



1915.

Годъ 23.

# УЧЕБНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

АСТА

ET

COMMENTATIONES

IMP. UNIVERSITATIS JURIEVENSIS

(OLIM DORPATENSIS).



ЮРЬЕВЪ.

Типографія К. Маттисена.

1915.



Отъ редакціи.

Редакція „Ученыхъ Записокъ ИМПЕРАТОРСКАГО Юрьевскаго Университета“ взаменъ особыхъ извѣщеній симъ имѣетъ честь предложить всѣмъ учрежденіямъ, редакціямъ и лицамъ, съ коими она состояла въ обменѣ изданіями въ прошломъ 1914 году, продолжать этотъ обменъ и въ текущемъ 1915 году.

Редакторъ Д. Кудрявскій.



1915.

Годъ 23.

# УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

№ 2.

ЮРЬЕВЪ.

Типографія К. Маттисена.

1915.

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Юрьевскаго  
Университета.

Юрьевъ, 6 февраля 1915 г.

№ 143.

И. об. Ректора, Деканъ М. Крашенинниковъ.

## СОДЕРЖАНИЕ.

---

### Научный отдѣлъ

Стр.

Проф. И. Кондаковъ. Къ химіи синтетическаго каучука. 1— 16

### Приложенія.

Проф. П. П. Пусторослевъ. Русское уголовно-судебное  
право . . . . . 97—176

Проф. Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лоринговенъ. Матеріаль-  
ное Право Проекта Вотчиннаго Устава. (Томъ I) . . . 161—350

---

## Къ химіи синтетическаго каучука.

И. Кондакова.

Незначительное число специальныхъ сочиненій о синтетическомъ каучукѣ, появившихся впервые въ 1912 году, [Кондаковъ (февраль), Дитмаръ (мартъ), Венту-Дюкло (сентябрь)] увеличилось за послѣдніе два года [1913 и 1914] не малымъ числомъ новыхъ какъ обширныхъ, такъ и краткихъ монографій. Такъ въ іюнѣ 1913 года появилось на французскомъ языкѣ обширное капитальное сочиненіе въ 600 страницъ А. Dubosc et A. Luttringer: „Le Caoutchouc. Sa chimie nouvelle, ses synthèses. Paris 1913“. Въ томъ-же мѣсяцѣ вышли небольшія, но во многихъ отношеніяхъ весьма цѣнныя монографіи, одна на французскомъ языкѣ А. Néef: „Le caoutchouc synthétique état actuel du problème. Liège 1913“, а другая на англійскомъ языкѣ Н. Porritt: „The chemistry of rubber. London 1913,“ содержащая отдѣльную VI-ую главу о синтетическомъ каучукѣ. Первая изъ этихъ монографій, повидимому, представляетъ отдѣльный оттискъ рѣчи Néef, произнесенной имъ 5-го января 1913 г. въ обществѣ Льежскихъ инженеровъ. Это-же сочиненіе на нѣмецкомъ языкѣ напечатано и въ „Kunststoffe“ 1914. III, 321, 347 и 366, стр.

Въ сентябрѣ мѣсяцѣ того-же года вышла очень объемистая въ 435 страницъ книга на русскомъ языкѣ И. И. Остромысленскаго: „Каучукъ и его аналоги“. Экспериментальное изслѣдованіе 1911—1913 г. Москва, сентябрь 1913 года. Въ декабрѣ мѣсяцѣ вышла изъ печати магистерская диссертация С. В. Лебедева: „Изслѣдованіе въ области полимеризаціи двуэтиленовыхъ углеводородовъ“. Петербургъ 1913 г., имѣющая тѣсную связь съ теоретическими вопросами о синтетическомъ каучукѣ. Въ декабрѣ-же вышла небольшая брошюра Ив. Ив. Андреева: „Синтетическій каучукъ“. Петербургъ, 1914 г., представляющая отдѣльный оттискъ его статьи, напечатанной въ Извѣстіяхъ Петроградскаго Политехническаго института Императора Петра I-го. Она имѣетъ

связь въ нѣкоторыхъ своихъ частяхъ съ вышецитированнымъ сочиненіемъ Остро мысл енска го. Наконецъ мнѣ извѣстно рукописное сочиненіе о синтетическомъ каучукѣ, награжденное золотой медалью медицинскимъ факультетомъ Импер. Юрьевского Университета, принадлежащее, какъ оказалось, Лом и д з е. Рецензія объ этомъ сочиненіи, данная мною, напечатана въ Ученыхъ Запискахъ Императорскаго Юрьевского Университета.

Въ теченіе первой половины 1914 года т. е. до начала міровой войны, нарушившей нормальный ходъ развитія науки, какихъ либо специальныхъ сочиненій о синтетическомъ каучукѣ, насколько мнѣ извѣстно изъ доступной литературы, не появилось. Въ концѣ 1914 г. наша техническая литература обогатилась новымъ шестымъ томомъ классическаго сочиненія Н. Н. Лю б а в и н а: Техническая химія. Органическія вещества — Москва, 1914 г. Во второй части этой книги имѣется объемистая глава XV о каучукѣ и гуттаперчѣ, въ которой между прочемъ говорится и о синтетическомъ каучукѣ [стр. 133—136]. Сверхъ вышеперечисленныхъ специальныхъ сочиненій за эти два года появилось въ различныхъ журналахъ не мало оригинальныхъ теоретическаго и практическаго характера статей о природномъ и синтетическомъ каучукѣ, группировка и разборъ которыхъ будутъ сдѣланы дальше. Не мало обогатилась и специальная техническая литература описаніемъ многочисленныхъ привилегій, взятыхъ на полученіе синтетическаго каучука.

Переходя къ разбору вышеперечисленныхъ специальныхъ сочиненій, я позволю себѣ прежде всего остановиться на двухъ изъ нихъ какъ на наиболѣе объемистыхъ и полныхъ изъ извѣстныхъ въ настоящее время произведеній этого ряда, именно, на сочиненіяхъ Д ю б о с к ѣ-Л у т т р и н г е р а и Остро мысл енска го, поставивъ на первомъ планѣ послѣднее, во-первыхъ, какъ русское, а во-вторыхъ, какъ болѣе оригинальное во многихъ отношеніяхъ, чѣмъ первое. Рефератъ и краткая оцѣнка этого сочиненія сдѣлана была мною по просьбѣ редакціи Chem. Zeitung (Cöthen) въ началѣ этого года <sup>1)</sup>. Объ этомъ же сочиненіи имѣется отзывъ Н. Р и м п е л я <sup>2)</sup> всего въ 75 строчекъ, представляющій слишкомъ сжатый рефератъ

1) Chem. Zeitung 1914 г. 38, 297; Gummi-Zeitung 1914 г. 28, 1195.

2) Kundstoffe 1914 г. IV, 95.

