насъ, гдѣ, какъ мы видѣли, при созданіи товарищества заявляется выписка изъ договора съ обозначеніемъ именъ товарищей, выписка, съ которой можно справиться. Эта регистрація теряетъ весь смыслъ, если допустить продолженіе товарищества несмотря на смерть товарища. Положимъ, лицо, предполагая вступить въ сдѣлку съ товариществомъ, справляется въ управѣ въ выпискѣ, желая знать, кто состоитъ товарищами; ему даютъ выписку и оказывается, что и половины поканныхъ въ ней товарищей нѣтъ въ живыхъ, да, быть можетъ, самыхъ солидныхъ. На основаніи выписки онъ кредитуетъ товариществу крупную сумму, а потомъ при взысканіи можетъ оказаться, что товарищи все люди недостаточные. Тоже самое надо сказать объ «оповѣщеніи купечества»—оно

[1]) Ст. 2 и 3 ibid.

оповѣщается о составѣ товарищества при учрежденіи; но смерть не требуетъ оповѣщенія. Оповѣщенные увѣрены, что товарищество состоитъ изъ такихъ-то лицъ, оказывается, что въ живыхъ половина изъ нихъ. Вотъ почему, по смыслу нашего закона, товарищество должно прекратиться юридически вслѣдствіе смерти товарища. Нѣтъ, конечно, надобности, чтобы при такомъ прекращеніи всегда наступала ликвидація—ея можетъ не быть; товарищи «оставшіеся» могутъ заявить управѣ объ учрежденіи товарищества на прежнихъ основаніяхъ и подъ прежней фирмой, причемъ, конечно, требуется представленіе выписки и оповѣщеніе купечества. При такихъ условіяхъ и интересы кредиторовъ будутъ удовлетворены. 7) Выходъ товарища изъ товарищества несвободенъ. Нечего и говорить, что, если товарищескій договоръ заключенъ на срокъ, то ни одинъ изъ товарищей не можетъ выйти изъ товарищества раньше срока; если же договоръ безсрочный, то выходъ товарища можно допустить лишь въ томъ случаѣ, когда съ этимъ не сопряжены убытки для товарищества—выходъ въ неблагопріятное время можетъ влечь за собой разореніе товарищества; онъ является уже не осуществленіемъ своего права, а совершеніемъ правонарушительнаго дѣйствія. Судъ долженъ рѣшить вопросъ можетъ ли товарищъ въ данный моментъ выйти изъ товарищества. Если выходъ товарища будетъ признанъ возможнымъ (судомъ или остальными товарищами), то это влечетъ за собою прекращеніе товарищества, по тѣмъ же соображеніямъ, по какимъ это послѣдствіе свя-

зывается со смертью. Выходъ товарища можетъ быть и невольный, напр. въ случаѣ несостоятельности; послѣдствія его тѣ же. Наконецъ особенность полнаго торговаго товарищества выражается въ томъ, что 8) хотя каждый товарищъ обязанъ взять гильдейское свидѣтельство, но билетъ на торговое заведеніе выдается на имя товарищества [1]) и 9) при несостоятельности торговаго товарищества примѣняются правила о *торговой* несостоятельности.

II. Торговое товарищество на вѣрѣ. Товарищество на вѣрѣ, или коммандита, какъ извѣстно, есть или полное товарищество или единоличное предпріятіе съ нѣсколькими вкладчиками, отвѣчающими за долги лишь своимъ вкладомъ, не принимающими участія въ управленіи и получающими лишь прибыль въ видѣ дивиденда [2]). Все изложенное о полномъ торговомъ товариществѣ примѣняется и къ товариществу на вѣрѣ, если ядромъ его является полное товарищество; что же касается вкладчиковъ, то торговые особенности ихъ положенія весьма малочисленны. Онѣ сводятся къ тому, что при учрежденіи торговаго товарищества на вѣрѣ въ выпискѣ, предъявляемой управѣ, «вкладчики могутъ быть поименованы въ томъ только случаѣ, если сами того пожелаютъ, но количество внесеннаго ими капитала должно быть заявлено» [3]). Послѣднее требованіе весьма своеобразно и

---

[1]) Ст. 68 п. пошл

[2]) Ст. 86 уст. торг.

[3]) Ст. 81, 83—85 уст. торг

дастъ широкій просторъ злоупотребленіямъ, т. е. обозначенію въ выпискѣ громадной суммы вкладовъ, которыхъ на самомъ дѣлѣ вовсе нѣтъ или есть, но въ меньшемъ количествѣ. Для внушенія ложнаго довѣрія купецъ заявляетъ въ выпискѣ, что онъ пользуется на такую-ту сумму вкладами другихъ лицъ и открываетъ торговый домъ подъ фирмою: «такой-то и К°».

VIII.

(Продолженіе).

ТОВАРИЩЕСТВА СЪ ПЕРЕМѢННЫМЪ КАПИТАЛОМЪ.

III. Товарищества съ перемѣннымъ капиталомъ. Самое выраженіе «товарищество съ перемѣннымъ капиталомъ», société à capital variable, односторонне и не даетъ точнаго представленія о томъ, какія это товарищества. Вѣрнѣе было бы назвать ихъ товариществами кооперативными, взаимной помощи, ибо основная идея ихъ заключается въ томъ, что нѣсколько лицъ соединяютъ свои имущественныя средства съ цѣлью образованія капитала, изъ котораго, при помощи извѣстныхъ операцій, каждому изъ этихъ лицъ или ихъ наслѣдникамъ доставляется та или другая денежная помощь, услуга, кредитъ, пенсія, вознагражденіе за убытки, единовременное пособіе и т. п. По самому существу своему, товарищества эти чрезвычайно подвижны, измѣнчивы: какъ капиталъ постоянно колеблется, такъ и личный составъ: одни члены уходятъ, другія приходятъ, и вслѣдствіе этого капиталъ то увеличивается, то уменьшается. Это и дало поводъ обозначить ихъ вышеупомянутымъ наименованіемъ.

Юридически ихъ можно квалифицировать такъ: это суть союзы лицъ, имѣющіе своимъ назначеніемъ,—при помощи капитала, образованнаго прежде всего изъ вкладовъ и колеблющагося благодаря взносу новыхъ и обратному полученію внесенныхъ,—вступать съ лицами, входящими въ ихъ составъ, въ юридическія сдѣлки, причемъ лица эти могутъ отвѣчать за долги общества своимъ имуществомъ, въ опредѣленной долѣ. Сдѣлки, въ которыя общества эти вступаютъ со своими членами, могутъ быть чрезвычайно разнообразны, напр. общество обязуется за періодически вносимую плату выдавать плательщику премію, пенсію, пособіе (пенсіонныя, эмеритальныя кассы), уплатить наслѣдникамъ, въ случаѣ смерти, извѣстную сумму (взаимное страхованіе жизни, погребальныя кассы), вознаградить за пожарные и иные случайные убытки (взаимное страхованіе отъ огня, градобитія и т. п.), или общество даетъ взаймы на проценты (ссудныя кассы), или, кромѣ того, вступаетъ въ различныя банкирскія сдѣлки съ членами (общества взаимнаго кредита) и т. п.

Изъ этихъ обществъ взаимности торговый характеръ присущъ лишь обществамъ взаимнаго кредита, благодаря тому, что предметомъ ихъ дѣйствій являются банкирскія сдѣлки, въ которыя общества эти вступаютъ со своими членами [1]). Нормы ихъ организаціи и дѣятельности содержатся въ ихъ уставахъ и уставѣ кредитномъ. Законъ нормальнаго положенія не даетъ, но, во 1-хъ,

[1]) См. ст. 4 варш. уст.

указываетъ на четыре устава, какъ на образцы, примѣнительно къ которымъ могутъ быть эти общества учреждаемы [1]), а именно: уставы новочеркасскаго [2]), пензенскаго [3]), второго харьковскаго [4]) и варшавскаго общ. взаим. кред. [5]), и во 2-хъ, даетъ рядъ безусловно обязательныхъ, прецептивныхъ нормъ, которыя уставами отмѣнены быть не могутъ [6]). Всѣ эти нормы и надо утилизировать для воспроизведенія ученія объ обществахъ взаимнаго кредита.

Подъ общественнымъ взаимнымъ кредитомъ слѣдуетъ понимать такія общества взаимности, которыя вступаютъ со своими членами въ кредитныя сдѣлки, а именно: учетъ векселей, открытіе кредита и текущихъ счетовъ, дача взаймы, поклажа цѣнныхъ бумагъ и т. п. [7]).

1. *Возникновеніе обществъ взаимнаго кредита.* Для возникновенія обществъ взаимнаго кредита необходимо, во 1-хъ, *утвержденіе* устава ихъ министромъ финансовъ [8]); но въ тѣхъ случаяхъ, когда въ уставѣ, поданномъ на его утвержденіе, имѣются «существенныя отступленія» отъ вышеуказанныхъ четырехъ уставовъ, то «о семъ», т. е. въ этихъ пунктахъ, министръ входитъ съ представленіемъ въ государственный со-

[1]) Ст. 27 р. X уст. кред.
[2]) Полн. собр. зак. № 49625.
[3]) Ibid. № 49631.
[4]) Ibid. № 49636.
[5]) Ibid. № 50141.
[6]) Ст. 1—10, 28—39, 75—133 р. X уст. кред.
[7]) Ст. 14 нов., 15 пенз., 14 2-го харьк, 17 варш. уст.
[8]) Ст 2, 27 р. X уст. кр.

вѣтъ [1]); во 2-хъ, наличность не менѣе опредѣленнаго *числа* членовъ (50 [2]) и 100 [3]); это личное условіе заключаетъ въ себѣ и условіе имущественное, ибо эти 50 или 100 членовъ должны внести вклады, изъ чего и образуется капиталъ общества. Что касается вопроса, съ какого момента общество считается юридически существующимъ, то таковымъ должно считать день утвержденія устава, ибо законъ разсматриваетъ наличность опредѣленнаго числа членовъ, какъ условіе «открытія дѣйствій общества», т. е. придаетъ ему болѣе фактическое значеніе.

2. *Личный составъ обществъ взаимнаго кредита.* Членами общества могутъ быть лица всѣхъ званій, но относительно профессіи ихъ иногда требуется занятіе торговлей и промышленностью [4]), иногда же въ уставахъ говорится, что общество учреждается преимущественно для лицъ, занимающихся торговлею [5]) и промышленностью [6]); но эта прибавка не имѣетъ никакого юридическаго значенія. Для вступленія въ число членовъ необходимо: во 1-хъ, *просьба* лица о принятіи его въ члены, съ указаніемъ, желаетъ-ли вступающій пользоваться личнымъ или вещнымъ кредитомъ [7]); во 2-хъ, *принятіе* лица въ члены особымъ пріемнымъ комите-

[1]) Ст. 4 р. X уст. кр.
[2]) Ст. 7 нов. пенз., харьк. уст.
[3]) Ст. 5 варш. уст
[4]) Ст. 1 пенз. уст.
[5]) Ст. 1 варш. уст.
[6]) Ст. 1 харьк. уст.
[7]) Ст. 9 нов., пенз. и харьк. уст.; ст. 10 варш. уст

томъ, не связаннымъ никакими правилами и никому не отдающимъ отчета, почему то и другое лицо не избрано [1]); соображенія, по которымъ оно не избрано, остаются неизвѣстными, ибо выборы производятся закрытою подачею голосовъ; все это необходимо въ виду того взаимнаго личнаго довѣрія, которое предполагается въ обществахъ взаимности; въ 3-хъ, опредѣленный *вкладъ*, вносимый лицомъ вступающимъ, наличными деньгами (объ этомъ ниже), и въ 4-хъ, выдача имъ *обязательства* объ отвѣтственности за операціи общества какъ вкладомъ, такъ и собственнымъ имуществомъ въ размѣрѣ разности суммы открытаго кредита и вклада; такъ, если вкладъ равенъ 10% суммы открытаго кредита, то отвѣтственность собственнымъ имуществомъ простирается до 90% этой суммы [2]).—Что касается *выбытія* члена изъ состава общества, то основанія его суть: 1) *смерть*—къ наслѣдникамъ званіе члена не переходитъ, въ виду извѣстныхъ личныхъ качествъ, которыя требуются отъ вступающаго и оцѣниваются пріемнымъ комитетомъ; наслѣдники получаютъ отъ общества все причитающееся наслѣдодателю по день его смерти, а равно и отвѣчаютъ за операціи общества, «совершенныя до дня его смерти» [3]); 2) *добровольный выходъ*—допускается онъ только въ опредѣленное уставомъ время, причемъ выбывающему возвращается его вкладъ и всѣ цѣнности, представленныя

[1]) Ст. 56, 60 нов.; 53, 54 пенз; 52, 53 харьк; 58, 59 варш. уст.
[2]) Ст. 3 всѣхъ уст.
[3]) Ст. 12 харьк и пенз; 13 нов., 14 варш уст.

въ обезпеченіе, съ вычетомъ или съ прибылью, смотря по состоянію дѣлъ общества и счетовъ выбывающаго съ обществомъ; моментомъ выбытія почитается день подачи просьбы о томъ въ правленіе; это рѣшительный моментъ при разсчетахъ выбывающаго съ обществомъ, причемъ относительно прибылей, причитающихся уходящему, моментъ этотъ имѣетъ то значеніе, что выбывающій получаетъ лишь образовавшуюся къ этому моменту *наличную* прибыль; изъ тѣхъ же суммъ, какія имѣются въ долгахъ у общества на другихъ, онъ ничего не получаетъ [1]), и 3) *принудительный выходъ*, имѣющій мѣсто тогда, когда вкладъ и другія цѣнности, принадлежащія члену и находящіяся у общества, исчерпаны взысканіями какъ со стороны общества, такъ и третьихъ лицъ [2]), причемъ, по общему правилу, это признаніе члена выбывшимъ исходитъ отъ правленія [3]), но иногда требуется утвержденіе совѣта [4]).

3) *Имущество обществъ взаимнаго кредита.* Имущество общества состоитъ изъ слѣдующихъ частей: а) *Оборотный капиталъ.* Состоитъ онъ изъ вкладовъ, дѣлаемыхъ членами при вступленіи; размѣръ этихъ вкладовъ опредѣляется процентнымъ отношеніемъ къ суммѣ открытаго кредита, всего чаще 10% [5]). Иногда проценты могутъ быть увеличены

[1]) Ст. 13 харьк. и пенз.; 14 нов., 15 варш. уст.
[2]) Ст. 6 харьк., пенз. и нов., 7 варш. уст.
[3]) Ibid. 1 ст.
[4]) Ст. 16 варш. уст.
[5]) Ст. 5 всѣхъ уст.

до 20 опредѣленіемъ общаго собранія, причемъ члены, ранѣе внесшіе меньшій процентъ, производятъ доплату [1]). Оборотный капиталъ представляетъ величину подвижную— вступаютъ новые члены и дѣлаютъ вклады, выбываютъ прежніе и получаютъ свои вклады [2]). b) *Запасный капиталъ.* Образуется онъ во 1-хъ, изъ процентныхъ отчисленій съ прибылей общества; размѣръ его опредѣляется минимально, а именно, 10% и можетъ быть увеличенъ опредѣленіемъ общаго собранія; отчисленія эти прекращаются, когда запасный капиталъ достигнетъ размѣра оборотнаго капитала [3]), во 2-хъ, изъ дивидендовъ отдѣльныхъ членовъ, по истеченіи срока давности на полученіе ихъ [4]) и въ 3-хъ, изъ процентовъ съ этихъ суммъ [5]). c) *Доходы съ операцій.* По всѣмъ банкирскимъ сдѣлкамъ, въ которыя вступаетъ общество со своими членами или съ посторонними лицами, оно имѣетъ право на вознагражденіе, размѣръ коего по всѣмъ отдѣль-

---

[1]) Пр. къ ст 5 варш уст.

[2]) Проф. Цитовичъ (Учебн. стр 168) говоритъ объ особомъ капиталѣ гарантіи, заключающемся въ обязательствахъ членовъ отвѣчать за убытки общества. Если о капиталѣ гарантіи говоритъ уставъ, то признавать существованіе таковаго необязательно для юристовъ. Такого капитала нѣтъ Обязательства, выдаваемыя членами удостовѣряютъ лишь отвѣтственность ихъ за операціи и являются гарантіей въ экономическомъ, а не въ юридическомъ смыслѣ. Юридически никакой разницы нѣтъ, будетъ-ли въ уставѣ сказано, что члены, вступая, принимаютъ на себя обязательство отвѣчать за убытки въ размѣрѣ открытаго кредита или будутъ взяты съ членовъ особыя обязательства.

[3]) Ст. 65 варш. уст.

[4]) Ст 68 варш. уст.

[5]) Ст. 69 ibid.

нымъ сдѣлкамъ опредѣляется правленіемъ и объявляется въ газетахъ [1]). Къ тому же разряду имущества причисляются %% по цѣннымъ бумагамъ общества и пенныя деньги, взыскиваемыя съ неисправныхъ членовъ [2]). Наконецъ д) къ имуществу общества причисляются *хозяйственный инвентарь и домъ*, если таковой имѣется; законъ признаетъ за обществомъ право пріобрѣтать недвижимость, необходимую для собственнаго помѣщенія или для помѣщенія конторъ [3]).

4) *Юридическія отношенія между обществомъ взаимнаго кредита и его членами.* Отношенія эти заключаются во взаимныхъ правахъ и обязанностяхъ общества и членовъ. Мы разсмотримъ права и обязанности членовъ и тѣмъ, конечно, исчерпаемъ вопросъ о правахъ и обязанностяхъ общества. Права и обязанности членовъ могутъ быть двухъ категорій: одни могутъ быть названы корпоративными, другія общими. Первыя присвоены членамъ какъ составнымъ частямъ корпораціи, и возможны только въ корпораціи, въ обществѣ, вторыя же принадлежатъ членамъ какъ лицамъ, могущимъ стать контрагентами—кредиторами и должниками—общества; они возможны сами по себѣ, независимо отъ принадлежности лица къ числу членовъ общества. 1. *Общія права и обязанности членовъ.* а) *Общія права членовъ.* Къ этимъ правамъ относится аа) *право пользованія*

---

[1]) Ст. 17 нов. уст., 16 пенз., 18 харьк. и варш.

[2]) Ст. 26 нов. и варш., 25 пенз, 22 харьк. уст.

[3]) Ст. 7 р. X уст. кр.

кредитомъ. Это основное право заключается въ возможности вступить съ обществомъ въ различныя долговыя обязательства, становясь его должникомъ. Предѣлы этого права опредѣляются уставомъ и закономъ подъ названіемъ «размѣра открываемаго кредита»; минимумъ его опредѣляется уставомъ (50 [1]) и 100 [2]) р.). а затѣмъ совѣтъ общества можетъ увеличить эту норму, но лишь до максимума, опредѣленнаго закономъ, а именно: высшій размѣръ его не долженъ превышать болѣе, чѣмъ въ 50 разъ низшій размѣръ [3]). По избраніи лица въ члены общества, пріемный комитетъ рѣшаетъ вопросъ о размѣрѣ и формѣ открываемаго ему кредита [4]). Размѣръ устанавливается въ предѣлахъ указаннаго максимума и минимума, что-же касается формы, то кредитъ можетъ быть открытъ: *а)* личный, т. е. безъ установленія залога и притомъ въ двухъ формахъ: *аа)* «по благонадежности просителя» и *бб)* на основаніи ручательства благонадежнаго лица, т. е. съ поручительствомъ и *б)* вещный, т. е. обезпеченный или *аа)* закладомъ государственныхъ процентныхъ бумагъ, акцій или облигацій обществъ, пользующихся гарантіями правительства [5]), или-же *бб)* залогомъ недвижимаго имущества [6]). Разъ установленный размѣръ кредита, открытаго члену, можетъ измѣняться

---

[1]) Ст. 5 харьк. у

[2]) Ст. 5 нов., пенз., 6 варш у.

[3]) Ст. 28 р. х. у кр.

[4]) Ст. 56 нов., 53 пенз., 52 харьк., 38 варш. ул

[5]) Ст. 10 харьк., 11 нов. и пенз, 12 варш. у.

[6]) Харьк. у. не принимаетъ недвижимаго имущества.

по слѣдующимъ причинамъ: 1) вслѣдствіе измѣненія мѣстныхъ денежныхъ и торговыхъ дѣлъ можетъ быть потребовано отъ членовъ дополнительное обезпеченіе и, буде они его не представятъ, размѣръ ихъ кредита уменьшается [1]); 2) кредитъ можетъ быть уменьшенъ или увеличенъ по желанію члена, уменьшающаго или увеличивающаго сумму обезпеченія; 3) кредитъ можетъ быть увеличенъ по просьбѣ члена или уменьшенъ, если пріемный комитетъ признаетъ его болѣе или мѣнѣе благонадежнымъ, чѣмъ во время пріема въ члены и 4) кредитъ можетъ быть уменьшенъ, если обезпеченіе будетъ уменьшено взысканіемъ по уплатѣ убытковъ общества [2]). Таково право на открытіе кредита. Признаніемъ его члену дается возможность вступать въ пассивныя по отношенію къ нему банкирскія сдѣлки, а именно: 1) *учитывать векселя* (торговые), т. е. пріобрѣтать право по векселю съ обязательствомъ члена дисконтера, по праву регресса принадлежащему обществу-дисконтанту; но это право регресса обезпечивается тѣмъ, что на учитываемомъ векселѣ требуется подпись не только члена, но и другого благонадежнаго лица; такъ что по праву регресса являются обязанными передъ обществомъ два лица; сумма представленныхъ къ учету векселей не должна превышать размѣра открытаго кредита [3]); и 2) *дѣлать займы* срокомъ не свыше шести

---

[1]) Ст. 11 харьк., пенз., 12 нов., 13 варш. у.

[2]) Ст. 26 харьк., нов., пенз., 22 варш. у.

[3]) Ст. 14 п. 1 харьк., пенз., 15 п. 1 нов., 17 п. 1 варш. у.— Учетъ соло-векселей запрещенъ—см. ст. 8 р. X у. кр.

мѣсяцевъ подъ залогъ процентныхъ бумагъ, товаровъ, капиталовъ [1]) и т. п. Кромѣ этихъ пассивныхъ по отношенію къ члену сдѣлокъ, членъ имѣетъ бб) *право вступить и въ сдѣлки активныя*, а именно: передавать обществу извѣстныя суммы на текущій счетъ, дѣлать вклады срочные и безсрочные на проценты, давать на храненіе цѣнныя бумаги, учитывать вышедшіе въ тиражъ процентныя бумаги и купоны, давать обществу порученія на полученіе платежей, на покупку векселей, на переводъ денегъ и т. п. [2]). б) *Общія обязанности членовъ*. Всѣ эти обязанности могутъ быть сведены къ одной—обязанности быть исправнымъ должникомъ общества по сдѣлкамъ, заключеннымъ съ нимъ. Неисполненіе этой обязанности дастъ обществу: 1) право на неустойку (пеню) въ размѣрѣ $^1/_2$% за каждые полмѣсяца до уплаты по взысканію [3]), 2) право собственною властью получать удовлетвореніе изъ залоговъ, представленныхъ членомъ въ обезпеченіе права по займамъ, (заложенное имущество продается [4]), 3) право обратиться съ вексельнымъ искомъ въ коммерческій судъ по сдѣлкамъ, не обезпеченнымъ залогомъ [5]). Если по какимъ-либо причинамъ сумма, на которую общество имѣетъ право, не

---

[1]) Ст 14 п. 2 харьк., пенз., ст. 15 п. 3—9 нов, 17 п. 3—10 варш. у.

[2]) Ст. 14 п 3—9 харьк, пенз, 15 п. 3—9 нов., 17 п 3—10 варш. у.

[3]) Ст. 22 харьк., 25 пенз, 26 нов, варш у.

[4]) Ст. 23 нов., варш., харьк., 22 пенз., у.

[5]) Ст. 23 и 24 пенз., 24, 25 нов., варш. у.