сочиненія, сопровождаемый кой-какими замѣчаніями референта общаго характера и недостаточно убѣдительными и необоснованными сужденіями касательно самаго сочиненія, что можно объяснить или недостаточнымъ знаніемъ русскаго языка, или же, быть можетъ, и поверхностнымъ знакомствомъ референта съ химіей синтетическаго каучука.

Настоящій разборъ этого сочиненія значительно обширнѣе вышеуказанныхъ, потому что того требуетъ объемистость самаго сочиненія, а во-вторыхъ, во многихъ отношеніяхъ своеобразный характеръ его.

Сочиненіе Остромысленскаго распадается на три части.

Въ первой изъ нихъ излагаются уже реферированныя экспериментальныя данныя того-же автора <sup>1)</sup> надъ полимеризацией бромистаго винила въ каупренбромида, сравненіе ихъ съ бромидами бутадіенкаучука и отношеніе ихъ къ бромидамъ паракаучука, а также опыты, предпринятыя для регенерированія изъ нихъ отнятіемъ брома цинковой пылью каучуковъ. Эти данныя теперь дополняются указаніями, въ какихъ условіяхъ образуется изъ каупренбромида нерастворимый бутадіенкаучукъ, каупренъ или-же смѣсь ихъ.

Каупренъ авторъ считаетъ за моноциклическій углеводородъ  $C_{10}H_{16}$  съ діагональными связями — триметилено-полигексациклическій, слѣдовательно построенный на манеръ трициклооктана Дебнера [1902], вслѣдствіе изомеризации переходящій въ углеводородъ съ двумя двойными связями въ кольцо или съ двумя метеными группами въ боковой цѣпи, построенный сходно съ трицикло-октотетраеномъ Вильдштедтера. Каупренъ при озонизации не даетъ какихъ либо опредѣленныхъ соединеній, разлагается при сухой перегонкѣ на эритренъ, присоединяетъ бромъ и хлористый водородъ и даетъ тетрабромидъ и дигидрохлоридъ. При замѣщеніи атомовъ брома въ каупренбромида фениловыми остатками [какъ при реакціи Вебера феноловыми группами] по Фриделю-Крафтсу, получается метастиролъ, по строенію соответствующій каупренбромиду. Авторъ забылъ здѣсь упомянуть объ изслѣдованіяхъ Штоббе-Поздняка. Съ метастироломъ, по предположенію автора аналогичны, вѣроятно, и полимеры эфировъ акриловой кислоты.

1) Chem. Cbl. 1912. I, 1980—1981.

Эти сравнительно немногочисленные данные послужили автору основанием как для пространных теоретических соображений о строении каучуковъ, каупренбромида, метастирола и полимеризованныхъ эфировъ акриловой кислоты, так и для объяснения механизма образования изъ мономеровъ этихъ полимеровъ. Авторъ при этомъ устанавливаетъ какъ непреложное положеніе, что формула строения каучука Гарриса „должна быть признана разъ на всегда несостоятельной“. „Несостоятельность“ формулы Барро, авторъ усматриваетъ въ допущеніи на концахъ каучуковаго кольца свободныхъ сродствъ. Здѣсь не принято во вниманіе авторомъ того, что Барро разсматривалъ свободныя сродства совершенно иныя, именно „относительныя“ [„relativ frei“], а во-вторыхъ, упущены тѣ новыя теоретическія соображенія Барро, которыя уже были напечатаны въ маѣ 1913 года.

Исключивъ эти формулы строения, авторъ самъ считаетъ каучукъ за моноциклическій октомеръ изопрена, содержащій восемь метиловыхъ группъ и восемь двойныхъ связей —  $C_{32}H_{64}(CH_3)_8F^8$ . Такимъ образомъ прежнія сбивчивыя, неясныя, противорѣчивыя теоретическія представленія автора о строеніи каучука, отмѣченныя въ критикѣ Кондакова и Готлоба, приняли извѣстную опредѣленность и теперь, какъ видно, онъ является всецѣло сторонникомъ взглядовъ Пиклеса. При этомъ онъ совершенно неосновательно считаетъ, что соображенія Пиклеса основаны яко-бы на другихъ началахъ и высказаны Пиклесомъ лишь не задолго до изслѣдованій Остромысленскаго.

Упускается при этомъ то, что взгляды самаго автора книги составляютъ лишь приложеніе возрѣвнѣй прежнихъ изслѣдователей къ объясненію частныхъ случаевъ.

Останавливаясь на механизмѣ полимеризаціи бутадіеновъ въ каучуки и бромистаго винила въ полимеры — въ каупренбромиды и обратную деполимеризацію каучуковъ вплоть до мономеровъ, авторъ разсматриваетъ первый процессъ какъ постепенное осложненіе мономеровъ черезъ промежуточные съ открытой цѣпью димеры, тримеры и т. д. съ конечной циклизацией ихъ. Эти заключенія онъ основываетъ на фактическихъ данныхъ, полученныхъ самимъ авторомъ при полимеризаціи изопрена въ „нѣжныхъ“ условіяхъ. Изолированный авторомъ промежуточный продуктъ  $\beta$ -мирценъ [ $\alpha$ -диизопренъ] оказался способнымъ соединяться съ сѣрнистой кислотой и

превращаться въ отличіе отъ мирцена въ каучукоподобный полимеръ, какъ и другіе эритреновые углеводороды. Въ этихъ фактахъ авторъ усматриваетъ полное подтвержденіе взглядовъ Кондакова на механизмъ постепеннаго образованія изъ діолефиновъ каучуковъ. Обратный процессъ—деполимеризацію каучуковъ авторъ рассматриваетъ какъ актъ превращенія моноциклической частицы каучуковъ въ углеводороды съ открытой цѣпью съ откалываніемъ звѣньевъ или съ дальнѣйшимъ удвоеніемъ и утроеніемъ первичныхъ частицъ съ послѣдующей циклизацией въ высшіе каучуки, основывая этотъ взглядъ на переходахъ высшихъ полимеровъ-каучуковъ въ низшіе. Въ связи съ этимъ авторъ рассматриваетъ естественные каучуки за смѣси высшихъ и низшихъ полимеровъ, также комбинированныя изъ различныхъ эритреновыхъ частицъ—изопрена, эритрена и даже допускаетъ каучуки со смѣшанными звѣньями изъ этиленовыхъ и эритреновыхъ углеводородовъ со свойствами текучихъ полимеровъ каучука.

Во второй части книги при перечисленіи различныхъ методовъ полученія эритреновъ, авторъ придерживается той классификаціи ихъ, какая была дана этимъ углеводородамъ въ прежнихъ вышечитированныхъ сочиненіяхъ съ нѣкоторыми лишь незначительными дополненіями и съ указаніемъ тѣхъ типовъ, къ которымъ относятся имъ самимъ „созданные методы“, превосходящіе, яко-бы, по своей дешевизнѣ и простотѣ всѣ другіе извѣстные. Здѣсь-же указываются попутно и тѣ исходные, самимъ авторомъ добытые матеріалы, изъ которыхъ приготавливаются эритрень, изопрень и  $\beta$ - $\gamma$  диметилэритрень. Методы эти въ большинствѣ не отличаются оригинальностью, такъ какъ по принципу своему они не новы, а по технической своей цѣнности весьма и весьма сомнительны, не исключая и привилегированныхъ, хотя авторъ и увѣряетъ, что „только они могутъ претендовать на фабричное производство въ широкомъ размѣрѣ“. Для оцѣнки оригинальности этихъ методовъ достаточно указать, что авторъ въ качествѣ исходныхъ матеріаловъ для полученія, напр., эритрена пользовался дибутеномъ [способъ, напоминающій методъ превращенія дипентена въ изопрень Штаудингера-Клевера, Готлобъ Гарриса] бромистымъ виниломъ [совершенно тождественный по принципу со старымъ методомъ Аустервейля] пользовался также продуктами конденсаціи

этилена съ уксунымъ альдегидомъ [методъ Матьюсъ Штрэнжъ], альдоломъ, какъ при методахъ Дрейфуса-Перкина, циклобутаномъ и его бромидами, что напоминаетъ методы Эрбельфельдовскій и Баденскій, основанные на утилизациі циклогексанола, циклогексанона и ихъ гомологовъ и производныхъ; бензоломъ, пиперидиномъ, предѣльными углеводородами и ихъ галоидозамѣщенными производными — методъ по принципу сходный съ Баденскимъ. Удивительно, что авторъ ни словомъ не обмолвился въ сочиненіи объ изслѣдованіяхъ Фернбаха.

Второй отдѣлъ этой части начинается краткимъ описаніемъ методовъ опредѣленія чистоты изопрена, основанныхъ на его переведеніи въ дихлоргидратъ или въ каучукъ съ помощью натрія и перекиси бензоила. Почему-то эти методы авторъ считаетъ „выработанными имъ самимъ“, тогда какъ первый основанъ на данныхъ Бушарда-Кондакова, а второй на комбинаціи методовъ Матьюсъ-Гаррисъ-Гейнмана.

Доказавъ непригодность очистки изопрена съ помощью сѣрнистой кислоты (Баденскій) и способа, основаннаго на различіяхъ скоростей полимеризациі олефиновъ и діолефиновъ кислыми агентами, — потому что изопренъ скорѣе полимеризуется, чѣмъ примѣшанный къ нему триметилэтиленъ, доказавъ затѣмъ несостоятельность метода Шеринга, дающаго, якобы, вмѣсто дихлоргидрата монохлоргидраты, авторъ самъ выработалъ свой собственный методъ. Онъ состоитъ въ обработкѣ содержащаго амиленъ изопрена сначала металлическимъ натріемъ при обыкновенной температурѣ для превращенія амиленовъ въ полимеры (?), не измѣняя изопрена и потомъ перекисью барія при кипяченіи для разрушенія амилена не трогая изопрена. Здѣсь-же описаны опыты очистки изопрена, основанные на перегонкѣ изопрена въ присутствіи высоко и низкокипящихъ веществъ.

Изъ способовъ полученія изопрена описано превращеніе мирцена въ изопренъ; основанное на идеѣ Кондакова, высказанной въ его вышецитированномъ сочиненіи (79).

Очень подробно описанъ привилегированный авторомъ методъ превращенія скипидара французскаго или русскаго, а также дипентена въ изопренъ, отличающійся только лишь тѣмъ отъ метода Штаудингера-Зильберада, что разложение производится въ присутствіи разбавителей [бензола и

воды] въ противоположность методу Штаудингера-Зильберада, въ которомъ, по увѣренію автора, играетъ роль лишь пониженіе температуры. Далѣе описываются методы, основанные на превращеніи амилового спирта и нефтяного изопентана черезъ 1.3 дихлориды или дихлоридовъ съ монохлоридами, полученныхъ Кондаковымъ изъ триметилэтилена, обработкой органическими и неорганическими основаниями или солями жирныхъ кислотъ въ изопренъ на манеръ Перкинъ-Шеринъ-Гаррисъ или контакторами, составляющими сущность привилегіи Баденской. Эти методы даютъ изопренъ или смѣсь его съ диметилалленомъ или съ непредѣльными монохлоридами.

Въ отдѣлѣ  $\alpha - \beta - \gamma$  диметилэритренъ, указавъ способы обезвоживанія пинаконъ гидрата воднымъ ѣдкимъ натромъ въ бензоловомъ растворѣ, авторъ переходитъ къ разсмотрѣнію способовъ превращенія его въ углеводородъ. Отбросивъ старые способы Кутюрье и патентованный Эрбельфельдовской фабрикой, какъ дающіе недостаточные выходы углеводорода, и испытавъ цѣлый рядъ другихъ способовъ, авторъ считаетъ почему-то своимъ собственнымъ новымъ, удобнымъ, дешевымъ, простымъ, старый методъ Эрбельфельдовскій, основанный на примѣненіи амидосульфокислотъ, какъ, напр., сульфаниловая, въ присутствіи небольшого количества сѣрной кислоты для отнятія воды отъ пинакона съ выходами до 80% углеводорода. Въ добавленіи къ этой части перечислены нѣкоторыя привилегіи для подтвержденія пріоритета автора съ указаніемъ дать опубликованія ихъ, но не дать заявленія.

Третья часть сочиненія, посвященная синтезамъ каучука и переработкѣ его въ техническій продуктъ, начинается краткимъ перечисленіемъ нынѣ извѣстныхъ условій превращенія диолефиновъ въ каучуки, которые авторъ сгруппировалъ по схемѣ, впервые данной Кондаковымъ 1901 г. Затѣмъ здѣсь дается весьма краткій и блѣдный историческій очеркъ полимеризаціи изопрена, метилизопрена и эритрена, въ которомъ авторъ ошибочно приписываетъ Гильдену наблюденія Бушарда, а Кутюрье то, что было установлено впоследствии Кондаковымъ и приписываетъ ему же пріоритетъ въ полученіи „чистаго диметилэритренкаучука“, [на основаніи какихъ данныхъ, однако, неизвѣстно] и опровергаетъ сущность привилегіи Эрбельфельдовской 29010—27/XII—

1909 г.) утверждая, что при температурѣ 60—160° „всегда получается одинъ и тотъ-же диметилэритреновый каучукъ“.

Разсматривая исторію полимеризаціи эритрена, авторъ воспѣлъ хвалебные дифирамбы Лебедеву и ни однимъ словомъ не обмолвился объ изслѣдованіяхъ Дебнера, имѣвшихъ несомнѣнно важное значеніе для познанія процессовъ полимеризаціи этого діолефина и для теоріи Гарриса, и для работъ самага Остромысленскаго. Подвергнувъ экспериментальной провѣркѣ методы полученія каучуковъ Баденскій, Гейнемана, Гросса, Шеринга и методъ индивидуализаціи ихъ по Гаррису, авторъ признаетъ ихъ несостоятельными, давая предпочтеніе своимъ собственнымъ методамъ, выработаннымъ въ опредѣленныхъ условіяхъ.