будетъ выручена, то общество имѣетъ право удержать свой долгъ изъ обезпеченія открытаго кредита, изъ вкладовъ и текущихъ счетовъ [1]). 2) *Корпоративныя права и обязанности членовъ* а) *Корпоративныя права членовъ.* Къ правамъ этимъ надо отнести: аа) *право на дивидендъ,* т. е. на долю прибылей общества. Сумма, подлежащая раздѣлу между членами, есть разность суммы доходовъ отъ операцій и расходовъ по управленію, а также убытковъ и отчисленій въ запасный капиталъ [2]). Разность эта распредѣляется между членами пропорціонально размѣру открытаго имъ кредита [3]). Выдается дивидендъ ежегодно, причемъ членъ, вступившій въ теченіе года, получаетъ лишь полугодовой дивидендъ и то, если пробылъ въ обществѣ не менѣе полугода [4]), членъ-же, втеченіе года выбывшій, какъ мы видѣли выше, получаетъ дивидендъ изъ доходовъ, уже поступившихъ до дня подачи просьбы о выходѣ [5]). Наконецъ право на дивидендъ погашается иногда особою краткою давностью (пять лѣтъ) [6]). бб) *Право участія въ управленіи дѣлами общества.* Всѣ члены имѣютъ право участвовать въ общемъ собраніи и могутъ избирать и быть избираемыми на всѣ выборныя должности. Какъ

---

[1]) Ст. 6 нов., харьк., пенз., 7 варш. у.

[2]) Ст. 52 харьк. 59 пенз, 65 нов. и варш. у.

[3]) Ibid. ст. 1.

[4]) Ст. 60 харьк., 61 пенз., 66 нов., 67 варш. у.

[5]) Ст. 13 харьк., пенз., 14 нов., 15 варш. у.

[6]) Ст. 68 варш. у.; др. у. (ст. 62 пенз., 61 харьк.) устанавливаетъ 10-лѣтнюю давность, но это не имѣетъ значенія, ибо и безъ того на искъ о дивидендѣ распространяется общая давность.

эти права осуществляются, объ этомъ будетъ сказано ниже. б) *Корпоративныя обязанности членовъ.* Къ числу этихъ обязанностей принадлежатъ: аа) *обязанность отвѣчать за убытки понесенные обществомъ.* Общества взаимнаго кредита суть общества съ ограниченною отвѣтственностью: въ силу обязательствъ, которыя членомъ даются при вступленіи, онъ отвѣчаетъ по операціямъ общества, какъ вкладомъ своимъ, такъ и другимъ своимъ имуществомъ до предѣловъ открываемаго ему кредита. Когда обнаружатся убытки отъ операцій общества, каждый членъ долженъ, въ силу обязательства имъ даннаго, внести причитающуюся на его долю сумму; если-же онъ этого не сдѣлаетъ, то общество, смотря по формѣ открытаго ему кредита, производитъ взысканіе: если кредитъ былъ личный, оно обращается къ вкладу и другому имуществу члена, имѣющемуся во владѣніи у общества [1]), а при недостаточности его взыскиваетъ изъ «общаго» имущества члена, если-же у него имущества не окажется, то тутъ выступаетъ различіе между чисто личнымъ кредитомъ и личнымъ кредитомъ съ поручительствомъ; если личный кредитъ открытъ по поручительству, то общество обращается къ поручителю; такъ что въ этомъ случаѣ поручительство является не срочнымъ, а простымъ, т. е. общество не имѣетъ права немедленно по обнаруженіи неисправности члена обратиться къ поручителю, а обращается къ нему лишь при неимѣніи членомъ имущества; если-же

[1]) Ст. 6 нов., пенз., харьк., 7 варш. у.

члену открытъ вещный кредитъ, то общество обращается къ залогамъ и ихъ продастъ [1]). бб) *Обязанность не вступать въ число членовъ другаго общества взаимнаго кредита.* Обязанность эта установлена закономъ [2]) и мотивируется желаніемъ по возможности гарантировать обществу исполнимость обязательствъ, лежащихъ по отношенію къ нему на членахъ.

5) *Управленіе обществъ взаимнаго кредита.* Нормальныхъ органовъ управленія общества взаимнаго кредита четыре: общее собраніе членовъ, совѣтъ, правленіе и пріемный комитетъ [3]). Общее собраніе можетъ быть замѣнено особымъ собраніемъ уполномоченныхъ [4]), а кромѣ этихъ четырехъ органовъ избираются еще особыя коммисіи, а именно ревизіонная и оцѣночная. 1) *Общее собраніе членовъ и собраніе уполномоченныхъ.* Общія собранія бываютъ обыкновенныя и чрезвычайныя. Первыя созываются разъ въ годъ, вторыя—въ случаѣ надобности, по иниціативѣ или правленія [5]), или предсѣдателя правленія [6]), или совѣта [7]), иногда даже меньшинства его членовъ, именно трехъ [8]), или-же двадцати членовъ, заявившихъ о томъ правле-

---

[1]) Ст. 21 харьк., пенз., нов, 22 варш. у.
[2]) Ст. 28 р. X у кред.
[3]) Ст. 26 харьк., 28 пенз, 29 нов. и варш у.
[4]) Ст. 31 р. X у. кред.
[5]) Ст. 28 варш., 25 харьк. у.
[6]) Ст. 27 пенз, 28 нов. у.
[7]) Ст. 28 варш. и нов, 25 харьк, 27 пенз у.
[8]) Ст. 28 нов. у.

нію [1]). Общее собраніе считается состоявшимся, когда въ немъ присутствуетъ извѣстное число членовъ, опредѣляемое или поголовно (1/2 всего числа) [2]) или по суммѣ представляемаго ими оборотнаго капитала (1/3 оборотнаго капитала) [3]). Предсѣдательствуетъ въ собраніи членъ, избранный предъ началомъ засѣданія [4]). Функціи общаго собранія могутъ быть сведены къ тремъ: 1) *избирательная*—оно избираетъ членовъ правленія, совѣта и ревизіонной коммиссіи, 2) *санкціонирующая*—оно утверждаетъ отчеты и проекты распредѣленія прибылей и 3) *рѣшительная*—оно рѣшаетъ вопросъ о различныхъ предположеніяхъ правленія, совѣта и отдѣльныхъ членовъ, связанныхъ или не связанныхъ съ измѣненіемъ устава, а также разрѣшаетъ разногласія между правленіемъ и депутатами [5]) и рѣшаетъ о закрытіи и ликвидаціи дѣлъ общества [6]). Если по уставу даннаго общества общія собранія могутъ быть замѣнены *собраніемъ уполномоченныхъ*, то о такой замѣнѣ надо просить министра финансовъ [7]). Собранія эти учреждаются на основаніяхъ, указанныхъ въ законѣ, а именно члены общества избираютъ изъ своей среды не менѣе 36 лицъ, которымъ и ввѣряются функціи общаго собранія [8]). Система ихъ из-

---

[1]) Ст. 28 варш и нов., 25 харьк у.
[2]) Ст. 27 харьк., 30 нов. и варш у.
[3]) Ст. 29 пенз. у.
[4]) Ст. 28 харьк., 30 пенз., 31 нов. и варш у.
[5]) Ст. 40 нов., 41 пенз., 39 харьк. у.
[6]) Ст. 29 харьк., 31 пенз., 32 нов. и варш у.
[7]) Ст. 31 раз. X у. кред.
[8]) Ст. 31, 32 ibid

бранія—такъ-назыв. разрядная—состоитъ въ томъ, что составляются списки, въ которые вносятся члены общества въ томъ порядкѣ, по убывающей, въ какомъ они слѣдуютъ по суммѣ вкладовъ; этотъ списокъ дѣлится на три части такимъ образомъ, чтобы на каждую часть приходилась совокупность членовъ, платящихъ 1/3 оборотнаго капитала; каждая такая часть образуетъ разрядъ, каждый разрядъ составляетъ особое избирательное собраніе, выбирающее 1/3 общаго числа уполномоченныхъ [1]). Эта система очень несправедлива, ибо мелкіе вкладчики представлены гораздо слабѣе, чѣмъ крупные: послѣднихъ всегда гораздо меньше, чѣмъ первыхъ, а между тѣмъ число представителей и тѣхъ и другихъ одинаково. 2) *Совѣтъ.* Состоитъ онъ изъ шести депутатовъ, избираемыхъ общимъ собраніемъ на три года и изъ всѣхъ членовъ правленія [2]), подъ предсѣдательствомъ выбраннаго ими члена изъ депутатовъ [3]). Для дѣйствительности засѣданій необходимо не менѣе трехъ депутатовъ и двухъ членовъ правленія [4]). Докладчикомъ въ совѣтѣ является предсѣдатель правленія [5]). Функціи совѣта весьма разнообразны. Совѣтъ, очевидно, подчиненъ общему собранію, онъ же стоитъ надъ правленіемъ, контролируетъ его дѣйствія, несмотря на то, что члены послѣдняго входятъ въ его составъ. Это представляло бы

---

[1]) Ст. 33, 35 ibid.

[2]) Ст. 35, 36 пенз., 35 нов, 33, 34 харьк, 36, 37 варш. уст.

[3]) Ст. 37 пенз., 35 нов., харьк., 40 варш. уст.

[4]) Ст. 35 пр. пенз, нов., 33 харьк, 39 варш. уст.

[5]) Ст. 38 пенз., 41 варш, 36 харьк, нов. уст.

большія неудобства, если бы въ составѣ совѣта члены правленія не были въ меньшинствѣ; при такомъ условіи члены-депутаты всегда возьмутъ верхъ надъ остальными: ядро совѣта—депутаты, къ нему какъ бы пристегнуты члены правленія. Если въ дѣлѣ контроля такое соединеніе въ одной коллегіи контролирующихъ и контролируемыхъ можетъ вызвать неудобства, то по другимъ дѣламъ совѣта—дѣламъ, касающимся операцій общества,—такое соединеніе представляетъ много удобствъ. Функціи совѣта могутъ быть раздѣлены на три: а) онъ вѣдаетъ дѣла, по существу входящія въ кругъ вѣдѣнія общаго собранія, но меньшей важности; сюда относится избраніе членовъ пріемнаго комитета и оцѣночной коммиссіи, назначеніе должностныхъ лицъ, разрѣшеніе недоразумѣній, возникшихъ въ правленіи и т. п., б) онъ вѣдаетъ дѣла, по существу входящія въ кругъ вѣдомства правленія, но большой важности, а именно, дѣла по операціямъ общества, какъ то: опредѣляетъ размѣръ открываемаго членамъ кредита, размѣръ учетнаго процента, опредѣляетъ, подъ какія процентныя бумаги могутъ быть выданы ссуды, рѣшаетъ вопросъ о продажѣ залоговъ и т. п. и в) онъ является органомъ контролирующимъ по отношенію къ правленію—онъ пересматриваетъ обязательства и векселя, принятые правленіемъ, ревизуетъ кассу, провѣряетъ отчеты правленія и т. п. [1]). 3) *Правленіе* есть органъ исполнительный. Оно производитъ операціи общества и

[1]) Ст. 39 пенз., 37, 39 нов, 37 харьк, 42 варш.

вступаетъ въ отношенія съ третьими лицами, является на судъ въ качествѣ представителя общества; съ нимъ сносится по дѣламъ общество и министерство финансовъ [1]). Состоитъ оно изъ трехъ членовъ, избираемыхъ на три года общимъ собраніемъ подъ предсѣдательствомъ члена, ими же самими избраннаго [2]). 4) *Пріемный комитетъ*. Состоитъ онъ изъ 9 [3]) или 10 [4]) членовъ, избираемыхъ совѣтомъ [5]). Функціи его трояки: онъ рѣшаетъ вопросъ, во 1-хъ, о пріемѣ членовъ въ общество, во 2-хъ, о размѣрѣ и формѣ открываемаго вновь принятому кредита и въ 3-хъ, о степени благонадежности векселей, предъявленныхъ къ учету [6]), причемъ послѣдній вопросъ рѣшается комитетомъ въ соединенномъ засѣданіи съ правленіемъ [7]). Наконецъ, что касается а) *ревизіонной коммисіи*, то она избирается общимъ собраніемъ на каждый предстоящій годъ въ числѣ трехъ лицъ и имѣетъ своей задачей провѣрку годоваго отчета, составленнаго правленіемъ [8]). б) *Оцѣночная коммисія* иногда избирается совѣтомъ для провѣрки описи недвижимаго имущества, предъявленнаго въ обезпеченіе открытаго кредита [9]), но иногда провѣрка эта

---

[1]) Ст. 9 р. X уст. кред.

[2]) Ст. 42, 43 харьк., 44, 45 пенз., 47, 48 нов., 47—49 варш. уст.

[3]) Ст. 55 нов. уст.

[4]) Ст. 49 пенз., 48 харьк., 55 варш. уст.

[5]) Не принадлежащихъ къ совѣту и правленію.

[6]) Ст. 54 варш., 44 нов., пенз., 42 харьк. уст.

[7]) Ст. 54 харьк., 55 пенз., 61 нов., 60 варш. уст.

[8]) Ст. 57 пенз., 56 харьк., 63 нов., 62 варш. уст.

[9]) Ст. 42 п. 11 варш, 39 п. 10 пенз уст.

производится тремя депутатами, назначенными совѣтомъ [1]).

6) *Прекращеніе обществъ взаимнаго кредита.* Прекращается общество: 1) безъ обязательнаго къ тому повода, по опредѣленію общаго собранія [2]), 2) когда въ обществѣ останется менѣе 50 членовъ [3]), 3) когда оно будетъ закрыто по опредѣленію суда, въ виду уменьшенія его оборотнаго капитала отъ понесенныхъ убытковъ на $^1/_3$ [4]) и 4) когда оно будетъ объявлено несостоятельнымъ. Къ послѣднимъ двумъ случаямъ примѣняются общія правила о прекращеніи дѣйствій частныхъ и общественныхъ установленій краткосрочнаго кредита [5]).

---

[1]) Ст. 39 нов. уст

[2]) Ст. 8, 29 харьк., 8, 31 пенз, 8 нов., 9, 31 варш. уст

[3]) Ст 8 харьк, пенз., нов, 9 варш. уст.

[4]) Вербловскій, Объ участіи суда при ликвидаціи дѣлъ установленій краткосрочнаго кредита, въ журналѣ гражд. и угол. права. 1885 г. № 1, стр. 114—130.

[5]) Ст. 75—133 р. X у. кр.

IX.

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ТОРГОВЫХЪ СДѢЛОКЪ.

Вопросъ о томъ, является ли данная сдѣлка или дѣйствіе торговою или неторговою — есть вопросъ первостепенной важности для торговаго права. Значеніе его двояко: 1) теоретическое значеніе его заключается въ томъ, что, съ одной стороны, имъ обусловливаются опредѣленія существенныхъ въ торговомъ правѣ понятій, напр. торговой дѣеспособности, торговца, торговаго заведенія и т. п., а съ другой—отъ разрѣшенія его въ томъ или другомъ смыслѣ зависитъ объемъ и характеръ науки торговаго права; 2) практическое его значеніе то, что суду дается возможность рѣшить вопросъ о своей компетентности, т. е. является ли данный искъ искомъ, проистекающимъ изъ торговой или изъ общегражданской сдѣлки. Кругъ сдѣлокъ, являющихся торговыми съ теоретической точки зрѣнія не вполнѣ совпадаетъ съ кругомъ таковыхъ сдѣлокъ съ точки зрѣнія судебно-практической; послѣдній гораздо шире перваго: всѣ сдѣлки, признаваемыя торговыми съ точки зрѣнія теоретической, являются таковыми и съ точки зрѣнія практической, но далеко не

всѣ изъ послѣднихъ могутъ быть признаны таковыми и съ точки зрѣнія теоретической. Объясняется это тѣмъ, что законъ часто расширяетъ компетенцію того или другаго суда, внося въ кругъ вѣдѣнія его такія дѣла, которыя, строго говоря, въ вѣдѣніе его не должны входить; такъ, многія обязательства, возникающія въ торговомъ оборотѣ, не суть торговыя сдѣлки съ теоретической точки зрѣнія, ибо въ нихъ ничего специфически-торговаго, отличнаго отъ общегражданскаго нѣтъ; но съ точки зрѣнія практической, судебной они суть сдѣлки торговыя: иски, изъ нихъ проистекающіе, подвѣдомственны коммерческому суду.

Какими-же признаками отличаются торговыя сдѣлки или дѣйствія? Прежде вопросъ этотъ рѣшался очень просто— всякая сдѣлка, совершенная купцомъ, почиталась сдѣлкой торговой; этотъ сословный, субъективный признакъ нынѣ отброшенъ, и выставляются признаки объективнаго характера. Ихъ можно раздѣлить на двѣ группы: признаки матеріальные, по существу, и признаки формальные, процессуальные.

I. *Матеріальные признаки*: 1) Данная сдѣлка должна быть звеномъ цѣлой цѣпи сдѣлокъ — цѣпь эта называется промысломъ; сдѣлка получаетъ особенное значеніе, если она входитъ въ промыселъ лица; она получаетъ особый характеръ, на нее ложится извѣстный отпечатокъ промысла—права, изъ нея вытекающія, получаютъ особенное содержаніе, отвѣчающее условіямъ и потребностямъ торговаго оборота. Съ этимъ несогласенъ проф. Шершеневичъ—по его мнѣнію вкусъ, цвѣтъ

и запахъ яблока остается тѣмъ же, возьмемъ ли одно или 20 яблокъ [1]). Сравненіе неудачное. Правда, если сравнить сдѣлки съ яблоками, то слѣдуетъ сказать, что отдѣльная сдѣлка—яблоко, промыселъ-же — блюдо, приготовленное изъ яблокъ; благодаря примѣсямъ и приправѣ вкусъ, запахъ и цвѣтъ яблочнаго блюда будетъ совсѣмъ иной, чѣмъ вкусъ, запахъ и цвѣтъ яблока. 2) Необходимо, чтобы сдѣлка была совершена лицомъ профессіонально, т. е. чтобы совершеніе ея входило въ профессію лица, ее совершающаго. Признакъ «профессіональности» отнюдь нельзя смѣшивать съ «принадлежностью лица къ купеческому сословію»; если-бы лицо это въ моментъ совершенія сдѣлки и не считалось купцомъ, просрочивъ уплату гильдейскихъ пошлинъ, сдѣлка его все-таки будетъ считаться торговою. 3) Цѣль сдѣлки должна быть спекулятивная, т. е. расчитанная на денежную прибыль; прежде всего этотъ признакъ касается сдѣлокъ отчужденія, напр. купли-продажи, но онъ имѣетъ значеніе и для характеристики сдѣлокъ личнаго свойства, напр. коммиссіонныхъ: коммиссіонеръ, исполняя порученіе, дѣлаетъ это ради полученія прибыли въ видѣ провизіи. Важность этого признака заключается въ томъ, что, благодаря спекулятивной цѣли торговыхъ сдѣлокъ, онѣ всегда предполагаютъ вознагражденіе — безмездность ихъ должна быть доказана въ опроверженіе торговаго ихъ характера; такъ, коммиссіонеръ не предполагается

[1]) Шершеневичъ. Труды г. Цитовича по торговому праву въ журн. гр. и уг. пр. 1888 г. кн. 3 стр. 80—81.

дѣйствующимъ безъ вознагражденія, хотя бы оно и не было условлено; онъ имѣетъ право на вознагражденіе по обычаю. Этого признака нѣтъ въ общегражданскихъ личныхъ сдѣлкахъ—повѣренный не имѣетъ права на вознагражденіе за трудъ, если этого не выговорилъ. 4) Сдѣлка должна быть совершена по осѣдлой торговлѣ—торговля разносная стоитъ внѣ опредѣленій торговаго права; этотъ видъ торговли не организованъ, не можетъ по существу сложиться въ нѣчто юридически своеобразное, особенное.— Дальнѣйшіе матеріальные признаки торговыхъ сдѣлокъ касаются той или другой группы ихъ, а именно: 5) предметомъ товарно-торговой сдѣлки долженъ быть товаръ, понимая подъ послѣднимъ только движимое имущество, которое предназначено не къ личному употребленію лица, совершающаго сдѣлку, а къ обращенію въ торговомъ оборотѣ. Характеръ имущества, какъ товара, обусловливается не качествомъ и свойствомъ его, а единственно предназначеніемъ его: мебель, стоящая въ квартирѣ содержателя мебельнаго магазина, не будетъ товаромъ; товаромъ является лишь мебель, находящаяся въ его магазинѣ, складѣ и т. п.; товаромъ, понятно, могутъ быть и деньги и др. цѣнныя бумаги. Этотъ признакъ не примѣнимъ къ сдѣлкамъ личнымъ — довѣренности и личному найму. 6) Сдѣлка должна быть торговою для обѣихъ договаривающихся сторонъ, т. е. и та и другая сторона должны совершать ее по промыслу, по профессіи, съ спекулятивною цѣлью, по осѣдлой торговлѣ и предметомъ ея долженъ быть товаръ съ точки зрѣнія обѣихъ сто-

ронъ. Признакъ этотъ, однако, не примѣняется къ нѣкоторымъ сдѣлкамъ, напр. банкирскимъ сдѣлкамъ и др.; эти сдѣлки, хотя бы для одной изъ сторонъ онѣ не были торговыми, все-таки почитаются торговыми для обѣихъ сторонъ и обсуживаются по торговому законодательству. Гольдшмидтъ приводитъ такой примѣръ: нищій находитъ процентную бумагу и закладываетъ ее банкиру— вся сдѣлка торговая, ибо она совершена съ банкиромъ [1]). Проф. Цитовичъ полагаетъ, что,—въ сдѣлкахъ, нормированныхъ и торговымъ и гражданскимъ законодательствами,— если сдѣлка является торговой для одной изъ сторонъ, то она такъ и обсуждается по отношенію къ этой сторонѣ, по отношенію-же къ другой сторонѣ—она должна обсуждаться какъ общегражданская сдѣлка [2]). Противъ этого мнѣнія проф. Башиловъ справедливо замѣчаетъ, что было бы несообразно къ участникамъ одной и той же сдѣлки примѣнять нормы двухъ разныхъ отраслей права [3]). Мы скажемъ болѣе: сдѣлать это невозможно—сдѣлка порождаетъ правоотношеніе, т. е. права и обязанности; каждому праву одной стороны соотвѣтствуетъ обязанность другой; довольно мудрено право обсуждать по одному кодексу, напр. признающему его, а обязанность, соотвѣтствующую этому праву, по другому, не признающему этого права.

II. Что касается *формальныхъ признаковъ*, то

---

[1]) Goldschmidt System des Handelsr. изд. 3, стр. 82.
[2]) Учебн., стр. 52.
[3]) Н. с., стр. 59.

какого бы взгляда ни держаться по вопросу о признакахъ торговыхъ сдѣлокъ, игнорировать эти признаки т. е. процессуальные моменты, по отношенію къ тѣмъ странамъ, гдѣ существуютъ особые коммерческіе суды—нельзя. Если въ кругъ нашихъ задачъ входитъ изученіе даннаго законодательства, и законодательство это признаетъ существованіе особыхъ судовъ для исковъ, возникающихъ изъ *торговыхъ* сдѣлокъ, то это обстоятельство, при разграниченіи торговыхъ сдѣлокъ отъ обще-гражданскихъ, не можетъ быть лишено всякаго значенія. Конечно, значеніе его не должно быть преувеличено—нельзя его возводить въ абсолютный критерій, но если исходить изъ того, что законъ можетъ отрицать у данной сдѣлки свойство торговой, но не можетъ привить ей это свойство, то получимъ, два положенія, помогающія правильному рѣшенію вопроса, а именно: 1) если искъ, вытекающій изъ данной сдѣлки, подсуденъ общимъ судамъ, то самая сдѣлка не можетъ быть торговою, и 2) если искъ подсуденъ коммерческому суду, то это обстоятельство само по себѣ не заставляетъ признать самую сдѣлку торговою. Если въ противность этимъ положеніямъ признаемъ торговый характеръ за даннымъ институтомъ, то, быть можетъ, съ чисто теоретической точки зрѣнія это иногда и будетъ вѣрно, но съ точки зрѣнія законодательства, признающаго особую торговую подсудность, это будетъ явнымъ противорѣчіемъ его смыслу и духу.