Подчеркнувъ еще разъ тождественность каучука, полученнаго изъ  $\beta$  — мирцена съ нормальнымъ изопренкаучукомъ, авторъ подробно останавливается на разсмотрѣннй способа полученія „анормальныхъ каучуковъ“ по Матьюсъ-Гаррису, описываетъ свой способъ синтеза каучуковъ съ помощью натровыхъ металлоорганическихъ соединеній діолефиновъ, но ни слова не говоритъ объ отмѣченныхъ Кондаковымъ фактахъ.

Способъ Эрбельфельдовскій, основанный на примѣненіи коллоидальныхъ металловъ, англійскій патентъ, основанный на примѣненіи цинкъ — и натрійалкиловъ, патентъ Дрейфуса, основанный на примѣненіи алкилатовъ, цинкалкилатовъ, Баденскій, основанный на тѣхъ-же принципахъ, онъ считаетъ основанными на принципахъ метода Остромысленскаго, а не обратно, основывая свой пріоритетъ опять таки на датахъ опубликованія этихъ привилегій, а не на датахъ заявленій. Металлоорганическія соединенія діолефиновъ авторъ готовилъ въ Соклетовскомъ аппаратѣ и полимеризовалъ ими діолефины.

Немало страницъ отведено авторомъ разсмотрѣнію вопроса объ участіи этихъ металлоорганическихъ соединеній въ процессѣ полимеризаціи діолефиновъ, при этомъ онъ подчеркиваетъ, что анормальные каучуки суть низшіе полимеры каучуковъ съ текучими, клейкими свойствами, не только не способные вулканизироваться, но и мѣшающіе вулканизаціи природнаго каучука.

Эти низшіе каучуки, неспособные превращаться въ нор-

1) R. Ditmar. Die Synthese d. Kautschuks стр. 109.

мальные каучуки при нагрѣваніи, при обработкахъ окислителями — какъ перекиси неорганическія и органическія — и отъ сѣрнистой кислоты, переходятъ въ натрій пероксидъ-каучуки, совершенно тождественные съ природными.

При обработкѣ діолефиновъ одними перекисями, авторъ получилъ „пероксидъ-каучуки“, содержащіе лишь слѣды кислорода и почти неклеякіе.

Слѣдовательно мы имѣемъ здѣсь такъ называемые способы Матьюсъ — Гарриса, Гейдемана [1911], Ионсона [1911], Баденскій 1912 или простую комбинацію ихъ, причѣмъ авторъ цитировалъ ихъ съ невѣрными датами. Вопросъ-же о томъ, какъ согласовать принципы предлагаемого метода съ изслѣдованіями Гербстъ — Кирхгофа, авторъ совершенно не затрагиваетъ.

Въ этомъ-же отдѣлѣ упоминается о синтезахъ каучуковъ съ помощью ультрафіолетовыхъ лучей и тихихъ электрическихъ разрядовъ. Приложены къ этому отдѣлу описанія привилегій автора на получение каучуковъ съ помощью какъ химически реагирующихъ на діолефины веществъ, такъ и физически, напр., различныя вязкія вещества. Но эти указанные авторомъ ускорители, какъ видно, сходны съ другими подобными имъ, примѣнявшимся уже ранѣе при различныхъ методахъ. Въ послѣднемъ отдѣлѣ этой части указывается, какъ и въ предисловіи на сильную измѣнчивость и не способность чистыхъ синтетическихъ и природныхъ каучуковъ вулканизироваться въ отличіе отъ естественныхъ неочищенныхъ — вслѣдствіе отсутствія въ первыхъ веществъ, сопутствующихъ всегда естественный каучукъ. Этотъ фактъ по мнѣнію автора „не привлекалъ до него ничьего вниманія и выдвинутъ имъ впервые лишь въ разсматриваемой работѣ“. Установку этого факта и практическіе выводы изъ нихъ Остромысленскій приписываетъ исключительно себѣ, утверждая вмѣстѣ къ тѣмъ, что всѣ привилегіи, взятыя для устранения вышеуказанныхъ неудобныхъ свойствъ чистаго каучука явились позднѣе его открытія. Подтверждаетъ онъ эту мысль ссылками на время опубликованія аналогичныхъ заграничныхъ привилегій.

Для устранения вышеуказанныхъ неудобныхъ свойствъ клейкости, зависящей отъ различныхъ причинъ, авторъ прибѣгаетъ къ нагрѣванію перегрѣтымъ паромъ при 150—160° или къ обработкѣ хлористоводородной кислотой и къ „анвулканизации“.

Для повышенія эластичности и другихъ свойствъ синтетическихъ каучуковъ авторъ обрабатываетъ ихъ въ растворахъ подходящими колоидальными, содержащими азотъ и кислородъ, веществами, какъ, напр., крахмалъ, канифоль, пептоны.

Отмѣченныя авторомъ книги особенности синтетическихъ каучуковъ уже давно были замѣчены другими изслѣдователями и для устраненія ихъ уже до изслѣдованій Остромысленскаго принимались извѣстныя мѣры. Такъ для устраненія клейкости синтетическихъ каучуковъ и вмѣстѣ съ тѣмъ лучшей вулканизируемости уже съ 1910 года взяты привилегіи Эрбельфельдовской фабрикой, какъ, напр., 254548 13/XII-1910 г. [прибавленіе крахмала, бѣлковъ, глицерина, мочевины], 257813 24/III 1911 г. [прибавленіе амміака и жирныхъ аминовъ], 250920 8/VIII 1911 г. и 255680 8/VIII-1911 г. [прибавленіе основныхъ веществъ], 256413 1/XI-1911 г. [прибавленіе аминовъ ароматическаго ряда], 254672 26/I 1912 г. [прибавленіе спутниковъ каучука и вязкихъ веществъ], 255124 13/III 1912 г. [прибавленіе бѣлковъ, пептона], 255868 18/III 1912 г. [нагрѣваніе при высокой температурѣ], 259722 26/V 1912 г. [прибавленіе дубильныхъ веществъ].

Кромѣ вышеизложеннаго содержанія есть въ книгѣ еще весьма рѣзкіе нападки по адресу Гарриса, Готъ-Лоба, Кондакова и Любавина за то, что эти изслѣдователи позволили себѣ подвергнуть всесторонней оцѣнкѣ и критикѣ изслѣдованія Остромысленскаго.

Гаррису ставится въ упрекъ, что онъ во 1-хъ воспользовался данными Остромысленскаго для регенерации каучука изъ его гидрохлоридовъ, во вторыхъ то, что Гаррисъ непослѣдователенъ, рассматривая гидробромиды каучука за химическія соединенія, а бромиды за абсорбціонныя, въ третьихъ прибавляетъ къ этому, что натрій изопренъ — каучукъ Гарриса никакой технической цѣнности не имѣетъ; въ четвертыхъ автора поражаетъ то, что Гаррисъ въ своихъ новыхъ работахъ отстаиваетъ свою теорію о строеніи каучука, несмотря на то, что Остромысленскій ее уже своими изслѣдованіями опровергъ.

Наконецъ авторъ прибавляетъ для свѣдѣнія Гарриса, что нитрозитъ нерастворимаго бутадіенкаучука и бромидъ нормальнаго бутадіенкаучука получалъ самъ Остромысленскій своимъ собственнымъ методомъ, а не Гаррисъ.

Готлобу дѣлается упрекъ въ томъ, что онъ не читалъ подробной статьи Остромысленскаго, несмотря на знакомство съ русскимъ языкомъ, иначе не впаль-бы въ ошибку изъ за допущенныхъ яко-бы въ книгѣ Кондакова искаженій насчетъ воззрѣній Остромысленскаго относительно формулы каучука.

Самыя пространныя и рѣзкія возраженія дѣлаетъ Остромысленскій Кондакову за критику послѣдняго какъ работъ автора, такъ и разныхъ выводовъ его и положеній, а также за упреки Кондакова въ незнакомствѣ Остромысленскаго съ литературой каучука и за тенденцію къ рекламѣ. Часть этихъ возраженій Кондакова, поддержанныя Любавинымъ, принесли, какъ видно, извѣстную пользу автору сочиненія, потому что въ своей книгѣ онъ исправилъ ошибки и противорѣчія, ему указанныя, вкравшіяся будто бы вслѣдствіе опечатокъ; во вторыхъ, воспользовался нѣкоторыми указаниями Кондакова для дополненія своихъ изслѣдованій новыми фактами; въ третьихъ, освободился отчасти отъ путанницы и противорѣчій, хотя нѣкоторыя изъ нихъ и теперь вошли въ его книгу въ видѣ непреложныхъ положеній [стр. 38. § 5]. Въ четвертыхъ, манера замалчивать изслѣдованія своихъ предшественниковъ на этотъ разъ значительно уменьшилась, но всетаки осталась, вслѣдствіе, очевидно, своеобразныхъ его воззрѣній на этотъ счетъ, высказанныхъ въ отвѣтъ Любавину. Склонность-же автора смѣшивать чужія идеи со своими и послѣ критики не исчезла.

Въ возраженіяхъ Кондакову авторъ книги настаиваетъ на томъ, что онъ, якобы, „никогда не приписывалъ бутадиень-каучуку формулы  $(C_{12}H_{18})_x$ , а изопренъ каучуку  $[C_{5.2}H_{14}(CH_3)_4]_x$ “.

Авторъ книги напрасно пытается опровергнуть свои собственные положенія, взятыя изъ его же собственной статьи. Въ разбираемой книгѣ имѣются непонятныя противорѣчія: въ однихъ мѣстахъ говорится, что въ ядрѣ каучука „имѣется не менѣе 12 атомовъ углерода, по крайней мѣрѣ три этиле новыхъ связи и не менѣе четырехъ (!) метиловыхъ группъ“ стр. 38, § 5. Въ другихъ мѣстахъ говорится, что не менѣе 16-ти атомовъ углерода въ ядрѣ.

Если Остромысленскій желаетъ этимъ сказать, что

сначала изопренъ усложняется въ тримеръ, который уже затѣмъ, взаимно сочетаясь, даетъ конечную циклическую частицу каучука, то эта мысль конечно можетъ быть выражена общей формулой  $[C_1, H_1, (CH_2)_3]_x$ , что и было мною сдѣлано. Количество углеродныхъ атомовъ въ такой формулѣ тоже кратно четыремъ. Наконецъ, по словамъ Остромысленскаго выходитъ, что я, будто-бы, искажилъ предложенную имъ формулу для бутадіенкаучука и каупрена, не смотря на то, что въ книгѣ Кондакова никакихъ формулъ, кромѣ формулы для дегидрокаупрена [стр. 96 моего сочиненія и на стр. 386 *Revue Generale*], представляющей точную копию формулы Остромысленскаго (I), нѣтъ. Извѣстно, что Любавинъ отмѣтилъ также, какъ и Кондаковъ незнакомство Остромысленскаго съ литературой трактуемаго имъ вопроса, выразившееся въ нецитированіи важныхъ для него работъ Львова. Возражая Любавину, авторъ книги проводитъ ту оригинальную мысль, что „въ журнальныхъ научныхъ статьяхъ не всегда нужно и не всегда возможно цитировать рѣшительно всѣхъ авторовъ, работавшихъ по тому-же вопросу“!? Такое оригинальное воззрѣніе автора, которое онъ широко проводитъ въ своей книгѣ, весьма удобно для тѣхъ химиковъ, которые вслѣдствіе малой литературной образованности внезапно открываютъ то, что уже давно извѣстно, но хорошо забыто или замалчивалось.

Таковы существенныя части этой объемистой книги, нелишенной извѣстнаго научнаго значенія, хотя, къ сожалѣнію, достаточно таки тенденціозной.

Красной нитью черезъ все сочиненіе проводится авторомъ тотъ тенденціозный взглядъ, многократно повторенный и въ текстѣ книги, и въ положеніяхъ, что будто-бы изслѣдованія строенія каупренбромидовъ произведены „внѣ зависимости отъ строенія каучука“ и тѣмъ не менѣе привели автора къ выясненію его строенія. Истинное положеніе дѣла однако доказываетъ совершенно обратное, такъ какъ самъ авторъ при своихъ изслѣдованіяхъ руководствовался, какъ видно, тѣми основными положеніями, которыя были установлены прочно уже до него касательно строенія каучука.

Дѣйствительно, онъ воспользовался строеніемъ каучука Пиклеса, разсматривавшаго каучукъ за моноциклической октомеръ изопрена, приложивъ эту формулу строенія для объясненія строенія полимеровъ бромистаго винила, сти-

рола и акриловой кислоты. Относительно механизма полимеризации діолефиновъ въ каучуки еще до Пиклеса существовало два воззрѣнія, одно изъ которыхъ лежитъ въ основѣ теоріи Гарриса, рассматривавшаго этотъ процессъ, какъ ассоціированіе промежуточныхъ циклическихъ димеровъ-октадіеновъ въ комплексъ каучука, а другое, лежащее въ основѣ динамическаго представленія Кондакова — раздѣляемаго теперь и Гаррисомъ — рассматривавшаго уже давно этотъ процессъ, какъ простую полимеризацію мономеровъ черезъ промежуточные „мирценоподобные“ димеры въ каучуки. Авторъ книги самъ признаетъ, что онъ сторонникъ второго взгляда, какъ подкрѣпленнаго фактами.