Первое изъ выставленныхъ нами положеній прямо

указываетъ на то, что—по вѣрному, или невѣрному, это другой вопросъ — мнѣнію законодателя данная сдѣлка не есть торговая. Другія соображенія,—кромѣ желанія не признавать данной сдѣлки торговою,—коими могъ руководиться законодатель при изъятіи иска, охраняющаго эту сдѣлку, изъ вѣдомства торговаго суда, имѣютъ второстепенное значеніе. Вносить подобный институтъ въ кругъ институтовъ торговаго права данной страны—догматическая ошибка. Такъ, акціонернымъ компаніямъ не мѣсто въ нашемъ торговомъ правѣ, ибо по нашему праву, иски между акціонерами и компаніей и между компаніей и сторонними лицами подсудны общимъ судамъ [1]), развѣ бы въ послѣднемъ случаѣ, иски эти вытекали изъ отношеній торговаго свойства или вообще компанія была учреждена для «производства торговыхъ дѣйствій»; въ этихъ случаяхъ, компанія, подобно физическому лицу, становится субъектомъ торговымъ отношеній, въ силу чего и иски, охраняющіе эти отношенія, подсудны коммерческому суду. Но это не даетъ намъ право вносить акціонерныя компаніи въ торговое право. Не является торговою сдѣлкою и артель, ибо иски изъ артельнаго договора и между артелью и другими лицами подсудны общимъ судамъ; къ торговымъ сдѣлкамъ можно отнести лишь артели, «по торговлѣ употребляемыя». То же самое слѣдуетъ сказать и о перевозкѣ по желѣзнымъ дорогамъ: иски желѣзной дороги къ частнымъ лицамъ и

[1]) Ст. 220—222.

частныхъ лицъ къ желѣзной дорогѣ подсудны общимъ судамъ [1]), хотя бы предметомъ перевозки былъ товаръ; къ торговымъ сдѣлкамъ можно отнести лишь перевозку по естественнымъ путямъ, при промысловомъ ея характерѣ. Нѣтъ основаній относить въ торговымъ сдѣлкамъ и страхованіе; страхованіе есть договоръ обще-гражданскій, и иски, изъ него вытекающіе, вѣдаются общими судами [2]); исключеніе составляетъ лишь морское страхованіе [3]). То же самое, слѣдуетъ сказать и объ издательскомъ договорѣ—иски о нарушеніи авторскихъ правъ подсудны общимъ судамъ [4]).

Переходя ко второму изъ указанныхъ нами положеній, замѣтимъ, что было бы безусловно не вѣрно утверждать: если искъ, вытекающій изъ данной сдѣлки, подсуденъ коммерческому суду, то и самая сдѣлка хотя бы въ ней ничего специфически торговаго не было, является торговою. Опытъ показываетъ, что расширеніемъ компетенціи того или другого суда, законодатель вовсе не хочетъ сказать, что расширеніе это нормально, что онъ признаетъ въ самомъ существѣ дѣлъ, введенныхъ въ компетенцію суда, какія-либо особенныя свойства, каковыхъ въ нихъ на самомъ дѣлѣ не имѣется. Могутъ быть самыя разнообразныя (историческія, политическія, практическія и др.) внѣшнія причины такого расширенія компетен-

---

[1]) Ст. 125 общ. у. ж. д.
[2]) Ст. 29 п. 1, 202 у. г. с, ст. 2199 ч. 1 т. X.
[3]) Ст. 45 п. 5 у. с. т.
[4]) Ст. 217 у. г. с.

ціи судовъ. Извѣстно напр., что коммерческимъ судамъ подсудны иски, вытекающіе изъ вексельныхъ обязательствъ, а между тѣмъ признать современный вексель институтомъ торговымъ нѣтъ никакихъ основаній. Что онъ возникъ на почвѣ торговли, что онъ и нынѣ всего чаще практикуется въ торговомъ быту, недостаточно для признанія его институтомъ торговаго права.

X.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ ТОРГОВЫХЪ СДѢЛОКЪ И ИХЪ ПРЕДМЕТЪ.

Заключеніе торговой сдѣлки, какъ и заключеніе договора вообще, состоитъ изъ двухъ основныхъ моментовъ или актовъ изъявленія воли: предложенія исходящаго отъ одной стороны и принятія предложенія другою стороною. Но каждый изъ этихъ актовъ имѣетъ практическое значеніе лишь тогда, когда онъ воспринятъ противной стороной: когда предложеніе воспринято лицомъ, коему оно сдѣлано, и когда принятіе дошло до свѣдѣнія лица, сдѣлавшаго предложеніе. Такъ что для состоятельности соглашенія, для обязательности его для обѣихъ сторонъ необходимы четыре акта: предложеніе, воспріятіе предложенія, отвѣтъ въ смыслѣ принятія и воспріятіе отвѣта. Когда всѣ эти акты совершены, то соглашеніе считается состоявшимся. Это можно провѣрить на любомъ единичномъ случаѣ совершенія сдѣлки, когда договаривающіяся стороны стоятъ другъ противъ друга лицомъ къ лицу и переговариваются непосредственно. Но положеніе вещей нисколько не измѣняется, во-первыхъ, отъ участія въ переговорахъ особыхъ

посредниковъ, во-вторыхъ оттого, что стороны находятся другъ отъ друга на болѣе или менѣе отдаленномъ разстояніи и переговариваются при помощи писемъ, телеграммъ или телефона и въ-третьихъ, когда предложеніе обращено къ неопредѣленному лицу.

Что касается, во-первыхъ, участія въ переговорахъ *посредниковъ*, то оно носитъ чисто фактическій характеръ: переговоры веденные посредникомъ не имѣютъ ни для кого обязательнаго значенія и когда они оканчиваются въ благопріятномъ смыслѣ, тогда стороны, готовыя заключить сдѣлку, вступаютъ въ непосредственныя сношенія и обмѣниваются заявленіями; имъ о многихъ пунктахъ незачѣмъ снова переговариваться, такъ какъ это сдѣлано уже раньше при участіи посредника; такъ что посредникъ только подготовляетъ почву и облегчаетъ, упрощаетъ самые переговоры—юридически послѣдніе начинаются тамъ, гдѣ оканчивается посредничество. Несмотря на такую фактическую роль посредничества, законъ не долженъ его игнорировать,—онъ долженъ его регламентировать, установить извѣстный контроль надъ дѣятельностью лицъ, занимающихся посредничествомъ профессіонально. Принципъ регламентаціи посредничества или маклерства принятъ и нашимъ закономъ: только лица, удовлетворяющія законнымъ требованіямъ и получившія на то право, могутъ заниматься маклерствомъ; обязанность наблюдать за тѣмъ, чтобы никто не занимался «противозаконнымъ маклерствомъ», лежитъ на биржевыхъ комитетахъ [1]);

[1]) Прил. I къ ст. 592 уст. торг., ст. 72.

лица, въ томъ изобличенныя, подвергаются уголовному наказанію [1]). Лицъ, занимающихся посредничествомъ на законномъ основаніи, законъ называетъ биржевыми маклерами, хотя изъ этого названія нельзя выводить, что они посредничаютъ лишь по биржевымъ сдѣлкамъ—они могутъ быть посредниками по всякой торговой сдѣлкѣ. Во главѣ биржевыхъ маклеровъ стоитъ старшій маклеръ, въ столицахъ и Одессѣ называемый гофъ-маклеромъ [2]),—онъ имѣетъ надзоръ за остальными маклерами. Избираются маклера биржевымъ купечествомъ изъ числа купцовъ, преимущественно изъ числа признанныхъ несчастными несостоятельными должниками [3]).

Сдѣлка, совершаемая при посредствѣ маклера, облекается въ особую форму и именуется «*маклерской запиской*». Законъ знаетъ два вида этихъ записокъ: *подробную и краткую*. Первая совершается по товарнымъ сдѣлкамъ, преимущественно купли-продажи. Въ ней содержится подробное изложеніе сдѣлки, причемъ она пишется маклеромъ отъ своего имени; напр. «по приказу вашему куплено или продано то-то на такихъ-то условіяхъ»; затѣмъ слѣдуетъ подпись маклера, а подъ его подписью—что и имѣетъ юридическое значеніе—продавецъ пишетъ, что онъ продалъ на вышеуказанныхъ

---

[1]) Ст. 1278 улож. о нак

[2]) Ст. 592 уст. торг прил. I ст. 115, II ст. 16, III ст. 40, IV ст. 59; ст. 600 уст. торг. прил., ст. 69.

[3]) Ст. 630 уст. торг. Еще въ проектѣ конкурс. уст. 1768 г. находимъ это правило. См мое соч. «Истор. очеркъ русск. конкурсн. процесса», стр. 189.

условіяхъ и подписывается, а покупщикъ—что купилъ и тоже подписывается. Такая записка пишется маклеромъ въ двухъ экземплярахъ [1]), въ нѣсколько различной редакціи: одинъ пишется: «по приказу вашему куплено», другой—«по приказу вашему продано»; первый сначала подписывается покупщикомъ, второй—сначала продавцемъ [2]), затѣмъ слово въ слово вносится въ особую имѣющуюся у маклеровъ книги, и маклеръ вручаетъ каждой изъ сторонъ принадлежащій ей экземпляръ [3]). Что касается *краткой записки*, составляемой по курсовымъ сдѣлкамъ, по денежному и вексельному обороту и страхованію [4]); то 1) въ ней излагается сдѣлка лишь вкратцѣ и 2) она подписывается однимъ маклеромъ, выдающимъ однако два экземпляра ея сторонамъ [5]); обладатель ея имѣетъ тѣ-же самыя права и тѣ-же обязанности, какъ если бы на ней имѣлись его и противника подписи.

Во вторыхъ, тѣ-же четыре акта необходимы, когда стороны сообщаются при посредствѣ писемъ, телеграфа или телефона—это *договоры между отсутствующими*. Рядомъ съ четырехактной теоріей [6]), единственно вѣрной, въ гражданскомъ правѣ, какъ извѣстно, выработалась

---

[1]) Ст. 635 уст. торг.

[2]) Формы см въ старомъ изд уст. торг. прил. къ ст. 2460

[3]) Ст. 636 уст. торг.

[4]) Ст. 634, 640 уст. торг.

[5]) Ст. 640 уст. торг.

[6]) Forster, Theorie und Praxis des. pr Privatr. ed Eccius B. I S. 500—502.

и другая — трехактная [1]), по которой договоръ между отсутствующими почитается заключеннымъ при наличности предложенія, воспріятія его и выраженія воли въ смыслѣ принятія предложенія—въ полученіи же отвѣта лицомъ предложившимъ нѣтъ, говорятъ, надобности. Теорія эта, принятая и западными законодательствами, вызываетъ рядъ основательныхъ возраженій. Главные ея недостатки суть: 1) совершенная неопредѣленность момента, съ котораго договоръ почитается заключеннымъ, обязательнымъ для обѣихъ сторонъ; такими моментами будутъ: написаніе отвѣта, отсылка на почту, принятіе письма почтою и т. п.; съ какого же изъ этихъ моментовъ договоръ считается заключеннымъ? 2) если не требовать полученія отвѣта лицомъ предложившимъ, то это лицо, узнавъ, что контрагентъ его написалъ письмо въ смыслѣ принятія предложенія, но не отослалъ на почту, а носитъ письмо въ карманѣ, можетъ требовать отъ него исполненія—отвѣтъ, вѣдь, выраженъ во внѣ, слѣдовательно договоръ состоялся! и 3) если необходимо лишь одно выраженіе воли въ смыслѣ принятія, то съ момента выраженія ея лицо должно почитаться обязаннымъ и связаннымъ, и выходитъ, что, написавъ письмо въ смыслѣ принятія предложенія, я невправѣ письмо это разорвать. Несообразность полная. Что касается нашего торговаго права, то законъ вовсе не знаетъ института договоровъ между отсутствующими, но въ обычномъ торговомъ правѣ

[1]) Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr., дополн. Kuuze B. 3 S. 309—311.

выработалась норма [1]), подтвержденная и судебной практикой [2]), по которой договоръ почитается заключеннымъ, когда лицо предложившее получило на сдѣланное предложеніе отвѣтъ въ смыслѣ принятія.

Когда всѣ четыре акта совершены, сказали мы, договоръ считается обязательнымъ для *обѣихъ* сторонъ, но изъ этого не слѣдуетъ выводить, что лицо отъ котораго исходитъ предложеніе, не связано своимъ предложеніемъ до завершенія четвертаго момента, т. е. до полученія отвѣта; предложеніе имѣетъ для него обязательное, безповоротное значеніе съ момента воспріятія, полученія его лицомъ, коему предложеніе сдѣлано; взять его обратно оно можетъ лишь при томъ условіи, чтобы извѣщеніе объ отмѣнѣ его пришло ранѣе или въ одно время, но никакъ не позже предложенія; слѣдовательно, четвертый моментъ имѣетъ, во 1-хъ, безусловно-обязательное значеніе лишь для лица, коему предложеніе сдѣлано—лицо, предложившее уже ранѣе связано, и во 2-хъ для лица предложившаго четвертый моментъ имѣетъ лишь то значеніе, что съ этого момента оно юридически разсматривается какъ контрагентъ, что оно пріобрѣло право по состоявшемуся договору, но связано оно было уже ранѣе. Такая обязательность, безповоротность предложенія мотивируется тѣмъ, что благодаря предоставленію лицу предложившему свободно отмѣнить предложеніе до полученія отвѣта, лицо,

---

[1]) Ефименко, Договоръ купли-продажи по торг. обычаямъ, въ Юрид. Вѣстн. 1879 г. № 12 стр. 923.

[2]) Мартенсъ, Опытъ коммент. русск. торг. права т. I стр. 197.

коему предложеніе сдѣлано, можетъ существенно пострадать, можетъ потерпѣть, быть можетъ, невознаградимые убытки; отправивъ депешу съ отвѣтомъ о принятіи предложенія, оно смотритъ на себя какъ на лицо уже ставшее въ положеніе контрагента и соотвѣтственно этому дѣлаетъ свои распоряженія по торговлѣ; мало того, быть можетъ, и до отправленія депеши ему надо было сдѣлать извѣстныя подготовительныя распоряженія; полученіе извѣстія объ отмѣнѣ предложенія можетъ вызвать большую катастрофу въ торговомъ дѣлѣ. Г. Ефименко, констатируя, что по нашему торговому обычному праву договоръ считается заключеннымъ съ момента полученія отвѣта на предложеніе, говоритъ: «слѣдовательно, до полученія отвѣта лицо предложившее можетъ отступиться отъ договора» [1]). Этотъ выводъ, въ виду изложенныхъ мотивовъ обязательности предложенія, совершенно невѣренъ.

Высказавшись за обязательность предложенія, мы должны оговориться: во 1-хъ, вопросъ о томъ, что данное заявленіе лица предложившаго дѣйствительно есть предложеніе, должно стоять внѣ всякаго сомнѣнія: это quaestio facti, разрѣшаемая на основаніи выраженій, въ предложеніи употребленныхъ; во 2-хъ отмѣна его уже послѣ полученія его лицомъ, коему оно сдѣлано, фактически, конечно, возможна, но должна влечь за собой послѣдствія неисполненія обязательства, то-есть: или понужденіе къ выдачѣ товара, если напр. предложившій состоитъ должнымъ лицу, коему сдѣлано предложеніе (in solutum

[1]) Ефименко, н. с. стр. 924.

datio), или вознагражденіе за убытки неисполненія (интересъ), и въ 3-хъ обязательность предложенія можетъ быть такъ или иначе ограничена, напр. указаніемъ срока, къ которому отвѣтъ долженъ быть присланъ и по истеченіи коего предложеніе теряетъ силу.

Въ третьихъ, весьма близки, по своей юридической природѣ, къ договорамъ между отсутствующими, случаи *предложенія, обращеннаго къ неопредѣленному лицу*. Случаи эти сводятся къ тремъ: 1) публичное предложеніе вступить въ сдѣлку въ торговомъ заведеніи на объявленныхъ условіяхъ, 2) публичное обѣщаніе награды и 3) публичная продажа или аукціонъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы имѣемъ дѣло съ договоромъ, слагающимся изъ четырехъ извѣстныхъ намъ актовъ и во всѣхъ ихъ предложеніе имѣетъ обязательное, безповоротное значеніе для предложившаго—вся особенность ихъ сводится къ неопредѣленности лица, коему предложеніе сдѣлано: лицомъ этимъ является публика или, вѣрнѣе, любое лицо изъ публики, удовлетворяющее условіямъ предложенія. Что касается *публичнаго предложенія вступить въ сдѣлку въ торговомъ заведеніи на объявленныхъ условіяхъ*, то случаи эти самые обыденные. Банкиръ объявляетъ, что страхуетъ выигрышные билеты отъ тиража, что продаетъ билеты на извѣстныхъ условіяхъ; владѣлецъ торговаго заведенія съ вывѣской выставляетъ въ витринѣ товары съ наклеенными билетами, на которыхъ обозначена цѣна, или объявляетъ прейсъ-курантъ, или помѣщаетъ въ магазинѣ объявленіе о prix fixe и т. д.

Все это—предложенія вступить въ сдѣлку. Лицо, входящее въ заведеніе и заявляющее желаніе застраховать билетъ или купить вещь, въ сущности принимаетъ сдѣланное предложеніе и отвѣчаетъ на него въ утвердительномъ смыслѣ; банкиръ или купецъ, воспринявъ такой отвѣтъ, обязанъ застраховать билетъ или продать вещь, а лицо, явившееся въ заведеніе, должно исполнить свою обязанность—уплатить деньги. Словомъ, имѣются въ наличности всѣ четыре момента соглашенія, и сдѣлка почитается состоявшеюся. Что же касается самаго предложенія, то оно имѣетъ обязательное и безповоротное значеніе: банкиръ и купецъ не могутъ не вступить въ сдѣлку, если лицо, принявшее ихъ предложеніе, готово выполнить условія его; купецъ и банкиръ, при указанныхъ условіяхъ, обязаны вступить въ объявленную сдѣлку.—Второй случай—*публичное обѣщаніе награды* [1]). Фабрикантъ объявляетъ: кто ему представитъ фабрикатъ лучшаго качества, чѣмъ выдѣланный на его фабрикѣ, получаетъ столько-то рублей. Если явится лицо и представитъ лучшій фабрикатъ, то оно считается принявшимъ предложеніе; по заявленіи о томъ лицу предложившему—всѣ четыре момента на лицо и договоръ заключенъ. Что же касается самаго предложенія, то оно обязательно и безповоротно для предложившаго—отступиться отъ него онъ не можетъ, ибо лицо, выдѣлавшее лучшій фабрикатъ, потратило на это и трудъ и деньги; въ случаѣ

[1]) Тривусъ, Публичное обѣщаніе вознагражденія. Журн. гражд. и угол. права 1891 г. № 6, стр. 62—70.

неисполненія, предложившій можетъ подвергнуться — по желанію принявшаго предложеніе—или взысканію въ размѣрѣ обѣщанной суммы или обязано вознаградить за убытки. Въ гражданскомъ правѣ вопросъ объ обязательности такого предложенія—внѣ спора, спорятъ лишь объ основаніи этой обязательности; одни видятъ ее въ томъ, что обѣщаніе это есть предложеніе, какъ элементъ договора, т. е. стоятъ на договорной точкѣ зрѣнія; другіе видятъ ее въ обѣщаніи самомъ по себѣ, иногда ограничивая ее требованіемъ общеполезной цѣли. Противъ второго взгляда можно возразить, что обѣщаніе въ области гражданскаго права само по себѣ необязательно; оно получаетъ обязательное значеніе, когда принято; безъ принятія—оно юридическій nonsens, а если оно принято, то обращается въ элементъ договора—предложеніе; ограничивать его обязательность общеполезною цѣлью нѣтъ никакихъ основаній; придется признавать обязательность обѣщанія преміи за лучшее сочиненіе по такому то предмету и не признавать обязательности обѣщанія редакціи высылать даромъ втеченіе года журналъ лицу, разрѣшившему предложенный ребусъ; характеръ цѣли обѣщанія не можетъ вліять на юридическую сторону его.

Наконецъ, третій случай — *публичная продажа или аукціонъ.* При всякомъ аукціонѣ аукціонистомъ опредѣляется цѣна вещей, подлежащихъ продажѣ; аукціонистъ предлагаетъ присутствующимъ дать наивысшую цѣну; кто таковую дастъ, почитается принявшимъ предложеніе, и это принятіе, дойдя до слуха аукціониста,

образуетъ собою четвертый актъ соглашенія, договора и... вещь продана. Хотя надо замѣтить, что эта наивысшая цѣна устанавливается различно. По общему правилу, продаваемой вещи назначается настоящая ея цѣна и затѣмъ аукціонистъ спрашиваетъ присутствующихъ: «кто больше»? Присутствующіе дѣлаютъ надбавку и кто наибольшую надбавку сдѣлаетъ, за тѣмъ вещь и остается,— это система повышенія цѣны. Но можетъ быть и другая—система пониженія, которую наблюдалъ Виндшейдъ [1]) при продажѣ рыбы. Назначается цѣна нѣсколько выше настоящей и аукціонистъ спрашиваетъ: «кто покупаетъ»? Если всѣ присутствующіе молчатъ, онъ уменьшаетъ цѣну, дѣлая это до тѣхъ поръ, пока кто-либо изъ торгующихся не крикнетъ: «покупаю»—за нимъ вещь и остается. Эта система представляетъ то важное неудобство, что вся собравшаяся компанія торгующихся можетъ крикнуть сразу «покупаю», тогда и продажа не можетъ состояться, если же установить порядокъ въ допросѣ каждаго отдѣльнаго торгующагося, то, когда цѣна дойдетъ до подходящихъ размѣровъ, ближайшему будетъ дано преимущество передъ дальнѣйшимъ. Но какъ бы то ни было, какая-бы система ни была принята, въ каждомъ отдѣльномъ аукціонѣ мы видимъ четырехактный обмѣнъ мыслей, завершающійся заключеніемъ договора. Что же касается обязательности предложенія аукціониста, то въ этомъ ни малѣйшаго сомнѣнія быть не можетъ. Въ торговомъ правѣ имѣютъ значеніе такъ-называемые биржевые аукціоны. Произво-

[1]) Windscheid, Pandecten B. 2 S. 171.

дятся они биржевыми маклерами [1]), а на столичныхъ биржахъ кромѣ того и особыми аукціонистами, назначаемыми изъ маклеровъ [2]). Что касается биржевого аукціона, производимаго при содѣйствіи биржевыхъ маклеровъ, то всякое лицо, имѣющее право заниматься торговлей при биржѣ, можетъ дать биржевому маклеру приказъ объ аукціонной продажѣ товара, ему принадлежащаго, въ которомъ указываются условія продажи [3]). Маклеръ испрашиваетъ разрѣшеніе биржеваго комитета [4]) и объявляетъ о назначенномъ днѣ аукціона [5]) на биржѣ, указавъ, гдѣ можно видѣть товаръ [6]). Въ качествѣ покупателей могутъ явиться лишь лица имѣющія право торговли [7]). Къ назначенному дню маклеръ изготовляетъ торговый листъ [8]), въ которомъ росписаны подлежащіе продажѣ товары, причемъ противъ каждой партіи оставляется мѣсто въ двухъ графахъ для написанія высшей цѣны, данной на торгахъ, и для росписки покупателя и квитанціи въ полученіи задатка. Продажѣ подлежитъ товаръ или весь оптомъ или значительными партіями [9]). Предъ началомъ торговъ маклеръ читаетъ приказъ и заявляетъ, что послѣ торга

---

[1]) Ст 592 уст. торг. пр I ст. 144, II ст. 1, III ст 43, IV ст. 60.
[2]) Ibid. пр. I ст 122, IV ст. 60.
[3]) Ibid пр. I ст. 144.
[4]) Ibid. ст. 145.
[5]) Ibid. ст. 146.
[6]) Ibid ст. 141, 148.
[7]) Ibid. ст. 146.
[8]) Форма его въ старомъ изд. уст. торг., прил. къ ст. 2562
[9]) Ст. 592 уст. торг. пр I ст. 144.

никакія возраженія о качествахъ товара принимаемы не будутъ. Маклеръ, затѣмъ, читаетъ описаніе товара или партіи и выкликаетъ назначенную цѣну, спрашивая: «кто больше»? и если сдѣлана наддача, то трижды объявляетъ послѣдне-данную цѣну, повторяя вопросъ, и если затѣмъ никто наддачи не дѣлаетъ, то объявляетъ, что товаръ или партія осталась за тѣмъ-то; тотчасъ-же имъ вносится данная цѣна въ торговый листъ и покупщикъ приглашается росписаться [1]). Наконецъ, маклеръ заноситъ торговый листъ въ свою книгу и даетъ продавцу и покупщику краткія маклерскія записки въ двухъ экземплярахъ [2]). Биржевые аукціоны, производимые при посредствѣ аукціонистовъ, нѣсколько отличаются отъ вышеописанныхъ, а именно: 1) всякое частное лицо, а также таможня, можетъ поручить аукціонисту продажу товара [3]), лишь бы товаръ этотъ не принадлежалъ къ конкурсной массѣ [4]); 2) аукціонистъ беретъ на себя продажу частнаго товара безъ чьего-либо разрѣшенія [5]); 3) результатъ торга вносится не въ торговый листъ, а въ особую книгу [6]); 4) покупщикъ обязанъ при покупкѣ внести задатокъ, не менѣе 10% покупной цѣны [7]) и 5) аукціонистъ не выдастъ сторонамъ маклерской записки

---

[1]) Ibid ст. 148.
[2]) Ibid. ст. 152.
[3]) Ibid. ст. 125.
[4]) Ibid. ст. 123
[5]) Ibid. ст. 126.
[6]) Ibid. ст. 132, 137.
[7]) Ibid. ст. 136.

въ собственномъ смыслѣ, но, конечно, вправѣ дать копіи изъ книги.

Предметомъ торговыхъ сдѣлокъ является товаръ, въ обширномъ смыслѣ этого слова. Подъ товаромъ разумѣются движимыя вещи, предназначенныя ихъ владѣльцемъ служить предметомъ сдѣлокъ. Мы выше уже упоминали, что выраженіе «товаръ» примѣняется не къ вещамъ особаго свойства или качества — всякая движимая вещь можетъ быть товаромъ; сегодня она товаръ, а завтра — нѣтъ; вещь въ магазинѣ — товаръ, вещь, купленная въ магазинѣ — не товаръ; но не всякая вещь въ магазинѣ—товаръ, а лишь та, которая предназначена къ продажѣ; не будутъ товаромъ: прилавокъ, шкафы, часы и т. п. составныя части магазина. Отъ товара, въ обширномъ смыслѣ слова, надо отличать товаръ, въ собственномъ смыслѣ, т. е. всякія движимыя вещи кромѣ денегъ и торговыхъ бумагъ. Ученіе о нихъ входитъ въ область науки товаровѣдѣнія. Какъ деньги, такъ и торговыя бумаги могутъ быть предметомъ торговыхъ сдѣлокъ, напр. деньги — договора мѣны (размѣнъ), поклажи и т. д.; торговыя бумаги являются предметомъ сложныхъ операцій, имѣютъ громадное значеніе въ торговомъ оборотѣ и заслуживаютъ особаго разсмотрѣнія.

Подъ торговыми или цѣнными бумагами разумѣются бумаги, съ которыми какое-либо право такъ тѣсно связано, что каждый владѣлецъ ихъ можетъ требовать осуществленія права отъ противной стороны [1]). Подобно

[1]) Knies. Der Credit B. 1 S. 190.

тому, какъ право на вещь переходитъ путемъ передачи вещи, такъ и право требованія опредѣленной денежной суммы или вещи, находящейся въ чужомъ владѣніи, переходитъ посредствомъ передачи торговой бумаги. Бумаги эти до крайности разнообразны и многообразны. Здѣсь, не останавливаясь на отдѣльныхъ видахъ бумагъ, мы укажемъ лишь классификацію ихъ. Классифицированы онѣ могутъ быть съ трехъ точекъ зрѣнія: со стороны содержанія, личности должника и личности кредитора [1]). 1. Что касается *содержанія*, то торговыя бумаги дѣлятся на двѣ категоріи: одна изъ нихъ относится къ области правъ вещныхъ; другая—обязательственныхъ; къ первой категоріи относятся такія бумаги, съ владѣніемъ коими связано вещное право. Всякій владѣлецъ ихъ имѣетъ право распоряжаться товаромъ, въ нихъ обозначеннымъ; вмѣсто дѣйствительнаго врученія товара, въ случаѣ продажи или закладa его, передается лишь соотвѣтствующая бумага. Въ торговомъ быту нерѣдко одинъ и тотъ-же товаръ бываетъ предметомъ нѣсколькихъ сдѣлокъ — купли-продажи и заклада, прежде чѣмъ перейдетъ въ фактическое владѣніе пріобрѣтателя. Вторую и наибольшую группу образуютъ бумаги, относящіяся къ области обязательственнаго права. Обязанность должника заключается или въ передачѣ опредѣленной вещи или въ уплатѣ денегъ и т. п.; обязательства эти могутъ быть или въ формѣ абстрактнаго обѣщанія, когда нѣтъ указанія на основанія долга,

[1]) Нерсесовъ. О бумагахъ на предъявителя, стр 7—12.

causa debendi, напр. въ векселѣ, или же основаніе это точно обозначено, напр. въ страховомъ полисѣ. 2. *По личности должника* торговыя бумаги раздѣляются на государственныя, общественныя и частныя. Бумаги, выпускаемыя государствомъ, носятъ различныя наименованія, какъ-то: облигація, билетъ займа (внутренняго или внѣшняго, съ выигрышами и безъ таковыхъ), билетъ государственнаго казначейства и т. п.; въ нихъ или на нихъ или обозначено имя владѣльца или не обозначено (на предъявителя); въ послѣднемъ случаѣ онѣ обращаются, переходя изъ рукъ въ руки, безъ передаточныхъ надписей. Общественныя бумаги выпускаются городами, земствомъ или частными товариществами въ формѣ акцій, облигацій, закладныхъ листовъ, полисовъ и т. п. О частныхъ бумагахъ нечего говорить—это до безконечности разнообразныя бумаги, исходящія отъ частныхъ лицъ: векселя, чеки, приказы и т. п. 3. *По личности кредитора* торговыя бумаги дѣлятся на именныя, приказныя и бумаги на предъявителя. *Именныя* суть бумаги, удовлетвореніе по которымъ должно быть произведено заранѣе опредѣленному и обозначенному въ бумагѣ лицу. По общему правилу передача ихъ изъ рукъ въ руки допускается; иногда же она не возможна въ виду согласія сторонъ, такъ или иначе удостовѣреннаго; напр. въ именную бумагу можетъ быть обращенъ вексель, на которомъ значится, что векселедержатель не вправѣ передавать его другимъ лицамъ. Иныя именныя бумаги не передаваемы въ силу закона напр. бодмерея безусловно

не передаваема [1]). Третьи, наконецъ, передаваемы лишь при соблюденіи извѣстныхъ формальностей; напр. акціи, которыя по закону всегда должны быть именныя [2]), передаются по надписи и съ отмѣткой, дѣлаемой въ правленіи компаніи [3]), и т. п. Отъ именныхъ отличаются *приказныя бумаги*; въ нихъ прямо указано, что должникъ долженъ исполнить обязательство предъ каждымъ лицемъ, къ которому бумага перешла; кредиторъ и послѣдующіе пріобрѣтатели бумаги имѣютъ право требовать отъ него удовлетворенія; указаніе на эту передаваемость приказной бумаги дѣлается въ формѣ приписки «по его (кредитора) приказу»; къ этимъ бумагамъ надо отнести векселя съ приказомъ [4]), купеческіе приказы о выдачѣ замѣнимыхъ вещей, не обусловленной эквивалентомъ, или объ уплатѣ должной суммы, варранты [5]), накладныя [6]) и т. п. Наконецъ отъ указанныхъ категорій бумагъ отличаются *бумаги на предъявителя*, какъ бумаги безыменныя; это суть бумаги, въ коихъ не обозначено имени кредитора, но таковымъ является всякій предъявитель ея— тотъ, въ чьихъ рукахъ она находится, можетъ требовать отъ обозначеннаго въ бумагѣ должника удовлетворенія; всякій держатель ея имѣетъ право безъ всякихъ заявокъ, надписей, разрѣшеній и т. п. передавать ее, по своему

---

[1]) Ст. 385 у. т въ связи со ст 1678 ч. 1 т. X.
[2]) Ст. 2160 ч. 1 т. X
[3]) Ст. 2168 п. 2 ibid.
[4]) Ст. 2 и 5 у. в.
[5]) Ст. 732 у. т.
[6]) Ст. 78 у. ж. д.

усмотрѣнію, любому другому лицу. Къ бумагамъ на предъявителя относятся акціи, выпускаемыя на предъявителя компаніями, на основаніи своихъ уставовъ [1]), варранты, съ обозначеніемъ, что они выданы на предъявителя [2]), накладныя [3]) и т. п.

---

[1]) Ст. 2160 прим. ч. 1 т. X.
[2]) Ст. 750 у. т.
[3]) Ст. 72 у. ж. д.

XI.

ТОРГОВАЯ КУПЛЯ-ПРОДАЖА.

Подъ торговой куплей-продажей разумѣется купля-продажа движимыхъ вещей, являющихся товаромъ по отношенію къ обѣимъ договаривающимся сторонамъ. Если вещь является товаромъ лишь по отношенію къ одному покупщику или одному продавцу, то купля-продажа не есть торговая; напр., если лицо продаетъ букинисту свою ненужную книгу, то, хотя послѣдній и покупаетъ ее какъ товаръ, покупка не есть торговая; точно также не торговая покупка—покупка лицомъ книги изъ магазина для собственной надобности; но продажа книги однимъ книгопродавцемъ другому есть торговая покупка. Нельзя относить къ торговой покупкѣ случаи, когда товаръ перестаетъ быть товаромъ послѣ покупки или становится таковымъ чрезъ покупку. Относя эти случаи къ торговой покупкѣ, мы устраняемъ всякое различіе между торговою и неторговою покупкою. Кто же признаетъ покупку мальчикомъ пряника въ лавкѣ, или продажу просиженнаго стула старьевщику торговыми сдѣлками!...

По характеру правъ, устанавливаемыхъ торговой куп-

лей-продажей, она можетъ быть раздѣлена на два вида: реальная и долговая. Первая заключается въ томъ, что покупка немедленно по окончаніи соглашенія реализуется (Zug um Zug); между моментами заключенія купли и исполненія ея нѣтъ промежуточнаго періода. Эта купля установляетъ вещное право немедленно и прежде всего, а затѣмъ уже обязательственный ея элементъ очень незначителенъ; покупщикъ немедленно становится владѣльцемъ товара, а продавецъ владѣльцемъ денегъ; обязательственный элементъ заключается лишь въ нѣкоторыхъ обязательствахъ ex lege—отвѣтственности за обманъ, по очисткѣ и т. п. Что касается долговой покупки, то тутъ именно лежитъ извѣстный періодъ времени между заключеніемъ сдѣлки и исполненіемъ; продавецъ обязанъ передать товаръ; покупщикъ обязанъ выдать деньги. Иначе говоря, моментъ исполненія обязательства отдаляется, причемъ возможны три комбинаціи: а) отдаляется исполненіе въ полномъ его составѣ, т. е. и покупщикъ и продавецъ обязаны въ условленный моментъ исполнить свои обязанности Zug um Zug; продавецъ долженъ передать товаръ, покупщикъ уплатить деньги; тутъ купля принимаетъ видъ чистой поставки; или б) покупщикъ исполняетъ вполнѣ или отчасти свою обязанность, т. е. платитъ впередъ всю цѣну или часть, а продавецъ уже по истеченіи извѣстнаго періода долженъ исполнить свою обязанность, т. е. передать товаръ; при уплатѣ части цѣны мы имѣемъ дѣло съ задаткомъ; или в) продавецъ исполняетъ сначала свою обязанность, т. е. передаетъ

товаръ, а покупщикъ уже послѣ исполняетъ свою, т. е. платитъ деньги—это купля-продажа въ кредитъ.

Затѣмъ, въ связи съ правомъ покупщика подвергнуть товаръ испытанію, пробѣ, различаются слѣдующіе виды торговой покупки: 1) *Покупка съ пробою*, т. е. съ предварительнымъ испытаніемъ товара; если товаръ это испытаніе выдержитъ, то купля почитается заключенной, если не выдержитъ—не заключенной; такъ что проба тутъ является отлагательнымъ (суспензивнымъ) условіемъ сдѣлки, но притомъ продавецъ можетъ выговорить себѣ право послѣ забраковки товара прислать другой или другую партію, третью, четвертую и т. д. Эта покупка съ пробою можетъ проявиться въ двухъ формахъ, смотря потому, поставлено-ли рѣшеніе вопроса о годности товара въ зависимость отъ произвольнаго усмотрѣнія покупщика или отъ наличности въ товарѣ опредѣленныхъ объективныхъ качествъ. Для выраженія пробы въ первомъ смыслѣ говорятъ: «если понравится», «если одобрятъ» и т. п., второе же значеніе пробы выражается извѣстнымъ словомъ, по обычаю имѣющимъ объективный смыслъ, напр. «съ надрѣзомъ», какъ это говорятъ при покупкѣ арбузовъ. Тутъ возвращеніе или непринятіе товара не допускается, если будетъ доказано, что товаръ былъ соотвѣтствующаго качества. Въ нашемъ торговомъ быту не практикуется покупка съ пробою при куплѣ-продажѣ въ кредитъ [1]). 2) *Покупка на пробу*, т. е. въ томъ смыслѣ, что, если товаръ выдержитъ испытаніе, то будетъ

[1]) Ефименко, н. с. стр 912.

сдѣлана новая покупка, обыкновенно въ большихъ размѣрахъ, чѣмъ первая. Этотъ видъ покупки можетъ проявиться или въ формѣ необязательнаго заявленія покупщика, и тогда онъ лишенъ юридическаго значенія, или же въ формѣ обязательной, тогда это нѣсколько осложненная покупка съ пробою; покупщикъ говоритъ: если товаръ, имъ купленный, выдержитъ испытаніе, то онъ обязуется купить еще партію. 3) *Покупка по пробѣ или по образцамъ* [1]), въ большинствѣ случаевъ есть покупка съ пробою, т. е. съ имѣющимся образцемъ покупщикъ сравниваетъ доставленный товаръ и рѣшаетъ, принять или не принять его; но иногда этотъ видъ покупки принимаетъ форму, отличную отъ покупки съ пробою, а именно: покупщикъ проситъ прислать или продавецъ, безъ его просьбы присылаетъ ему образцы, причемъ еще о будущей сдѣлкѣ и рѣчи нѣтъ, а уже впослѣдствіи покупщикъ проситъ представить ему товаръ по имѣющейся у него пробѣ или образцу.

Послѣдствія заключенія договора купли-продажи заключаются въ установленіи между сторонами извѣстнаго юридическаго отношенія, т. е. суммы правъ и обязанностей той и другой стороны. Мы разсмотримъ сначала обязанности продавца, а затѣмъ обязанности покупщика. I. *Обязанности продавца* сводятся къ *предоставленію въ распоряженіе покупщика* въ надлежащемъ *мѣстѣ* и въ надлежащее *время* товара надлежащаго *качества* и въ надлежащемъ *количествѣ*. Разсмотримъ отдѣльные

[1]) Ст. 634 уст. торг.

элементы этой обязанности: 1) *Предоставленіе товара въ распоряженіе покупщика* есть сдача или передача его, могущая имѣть двоякое значеніе; или это а) передача, благодаря которой лишь устанавливается право собственности покупщика на товаръ или 3) передача, являющаяся послѣдствіемъ уже ранѣе установившагося права собственности его на товаръ; иначе говоря, различное значеніе передачи обусловливается моментомъ, когда покупщикъ пріобрѣтаетъ право собственности на купленный товаръ: въ моментъ-ли заключенія договора купли-продажи или въ моментъ фактическаго обладанія товаромъ. Этотъ вопросъ есть вопросъ теоретическій— юридической нормы, прямо его разрѣшающей, нѣтъ, да она была-бы излишня; то или другое его разрѣшеніе зависитъ отъ другого вопроса, находящаго отвѣтъ въ соотвѣтствующей юридической нормѣ, а именно: кто несетъ рискъ гибели товара (periculum rei) до поступленія его въ распоряженіе покупщика? Отвѣтъ на этотъ вопросъ, въ томъ или другомъ смыслѣ, зависитъ въ конкретномъ случаѣ отъ соглашенія сторонъ: ничто не мѣшаетъ въ одномъ случаѣ продавцу, въ другомъ—покупщику взять на себя рискъ гибели товара. Но какъ быть, когда на этотъ счетъ никакого соглашенія не послѣдовало? Наше торговое обычное право даетъ категорическій и безусловный отвѣтъ: товаръ идетъ за страхъ и рискъ покупщика [1]), т. е. въ случаѣ гибели товара, его

[1]) Мартенсъ, Практика с.-п.-б. комм. суда за 1880 и 1881 гг., стр. 211

порчи и т. п. продавецъ все-таки имѣетъ право на полученіе полной цѣны товара, а если цѣна эта вовсе не уплачена или уплачена не вполнѣ, онъ вправѣ требовать уплаты; ему дѣла нѣтъ, погибъ товаръ, испортился онъ и т. п., лишь бы только на его сторонѣ не было вины въ этой гибели и порчѣ и лишь бы онъ отправилъ товаръ надлежащаго качества и въ надлежащемъ количествѣ; это послѣднее обстоятельство онъ, требуя уплаты, долженъ доказать [1]). Если таково воззрѣніе нашего торговаго обычнаго права, то мы дѣлаемъ выводъ, что у насъ право собственности покупщика на товаръ почитается возникшимъ еще до передачи товара; онъ долженъ нести невыгоды гибели и порчи своей, а никакъ не чужой вещи. По тѣмъ же соображеніямъ и продавецъ не несетъ этихъ невыгодъ — вещь проданная для него уже чужая вещь. Въ виду этого мы можемъ сказать: у насъ предоставленіе товара въ распоряженіе покупщика означаетъ передачу товара, право собственности на который уже принадлежитъ покупщику.

Передача товара можетъ быть и символическая, т. е. продавецъ передастъ покупщику не самый товаръ, а документъ, дающій послѣднему право взять товаръ въ свое распоряженіе. Къ такимъ документамъ относятся: а) *Маклерская записка* (подробная) и именно экземпляръ ея, принадлежащій покупщику и подписанный продавцемъ. Покупщикъ, передавая ее новому покупщику, переноситъ на него право собственности на товаръ. Передача за-

[1]) Мартенсъ, Коммент. т. I, стр. 234.

писки, какъ именной бумаги, дѣлается посредствомъ надписи, причемъ перепродавецъ можетъ отклонить отъ себя всякую отвѣтственность по поводу товара предъ новымъ его пріобрѣтателемъ, если къ надписи прибавитъ слова: «безъ оборота на меня» [1]); отсутствіе этой прибавки дѣлаетъ перепродавца товара отвѣтственнымъ предъ новымъ покупщикомъ, но не за случайную гибель, порчу и т. п.—это было бы противно вышеизложенному правилу, что periculum rei respicit ad emptorem—онъ отвѣчаетъ за ненадлежащую сдачу товара, т. е. если будетъ доказано, что товаръ ненадлежащаго качества и въ ненадлежащемъ количествѣ. б) *Фактура*, т. е. счетъ на товаръ, отправляемый продавцемъ къ покупщику [2]). Въ рукахъ покупщика это есть документъ, удостовѣряющій право его на посланный товаръ и, въ виду этого, при перепродажѣ товара, можетъ быть переданъ перепродавцемъ-покупщикомъ новому покупщику. Въ фактурѣ имѣется указаніе на то, уплачены-ли деньги за товаръ или нѣтъ, и сообразно съ этимъ покупщикъ товара по фактурѣ, получая ее, платитъ или перепродавцу или же (по неочищенной фактурѣ) первому продавцу. Спрашивается, обязательна-ли, при передачѣ неочищенной фактуры покупщикомъ новому лицу, для перваго продавца эта замѣна лицъ? Едва-ли; если онъ желаетъ, онъ можетъ обратиться за платежемъ къ новому покупщику товара по фактурѣ, но онъ можетъ обратиться и къ пер-

[1]) Ст. 634 уст. торг.

[2]) Ст. 606 п. 8 уст. торг.

вому покупщику, коему фактура послана—обязательство не можетъ быть перенесено должникомъ на другое лицо безъ согласія кредитора. в) *Складочное свидѣтельство*, т. е. документъ, удостовѣряющій нахожденіе товара на храненіи въ товарныхъ складахъ, учрежденныхъ съ разрѣшенія правительства (объ этомъ ниже). И это свидѣтельство можетъ быть вмѣсто самаго товара передано: если оно именное, по надписи, именной или бланковой [1]), а если на предъявителя (простое) [2]), то и безъ того. Надпись и тутъ можетъ быть дополнена условіемъ «безъ оборота на меня» [3]), имѣющимъ то же значеніе, что и при фактурѣ. г) *Транспортное свидѣтельство* есть бумага, дающая, на основаніи договора перевозки товара, право на полученіе товара на мѣстѣ назначенія; выдается оно товароотправителю, который пересылаетъ его товарополучителю, а сей послѣдній можетъ его передать другому. По перевозкѣ товара желѣзными дорогами оно называлось дубликатомъ накладной [4]), по перевозкѣ особыми обществами квитанціею [5]), а по перевозкѣ моремъ грузовою описью или коносаментомъ [6]).

---

[1]) Ст. 732 уст. торг.

[2]) Ст. 750. Проф. Цитовичъ, упустивъ изъ виду эту статью, говоритъ, что складочное свидѣтельство «всегда именное, а потому передается лишь по передаточной надписи». Учеб. торг. права стр. 189.

[3]) Ст 732 у. т.. ст 28 у. векс.

[4]) Ст. 78 у. жел. дор.; см. Рабиновичъ, Теорія и практ. жел. дор. права, стр. 36—42.

[5]) Напр. ст. 9 у. общ парох. по Дону.

[6]) Ст. 335 у. т.

и т. д. II тутъ, смотря по тому, именное ли свидѣтельство или на предъявителя, требуется или не требуется передаточной надписи.

2) Продавецъ обязанъ сдать товаръ въ надлежащемъ *мѣстѣ*. Какое мѣсто будетъ надлежащимъ—это зависитъ отъ соглашенія сторонъ, но, если таковаго не послѣдовало, то мѣстомъ сдачи является мѣсто нахожденія товара, каковымъ обыкновенно является мѣсто нахожденія торговаго помѣщенія или заведенія продавца. Въ случаѣ передачи товара при посредствѣ фактуры, складочнаго или транспортнаго свидѣтельства мѣстомъ этимъ является мѣсто назначенія или прибытія товара и мѣсто нахожденія товарнаго склада. Въ случаяхъ послѣдняго рода это разумѣется само собою и самая передача этихъ бумагъ свидѣтельствуетъ о намѣреніи сторонъ именно въ этомъ смыслѣ, но въ остальныхъ случаяхъ надо признать мѣстомъ сдачи мѣсто нахожденія товара по двумъ соображеніямъ: во 1-хъ, таковы обычно-правовыя нормы, выработанныя нашимъ торговымъ бытомъ [1]), и во 2-хъ, это можетъ быть выведено изъ того, что въ коммерческихъ судахъ основаніемъ подсудности является мѣсто нахожденія «предмета торговой тяжбы» [2]). Если мѣстомъ судебнаго осуществленія права является мѣсто нахожденія товара, то таковымъ должно быть и мѣсто добровольнаго его осуществленія. Доставка товара покупщику, слѣдовательно, не предполагается, а должна быть выго-

[1]) Ефименко, н. с., стр. 928.
[2]) Ст. 62 у суд. т.

ворена; но и въ этомъ случаѣ могутъ возникнуть сомнѣнія вслѣдствіе недостаточно опредѣленнаго обозначенія въ договорѣ этого мѣста; напр. въ договорѣ сказано, что товаръ долженъ быть «доставленъ» покупщику. Значитъ ли это, что продавецъ долженъ сдать товаръ въ торговое помѣщеніе покупщика? По буквальному смыслу, выраженіе «доставить» означаетъ передать товаръ въ непосредственное распоряженіе безъ всякой необходимости со стороны покупщика самому перевозить его; такъ, если товаръ прибылъ на станцію назначенія, то онъ еще недоставленъ; продавецъ долженъ его перевезти въ торговое помѣщеніе покупщика. Но не таковъ торговый обычай въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ; такъ напр. въ Петербургѣ хлопокъ считается доставленнымъ, если онъ прибылъ на станцію, перевезти же его въ складъ обязанъ покупщикъ [1]).

3) Обязанность сдать товаръ въ надлежащее *время* имѣетъ значеніе лишь при долговой покупкѣ, причемъ обыкновенно соглашеніемъ устанавливается срокъ сдачи товара. Необозначеніе его встрѣчается при долговой покупкѣ Zug um Zug (см. выше); въ этомъ случаѣ продавецъ можетъ отсрочить отсылку товара до полученія отъ покупщика денегъ, хотя по торговому обычаю товаръ отсылается сначала, немедленно по заключеніи договора [2]).

4) Обязанность сдать товаръ надлежащаго *качества*,

---

[1]) Мартенсъ, Коммент., т. 1, стр. 226.

[2]) Ibid., стр. 224.