Далѣе авторъ совершенно вѣрно полагаетъ, что „полимеризація бромистаго винила въ бромидъ бутадіенкаучука и полимеризація діолефиновъ въ каучукъ или его аналоги представляетъ собой безъ сомнѣнія химическія реакціи одного и того-же типа“, но при этомъ онъ упускаетъ изъ виду, что онъ здѣсь тоже повторяетъ высказанное уже въ 1901 году тѣмъ-же Кондаковымъ положеніе, которое между тѣмъ, надо полагать, хорошо должно-бы быть ему извѣстно нетолько изъ статьи <sup>1)</sup>, но и изъ вышецитированной книги Кондакова, тѣмъ болѣе, что этотъ изслѣдователь аналогировалъ полимеризацію діолефиновъ съ полимеризаціей бромистаго винила, акриловой кислоты и ея эфировъ, стирола, т. е. тѣхъ самыхъ соединений, полимеризаціи которыхъ посвящено все сочиненіе Остромысленскаго. Этихъ двухъ положеній и позднѣйшихъ теоретическихъ представленій о строеніи каучука Пиклеса, Барро было совершенно достаточно для того, чтобы ориентироваться въ механизмѣ полимеризаціи этихъ соединений и придти къ выводу, что эти полимеры будутъ въ отличіе отъ каучука замѣщенные предѣльные циклическіе углеводороды съ основнымъ ядромъ, тождественнымъ каучуку.

Это было очевидно и изъ изслѣдованій Штоббе — Поздняка <sup>2)</sup> надъ полимеризаціей стирола. Поэтому неправильно въ сущности и утвержденіе автора, будто „вопросъ о строеніи полимеризованнаго бромистаго винила до изслѣдо-

1) Ученыя Записки Имп. Ю. У. 1901. № 2.

2) Liebig's Annalen 1909 371, 259; 1912. 391, 151. Георгій Позднякъ (изъ Могілева). Das Metastylol und die beiden Distyrole. Weide i. Th. 1910.

ваній Остромысленскаго не былъ даже затронуть ни однимъ изслѣдователемъ“. Мало того, вѣдь и деполимеризація каучуковъ до конечныхъ мономеровъ включительно разсматривалась также до Остромысленскаго какъ процессъ протекающій тоже черезъ промежуточные углеводороды съ открытой цѣпью и со строеніемъ мирценоподобнымъ, иными словами, съ первоначальнымъ разрывомъ каучуковаго кольца.

Несомнѣнной заслугой Остромысленскаго является фактическое подкрѣпленіе вышеуказанныхъ положеній, для окончательнаго принятія которыхъ однако и этихъ фактовъ еще недостаточно. Очень характерно и то, что авторъ книги, повторяя много разъ общепринятое теперь положеніе, что синтетическіе каучуки какъ и природные могутъ быть различной степени полимеризаціи — низшей и высшей, не счелъ однако нужнымъ добавить, что это положеніе впервые установлено было Кондаковымъ, до изслѣдованій котораго никто ничего подобнаго не предполагалъ. Существованіе различныхъ видовъ естественнаго каучука доказано позднѣе Гаррисомъ. Примѣромъ промежуточныхъ между низшими и высшими каучуковъ, вѣроятно, будетъ синтетическій нормальный каучукъ Фрицъ Гофмана.

Очень жаль, что авторъ книги оставилъ безъ вниманія предѣльные углеводороды Львова изъ каупренбромида съ т. п. 95-0 и параффинъ Бертело изъ природнаго каучука, представляющіе, вѣроятно, циклопараффины, опредѣленіе строенія которыхъ дало-бы весьма серьезныя основанія для подкрѣпленія той или другой конституціи каучука.

Другой особенностью разсматриваемаго сочиненія является то, что авторъ, использовавъ чужія идеи и чужія изслѣдованія, не считалъ однако нужнымъ указать на первоисточники ихъ, ни правильно ихъ цитировать. Подтвержденіемъ этого служить не только то, что отмѣчено выше относительно неправильныхъ датъ различныхъ привилегій и замалчивания чужихъ идей, лежащихъ въ основѣ его работъ, но въ нѣкоторыхъ случаяхъ почти дословное повтореніе чужихъ взглядовъ безъ указанія при томъ на источники ихъ позаимствования. Такъ на стр. 352, приводя историческія данныя о полимеризаціи изопрена подъ вліяніемъ соляной кислоты, авторъ книги говоритъ, что „при дѣйствіи соляной кислоты на свѣжеперегнанннй изопренъ каучукъ не образуется [наблюденіе Остромысленскаго?]. Очевидно, Гильденъ опери-

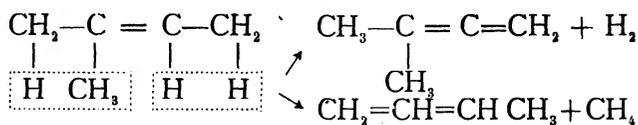
роваль съ изопреномъ долго стоявшимъ при нормальной температурѣ; въ результатѣ каучукъ образовался независимо отъ соляной кислоты“. Очень пріятно, что авторъ книги не только раздѣляетъ объясненіе, данное тому-же факту Кондаковымъ, но даже почти дословно повторяетъ слѣдующее мѣсто изъ стр. 69 книги Кондакова „Синтетическій каучукъ“: „Эти противорѣчивыя указанія на мой взглядъ довольно просто объясняются тѣмъ, что одни изъ изслѣдователей оперировали со свѣжеперегнаннымъ изопреномъ, поэтому Кондаковъ, Мокіевскій, Ипатьевъ, Витторфъ, Клагесъ, Гаррисъ, Тильденъ (новые опыты) <sup>1)</sup> — при обработкѣ такого изопрена галоидоводородными кислотами не получали каучука, тогда какъ Бушарда, Тильденъ (старые опыты) имѣли, вѣроятно, изопренъ, стоявшій нѣкоторое время на свѣту и подвергшійся инсоляціи т. е. успѣвшей въ большей или въ меньшей мѣрѣ отъ самопроизвольной полимеризаціи превратиться въ каучукъ. Этотъ, образовавшійся и находящійся въ растворѣ изопренъ-каучукъ потомъ и открывали, вѣроятно, при обработкѣ изопрена галоидоводородными кислотами“. Это объясненіе Кондакова признается теперь правильнымъ [Дюбоскъ, Пондъ].

На страницахъ 144, 146, 162—164, 220—223—256 и другихъ авторъ книги высказываетъ положеніе, что „углеводороды, содержащіе одну этиленовую связь“ и другіе отщепляютъ предпочтительно предѣльный углеводородъ, „такъ напр.: триметилэтиленъ даетъ при 100°, вмѣсто ожидавшагося изопрена — дивинилъ“.

Это положеніе представляетъ почти дословное повтореніе одного мѣста изъ стр. 87 сочиненія Кондакова, гдѣ говорится, что „образованіе дивинила, а можетъ быть метилаллена изъ амиловаго спирта объясняется очень просто“ черезъ промежуточные вторичные и третичные спирты, которые „теряя воду, даютъ мало дѣятельные и устойчивые углеводороды, отъ которыхъ при отщепленіи водорода или предѣльныхъ углеводородовъ какъ метанъ и другіе образуются еще углеводороды съ двумя двойными связями. Основная схема такого превращенія напр. для триметилэтилена будетъ такая:

---

1) „Наблюденіе Остромысленскаго“ очевидно позднѣйшаго происхожденія.