т. е. качества условленнаго, выбраннаго, сходнаго съ образцами и т. п. Иногда качества обозначаются выраженіемъ, имѣющимъ условное значеніе, напр. при покупкѣ «смѣшанныхъ» дровъ предполагается, что въ смѣси дровъ высшаго качества должно быть не менѣе 10% [1]; при покупкѣ льняного сѣмени говорятъ: «во столько то процентовъ», что означаетъ, что сѣмени должно быть опредѣленное число процентовъ,—остальное примѣси [2]). Сдача товара не надлежащаго качества дастъ извѣстные права покупщику, но объ этомъ рѣчь впереди.

5) Обязанность сдать товаръ въ надлежащемъ *количествѣ*, т. е. опредѣленнаго вѣса или мѣры. Количество товара опредѣляется контрагентами болѣе или менѣе точно; такъ, въ договорѣ можетъ быть сказано, что продается товару «сколько окажется» къ извѣстному времени; тутъ, конечно, покупщикъ долженъ довольствоваться тѣмъ, сколько ему будетъ сдано продавцемъ; или нерѣдко количество товара опредѣляется приблизительно: «около» такого то числа пудовъ [3])—что въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ означаетъ, что товару должно быть сдано больше или меньше 10% всего условленнаго его количества [4]). Но и при точномъ опредѣленіи количества товара продавецъ иногда сдастъ больше, чѣмъ условлено. Во первыхъ, это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ,

---

[1]) Мартенсъ, Практ., стр. 241.

[2]) Ефименко, н с., стр 915.

[3]) Ibid., стр. 915.

[4]) Мейеръ, Юрид. изслѣд. относит торг. быта Одессы, въ его Юрид. сборникѣ, стр. 462.

когда необходимо имѣть въ виду извѣстную убыль товара, и слѣдовательно покупщикъ въ состояніи воспользоваться меньшимъ количествомъ, чѣмъ купилъ; напр. при продажѣ мела продавецъ долженъ сдать пудъ не въ 40 фунтовъ, а въ 41—фунтъ на пудъ теряется при перемѣнѣ вмѣстилища: онъ идетъ, какъ говорится, «на размахъ» [1]). Во вторыхъ, сдается товаръ вмѣстѣ со вмѣстилищами его—мѣшками, кулями, ящиками и т. п. Въ этомъ отношеніи надо рѣзко различить вмѣстилища двухъ родовъ: а) только обусловливаемыя свойствами товара, его сыпучестью и жидкостью, напр. кули, мѣшки, посуда и т. п., б) обусловливаемыя необходимостью перевозки товара—это то, что называется упаковкой. Въ первомъ случаѣ вмѣстилища составляютъ принадлежность товара—вѣсъ ихъ входитъ въ его вѣсъ; особой платы за нихъ продавцу не полагается [2]), такъ что тутъ собственно количество товара уменьшается на счетъ вѣса вмѣстилища. Что касается второго случая, то тутъ имѣетъ важное значеніе то обстоятельство, взялъ-ли на себя продавецъ доставку или нѣтъ: если взялъ, то упаковка его, т. е. вѣсъ вмѣстилищъ вычитывается—товаръ сдается полнымъ вѣсомъ, а придаткомъ является вѣсъ упаковки и издержки ея несетъ продавецъ; если же продавецъ не взялся доставить товаръ, то упаковка—дѣло покупщика [3]).

---

[1]) Ефименко, н. с. стр 914.
[2]) Мартенсъ. Коммент, стр. 240.
[3]) Ефименко, н с., стр. 929.

II. *Обязанности покупщика* заключаются въ принятіи товара и уплатѣ денегъ. 1. *Принятіе товара* не только право, но и обязанность покупщика, уклониться отъ которой дозволяется лишь въ извѣстныхъ случаяхъ. Въ этомъ отношеніи надо различать доставленіе товара не въ условленное время и доставленіе товара въ ненадлежащемъ количествѣ отъ доставленія товара не надлежащаго качества. Несвоевременное доставленіе и доставленіе товара въ ненадлежащемъ количествѣ влечетъ за собою общія послѣдствія—вознагражденіе за причиненные убытки; взыскивается оно или полностью или зачитывается съ цѣною, если она еще не была уплачена. Послѣдній случай представляетъ особенность торгово-обычнаго права, въ которомъ ius retentionis практикуется въ широкихъ размѣрахъ; если въ рукахъ покупщика, получившаго товаръ, имѣются деньги, причитающіяся продавцу, то онъ ихъ удерживаетъ, въ виду права своего на вознагражденіе, въ размѣрѣ причиненнаго ущерба [1]). Что касается доставленія товара не надлежащаго качества, то въ этомъ лишь случаѣ покупщикъ можетъ не принимать его; но это возможно лишь при двухъ условіяхъ 1) если такъ или иначе установлена негодность товара и несоотвѣтствіе его образцамъ; голословное заявленіе о негодности не имѣетъ значенія; если дѣло дойдетъ до суда и продавецъ докажетъ годность товара, то покупщикъ долженъ его принять [2]); если для сего

[1]) Мартенсъ, Коммент., стр. 201.

[2]) Мартенсъ, Практ. стр. 202.

контрагенты избрали особыхъ арбитраторовъ, которые должны были освидѣтельствовать товаръ,—ихъ рѣшеніе о годности его имѣетъ для сторонъ безусловно обязательное значеніе [1])—и продавецъ уже лишенъ возможности доказывать годность товара, и 2) покупщикъ, по полученіи товара, долженъ его осмотрѣть и извѣстить продавца о своемъ отказѣ немедленно [2]), первою почтою [3]) или, какъ принято говорить, «съ отходящею почтою» [4]). При наличности этихъ условій покупщикъ, отказываясь отъ принятія товара, освобождается отъ платежа денегъ [5]), а если платежъ произведенъ, то онъ можетъ требовать уплаченное обратно [6]). Съ другой стороны, внѣ этихъ условій принятіе товара—обязательно и уклоненіе отъ этой обязанности дастъ продавцу право или а) на основаніи общихъ правилъ понудить покупщика судебнымъ порядкомъ принять товаръ [7]), причемъ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ принято въ этихъ случаяхъ предварительно заявлять протестъ въ непринятіи товара у нотаріуса [8]), или б) продать товаръ стороннему лицу и въ случаѣ убытка взыскивать его съ покупщика [9]).

2) *Уплата цѣны* товара покупщикомъ продавцу за-

---

[1]) Мартенсъ, Коммент. стр. 233.
[2]) Мартенсъ, Практ., стр. 196, 202; Коммент., стр. 237
[3]) Ефименко, н. с. стр. 931.
[4]) Мейеръ, н. с., стр. 462.
[5]) Мартенсъ, Практ, стр. 202.
[6]) Ст. 1518 ч. 1 т. X.
[7]) Ст. 1514 ч. 1 т. X.
[8]) Ефименко, н. с., стр. 932.
[9]) Ibid., l. c.

ключается въ передачѣ послѣднему эквивалента проданнаго товара. Такимъ эквивалентомъ служатъ деньги, а при покупкѣ въ кредитъ иногда и векселя, выдаваемые покупщикомъ продавцу обыкновенно на короткій срокъ, отъ 3 до 6 мѣсяцевъ, или при самомъ принятіи товара или вскорѣ послѣ того [1]). Размѣръ цѣны опредѣляется контрагентами съ большей или меньшей точностью; иногда въ договорѣ сказано только, что проданъ товаръ за рыночную цѣну, каковою является цѣна по мѣсту принятія товара; такъ что если продавецъ обязался доставить товаръ покупщику, то цѣною будетъ рыночная цѣна того мѣста, куда товаръ долженъ быть доставленъ, въ противномъ случаѣ—цѣна мѣста нахожденія товара во время покупки его [2]). Но неопредѣленность можетъ касаться не только размѣра цѣны, но и срока ея уплаты; при отсутствіи всякихъ опредѣленій иногда принимается за крайній срокъ три дня со времени полученія покупщикомъ счета съ увѣдомленіемъ о прибытіи товара на мѣсто назначенія [3]); если же въ договорѣ сказано: «уплачивать еженедѣльно», безъ указанія сколько, то размѣръ единичнаго платежа можетъ не превышать 10% [4]). Таковы отношенія сторонъ, насколько они опредѣляются доселѣ извѣстными торговообычными нормами; въ остальномъ примѣняются правила 1 ч. X т.

---

[1]) Ibid., стр. 916.
[2]) Ibid, стр. 927.
[3]) Мартенсъ, Коммент., стр. 226.
[4]) Ibid., стр. 240.

XII.

ТОРГОВАЯ ПОКЛАЖА.

О торговой поклажѣ въ общемъ смыслѣ, т. е. о договорѣ объ отдачѣ и пріемѣ на сохраненіе товаровъ внѣ особо учрежденныхъ складовъ мы никакихъ свѣдѣній не имѣемъ, хотя законъ спеціально признаетъ эту торговую сдѣлку и выставляетъ одно исключительное правило: «въ поклажахъ, производимыхъ по торговлѣ или вообще по купеческому обычаю лицами торговаго сословія, какъ съ принадлежащими, такъ и не принадлежащими къ этому сословію», дѣйствительность поклажи можетъ быть доказана и свидѣтельскими показаніями [1]). Сами-же «купеческіе обычаи» еще не собраны; что-же касается устава торговаго, то въ немъ о поклажѣ въ общемъ смыслѣ ничего не говорится. Въ иномъ положеніи находится вопросъ объ отдачѣ товаровъ на сохраненіе въ особые склады. Въ 1888 г. изданы особыя на этотъ предметъ правила [2]), внесенныя въ уставъ торговый въ видѣ четвертаго раз-

[1]) Ст. 2112 ч. 1 т. X.

[2]) Полож. о товарн. складахъ 30 марта 1888 г.

дѣла третьей книги его [1]). Правилами этими предоставляется земствамъ, городскимъ, купеческимъ или биржевымъ обществамъ, акціонернымъ компаніямъ, на основаніи уставовъ ихъ, товариществамъ и отдѣльнымъ лицамъ учреждать, съ разрѣшенія министра финансовъ, товарные склады для пріема и храненія всякаго рода товаровъ, съ выдачей особыхъ складочныхъ и закладныхъ свидѣтельствъ [2]). Эта выдача свидѣтельствъ имѣетъ весьма важное значеніе: если складъ учреждается безъ права выдачи ихъ, то въ разрѣшеніи министра нѣтъ надобности, а съ другой стороны выдача ихъ не дозволяется владѣльцамъ складовъ, не имѣющимъ разрѣшенія министра [3]). Выдача этихъ свидѣтельствъ большое преимущество складовъ, имѣя въ виду важное значеніе ихъ въ торговомъ оборотѣ; сдать товаръ складу, не имѣющему права выдавать эти свидѣтельства, и состоящему внѣ контроля правительства [4]), нѣтъ интереса; удостовѣренію, выданному такимъ складовъ, не можетъ быть присвоена та оборотность и то опредѣленное значеніе, какими, какъ удостовѣреніе дѣйствительнаго существованія товара, обладаютъ свидѣтельства складочное и закладное. Кромѣ этого преимущества, товарные склады пользуются еще одною важною привилегіею—правомъ преимущественнаго удовлетворенія предъ всѣми кредиторами товарохозяина [5]).

---

[1]) Ст. 709—762 у. т.
[2]) Ст. 709, 713, 714 у т.
[3]) Ст. 710 у т.
[4]) Ст. 720, 721 у т. a contr.
[5]) Ст. 727 у т.

Въ виду этихъ privilegia favorabilia, какъ-бы въ противовѣсъ имъ, государство считаетъ себя вправѣ установить рядъ правилъ, невыгодныхъ или обременительныхъ для складовъ—privilegia odiosa. Такъ, пріемъ товаровъ на сохраненіе для нихъ обязателенъ; вступить въ соглашенія, ограничивающія ихъ законную отвѣтственность, они не могутъ; отвѣтственность при гибели или поврежденіи товара усиленная; недвижимостью, имъ принадлежащею, они свободно распоряжаться не могутъ—она служитъ обезпеченіемъ по ихъ обязательствамъ [1]) и т. п.

Обращаясь къ *юридическимъ отношеніямъ, возникающимъ по поводу храненія товаровъ въ складахъ*, мы разсмотримъ сначала отношенія собственно по храненію товаровъ, а затѣмъ отношенія по передачѣ складочныхъ документовъ. 1. *Отношенія по храненію товаровъ.* Мы остановимся отдѣльно сначала на обязанностяхъ, а затѣмъ, на правахъ складовъ (или, точнѣе, содержателей складовъ, будь то частныя лица или земства, города, акціонерныя и другія компаніи). а) *Обязанности складовъ.* Прежде всего аа) склады обязаны *принимать товары* на храненіе отъ всякаго желающаго; это, какъ мы видѣли, privilegia onerosa складовъ; принимать товары они должны по времени поступленія заявленій о сдачѣ ихъ, не отдавая кому либо преимущественнаго предъ другими, но въ случаѣ одновременнаго заявленія со стороны нѣсколькихъ товарохозяевъ и при

[1]) Ст. 716 у. т.

недостаточности въ складѣ свободныхъ помѣщеній, предпочтеніе должно быть дано тому изъ товарохозяевъ, который пожелаетъ сложить товаръ на кратчайшій сравнительно съ другими срокъ [1]). бб) При пріемѣ товаровъ склады обязаны *выдать въ томъ удостовѣренія, въ формѣ особыхъ свидѣтельствъ, называемыхъ варрантами.* Свидѣтельства эти пишутся по образцамъ, утвержденнымъ министромъ финансовъ [2]), и содержатъ въ себѣ означеніе: 1) склада, которымъ товаръ принятъ на храненіе; 2) текущаго нумера по реестру склада; 3) званія, имени и фамиліи или фирмы и мѣстожительства лица, отъ котораго товаръ принятъ на храненіе; 4) товара по роду, вѣсу, мѣрѣ и сорту, а также по знакамъ, нумерамъ и числу товарныхъ мѣстъ, если товаръ сданъ упакованнымъ въ отдѣльныхъ мѣстахъ; 5) условій соглашенія, если таковое было, объ отвѣтственности склада за утрату или поврежденіе товара, могущія произойти отъ его свойства или отъ недостатковъ его упаковки; 6) срока, на который товаръ принятъ на храненіе, если товарохозяинъ желаетъ сдать товаръ на опредѣленный срокъ; 7) платы, причитающейся за храненіе товара и другія, связанныя съ храненіемъ операціи; 8) если товаръ не обезличенъ, то застрахованъ-ли и, если застрахованъ, то въ какой суммѣ, на какой срокъ и въ какомъ обществѣ; но если обезличенъ, т. е. хранится въ смѣшанномъ видѣ съ товарами того-

[1]) Ст. 718 у. т.
[2]) Ст. 728 у. т.

же рода, принадлежащими другимъ хозяевамъ, то въ этомъ обозначеніи нѣтъ надобности; 9) года, мѣсяца и числа выдачи свидѣтельства и 10) подписи завѣдывающаго складомъ [1]). Свидѣтельства эти могутъ быть двухъ родовъ: простыя и двойныя. Все внѣшнее различіе ихъ заключается въ томъ, что во 1-хъ, двойное пишется въ двухъ экземплярахъ, причемъ одинъ называется складочнымъ, а другой закладнымъ свидѣтельствомъ [2]); хотя и простое свидѣтельство можетъ имѣть два экземпляра— самое свидѣтельство и копія его [3]), но значеніе ихъ иное (объ этомъ ниже) и во 2-хъ, простое можетъ быть выдано на предъявителя, только въ томъ случаѣ, если это дозволено складу по спеціальному разрѣшенію министра финансовъ [4]). Разъ выданное свидѣтельство можетъ быть обмѣнено на другія, если товарохозяинъ раздѣлитъ товаръ на нѣсколько партій; въ этомъ случаѣ складъ обязанъ выдать новыя свидѣтельства на каждую отдѣльную партію товара [5]). вв) Склады обязаны вознаградить товарохозяевъ за убытки, происшедшіе отъ порчи или гибели товара. Обязанность эта безусловна въ томъ смыслѣ, что всякія предварительныя, на случай могущихъ послѣдовать утраты или поврежденія товара, сдѣлки и соглашенія складовъ съ товарохозяевами, клонящіяся къ измѣненію ихъ отвѣтственности или къ совершенному освобож-

[1]) Ст. 731, 757, 758 у. т.
[2]) Ст. 730, 731 у. т.
[3]) Ст. 751 у. т.
[4]) Ст. 750 у. т.
[5]) Ст. 736 у. т.

ленію отъ нея, признаются недѣйствительными. Складамъ предоставляется, однако, входить съ товарохозяевами въ соглашеніе объ условіяхъ отвѣтственности за утрату или поврежденіе товара, могущія произойти отъ его свойства или отъ недостатковъ упаковки. Проф. Шершеневичъ [1]) полагаетъ, что смягченія эти опасны; благодаря ихъ допустимости отвѣтственность складовъ будетъ ослаблена. Опасеніе совершенно напрасное: соглашеніями этими лишь точнѣе опредѣляется эта отвѣтственность и если ослабляется, то по вполнѣ справедливому основанію—свойству товара, напр., подверженности скорой порчѣ и дурной упаковки. Въ случаѣ ослабленія отвѣтственности свыше предѣловъ, указанныхъ закономъ, судъ долженъ признать это соглашеніе недѣйствительнымъ.—Отвѣтственность складовъ усиленная, исключительная: они отвѣчаютъ за всякую, даже случайную порчу и гибель товара. Освобождаются они отъ отвѣтственности только въ томъ случаѣ, когда гибель или порча товаровъ не могли быть предотвращены средствами склада. Эта невозможность предотвращенія должна быть доказана въ случаѣ гибели или порчи товара вслѣдствіе: 1) свойствъ самаго товара, 2) такого недостатка упаковки, который не могъ быть замѣченъ по наружному виду при пріемѣ товара и 3) непреодолимой силы. Эти обстоятельства должны быть доказаны складомъ, дабы освободиться отъ отвѣтственности предъ товарохозяиномъ [2]). Что касается

[1]) Шершеневичъ, н. с. т. 2, стр 189.
[2]) Ст. 722 уст. торг.

перваго обстоятельства, то придаваемое ему закономъ значеніе совершенно понятно; законъ обязываетъ товарохозяина вносить въ свидѣтельство указаніе на свойства товара, и если благодаря этимъ свойствамъ гибель или порча товара неизбѣжны или вѣроятны, и товарохозяинъ на нихъ не указалъ, то вина на его сторонѣ, а никакъ не на сторонѣ склада. Точно также и второе обстоятельство: если упаковка была хороша лишь съ виду, и пріемщикъ склада, при всемъ вниманіи, не могъ разглядѣть ея недостатковъ, то складъ не виновенъ; товарохозяинъ повиненъ въ обманѣ или небрежности, послѣдствія коихъ и долженъ нести самъ, а не переносить ихъ на складъ. Наконецъ, третье обстоятельство, непреодолимая сила, представляетъ такое основаніе освобожденія отъ отвѣтственности, свойство и значеніе коего, повидимому, просты и понятны, но на самомъ дѣлѣ порождаютъ множество затрудненій и въ теоріи и въ практикѣ—это вопросъ о vis major, force majeure, höhere Gewalt, какъ основаніи освобожденія отъ гражданской отвѣтственности. Въ наукѣ гражданскаго права, какъ извѣстно, сложились двѣ теоріи по этому вопросу—теорія субъективная (Гольдшмидтъ) [1]) и объективная (Экснеръ) [2]). Первая стоитъ на почвѣ виновности, какъ условія отвѣтственности (безъ вины нѣтъ отвѣтственности), допуская,

[1]) Goldscheidt—Das receptum nautarum, cauponum und stabulariorum.

[2]) Exner, Begriff der vis major. Попытку примиренія этихъ теорій въ новѣйшее время см. у Hollander. Vis major als Schranke der Haftung.

при извѣстныхъ случаяхъ, даже отвѣтственность за случай, casus, если наступленіе его или его послѣдствій могло быть, такъ или иначе, въ большей или меньшей мѣрѣ, все-равно, поставлено въ вину лицу, напр., взявшему на себя отвѣтственность за сохранность вещи, custodia: только vis major, какъ нѣчто неотвратимое, безусловно исключаетъ вину и отвѣтственность [1]). Вторая теорія отвергаетъ эту субъективную точку зрѣнія; она допускаетъ отвѣтственность sine culpa, безъ вины, въ тѣхъ случаяхъ, когда на лицо ложится отвѣтственность за casus—отвѣтственность эта носитъ характеръ страхованія, не идущаго, однако, далѣе vis major [2]). Признавая безусловную правильность положенія «безъ вины нѣтъ отвѣтственности» и искусственность внесенія элемента страхованія въ данное соглашеніе, мы присоединяемся къ субъективной теоріи и полагаемъ, что отвѣтственность, въ смыслѣ лежащей на лицѣ обязанности устранить невыгодныя послѣдствія правонарушенія, наступаетъ при обнаруженіи вины въ весьма разнообразныхъ формахъ. Задача науки и заключается въ точномъ установленіи этихъ формъ и выработкѣ пріемовъ ихъ нахожденія въ отдѣльныхъ жизненныхъ случаяхъ. Вина и связанная съ нею отвѣтственность, какъ мы думаемъ, могутъ быть раздѣлены на простую, исключитель-

---

[1]) У насъ представитель этого взгляда Деларовъ—Объ отвѣтственности желѣзнодорожныхъ предпринимателей.

[2]) У насъ представитель этого взгляда Рабиновичъ, Теорія и практика желѣзнодорожнаго права, стр. 101.

ную и привходящую. *Простая вина* проявляется въ умышленности и небрежности или неосторожности—лицо отвѣчаетъ за dolus и culpa, а за случай, casus—не отвѣчаетъ; хотя бы какими либо исключительными мѣрами и могло предотвратить наступленіе какъ самаго событія, такъ и его послѣдствій, тѣмъ не менѣе, лицо не отвѣчаетъ; по общему правилу нельзя требовать отъ него исключительной заботливости о чужихъ благахъ. *Исключительная вина* проявляется въ формѣ dolus, culpa и casus; лицо отвѣчаетъ за гибель вещи, если будетъ доказано, что были мыслимы мѣры предотвращенія и была возможность принять ихъ въ данномъ случаѣ. Законъ можетъ, въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ, возложить на лицо отвѣтственность за casus, видя въ непринятіи исключительныхъ мѣръ предотвращенія и предосторожности проявленіе виновности. De lege ferenda могутъ быть разныя соображенія, заставляющія установить тутъ отвѣтственность: сложность и опасность даннаго предпріятія, требующія особой осторожности и предусмотрительности; увѣренность публики въ наличности этихъ качествъ предпринимателя и вызванная тѣмъ довѣрчивость; невозможность слѣдить самому за отношеніемъ предпринимателя къ довѣренному имуществу; возмездіе за рядъ privilegia favorabilia, напр., за монополію и т. д. Но и этой исключительной винѣ и отвѣтственности есть предѣлъ; это—vis major (а также вина самого пострадавшаго) въ смыслѣ случая, casus, какъ событія чрезвычайнаго, непредвидимаго, внезапное наступленіе и послѣд-

ствія коего не могли быть предотвращены абсолютно никакими мѣрами: это случайность высшей категоріи [1]): за vis major лицо не отвѣчаетъ, если, конечно, докажетъ, что таковое событіе произошло. Лицо, въ качествѣ поклажепринимателя или перевозчика, напр. складъ или желѣзная дорога, обязавшееся предъ другимъ въ храненіи вещи, custodia, обязано вещь эту возвратить въ цѣлости, и въ этомъ случаѣ отвѣчаетъ по началамъ вины исключительной: оно, а не лицо, требующее свою вещь, должно доказать исключительное явленіе: onus prodandi лежитъ на немъ по тому общему правилу, что истецъ долженъ доказать лишь факты, положительно дѣйствующіе на его право на вознагражденіе за убытки, отвѣтчикъ же доказываетъ факты, дѣйствующіе на это право отрицательно; несомнѣнно, что въ случаѣ гибели вещи истецъ, отыскивающій вознагражденіе, долженъ доказать лишь вредъ, ему причиненный, а отвѣтчикъ—наличность факта, освобождающаго его отъ отвѣтственности [2]), каковымъ въ данномъ случаѣ и является vis major [3]). Наконецъ, что касается *вины привходящей* [4]), то она имѣетъ мѣсто при dolus, culpa, casus и vis major—предѣла отвѣтственности въ этомъ случаѣ нѣтъ:

---

[1]) Гордонъ, Принципъ отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ, стр. 54.

[2]) Малининъ, Комментаріи къ 366 ст. уст. гражд. суд., стр. 65—68.

[3]) Рабиновичъ, н. с., стр. 91.

[4]) Это culpa incidens или, примѣняясь къ выраженію Гая: si culpa eius interveniat (L 1 § 4 D. de obligat, 44.7), culpa intervenieus.

погибла-ли вещь вслѣдствіе умышленнаго дѣянія или отъ vis major — безразлично; лицо обязавшееся должно уплатить вознагражденіе. Въ этихъ случаяхъ вина лежитъ не въ причиненіи или допущеніи гибели, а въ чемъ либо иномъ, постороннемъ, и отвѣтственность является какъ бы въ видѣ кары за осуждаемое закономъ дѣйствіе—тутъ вина привходитъ извнѣ; напр., на основаніи ст. 2105 ч. 1 т. X, если поклажепринимать по требованію поклажедателя не возвращаетъ вещи, и она гибнетъ уже послѣ заявленія требованія о возвратѣ, то первый отвѣчаетъ въ виду этой просрочки, какъ бы въ кару за нее—тутъ лицо виновно въ томъ, что вызвало положеніе, при которомъ вещь подверглась дѣйствію vis major (mora perpetuum facit obligationem). Въ виду изложеннаго мы можемъ сказать, что товарные склады отвѣчаютъ за вину исключительную, что же касается вины привходящей, то отвѣтственность за нее надо признать, во 1-хъ, если, по отсутствіи въ торговомъ законѣ соотвѣтствующихъ указаній, приходится къ складамъ примѣнять только что цитированную нами ст. 2105 ч. 1 т. X,—они по просрочкѣ отвѣчаютъ и за vis major, и во 2-хъ, таковая отвѣтственность за ними признается лишь относительно товара обезличеннаго[1]).—Что касается размѣра вознагражденія, то по общему правилу оно опредѣляется по торговой, биржевой или рыночной цѣнѣ, а при невозможности установить таковую—по цѣнѣ однороднаго товара на мѣстѣ нахожденія склада

[1]) Ст. 760 уст. торг.

въ то время, когда должна была произойти выдача товара [1]). Это опредѣленіе стоимости товара по времени выдачи едва-ли правильна въ столь безусловной формѣ. Если хозяинъ продалъ товаръ другому за цѣну, стоявшую выше цѣны въ срокъ выдачи и тотъ разсчитывалъ, взявъ товаръ въ срокъ, не продавать его до повышенія цѣны, то покупщикъ товара совершенно несправедливо пострадаетъ. Надо было сказать, что стоимость товара опредѣляется цѣною его ко времени выдачи, если она не ниже цѣны, за которую до гибели и порчи товара хозяинъ продалъ его другому лицу. гг) Складъ обязанъ *допустить хозяина къ осмотру товара* [2]), причемъ, если товаръ обезличенъ, то онъ можетъ быть осматриваемъ только по имѣющимся въ складѣ образцамъ [3]). дд) Складъ, по полученіи платы за храненіе и другихъ причитающихся ему платежей, *обязанъ выдать хозяину товаръ его* [4]); если товаръ обезличенъ, то долженъ быть выданъ не тотъ самый товаръ, который былъ принятъ на храненіе, а товаръ того же сорта [5]). Выдача товара производится лишь въ обмѣнъ на складочные документы; если выдано двойное свидѣтельство, то въ обмѣнъ на оба экземпляра; но если закладное свидѣтельство не представлено, потому что находятся въ рукахъ закладопринимателя товара, то товаръ выдается

[1]) Ст. 736 уст. торг.
[2]) Ст. 761 уст. торг.
[3]) Ст. 726 уст. торг.
[4]) Ст. 759 уст. торг.
[5]) Ст. 737 уст. торг.

лишь по представленіи квитанціи подлежащаго учрежденія о взысканіи всей суммы по закладному свидѣтельству. Правило это установлено именно въ интересѣ закладопринимателя: безъ этого онъ лишился бы возможности получить удовлетвореніе. Невыдача въ срокъ товара, опредѣленнаго in genere, въ случаѣ его гибели или порчи, какъ мы видѣли выше, влечетъ за собой отвѣтственность и за привходящую вину.

Что касается б) *правъ склада*, то они сводятся къ праву на полученіе установленной [1]) платы за храненіе, показанной въ складочномъ свидѣтельствѣ [2]). Право это осуществляется или врученіемъ соотвѣтствующей суммы денегъ товарохозяиномъ или путемъ продажи товара и удовлетворенія склада изъ вырученной суммы. О первомъ способѣ нечего распространяться, что же касается второго, то онъ примѣняется въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Если товарохозяинъ въ срокъ не возьметъ товара обратно, а если срока опредѣленнаго не было, то по истеченіи шести мѣсяцевъ со дня сдачи (прибавивъ и въ томъ и другомъ случаѣ еще восемь льготныхъ дней), то складъ можетъ распорядиться продажею или всего товара или, если это возможно, части его, для покрытія причитающейся ему суммы [3]). Самая продажа, по предварительномъ оглашеніи ея, производится или при посредствѣ биржеваго маклера или аукціониста на биржѣ, а гдѣ таковой нѣтъ—при

[1]) Ст. 720 уст. торг.
[2]) Ст. 731 уст. торг.
[3]) Ст. 725 уст. торг.

посредствѣ судебнаго пристава или полицейскаго чиновника [1]). Складъ можетъ произвести эту продажу и до срока, въ случаѣ обнаруженія порчи товара, извѣстивъ объ этомъ предварительно хозяина [2]). Изъ вырученной суммы складъ удовлетворяетъ свои требованія. 2) Складъ можетъ получить удовлетвореніе путемъ продажи товара, произведенной и по требованію другихъ лицъ, а именно: а) по требованію кредиторовъ — въ общемъ порядкѣ взысканія и въ порядкѣ конкурскаго процесса [3]) и б) по требованію залогопринимателя товара, находящагося на храненіи; въ этомъ случаѣ товаръ продается такимъ же порядкомъ, какъ при продажѣ товара по требованію самаго склада [4]). Складъ, во всякомъ случаѣ, какъ мы уже упоминали выше, имѣетъ право предпочтительнаго удовлетворенія предъ остальными кредиторами и залогопринимателемъ товарохозяина [5]). Таковы въ общихъ чертахъ отношенія между складомъ и товарохозяиномъ собственно по храненію товара [6]).

2) *Отношенія по передачѣ складочныхъ документовъ.* Выше мы видѣли, что на обязанности склада лежитъ выдача складочныхъ документовъ, удостовѣряю-

---

[1]) Ст. 744 уст. торг.

[2]) Ст. 725 уст. торг.

[3]) Ст. 727 уст торг.

[4]) Ст. 744 уст. торг.

[5]) Ст. 727 уст. торг.

[6]) Кромѣ того законъ допускаетъ и другія отношенія между ними — вспомогательнаго характера—по нагрузкѣ и выгрузкѣ товара, по сортировкѣ, перевозкѣ, очисткѣ пошлинами, по порученію страховыхъ товаровъ и т. п. (Ст. 719 у т.).

щихъ пріемъ товара на храненіе. Документы эти имѣютъ чрезвычайно важное значеніе въ торговомъ оборотѣ; они удостовѣряютъ право собственности на товаръ и въ оборотѣ отождествляются съ самимъ товаромъ—продажа ихъ есть продажа товара, залогъ ихъ—залогъ товара. Эта продажа и залогъ товара и представляющихъ его документовъ всего лучше достигается системой двойныхъ документовъ, изъ коихъ одинъ экземпляръ можетъ служить предметомъ продажи, другой—предметомъ залога. Преимущество этой системы предъ системой одного документа то, что въ одно время можно совершить двѣ сдѣлки—занять извѣстную сумму подъ залогъ товара и продать товаръ или просто или, если онъ уже заложенъ, съ обязательствомъ покупщика уплатить долгъ закладопринимателю. Понятно, что въ томъ случаѣ когда сумма долга, обезпеченнаго товаромъ, равна стоимости послѣдняго, уступка права на товаръ является куплею, при которой покупщикъ обязуется уплатить цѣну товара не продавцу, а другому лицу (складу), продавецъ же ничего не получаетъ, но лишь освобождается отъ долга; если-же сумма долга, обезпеченнаго товаромъ, ниже стоимости его, то при продажѣ товара продавецъ получаетъ разность этихъ суммъ, въ остальномъ-же положеніе вещей остается тоже, какъ и въ первомъ случаѣ. Не столь удобна, конечно, система одного свидѣтельства—тутъ возможно одно изъ двухъ: или продажа или залогъ товара; разъ свидѣтельство заложено, уже продавать нечего. Наше законодательство признаетъ и ту и другую систему, пре-

доставляя товарохозяину требовать отъ склада одинъ или два экземпляра свидѣтельства, т. е. или одно простое складочное свидѣтельство [1]) или двойное свидѣтельство складочное, могущее подлежать продажѣ, и закладное могущее подлежать закладу [2]), или-же наконецъ, простое складочное свидѣтельство съ копіею, причемъ копія можетъ подлежать продажѣ, а подлинное свидѣтельство—залогу [3]). Такъ что по нашему закону система двухъ свидѣтельствъ принята въ двоякой формѣ: свидѣтельство двойное и свидѣтельство простое съ копіею. Различіе между этими двумя формами довольно существенно [4]). Во 1-хъ, двойное свидѣтельство выдается складомъ при сдачѣ товара, копія-же простого—лишь въ томъ случаѣ, когда товарохозяинъ желаетъ, уже по полученіи простого свидѣтельства, заложить простое свидѣтельство, сохраняя за собой право продать товаръ; складъ, выдавая такую копію, дѣлаетъ отмѣтку о томъ, что товаръ уже заложенъ, и тѣмъ указываетъ, что копія эта имѣетъ такое-же значеніе, какъ складочное свидѣтельство, отдѣленное отъ закладного [5]). Во 2-хъ, какъ увидимъ

---

[1]) Ст. 728 уст. тор.

[2]) Ст. 730, 734 уст. торг.

[3]) Ст. 751, 753 уст. торг.

[4]) Наши коммерсіалисты совершенно упускаютъ изъ виду примѣненіе двойной системы къ простымъ свидѣтельствамъ, вслѣдствіе чего изложеніе ихъ страдаетъ полною неясностью. Напр проф. Шершеневичъ, проводя различіе между двумя системами по значенію для торговаго оборота, указываетъ на двойное свидѣтельство въ противоположность простому, ничего не говоря о копіяхъ простого Н. с. стр. 190—191.

[5]) Ст. 751 уст. торг.

ниже, при переходѣ закладнаго свидѣтельства по надписямъ, надписатели отвѣчаютъ по праву оборота, при переходѣ-же заложеннаго простого свидѣтельства — не отвѣчаютъ [1]).

Что касается самой передачи документовъ, то, по общему правилу, она удостовѣряется надписью на самомъ документѣ; исключеніе составляетъ лишь передача незаложеннаго простого свидѣтельства, выданнаго на предъявителя—совершается она врученіемъ документа [2]). Надпись при передачѣ двойного свидѣтельства въ цѣломъ его составѣ и отдѣльно складочнаго и закладного свидѣтельства, уже заложеннаго, а также простого свидѣтельства въ подлинникѣ, но уже заложеннаго, и копіи съ него дѣлается по правиламъ о векселяхъ [3]), т. е. она можетъ быть бланковая и именная; въ послѣднемъ случаѣ въ ней означается имя того, кому передается, затѣмъ, что платежъ полученъ, зачтенъ или въ счетъ поставленъ, и наконецъ мѣсто, число, мѣсяцъ и годъ надписанія и подпись [4]). Только относительно надписи при установленіи права залога на закладное свидѣтельство и на простое (первая надпись) требуется, кромѣ нея, обозначеніе имени и мѣстожительства закладопринимателя, суммы долга и срока займа; надпись эта дословно повторяется въ складочномъ свидѣтельствѣ и въ копіи простого; она должна

---

[1]) Ст. 747, 752 уст. торг.
[2]) Ст. 750 уст. торг.
[3]) Ст. 732, 752 уст. торг.
[4]) Ст. 19, 21 уст. векс.

быть засвидѣтельствована нотаріальнымъ порядкомъ или занесена въ реестръ склада [1]).

Касательно юридическихъ отношеній по передачѣ складочныхъ документовъ надо различать отношенія между держателями и складомъ и между ними и надписателями. 1) *Отношенія между держателями документовъ и складомъ.* Держатель двойного складочнаго свидѣтельства, часть коего не отдѣлена, а также держатель не заложеннаго простого свидѣтельства считается товарохозяиномъ, и состоитъ со складомъ въ тѣхъ же отношеніяхъ, какъ и послѣдній; онъ вообще, какъ товарохозяинъ, имѣетъ безусловное право распоряженія товаромъ [2]). Тоже право имѣетъ и держатель отдѣленнаго складочнаго свидѣтельства и копіи простого, но лишь съ однимъ ограниченіемъ: складъ не обязанъ выдавать ему товаръ ранѣе уплаты имъ суммы, въ которой товаръ заложенъ [3]); уплата эта однако производится не самому складу, а *или* закладопринимателю, возвращающему въ этомъ случаѣ держателю складочнаго свидѣтельства закладное, а держателю копіи простого—подлинное простое свидѣтельство, *или-же* подлежащему учрежденію (опредѣленному министромъ финансовъ), взявъ съ него соотвѣтствующую квитанцію, такъ что складъ выдаетъ товаръ лишь по предъявленіи этихъ свидѣтельствъ и квитанцій [4]). Наконецъ, держатель закладного свидѣтельства

[1]) Ст. 733, 751 уст. торг.
[2]) Ст. 734, 753 уст. торг.
[3]) Ст. 734 уст. торг.
[4]) Ст. 737 уст. торг.

или заложеннаго простого по отношенію къ складу имѣетъ: а) право требовать, чтобы его допустили къ осмотру товара [1]), б) право вознагражденія за убытки и порчу товара, какъ и товарохозяинъ [2]) и в) право требовать продажи товара въ случаѣ неуплаты ему обезпеченнаго товаромъ долга. По истеченіи восьми дней со дня наступленія срока долга держатель закладного свидѣтельства или заложеннаго простого можетъ предъявить свой документъ складу, который и производитъ продажу вышеизложеннымъ порядкомъ [3]). Вырученныя отъ продажи деньги вручаются держателю (преимущественно предъ остальными кредиторами товарохозяина) за вычетомъ всего причитающагося складу. Если окажется излишекъ (hyperocha), то онъ выдается держателю складочнаго свидѣтельства и копіи простого [4]). Если-же путемъ продажи товара будетъ выручено менѣе суммы долга, то складъ не оставляетъ у себя свидѣтельства, а возвращаетъ его съ соотвѣтствующей отмѣткой о выданной держателю свидѣтельства суммѣ [5]).

2) *Отношенія между держателями и надписателями документовъ.* Оба экземпляра документовъ могутъ циркулировать въ торговомъ оборотѣ совершенно отдѣльно и независимо одинъ отъ другого; права-же держателя и надписателей опредѣляются по правиламъ век-

---

[1]) Ст. 736 уст. торг.
[2]) Ст. 748 уст. торг.
[3]) Ст. 743, 744 уст. торг.
[4]) Ст. 745 уст. торг.
[5]) Ст. 746 уст. торг.

сельнаго устава. Рядъ особенностей представляетъ передача отдѣленнаго закладного свидѣтельства и заложеннаго простого. Первый держатель его, закладопринимательвступаетъ въ отношеніе по займу, обезпеченному залогомъ, съ товарохозяиномъ, первымъ надписателемъ. Особенности этого займа тѣ, что, во 1-хъ, товарохозяинъ или вообще собственникъ товара можетъ произвести платежъ и до срока [1]), во 2-хъ, держатель закладного свидѣтельства, получивъ часть долга, долженъ не только росписаться на самомъ свидѣтельствѣ, какъ при полной уплатѣ, но и сверхъ того выдать отдѣльную росписку [2]), и въ 3-хъ, въ случаѣ неуплаты долга закладопринимательдолженъ предъявить свидѣтельство къ протесту, дабы сохранить за собою право оборота [3]). Это послѣднее правило примѣняется только къ отдѣленнымъ закладнымъ свидѣтельствамъ, а не къ простымъ-заложеннымъ,— при простомъ нѣтъ надобности въ протестѣ, потому что за держателемъ простого заложеннаго свидѣтельства не признается права оборота [4]). Что касается, наконецъ, отношеній надписателей закладного свидѣтельства, то держателю его предоставляется на выборъ или обратиться съ требованіемъ платежа къ надписателямъ или, по истеченіи восьми дней, потребовать продажи товара. Обращеніе къ надписателямъ начинается съ перваго, т. е. съ

---

[1]) Ст. 739 уст. торг.
[2]) Ст. 741. уст. торг.
[3]) Ст. 742 уст. торг.
[4]) Ст. 751 уст. торг.

того, которому было дано взаймы и въ случаѣ его неплатежа идетъ далѣе къ послѣдующимъ, начиная съ низшаго цедента его, держателя свидѣтельства [1]). Если держатель желаетъ, то онъ можетъ обратиться къ складу и требовать продажи товара, но и тутъ, какъ мы видѣли, можетъ оказаться, что не получится полнаго удовлетворенія, т. е. вырученная отъ продажи товара сумма можетъ оказаться менѣе суммы долга; тогда въ недополученной суммѣ держатель свидѣтельства можетъ обратиться къ первому надписателю, т. е. получившему взаймы, а въ случаѣ неплатежа, къ послѣдующимъ, начиная съ низшаго своего цедента, по правиламъ вексельнаго устава, причемъ, однако, право обращенія къ послѣдующимъ надписателямъ возможно лишь въ томъ случаѣ, если держатель потребовалъ продажи товара до истеченія тридцати дней со дня наступленія срока займа [2]).

---

[1]) Ст 742 уст. торг.
[2]) Ст. 743, 747.

XIII.

БИРЖЕВЫЯ СДѢЛКИ.

На биржѣ совершается масса сдѣлокъ, но не всѣ онѣ могутъ быть названы биржевыми въ собственномъ смыслѣ слова; подъ эту категорію подойдутъ лишь тѣ, которые совершаются съ расчетомъ на повышеніе (à la hausse) или пониженіе (à la baisse) рыночной цѣны фондовъ или товаровъ. Юридически говоря, сдѣлки эти могутъ быть подведены подъ двѣ категоріи: а) *заемъ съ закладомъ* фондовъ и б) *купля-продажа* фондовъ или товаровъ. Что касается *займа съ закладомъ фондовъ*, то по существу это заемъ съ закладомъ общегражданскаго права, причемъ предметомъ заклада являются процентныя бумаги, котируемыя на биржѣ: одно лицо передастъ свои фонды другому въ видѣ залога, обезпечивающаго уплату взятыхъ имъ у послѣдняго денегъ; но особенность этого залога заключается въ томъ, что, во 1-хъ, объектомъ его можетъ быть и замѣнимая вещь—фонды даннаго рода, причемъ по уплатѣ долга залогодатель можетъ получить обратно и не ту индивидуально опредѣленную вещь, которую далъ въ залогъ,

а другую того же рода, а именно фонды даннаго наименованія; во 2-хъ, сумма, уплачиваемая залогодателемъ залогопринимателю ради освобожденія объекта отъ залога и ради обратнаго полученія его залогодателемъ, не равна суммѣ обезпеченнаго долга, а или больше или меньше этой суммы; въ первомъ случаѣ сдѣлка называется рапортомъ, во второмъ депортомъ. Первый случай представляетъ всѣ выгоды залогопринимателю; онъ, напр., по расчету далъ 93 р. за бумагу, а получитъ 96 р.; второй—выгоденъ для залогодателя: онъ взялъ по расчету 96 р., а возвращаетъ 93 р. и получаетъ свои бумаги. Въ чемъ-же выгоды залогодателя въ первомъ случаѣ, залогопринимателя во второмъ? Что касается залогодателя (въ первомъ случаѣ), то, не говоря уже о томъ, что онъ, сохраняя за собой право на извѣстныя бумаги, получаетъ деньги, онъ разсчитываетъ на повышеніе; если курсъ дойдетъ до 96 р., онъ, уплативъ эту сумму, можетъ, получивъ фонды, тотчасъ-же ихъ продать и такимъ образомъ возмѣстить тѣ 3 р., которые переплатилъ за бумагу. Если курсъ повысится выше 96 р., то все, что сверхъ этой суммы—его выгода; если же курсъ понизится, для него это невыгодно, но тѣмъ не менѣе онъ болѣе 3 р. на бумагу не переплачиваетъ. Съ другой стороны, если имѣть въ виду, что залогопринимать, въ большинствѣ случаевъ, получивъ фонды, ихъ продастъ, повышеніе курса для него невыгодно; онъ долженъ по уплатѣ 96 р. возвратить бумаги залогодателю, и если онѣ стоятъ, напр., 100 р. къ сроку займа, то залогопринимать,

купивъ ихъ за 100, долженъ возвратить залогодателю по 96 р.; въ виду этого онъ уклоняется отъ выдачи залога и обыкновенно происходитъ продленіе срока, отсрочка (Prolongation), т. е. соглашеніе о новомъ срокѣ займа. Во второмъ случаѣ, расчетъ залогопринимателя на повышеніе курса: взявъ бумагу въ залогъ, онъ выжидаетъ повышенія и продаетъ ее, чѣмъ пока зарабатываетъ тѣ 3 р., которые онъ по сдѣлкѣ не дополучилъ; продавъ бумаги, онъ ждетъ ихъ пониженія— что въ случаѣ продажи большой массы бумагъ и бываетъ—и когда бумаги къ сроку понизились, напр., до 93 р., онъ ихъ покупаетъ и сдаетъ залогодателю; но въ этомъ случаѣ онъ только не проигрываетъ—онъ можетъ, однако, и много выиграть, купивъ бумаги въ моментъ сильнаго пониженія за ничтожную цѣну и затѣмъ продавъ ихъ въ моментъ повышенія, купивъ ихъ опять и т. д.; словомъ, его выгода имѣть эти бумаги въ своемъ распоряженіи, дабы до прекращенія залога ими спекулировать.

Вторую категорію биржевыхъ сдѣлокъ составляетъ *купля-продажа фондовъ или товаровъ*. Эта такъ-называемая биржевая или спекулятивная покупка принимаетъ чрезвычайно разнообразныя и сложныя формы и въ тоже время отличается крайне космополитическимъ характеромъ. У насъ она практикуется также, какъ и во Франціи, Англіи, Германіи, такъ что національныхъ чертъ мы напрасно стали бы въ ней искать [1]). На са-

[1]) Въ проектѣ правилъ о срочныхъ сдѣлкахъ, выработанномъ

момъ дѣлѣ всѣ эти сдѣлки являются въ формѣ срочной покупки, причемъ требуется обоюдное исполненіе сторонами своихъ обязанностей (Zug um Zug). Хотя однѣ изъ нихъ и подлежатъ исполненію немедленно и называются *кассовыми сдѣлками,* а другія прямо заключаются на срокъ и называются *сдѣлками на срокъ,* тѣмъ не менѣе *кассовыя* сдѣлки являются по существу тоже срочными, ибо немедленное ихъ исполненіе не понимается буквально, а означаетъ исполненіе чрезъ нѣсколько дней; такъ, напр., на петербургской биржѣ это число дней колеблется отъ 3 до 7 дней. Что касается *сдѣлокъ срочныхъ,* въ собственномъ смыслѣ, то биржевой ихъ характеръ, т. е. зависимость экономическаго результата ихъ отъ колебанія цѣнъ, порождаетъ рядъ юридическихъ особенностей, въ видѣ придатковъ къ основному ихъ типу—куплѣ-продажѣ. Придатки эти сводятся прежде всего къ тому, что въ сдѣлку вносится такъ называемая lex commissoria, т. е. условіе о правѣ сторонъ отступиться отъ исполненія договора, довольствуясь уплатой разницы рыночной цѣны въ моментъ заключенія и въ срокъ исполненія договора, или уплатой заранѣе опредѣленной суммы (преміи) или факультативнымъ правомъ стать или покупщикомъ или продавцемъ по желанію и т. п.

въ 1869 г., спб. биржев. комитетомъ рядомъ съ русскими наименованіями сдѣлокъ поставлены соотвѣтствующія французскія и нѣмецкія названія. См. Малышевъ, О биржевыхъ фондовыхъ сдѣлкахъ на срокъ въ Журн. гражд. и торг. права 1871 г. № 3 стр. 362—363.