Туже схему приводит авторъ книги на вышеуказанныхъ страницахъ. Нельзя не отмѣтить также, что положеніе автора книги объ образованіи комбинированныхъ каучуковъ, напр., изъ загрязненнаго амиленомъ изопрена изопренъ амиленоваго каучукоподобнаго полимера есть почти дословное воспроизведеніе слѣдующаго мѣста изъ статьи Кондакова „но разъ изопренъ, какъ извѣстно изъ изслѣдованій Ипатьева и Макіевскаго, состоитъ изъ смѣси углеводовъ, то въ образованіи полимера — каучука можетъ участвовать не одинъ только  $\beta$ -метилдивиниль, но и примѣшанный къ нему амиленъ, что вполне напоминало-бы общеизвѣстные синтезы углеводовъ изъ ацетилена и олефиновъ Бертелло.“

Оставляя безъ разсмотрѣнія еще не малое количество такихъ же мѣстъ въ разбираемой книгѣ, я не могу не подчеркнуть того, что она можетъ служить образцомъ кричащей рекламы, достаточно ясно выраженной съ одной стороны въ словахъ автора, что „начиная съ 1911 г., когда наблюденія Остромысленскаго установили способность синтетическаго каучука замѣщать природный продуктъ въ техническихъ издѣліяхъ, привилегіи на способъ примѣненія специальныхъ контактныхъ веществъ, благоприятствующихъ образованію каучуковъ изъ діолефиновъ, посыпались какъ изъ рога изобилія“ (стр. 356) или „съ 1911 года работы по каучуку приняли характеръ эпидеміи. Патенты на различные, большей частью непригодные для техники, способы полученія діолефиновъ сыплются какъ изъ рога изобилія“ (стр. III введ.), а съ другой въ остроумномъ и исключительномъ утвержденіи Остромысленскаго, что будто бы „наблюденія Бунгарда и Тильдена были эмпирическими, а другіе авторы кромѣ Лебедева и Остромысленскаго, работавшіе въ области каучука, лишь блуждали въ потемкахъ“ (стр. 4 введенія).

[Продолженіе слѣдуетъ].

Январь, 1915 г.

Въ качествѣ примѣровъ проведенія этихъ принциповъ, приведу постановленія нашего общаго уг.-суд. права относительно свидѣтелей.

По общему правилу устава уг.-суд., свидѣтели допрашиваются самимъ уг. судомъ 1-й инстанціи, разбирающимъ и рѣшающимъ уг. дѣло по существу, и притомъ допрашиваются обыкновенно во время и на мѣстѣ самого засѣданія, посвященнаго разбирательству и рѣшенію этого дѣла (92/13 г.; 100; 101; 639/12—641/12; 699—701; 718—724), а иногда допрашиваются этимъ судомъ заранѣе, на мѣстѣ ихъ жительства (65/13 г., съ прим., по зак. 13 г.; 581/12, съ прим. 1) или на мѣстѣ ихъ служенія (67).

Исключеніе. Показанія, ранѣе снятыя со свидѣтелей и записанныя въ протоколъ не самимъ уг. судомъ 1-й инстанціи, рѣшающимъ уг. дѣло по существу, а другимъ надлежащимъ органомъ, могутъ быть прочитываемы и принимаемы за доказательство этимъ судомъ, при разбирательствѣ и рѣшеніи этого дѣла, если эти свидѣтели не явились къ разбирательству: 1) по случаю своей смерти [У. 626], 2) по болѣзни [71/13 г.; 626], 3) по совершенной дряхлости [71/13 г.; 626], 4) по случаю дальней отлучки [626], 5) по отдаленности мѣстожителства [72/13 г.; 626], 6) по невозможности отлучиться отъ военной службы [67], 7) по случаю своей высокопоставленности [65/13 г., съ прим., по зак. 13 г.; 581/12, съ прим. 1; 626], т. е. по случаю своего высокаго чина [какъ лица, состоящія въ чинахъ 1-го или 2-го класса, или многія изъ лицъ, имѣющихъ чинъ 3-го класса, напр., назначенные члены Гос. Совѣта, сенаторы, или нѣкоторые изъ чиновниковъ 4-го класса, напр., губернаторы] или по случаю своего высокаго званія [какъ члены Гос. Думы, выборные члены Гос. Совѣта, архіереи и митрополиты], или 8) по какой-нибудь уважительной причинѣ, не поименованной закономъ [71/13 г.].

Нечего и говорить, что этотъ перечень уважительныхъ причинъ неявки, сдѣланный уставомъ уг.-суд., недостаточно полонъ и не имѣетъ исчерпывающаго юридическаго значенія.

Нельзя не замѣтить, что, съ точки зрѣнія интересовъ уг. правосудія и народ. благосостоянія, высокопоставленность свидѣтеля не можетъ служить уважительнымъ основаніемъ для неявки этого лица къ разбирательству уг. дѣла въ уг. судъ.

#### § 48. Принципъ гласности<sup>1)</sup>. Принципъ гласности или публич-

1) С. И. Баршевъ — Объ устности и гласности уголовного судопроизводства. Р. В. 1857. Т. 10. Кн. 2. — А. А. Палюмбецкій — Вопросъ объ устности и гласности суда. Р. В. 1859. Т. 19. Кн. 2. — А. К. Никитинъ — О важности публичнаго уголовного суда. Библиотека для чтенія. Спб. 1862. № 9. — П. М. — Публикованіе судебныхъ рѣшеній. Ж. М. Ю. 1863. Т. 16. ч. II. с. 349—366. — А. Фриде — Печатаніе и разборъ судебныхъ рѣшеній. Ж. М. Ю. 1863. Т. 16. ч. II. с. 631—650. — А. Ф. Кони — Объ условіяхъ публичности засѣданій нашихъ уголовныхъ и гражданскихъ судовъ. Ж. Г. У. П. 1882. № 9. Протоколы с.-петерб. юридическаго общества. Сообщение. — Кони — Суд. рѣчи. Въмѣсто предисловія, с. XL—XLIII. — Г. Джаншіевъ — Ограниченіе гласности въ судѣ. Ю. В. 1887. №№ 1; 3 — М. А. Оксъ — О публичности или гласности суда. Одесса. 1889. См. также Труды Одес. Юрид. Общ. Одесса. 1891. Т. IV. — С. Викторскій — Гласность въ уголовныхъ судахъ современной Россіи. Ю. В. 1892. № 4.

ности уг. правосудія состоитъ въ требованіи, чтобы стороны и постороннія суда лица имѣли право присутствовать при отправленіи правосудія уг. судомъ по уг. дѣлу, а также имѣли бы право оглашать и обсуждать въ печати происшедшее на суд. засѣданіи. Противоположное требованіе составляетъ принципъ тайны уг. правосудія.

Отправленіе уг. правосудія можетъ быть гласнымъ для сторонъ, для публики и для печати.