Главнѣйшія изъ срочныхъ сдѣлокъ могутъ быть сведены къ слѣдующимъ формамъ: 1) *Простая срочная сдѣлка*—это срочная купля-продажа товаровъ и фондовъ по цѣнѣ въ день заключенія сдѣлки, съ исполненіемъ Zug um Zug, причемъ по отношенію къ сроку онѣ бываютъ двухъ родовъ: сдѣлки съ непремѣннымъ срокомъ (Fix, Fixgeschäfte), т. е. срокомъ точно опредѣленнымъ, такъ что ни покупщикъ, ни продавецъ ранѣе не могутъ требовать исполненія и настаивать на принятіи исполненія, или сдѣлки смѣшанныя (Fix und täglich), т. е. и съ непремѣннымъ срокомъ и со срокомъ до востребованія, такъ что сторона можетъ требовать исполненія во всякое время, извѣстивъ противную наканунѣ; если же она не требовала до опредѣленнаго срока, то противникъ обязанъ съ наступленіемъ срока исполнить обязательство. Срокъ обмѣна товара или фондовъ на деньги обыкновенно опредѣляется цѣлымъ мѣсяцемъ, причемъ моментомъ наступленія его является послѣдній день (ultimo) мѣсяца.—Неисполненіе стороной своей обязанности въ опредѣленный срокъ или (въ смѣшанныхъ сдѣлкахъ) на другой день по извѣщеніи, влечетъ за собою—для продавца, не сдающаго купленнаго товара или фондовъ, и для покупщика, ихъ не принимающаго, обязанность уплатить разницу цѣнъ въ моментъ заключенія сдѣлки и въ моментъ исполненія. Однако, въ большинствѣ случаевъ, продавецъ, не сдастъ проданныхъ бумагъ если онѣ въ цѣнѣ повысились сравнительно съ цѣною, показанною въ договорѣ. Въ договорѣ напр. цѣна

эта 93 р.; за эту цѣну продавецъ долженъ сдать бумагу, но въ моментъ исполненія она, положимъ, стоитъ 96 р.; покупщикъ и имѣетъ право потребовать разницу въ 3 р. Быть можетъ онъ уже купилъ въ день исполненія или желаетъ купить эту бумагу? Переплативъ за бумагу 3 р., онъ вправѣ требовать уплаты этой суммы съ продавца. Въ большинствѣ случаевъ и покупщикъ не принимаетъ бумаги, если она понизилась въ цѣнѣ. Въ договорѣ напр. цѣна бумаги 93 р., а въ день исполненія она стоитъ 90 р. Если бы онъ заплатилъ за нее продавцу 93 р., онъ переплатилъ бы 3 р. Продавецъ имѣетъ право потребовать съ него эти 3 р.: вѣдь онъ расчитывалъ продать бумагу въ срокъ договора за 93 р. быть можетъ и дороже, и въ этомъ расчетѣ и купилъ ее, а продать ее вынужденъ постороннему лицу за 90 р. Весьма часто объ этомъ превращеніи сдѣлки на срокъ въ сдѣлку на разность, указанную въ договорѣ, стороны выговариваютъ себѣ право—одна не сдавать, другая не принимать фондовъ или бумагъ, съ обязательствомъ уплатить разность. Но и отсутствіе указанія въ договорѣ на это превращеніе сдѣлки не мѣшаетъ его наступленію—оно, по торговому обычаю, разумѣется само собою; это такъ называемый интересъ, въ смыслѣ убытковъ, происшедшихъ отъ неисполненія обязательства, убытковъ, которые должны быть возмѣщены должникомъ.

Сдѣлки на срокъ, благодаря обращенію ихъ въ сдѣлки на разность, часто теряютъ свой серьезный характеръ и служатъ лишь средствомъ прикрытія сдѣлокъ на разность:

стороны вовсе не имѣютъ въ виду реальнаго обмѣна цѣнностей, а играютъ на разность.

Подъ видомъ срочныхъ сдѣлокъ производится азартная биржевая игра, обогащающая безъ затраты труда и капитала однихъ и повергающая въ нищету другихъ. Принявъ колоссальные размѣры, она вызвала и неисчислимый рядъ бѣдствій. Вліяніе ея на общественную нравственность самое разрушительное. Недаромъ законодатели съ начала прошлаго столѣтія старались обуздать биржевую игру, установивъ рядъ ограничительныхъ и запретительныхъ законовъ касательно сдѣлокъ на разность. Мѣры эти не привели къ желаемому результату—какъ ограничительные, такъ и запретительные законы обходились. Наука пришла къ тому-же: господствующее мнѣніе противъ запретительныхъ и ограничительныхъ мѣръ, что весьма рельефно выразилось на 16-мъ съѣздѣ германскихъ юристовъ, высказавшемся именно въ этомъ смыслѣ. Не говоря уже о крайнемъ мнѣніи (Гейнзенъ), по которому сдѣлки на разность, даже безъ серьезнаго намѣренія реализировать ихъ куплею, не только безвредны, но и полезны и для торговли и для общества, надо замѣтить, что большинство ораторовъ на съѣздѣ, въ сущности, доказывали безпомощность законодателя въ борьбѣ со спекуляціей и вредъ запретительныхъ въ этомъ случаѣ законовъ. Безполезность проявляется въ томъ, что услѣдить за всѣми сдѣлками, совершаемыми на биржѣ, немыслимо, и что отличить сдѣлку на разность отъ серьезной срочной сдѣлки невозможно: судъ гражданскій не въ

состояніи установить намѣренія сторонъ; доказать, что заключавшіе сдѣлку имѣли въ виду лишь уплату разности, а не обмѣнъ цѣнностей, чрезвычайно трудно, если не невозможно. Что же касается вреда запрещеній, то онъ будто-бы заключается въ томъ, что ими воспользуются лишь недобросовѣстные люди: добросовѣстный уплатилъ разность, а недобросовѣстный предъявитъ exception de jeu и освободится отъ обязанности уплатить разность. Затѣмъ, если-бы запрещеніе это и достигло своей цѣли, то сдѣлалось-бы невозможнымъ заключеніе срочныхъ сдѣлокъ, безъ которыхъ торговый оборотъ обойтись не можетъ [1]). Такова въ главнѣйшихъ чертахъ аргументація представителей господствующаго въ наукѣ мнѣнія. Можно-ли ее считать безусловно убѣдительною? Едва-ли. Ошибочность ея заключается въ преувеличеніи значенія запретительныхъ и ограничительныхъ законовъ. Можно-ли смотрѣть на эти законы, какъ на силу, которая въ состояніи вырвать данное явленіе съ корнемъ? Такою силою законъ не обладаетъ, да и обладать не можетъ. Дѣлать-же изъ этого выводъ объ отсутствіи надобности въ запретительныхъ законахъ совершенно неосновательно. Роль этихъ законовъ, особенно въ области частныхъ отношеній, скромная: они провозглашаютъ извѣстный правовой принципъ, съ точки зрѣнія котораго данное дѣйствіе осуждается и стоитъ внѣ защиты суда;

---

[1]) Verhandl. des 16 Iuristentages B. 1 (1882) S 165—228; см. также Рядловъ, Сдѣлки на разность, въ Журн. гр. и уг. пр., 1885. № 1, стр. 49—54.

закону нѣтъ дѣла до того, что вслѣдствіе запрещенія данное явленіе все-таки будетъ существовать, не искоренится вполнѣ. Отказываться отъ установленія запретительныхъ законовъ, въ виду невозможности полнаго достиженія цѣли ихъ—опасный и скользкій путь. Никто не станетъ спорить, что законъ, запрещающій и карающій убійство, не искоренилъ этого явленія и не привелъ къ обнаруженію всѣхъ совершившихся убійствъ, но значитъ-ли это, что убійство должно быть дозволеннымъ? Точно также имѣетъ много за себя законъ, запрещающій суду присуждать долги по игрѣ, напримѣръ, въ карты. Всѣ мы знаемъ, что долги эти, однако, дѣлаются сплошь и рядомъ. Можно-ли изъ этихъ фактовъ выводить, что запрещенія эти излишни? Тоже и со сдѣлками на разность. Ни одинъ законодатель не признаетъ пользы ихъ—всѣ увѣрены въ ихъ безусловномъ вредѣ, а если такъ, то запрещеніе ихъ имѣетъ за себя дѣйствительныя основанія. Говорятъ, что услѣдить за всѣми этими сдѣлками нѣтъ возможности—да и не надо, но если разъ онѣ обнаружились, то охранять ихъ судомъ нѣтъ надобности. Говорятъ, нельзя отличить сдѣлку на разность отъ срочной сдѣлки вообще. Это не вѣрно: не нельзя, а трудно отличить эти сдѣлки. Но можно-ли въ подобныхъ случаяхъ останавливаться предъ трудностью и въ виду ея дозволять то, что признается вреднымъ? И римскіе юристы понимали, что предъявленіе exceptio doli порождаетъ большія трудности для сторонъ и для суда, но тѣмъ не менѣе допускали ее. Одинъ изъ ора-

торовъ на 16-мъ съѣздѣ германскихъ юристовъ (Зильбершлагъ) [1]) привелъ изъ практики случай, когда судъ по обстоятельствамъ дѣла и по совѣсти призналъ сдѣлку на разность прикрытою простой срочной сдѣлкой купли-продажи. Говорятъ, далѣе, что запрещеніемъ воспользуются лишь недобросовѣстные люди, предъявивъ противъ иска о разности exception de jeu. Въ этомъ положеніи проявляется общеизвѣстный въ иныхъ случаяхъ разладъ между общественною моралью и индивидуальной нравственностью. Съ точки зрѣнія общественной морали долгъ по игрѣ nonsens, ибо игра явленіе вредное и подлежащее осужденію, съ точки зрѣнія индивидуальной нравственности—долгъ по игрѣ долженъ быть уплачиваемъ. Законъ становится въ подобныхъ случаяхъ на точку зрѣнія общественной морали, какъ ея выразитель и охранитель. Съ его точки зрѣнія лицо, уклоняющееся отъ платежа долга по игрѣ и предъявляющее exception de jeu, не почитается недобросовѣстнымъ. Наконецъ, говорятъ, что запрещеніе сдѣлокъ на разность сдѣлаетъ невозможнымъ заключеніе необходимыхъ въ торговомъ быту срочныхъ сдѣлокъ. Опасеніе совершенно напрасное. При трудности распознанія этихъ двухъ родовъ сдѣлокъ скорѣе можетъ оказаться, что сдѣлки на разность будутъ признаны дозволенными срочными сдѣлками, чѣмъ, наоборотъ, срочныя сдѣлки—за сдѣлки на разность. При разрѣшеніи вопроса о характерѣ срочной сдѣлки судъ исходитъ изъ предположенія законности ея—надо доказать, что ею прикрыта незаконная сдѣлка;

[1]) Verhandl., стр. 204.

слѣдовательно, сомнѣніе въ подобныхъ случаяхъ разрѣшается въ пользу законной срочной сдѣлки, а не въ пользу сдѣлки на разность. Что касается самаго запрещенія, то оно должно быть опредѣлено яснымъ и точнымъ образомъ. Если въ сдѣлкѣ прямо сказано, что она совершается какъ сдѣлка на разность, то, конечно, она не должна пользоваться охраной закона. Право сторонъ не реализировать сдѣлки, покупщика—не принимать товара или фондовъ, продавца—не передавать ихъ, а ограничиться полученіемъ и выдачей разности цѣны, не должно быть предполагаемо само собой, какъ naturalia negotii, а должно быть выговорено въ самой сдѣлкѣ. Если оно выговорено, то сдѣлка должна почитаться сдѣлкою на разность. По юридическому существу своему эта разность есть неустойка, которую несетъ сторона, не исполнившая своей обязанности, но неустойка, размѣръ коей устанавливается по особому расчету, какъ разность цѣнъ товара или фондовъ въ разное время. Такая неустойка должна быть запрещена закономъ, т. е. неустойка, устанавливаемая съ такимъ расчетомъ; указаніе на нее въ договорѣ должно давать суду право признать договоръ сдѣлкой на разность. Съ другой стороны, требованіе разности цѣнъ должно быть закономъ разсматриваемо, какъ требованіе такъ-называемаго интереса, т. е. убытковъ неисполненія договора. Если въ данномъ случаѣ признано, что сдѣлка не есть сдѣлка на разность, то сторона пострадавшая отъ неисполненія противникомъ своей обязанности, можетъ требовать вознагражденія за убытки, при-

чиненные неисполненіемъ, причемъ, конечно, должна доказать ихъ. Покупщикъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда продавецъ не передалъ ему фондовъ, въ виду повышенія ихъ цѣны, можетъ требовать съ него убытки неисполненія, *доказавъ*, что онъ, не получивъ съ продавца этихъ фондовъ по цѣнѣ дня заключенія договора (93 р.), купилъ ихъ у другого за болѣе дорогую цѣну (96 р.), и приплатилъ извѣстную сумму (3 р.). Точно также и продавецъ, когда покупщикъ не станетъ принимать фондовъ, въ виду пониженія ихъ цѣны, можетъ требовать съ него убытки неисполненія, *доказавъ*, что онъ, въ виду отказа покупщика, продалъ другому фонды по низкой цѣнѣ (90 р.), тогда какъ могъ-бы продать ихъ покупщику по цѣнѣ дня заключенія договора (93 р.), и получилъ-бы выгоду въ извѣстной суммѣ (3 р.). Въ обоихъ случаяхъ требуется доказать *основанія* иска объ убыткахъ: покупщикъ доказываетъ фактъ покупки фондовъ у другого лица по цѣнѣ дня исполненія, продавецъ—фактъ продажи по этой цѣнѣ фондовъ другому лицу; изъ этого выводится убытокъ каждаго изъ нихъ—относительно покупщика, сколько онъ переплатилъ другому лицу сравнительно съ тѣмъ, что уплатилъ-бы продавцу, а относительно продавца, сколько онъ получилъ-бы, если-бы продалъ покупщику, а не другому лицу. Такъ въ общегражданскомъ правѣ всегда и бываетъ—интересъ долженъ быть доказанъ. Нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній дѣлать исключеніе для торговаго быта, тѣмъ болѣе, что исключеніемъ этимъ открывается широ-

кое поле спекуляціи. Требуя доказательствъ убытковъ при неисполненіи срочныхъ сдѣлокъ, мы хорошо понимаемъ, что этимъ не устранимъ симуляціи сдѣлокъ на разность срочной сдѣлкой, но этимъ значительно отобьется охота спекулировать.

Что касается нашего законодательства, то до послѣдняго времени общему духу его была совершенно противна защита сдѣлокъ на разность. Это видно изъ того, что законъ предписываетъ признавать ничтожнымъ долгъ, происшедшій «по игрѣ» [1]). Хотя между игрою и сдѣлкою на разность и имѣется нѣкоторое различіе, но по существу и значенію съ точки зрѣнія общественной морали онѣ совершенно тождественны (Зильберштагъ) [2]) и отрицать, въ виду этого различія, какъ дѣлаютъ нѣкоторые ученые (Грюнхутъ [3]), Гаррейсъ [4]), Радловъ [5]) и др.), возможность распространенія закона объ игрѣ на сдѣлки на разность нѣтъ основанія. Такая аналогія тѣмъ болѣе примѣнима къ нашему законадательству, что въ ст. 2014 имѣется въ виду «игра» въ весьма широкомъ смыслѣ слова. Въ источникѣ этой статьи, въ уставѣ благочинія 8 апрѣля 1782 г. въ п. 67 сказано, что маклерамъ запрещается счетъ держать при игрѣ... способствовать игрѣ и доставлять для игры товары, векселя и т. п. [6]);

---

[1]) Ст. 2014 ч. 1 т. X.
[2]) Verhandl, стр. 205.
[3]) Endemann, Handb. т. III, стр. 10.
[4]) Verhandl, стр. 191.
[5]) Радловъ, н. соч., стр. 55—57.
[6]) Полн. собр. зак. № 15379.

такъ что къ распространенію этой статьи и на биржевую игру нѣтъ препятствій. Если такъ, то судъ вправѣ, признавъ въ данной срочной сдѣлкѣ игру, т. е. сдѣлку на разность, не присуждать долга, изъ нея возникшаго. Это воззрѣніе законодателя находитъ себѣ подтвержденіе и во взглядахъ самого торговаго сословія: когда въ 1860 г. министръ финансовъ предложилъ спб. биржевому комитету высказаться по этому предмету, то комитетъ выработалъ рядъ правилъ, въ числѣ коихъ и была статья, прямо запрещающая сдѣлки на разность со всѣми ихъ видоизмѣненіями [1]). Судебная практика колеблется, хотя и имѣется рядъ рѣшеній, въ которыхъ проявляется чисто отрицательный взглядъ на сдѣлки на разность [2]).

Всѣ эти соображенія нынѣ, т. е. съ 8 іюня 1893 г., потеряли практическое значеніе. На вопросъ, признаетъ-ли наше законодательство сдѣлки на разность, слѣдуетъ дать утвердительный отвѣтъ, съ однимъ лишь ограниченіемъ относительно таковыхъ сдѣлокъ на золотую валюту. Закономъ 8 іюня 1893 г. запрещены лишь «сдѣлки по покупкѣ и продажѣ на срокъ золотой валюты, траттъ и тому подобныхъ цѣнностей, писанныхъ на золотую валюту, совершенныя исключительно съ цѣлью полученія разницы между курсомъ валюты, установленнымъ сторонами, и дѣйствительнымъ на какой-либо назначенный ими срокъ». Въ случаѣ обнаруженія подобныхъ сдѣлокъ, кромѣ адми-

[1]) Малышевъ, наз. соч., стр. 362—362.

[2]) Студентскій, Биржа, спекуляція и игра 1892 г., стр. 153—202.

нистративныхъ мѣръ, принимаемыхъ министромъ финансовъ противъ кредитныхъ учрежденій и банкирскихъ заведеній, виновные въ совершеніи сдѣлки подвергаются по суду денежному взысканію въ размѣрѣ отъ 5 до 10% съ суммы, на которую сдѣлка была заключена [1]). Въ виду этого мы можемъ сказать, что сдѣлки на разность на золотую валюту запрещены, и въ силу этого недѣйствительны—но только сдѣлки на золотую валюту, всѣ же остальныя сдѣлки на разность дозволены лишь съ однимъ ограниченіемъ, чтобы лица ихъ совершающія владѣли торговыми, промышленными или банкирскими предпріятіями. Какъ это ни странно, но законъ 8 іюня 1893 г., въ существѣ своемъ запретительный законъ, объявилъ сдѣлки на разность *не* на золотую валюту—дозволенными. Это выводъ изъ слѣдующаго: во первыхъ, законъ 8 іюня прямо говоритъ о «сдѣлкахъ на разность» и запрещаетъ лишь тѣ, которыя заключены на золотую валюту; желаніе законодателя ясно—признать дозволенными всѣ остальныя сдѣлки на разность; во вторыхъ, это подтверждается еще тѣмъ, что законъ 8 іюня отмѣнилъ п. 2 ст. 2167 ч. 1 т. X, коимъ запрещались сдѣлки на разность съ акціями; этимъ онъ прямо показалъ, что признаетъ всякія сдѣлки на разность, кромѣ заключенныхъ на золотую валюту—отмѣна запрещенія есть дозволеніе. Что касается ст. 2014 ч. 1 т. X, истолкованной нами на основаніи устава благочинія 1782 г., то

[1]) Собр. узак. 1893 г. № 98 ст 825.

и она, въ виду закона 8 іюня, потеряла значеніе общаго запретительнаго постановленія.

Разсмотрѣвъ простую срочную сдѣлку, переходимъ къ *срочнымъ сдѣлкамъ съ преміей* (marchés à prime, Prämiengeschäfte). Подъ этими сдѣлками разумѣются сдѣлки, въ которыхъ одинъ изъ контрагентовъ выговариваетъ въ свою пользу право или совсѣмъ отказаться отъ договора или такъ или иначе видоизмѣнить его, обязуясь уплатить за это заранѣе опредѣленную сумму, называемую премію (prime, Prämie). Подъ эту категорію сдѣлокъ подходятъ: а) *простая сдѣлка съ преміей,* при которой премія, платимая одной изъ сторонъ, имѣетъ значеніе неустойки, въ смыслѣ отступного — уплата этой неустойки уже исключаетъ право требовать вознагражденія за интересъ [1]). Это тоже родъ сдѣлки на разность, но платится не дѣйствительная разность цѣнъ, а заранѣе опредѣленная сумма. Покупщикъ, выговоривъ за премію право не принимать фондовъ, пользуется этимъ правомъ при паденіи курса, чтобы не платить слишкомъ большой разности; напр. платитъ за это право премію въ 1 р. съ бумаги, если бумага упадетъ въ цѣнѣ съ 96 на 93 р.; если-бы онъ не условился насчетъ преміи, то заплатилъ бы разность въ 3 р., а такъ онъ лишается всего 1 р. Въ этомъ случаѣ премія назв. премією на пріемъ (Vorprämie). И продавецъ можетъ

[1]) См. мою ст. Юрид. конструкц. добровольн. неустойки, Юрид. Лѣтоп. 1891 года № 3, а также въ моихъ «Юрид. изслѣд. и статьяхъ» стр. 171—178.

выговорить себѣ право не сдавать бумагъ за опредѣленную премію; онъ пользуется этимъ правомъ при повышеніи цѣны бумаги, напр. съ 93 на 96 руб.—вмѣсто того, чтобы платить 3 р. разницы, онъ платитъ премію въ 1 руб. Это премію на сдачу (Rückprämie). б) Простая сдѣлка съ преміей можетъ и осложниться, а именно: и покупщикъ, и продавецъ выговариваютъ себѣ премію, тогда сдѣлка наз. *двухсложною или двойною сдѣлкою съ преміей* (Doppelprämiengeschäft); это собственно двѣ сдѣлки, одна отъ другой независимо существующія: двѣ простыя сдѣлки съ преміей. в) *Стеллажъ* есть такая сдѣлка съ преміей, при которой одна изъ сторонъ за опредѣленную премію предоставляетъ себѣ право стать или покупщикомъ или продавцемъ фондовъ за опредѣленную цѣну. Тутъ премія имѣетъ нѣсколько иной юридическій характеръ, чѣмъ въ предыдущихъ двухъ формахъ—ею только покупается право стать покупщикомъ или продавцемъ; она не есть, по первоначальному своему назначенію, отступное или неустойка, устраняющія право на интересъ, напротивъ, она даетъ это право, причемъ интересъ этотъ погашается, какъ и во всѣхъ сдѣлкахъ на разность, разностью цѣнъ. Но она можетъ обратиться въ отступное въ смыслѣ освобожденія отъ реальной покупки или продажи при пониженіи курса. Выборъ лица, уплачивающаго премію, падаетъ на роль покупщика, когда курсъ повысится, на роль продавца—когда онъ понизился. Спрашивается, чего ради, при такомъ вѣрномъ шансѣ на выигрышъ лица, уплачивающаго

премію, вступаетъ въ стеллажъ лицо, получающее эту премію? Разсчетъ его—неизмѣнность курса; къ сроку договора лицо, уплачивающее премію, должно выбрать ту или другую роль; не выбравъ ни той ни другой,—уплачиваетъ премію.

Соображенія, изложенныя нами по поводу простыхъ срочныхъ сдѣлокъ, примѣняются и къ срочнымъ сдѣлкамъ съ преміей — и онѣ, заключенныя на золотую валюту, запрещены закономъ 8 іюля 1893 г.

XIV.

БАНКОВЫЯ СДѢЛКИ.

Эта группа торговыхъ сдѣлокъ весьма разнохарактерна: подводятся подъ нее сдѣлки не въ силу общаго имъ юридическаго признака, а по субъекту, занимающемуся заключеніемъ этихъ сдѣлокъ профессіонально; субъектъ этотъ—банкиры, банки. Къ сдѣлкамъ этимъ относятся: 1) *Конто-корренть.* Это есть договоръ, въ силу коего стороны по всѣмъ сдѣлкамъ, въ которыя онѣ вступятъ, въ теченіи опредѣленнаго періода времени, обязаны воздерживаться отъ требованія платежа, замѣняя его зачетомъ взаимныхъ требованій и сохраняя лишь право на платежъ оставшагося незачтеннымъ къ окончательному срока договора. Юридическій характеръ конто-коррентнаго отношенія явствуетъ изъ слѣдующихъ положеній. I. *Въ теченіе взаимныхъ разсчетовъ* каждая отдѣльная сдѣлка составляетъ лишь статью записи и не даетъ основанія долгу — долгомъ является лишь такъ назыв. сальдо, т. е. разность кредита и дебета, полученная при заключеніи разсчетовъ. А. долженъ Б. по семи сдѣлкамъ 15 т. р., а Б. долженъ А. по десяти сдѣлкамъ 25 тыс. руб.—сальдо будетъ 10 тыс. руб., должные Б. лицу А. Отношенія сторонъ въ теченіе раз-

счетовъ заключаются въ томъ, что, во 1-хъ, стороны обязаны каждую сдѣлку, ими совершаемую, внести въ счетъ; произвольно дѣйствовать, т. е. одну сдѣлку внести, другую не внести, онѣ не могутъ; во 2-хъ, кредиторъ по каждой отдѣльной сдѣлкѣ не можетъ ни предъявить иска, ни цедировать свое право, ни пользоваться правомъ удержанія (ius retentionis), ни иначе какъ либо пользоваться единичнымъ правомъ, и въ 3-хъ, несмотря на такую неподвижность права кредитора, каждая отдѣльная сдѣлка не теряетъ своего самостоятельнаго значенія—купля остается куплей, коммисія коммисіей и т. д.; до принятія окончательнаго разсчета противъ каждой изъ сдѣлокъ (статей) могутъ быть сдѣланы соотвѣтствующія возраженія; по каждому денежному требованію причитаются обычные или условные проценты и т. п. II. *Оканчиваются взаимные разсчеты* истеченіемъ условленнаго или обычнаго срока, продолжающагося годъ или полгода. Къ этому времени подводится итогъ, дающій вышеупомянутое сальдо. Если стороны желаютъ продолжать отношеніе, то сальдо образуетъ собою статью въ началѣ новаго конто-коррентнаго счета. Къ разсчетному сроку сторона, въ пользу которой имѣется сальдо, предъявляетъ счетъ (что можетъ дѣлать и противная сторона). По отношенію къ такимъ статьямъ, которыя идутъ во вредъ лицу, предъявляющему счетъ, предъявленіе счета есть актъ признанія, коимъ или подтверждается долгъ противной сторонѣ или полученіе отъ нея долга; приэтомъ лицо, предъявившее счетъ, можетъ себя оградить отъ

невыгодныхъ послѣдствій вкравшейся въ счетъ ошибки, сдѣлавъ оговорку: s. e. salvo errore, J. V. Irrthum vorbehalten и т. п. До принятія противной стороной полученнаго ею счета, при неполученіи сальдо или при отказѣ уплатить его, лицо, имѣющее право на сальдо, можетъ предъявить искъ, но при этомъ должно доказать правильность отдѣльныхъ записей. Если же счетъ принятъ, то этотъ актъ имѣетъ двоякое юридическое значеніе: а) сальдо, какъ требованіе извѣстной суммы, получаетъ вполнѣ самостоятельное значеніе и можетъ быть осуществлено особымъ искомъ, причемъ доказывать правильность отдѣльныхъ статей нѣтъ надобности и б) противъ отдѣльныхъ статей, на коихъ основано сальдо, не могутъ быть приводимы никакія возраженія; словомъ, признаніе сальдо поглощаетъ тѣ факторы, изъ коихъ оно составилось; произошла новація: отдѣльныя требованія обратились въ новое, самостоятельное,—они обновились [1]). 2) *Учетъ векселей* — сдѣлка, профессіонально совершаемая банками и банкирами; излагается она въ вексельномъ правѣ. 3) *Открытіе кредита* — операція, совершаемая преимущественно банками. Общія основанія ея изложены въ ученіи о товариществахъ съ перемѣннымъ капиталомъ. 4) *Переводъ* или переводъ письмомъ, въ собственномъ смыслѣ, есть актъ, по которому банкъ или банкиръ, получивъ извѣстную сумму отъ одного лица, даетъ приказъ своей конторѣ уплатить эту

[1]) Goldschmidt, System des Handelsr., стр. 190—194; Мартенсъ Комментарій, стр. 149—150.

сумму другому лицу въ мѣстѣ нахожденія этой конторы [1]). Если онъ выдается на другое лицо или банкъ, то это уже не переводъ, а переводный вексель. Переводъ является средствомъ, устраняющимъ необходимость пересылки денегъ: тутъ нѣтъ риска потери денегъ. Пересылка требуетъ иногда значительнаго времени, а переводъ можетъ быть сдѣланъ и при помощи телеграфа. 5) *Чекъ* есть актъ, коимъ лицо, выдавшее его, предлагаетъ банку или банкиру произвести платежъ извѣстной суммы предъявителю сего акта, на основаніи особаго соглашенія между лицомъ, выдавшимъ его, и банкомъ или банкиромъ состоявшагося (поклажа, открытіе кредита, текущій счетъ и т. п.). Банку или банкиру дается за извѣстный процентъ сумма денегъ, напр., на сохраненіе, или члену даннымъ обществомъ открывается кредитъ на извѣстную сумму,—въ этихъ случаяхъ банкъ или банкиръ выдаютъ книжку чековъ, т. е. бланковъ, въ которыхъ значится: прошу выдать предъявителю . . . . рублей. Лицо, давшее деньги на сохраненіе, или коему открытъ кредитъ, только пишетъ сколько рублей подлежатъ выдачѣ, и подписываетъ чекъ. Предъявитель обращается къ банку или банкиру и по провѣркѣ чека, т. е. по удостовѣреніи въ правѣ полученія платежа и въ подлинности подписи, получаетъ означенную въ немъ сумму. Чекъ имѣетъ много общаго, съ одной стороны, съ банковымъ билетомъ, а съ другой—съ переводнымъ векселемъ. Отличается онъ отъ банковаго билета тѣмъ, что

[1]) Уст. госуд. банка, ст. 60.

послѣдній есть полное платежное средство—полученіемъ его обязательство считается исполненнымъ; полученіе же чека еще не есть исполненіе—это только начало исполненія: еще не извѣстно, получитъ-ли кредиторъ деньги отъ банка или банкира. Затѣмъ, при банковыхъ билетахъ обязательство произвести предъявителю ихъ уплату возникаетъ съ момента ихъ выдачи, при чекѣ—за долго до выдачи его обязательство это существуетъ. Наконецъ, банковые билеты сохраняютъ свое значеніе, хотя бы не было фонда, обезпечивающаго ихъ, чекъ же не имѣетъ никакого значенія, если у банкира или банка нѣтъ суммъ, принадлежащихъ лицу, выдавшему чекъ [1]). Съ другой стороны имѣется и различіе между чекомъ и переводнымъ векселемъ; не говоря уже о формальныхъ реквизитахъ векселя и послѣдствіяхъ ихъ соблюденія и упущенія, не примѣнимыхъ къ чекамъ, различіе заключается въ томъ, что вексель никогда не можетъ быть писанъ на предъявителя, что нынѣ составляетъ характеристическую черту чека [2]). Юридическія отношенія по поводу чека устанавливаются: 1) *между чекодателемъ и банкомъ или банкиромъ.* Отношенія эти двояки: а) *долговое отношеніе*—банкъ или банкиръ является должникомъ на извѣстную сумму по деньгамъ, взятымъ имъ на храненіе, или по открытому кредиту, текущему счету и т. д.; непосредственно, обязаннымъ по долгу онъ является предъ чекодателемъ, какъ своимъ кредито-

[1]) Bayerdörfer, Das Cheque—System, стр. 19—23

[2]) Шершеневичъ, н. с., стр 230.

ромъ, и б) *отношеніе по полномочію* — банкъ или банкиръ уполномоченъ произвести платежъ (реализировать долговое отношеніе) предъявителю чека; особенность чековъ, съ этой стороны, та, что банкъ или банкиръ производитъ платежъ по частямъ, причемъ въ договорѣ указывается иногда maximum, иногда minimum платежа по каждому чеку. 2) *Отношенія между чекодателемъ и чекодержателемъ* заключаются, конечно, въ томъ обязательствѣ, въ погашеніи коего чекъ выданъ. Полученіемъ чекодержателемъ денегъ отъ банка или банкира по чеку погашается это обязательство; но такая погасительная сила не можетъ быть присвоена самой выдачѣ чека; какъ мы замѣтили выше, чекъ нельзя считать полнымъ платежнымъ средствомъ; по какой бы причинѣ чекодержатель ни остался безъ платежа по чеку—по собственной-ли винѣ или по винѣ банка или банкира — чекодатель остается оказавшимся in mora должникомъ чекодержателя. Наконецъ, 3) *отношеній между чекодержателемъ и банкомъ или банкиромъ*, строго говоря, нѣтъ никакихъ, ибо банкъ или банкиръ только уполномоченный чекодателя—юридическія отношенія между послѣднимъ и чекодержателемъ прямыя, непосредственныя; банкъ или банкиръ никакихъ обязанностей по отношенію къ чекодержателю не имѣютъ—онъ можетъ отказать въ платежѣ, напр., вслѣдствіе предъявленія чека по истеченіи срока его (срокъ этотъ обыкновенно не свыше недѣли) и если отказъ этотъ незаконенъ, напр., ни на чемъ не основанъ, то онъ отвѣт-

ственъ предъ чекодателемъ, а не предъ чекодержателемъ; никакихъ исковъ послѣдній къ банку или банкиру предъявить не можетъ. 6) *Вкладъ* есть денежная сумма, положенная въ банкъ съ опредѣленной цѣлью; цѣли эти могутъ быть очень разнообразны—сбереженіе, полученіе процентовъ, производство платежей по чекамъ и т. п. Главнѣйшія формы вкладовъ суть: 1) *Вклады заимообразные*—это суммы, отданныя банку взаймы изъ процентовъ; они могутъ быть срочные и безсрочные, т. е. до востребованія. 2) *Вклады безвозвратные* — это суммы, данныя банку на вѣчныя времена, но съ обязательствомъ его платить проценты. Вклады эти прежде принимались государственнымъ банкомъ, нынѣ же они могутъ быть принимаемы лишь городскими общественными банками на слѣдующихъ условіяхъ: а) проценты должны быть предназначены на учрежденіе или содержаніе благотворительныхъ, богоугодныхъ, учебныхъ и другихъ общеполезныхъ заведеній въ томъ городѣ, гдѣ банкъ находится; б) отъ усмотрѣнія городской думы зависитъ принять или не принять вкладъ; в) вкладъ долженъ быть обращенъ банкомъ въ процентныя государственныя бумаги. Что касается обязанностей банка по этимъ вкладамъ, то банкъ обязанъ: а) уплачивать условленные проценты, б) отвѣчать за сохранность бумагъ и в) въ случаѣ выхода этихъ бумагъ въ тиражъ, пріобрѣтать на собственныя средства новыя бумаги [1]).

---

[1]) Полож. о город. общ. банк., ст. 51.

XV.

КОММИССІОННАЯ СДѢЛКА.

Подъ коммиссіонной сдѣлкой слѣдуетъ разумѣть договоръ, въ силу коего одно лицо (коммиссіонеръ) обязуется передъ другимъ (коммитентомъ) по его порученію, за извѣстное вознагражденіе (коммиссіонную плату) заключить съ третьимъ, заранѣе неопредѣленнымъ лицомъ, сдѣлку за его комитента счетъ, но отъ своего имени.

Что касается *заключенія* коммиссіонной сдѣлки, то обыкновенно она заключается письменно или при помощи телеграфа, причемъ хотя и примѣняются вышеизложенныя положенія о договорахъ между отсутствующими (см. выше), но съ одною особенностью: когда предложеніе вступить въ сдѣлку исходитъ отъ коммитента, то третьяго и четвертаго акта соглашенія—отвѣта и полученія его комитентомъ—не требуется, если только коммиссіонеръ занимается коммиссіонерствомъ оффиціально и профессіонально; въ этомъ случаѣ сдѣлка считается состоявшейся съ момента полученія предложенія, но, конечно, относительно: коммиссіонеръ долженъ извѣстить немедленно объ отказѣ въ принятіи предложенія; если онъ этого не сдѣлаетъ,

то сдѣлка обязательна для обѣихъ сторонъ [1]). Объясняется эта особенность тѣмъ, что самое оглашеніе, извѣстность факта оффиціальнаго и профессіональнаго занятія коммиссіонерствомъ есть предложеніе, обращенное къ неопредѣленному лицу, весьма близкое къ публичному предложенію вступить въ сдѣлку, и то, что въ данномъ случаѣ является предложеніемъ коммитента, есть, въ сущности, ничто иное, какъ принятіе предложенія коммиссіонера, ранѣе публично объявленнаго.

Обращаясь къ *юридическимъ отношеніямъ*, изъ коммиссіонной сдѣлки вытекающимъ, т. е. обязанностямъ и правамъ коммиссіонера, замѣтимъ, что какъ тѣ, такъ и другія имѣютъ много общаго съ правами и обязанностями повѣреннаго, дѣйствующаго, какъ и коммиссіонеръ, по порученію другого лица и за его счетъ; существенное-же различіе порождаетъ лишь то, что повѣренный является представителемъ довѣрителя, коммиссіонеръ же дѣйствуетъ отъ своего имени; въ глазахъ третьихъ лицъ онъ самостоятельный контрагентъ: они коммитента не знаютъ и коммитентъ ихъ не знаетъ, ни въ какія отношенія онъ съ нимъ не вступаетъ—они знаютъ лишь своего коммиссіонера; вслѣдствіе этого, съ этой именно стороны, въ отношеніяхъ между коммиссіонеромъ и коммитентомъ имѣются извѣстныя особенности. Что касается *обязанностей* коммиссіонера, то 1) онъ обязанъ исполнить данное ему порученіе такъ, какъ оно ему дано, т. е. выполнить всѣ условія, напр., относительно коли-

[1]) Мейеръ, н. с., стр. 459.

чества, качества товара, срока и т. п. Въ случаѣ невыполненія ихъ наступаютъ различныя послѣдствія и выставить какую либо схему въ этомъ смыслѣ представляется невозможнымъ. Послѣдствія эти могутъ заключаться или въ правѣ коммитента отступиться отъ договора, напр., отослать обратно товаръ дурного качества или несвоевременно присланный и т. п., въ правѣ лишь требовать вознагражденія за убытки, не исполнить той или другой обязанности, на него возложенной и т. п.; суду, рѣшающему этотъ вопросъ, надо имѣть въ виду: во 1-хъ, содержаніе акта, въ которомъ изложено порученіе, во 2-хъ, свойство упущенія, сдѣланнаго комиссіонеромъ и въ 3-хъ, обычаи мѣста дѣйствія комиссіонера. Того же взгляда, въ сущности дѣла, держатся и наша практика [1]). 2) Онъ обязанъ выполнить порученіе самолично въ смыслѣ юридическомъ, а не фактическомъ. Фактически онъ можетъ передать исполненіе порученія другому лицу—коммитенту до этого дѣла нѣтъ; онъ игнорируетъ это лицо и имѣетъ дѣло лишь съ самимъ комиссіонеромъ; юридически—онъ вѣдается только съ послѣднимъ, напр., въ случаѣ убытковъ, взыскиваетъ ихъ съ комиссіонера. Онъ обязанъ письменно увѣдомить коммитента о положеніи и ходѣ ихъ общаго дѣла, а въ особенности о каждомъ своемъ окончательномъ дѣйствіи [2]) неисполненіе чего можетъ влечь за собой отвѣтственность

---

[1]) Садовскій, Договоръ коммиссіи, Журналъ гражд. и угол. права, 1891 г. № 2, стр. 85—92.

[2]) Ibid. стр. 83.

коммиссіонера; но если увѣдомленіе сдѣлано и коммитентъ не возражаетъ, то дѣйствіе остается въ силѣ [1]). 3) Онъ обязанъ представить комитенту отчетъ. Отчетъ, разъ одобренный, исключаетъ право комитента оспаривать дѣйствія коммиссіонера [2]). Если торговый обычай признаетъ обязательность для коммиссіонера увѣдомленія и отчета, то этимъ уже указывается на обязанность коммиссіонера открыть имя третьяго лица, съ которымъ онъ вступаетъ въ сдѣлку. Противъ этого открытія имени проф. Шершеневичъ [3]) возражаетъ, что это противно интересу коммиссіонера: коммиссіонеръ имѣетъ основаніе опасаться, что будетъ устраненъ, и коммитентъ вступитъ самъ въ отношеніе съ третьимъ лицомъ. Этотъ интересъ положительно не таковъ, чтобы пользоваться охраной со стороны суда именно въ такой формѣ—онъ охраняется тѣмъ, что за коммиссіонеромъ признается право на вознагражденіе, хотя бы онъ не исполнилъ порученія по произволу коммитента; наконецъ, сокрытіе имени контрагента совершенно несправедливо по отношенію къ коммитенту: напр., коммисіонеръ сообщитъ комитенту, что намѣренъ купить муку въ Либавѣ; комитента не можетъ не интересовать вопросъ: не у Пухерта ли покупается мука? Проф. Цитовичъ [4]) признаетъ обязательность сообщенія ком-

---

[1]) Миловидовъ, О договорѣ коммисіи, Юридич. Вѣстн., 1879 г. № 11, стр. 784.

[2]) Носенко, О договорѣ коммисіи, Журналъ гражд. и угол. права, 1879 г. № 2, стр. 11.

[3]) Шершеневичъ, Курсъ, стр. 44—45.

[4]) Цитовичъ, Очеркъ, стр. 68.

митенту имени третьяго лица, но условно: если подъ видомъ контроля не скрывается желаніе устранить коммиссіонера. Ставить такое условіе все равно, что вовсе его не ставить: какъ узнать дѣйствительный смыслъ желаній коммитента? Онъ не затруднится представить соображенія въ пользу основательности своего требованія, соображенія чисто субъективнаго свойства, провѣрка коихъ или невозможна или нежелательна. 4) Онъ долженъ выполнить рядъ обязательствъ относительно имущества коммитента, какъ вытекающихъ изъ существа коммиссіи, такъ и спеціально возложенныхъ на него договоромъ; онъ несомнѣнно долженъ относиться къ этому имуществу cum diligentia quam suis rebus, хранить его отъ порчи, исправлять, напр., «перекидывать» и проч. при сушкѣ подопрѣвшаго хлѣбнаго товара, доливать вино и заботиться о купорномъ его присмотрѣ и т. д. [1]); но страховать товаръ, по нашему торговому обычному праву [2]), онъ не обязанъ—это должно быть на него возложено особымъ соглашеніемъ. Вообще, если на него возложена та или другая спеціальная обязанность, то онъ долженъ ее выполнить, хотя бы она была сопряжена съ расходомъ—расходъ этотъ потомъ возмѣщается коммитентомъ [3]). Объ обязанности коммиссіонера вознаградить за убытки, причиненные коммитенту, нечего говорить—она разумѣется сама собой.

---

[1]) Мартенсъ, Коммент., стр. 270.

[2]) Мартенсъ, Коммент, стр. 266; Садовскій, н. с. стр. 94.

[3]) Носенко, н. с. № 2, стр. 14

Права коммиссіонера сводятся къ слѣдующимъ: 1) онъ имѣетъ право на возмѣщеніе всѣхъ необходимыхъ и полезныхъ издержекъ, имъ сдѣланныхъ [1]), а также и всѣхъ тѣхъ, которыя были сдѣланы по требованію комитента. Противъ дѣйствительности и размѣра этихъ издержекъ комитентъ можетъ представить возраженія, а коммиссіонеръ обязанъ ихъ доказать [2]). 2) Онъ имѣетъ право требовать возврата выданнаго имъ аванса. Авансы эти часто выдаются при коммиссіи продажи, т. е. комитентъ-продавецъ получаетъ часть продажной цѣны отъ коммиссіонера впередъ [3]); если же товаръ не можетъ быть проданъ коммиссіонеромъ по цѣнѣ, назначенной комитентомъ, то въ такомъ случаѣ авансъ можетъ быть потребованъ обратно или же коммиссіонеръ вправѣ продать часть товара и по низкой цѣнѣ, дабы выручить сумму, отданную въ видѣ аванса [4]). 3) Онъ имѣетъ нѣкоторыя обязательственныя и вещныя права на коммиссіонное имущество. Юридическая природа этихъ правъ зависитъ отъ того, является ли коммиссіонное имущество собственностью коммиссіонера или комитента. Первый случай имѣетъ мѣсто при коммиссіи покупки; товаръ, купленный коммиссіонеромъ по порученію, пока онъ находится въ его владѣніи, почитается его собственностью. По нашему торговому уставу комитентъ становится собственникомъ

---

[1]) Мартенсъ, н. с., стр. 270.

[2]) Садовскій, н. с., стр. 99—103. Во всякомъ случаѣ вопросъ о свойствѣ издержекъ, какъ quaestio facti, рѣшается судомъ.

[3]) Мейеръ, н. с., стр. 452.

[4]) Миловидовъ, н. с, стр. 783.

купленнаго имъ чрезъ коммиссіонера товара лишь тогда, когда фактуры и коносаменты на отправленный коммиссіонеромъ товаръ имъ уже получены [1]); до того коммиссіонеръ—собственникъ ихъ, а потому если ему причитается отъ коммитента платежъ, то онъ можетъ не удержать (retiner) товаръ, а задержать его отсылку, т. е. можетъ не исполнить обязательства. Иное положеніе вещей, если товаръ, находящійся у коммиссіонера, собственность коммитента. Это имѣетъ мѣсто при коммиссіи продажи; тутъ уже коммиссіонеръ имѣетъ право удержанія, ius retentionis, какъ чисто вещное право: онъ можетъ продать товаръ и изъ вырученнаго возмѣстить причитающуюся ему сумму [2]). Наконецъ, 3) коммиссіонеръ имѣетъ право на вознагражденіе, назыв. провизіею. Право это за нимъ признается въ силу обычая, хотя бы никакого соглашенія не послѣдовало. Правомъ на вознагражденіе коммиссіонеръ пользуется, конечно, въ случаѣ исполненія порученія и притомъ надлежащаго; если исполненіе ненадлежаще, то коммитентъ можетъ сдѣлать вычетъ соотвѣтственно размѣру причиненнаго ему убытка. Даже не исполнивъ порученія, но, конечно, помимо собственной вины, коммиссіонеръ сохраняетъ право на вознагражденіе,

---

[1]) Ст. 503 у. с. т.; Носенко, н с., стр. 136.

[2]) Миловидовъ (н. с., стр. 787) видитъ въ первомъ случаѣ право удержанія, во второмъ право залога коммиссіонера. Независимо отъ неосновательности такого различенія, право задержанія товара, какъ неосуществленіе обязательственнаго права, не можетъ быть отождествляемо съ правомъ удержанія, только могущимъ имѣть мѣсто по отношенію къ чужой, а никакъ не къ своей вещи.

но иногда не въ полномъ объемѣ, а менѣе: у насъ, по обычаю, въ случаѣ отмѣны порученія вслѣдствіе того, что товаръ, данный на коммиссію, не находитъ себѣ покупателей, коммиссіонеръ получаетъ $^2/_3$ обычной провизіи; обычная же провизія опредѣляется извѣстнымъ процентомъ стоимости товара, всего чаще 3% [1]). Если коммитентъ отмѣнилъ порученіе безъ всякаго основанія, то коммиссіонеръ имѣетъ право на полное вознагражденіе [2]). Наконецъ, надо замѣтить, что вознагражденіе иногда переходитъ обычный размѣръ, а именно: когда коммиссіонеръ принимаетъ на себя ручательство въ продажѣ товара (это такъ назыв. коммиссія del credere); въ этомъ случаѣ къ провизіи прибавляется $^1/_4$% въ мѣсяцъ [3]).

Что касается прекращенія отношеній сторонъ, то основаніемъ его являются: исполненіе порученія и одностороннее воле-изъявленіе контрагентовъ, причемъ коммиссіонеръ, пострадавшій отъ отказа противника, долженъ имѣть право на вознагражденіе за убытки. Смерть не прекращаетъ отношенія. Хотя въ коммиссіонной сдѣлкѣ и замѣчается сильное проявленіе личнаго элемента, но въ виду того, что коммиссіонная сдѣлка есть средство заключенія чисто имущественныхъ сдѣлокъ—купли-продажи и перевозки,— этотъ личный элементъ отодвигается на второй планъ, и права и обязанности сторонъ почитаются преемственными.

---

[1]) Мартенсъ, н. с., стр. 271.
[2]) Миловидовъ, н. с стр. 787.
[3]) Мартенсъ, н. с стр. 271