Гласность уг. правосудія для сторонъ имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда стороны имѣютъ право получать свѣдѣнія о судебныхъ дѣйствіяхъ и присутствовать при производствѣ этихъ дѣйствій.

Гласность уг. правосудія для публики выступаетъ тогда, когда лица, постороннія суда, т. е. не состоящія сторонами и не принимающія никакого участія въ отправленіи уг. правосудія даннымъ уг. судомъ по данному уг. дѣлу, имѣютъ право присутствовать при суд. дѣйствіяхъ.

Гласность же уг. правосудія для печати имѣетъ мѣсто тогда, когда суд. дѣйствія по уг. дѣлу позволено оглашать и обсуждать въ печатныхъ произведеніяхъ.

Допущенія гласности уг. судопроизводства для сторонъ требуетъ принципъ нравственности и принципы основательности и правомѣрности уг. правосудія съ принципомъ народ. благосостоянія во главѣ.

Такъ, гласность отправленія уг. правосудія даетъ сторонамъ возможность подробно ознакомиться съ дѣломъ, обдумать свое положеніе, заранѣе запастись доказательствами и обстоятельно выполнить свое назначеніе. Присутствіе же сторонъ, обладающихъ процессуальными правами, благотворно дѣйствуетъ на судей. Судъ становится осторожнѣе и старается выполнить свои функціи съ соблюденіемъ требованій основательности, правомѣрности и нравственности. Такимъ образомъ, отправленіе уг. правосудія выигрываетъ въ основательности, правомѣрности и нравственности, а этотъ выигрышъ приноситъ пользу народ. благосостоянію.

Въ пользу гласности уг. правосудія для публики и печати говорятъ одни и тѣ же основанія.

1. Гласность составляетъ одно изъ могучихъ средствъ къ обезпеченію соблюденія требованій нравственности, при отправленіи уг. правосудія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и къ обезпеченію основательности и правомѣрности въ отправленіи уг. правосудія.

2. Гласность способствуетъ иногда даже появленію новыхъ свѣдѣтелей на судѣ.

3. Она довольно сильно охраняетъ частныхъ лицъ, участвующихъ въ уг. процессѣ, а въ томъ числѣ обвиняемаго, отъ рѣзкаго, невѣжливаго обращенія должностныхъ лицъ.

4. Она способствуетъ возстановленію чести невиннаго.

5. Гласность есть одно изъ лучшихъ средствъ для энергичнаго нагляднаго обученія необходимости воздержанія отъ учиненія уг. правонарушеній. Тутъ каждый узнаетъ на живомъ примѣрѣ, что наказаніе не пустой звукъ угрозы, а дѣйствительное послѣдствіе уг. правонарушенія.

6. Гласность содѣйствуетъ распространенію юридическихъ свѣдѣній въ народѣ.

7. Она разсѣиваетъ подозрѣнія, что подъ видомъ уг. правосудія творится произволъ и злоупотребленія, и укрѣпляетъ уваженіе и довѣріе народа къ суду и закону.

8. Наконецъ, гласность отправленія уг. правосудія вполне соотвѣтствуетъ обществ. характеру уг. правосудія. Отправленіе уг. правосудія есть дѣло общественное, а не частное.

Въ виду этихъ обстоятельствъ, нельзя не признать, что въ уг.-суд. правѣ, руководимомъ интересами всесторонняго, возможно большаго народ. благосостоянія, принципъ гласности долженъ быть принять въ качествѣ общаго правила.

Установивъ общее правило, перейдемъ къ исключеніямъ.

Въ пользу тайны всего уг.-суд. производства по уг. дѣлу нѣтъ ни одного разумнаго основанія. Есть основанія лишь въ пользу тайны нѣкоторыхъ процессуальныхъ дѣйствій и существуютъ основанія къ ограниченію, но не къ устраненію гласности въ нѣкоторыхъ случаяхъ.

Устраненіе гласности должно имѣть мѣсто, въ видѣ исключенія, въ 2 категоріяхъ случаевъ.

1. Должны быть временно покрыты тайной всѣ процессуальныя дѣйствія, направленныя къ разысканію и собиранію доказательствъ виновности, доступныхъ скрытію, искаженію или истребленію со стороны обвиняемаго или его приверженцовъ. Здѣсь тайна должна быть полной. Она должна простираться и на обвиняемаго съ его защитникомъ, и на публику, и на печать. Эта тайна способствуетъ успѣху уг. правосудія, а гласность легко можетъ повести къ неудачѣ. Но существованіе тайны должно быть только временнымъ. Оно должно имѣть мѣсто лишь до тѣхъ поръ, пока эти процессуальныя дѣйствія еще не произведены.

2. Должны быть покрыты полной постоянной тайной всѣ совѣщанія между членами одного и того же уг.-суд. органа или между нѣсколькими заодно дѣйствующими органами, направленныя къ выработкѣ одного рѣшенія, составляющаго одинъ процессуальный актъ, напр., совѣщаніе присяжныхъ засѣдателей о постановленіи вердикта, т. е. рѣшенія по вопросамъ виновности обвиняемаго, совѣщаніе судей о постановкѣ приговора, совѣщаніе обвиняемаго съ защитникомъ относительно защиты, совѣщаніе между нѣсколькими обвинителями относительно обвиненія. Это необходимо, чтобы обезпечить свободный чистосердечный обмѣнъ мнѣній между совѣщающимися.

Случаи ограниченія гласности сводятся къ 7.

1. Въ обезпеченіе основательности и правомѣрности уг. правосудія, необходимо ограничить публикѣ доступъ въ суд. помѣщеніе соотвѣтственно нормальной вмѣстимости отдѣленія, предназначеннаго для публики. При переполненіи этого отдѣленія, должностныя и частныя лица, участвующія въ уг. процессѣ, будутъ терпѣть стѣсненіе, неблагоприятное для доброкачественнаго исполненія ихъ процессуальной дѣятельности.

2. Въ обезпеченіе основательности и правомѣрности уг. правосудія, а также въ огражденіе обществ. порядка, нравственности, религіозности и добраго имени отдѣльныхъ лицъ, уг. суду и даже предсѣдателю коллегіального уг. суда должно быть предоставлено право удалять, изъ присутственнаго помѣщенія, членовъ публики, вступающихъ въ незаконныя сношенія съ членами суда или съ участвующими въ дѣлѣ лицами, или нарушающихъ тишину и спокойствіе, благопристойность, уваженіе къ религіи или къ личности. Уг. же суду должно быть ввѣрено, сверхъ того, еще 2' права, а именно — право удалить всю публику, если лицъ, заслуживающихъ удаленія много, а опредѣленіе ихъ затруднительно, и право удалить изъ засѣданія даже частныхъ и должностныхъ лицъ, участвующихъ въ суд. производствѣ, если они производять этотъ безпорядокъ, а удаленіе вызывается настоятельной необходимостью.

3. Въ огражденіе обществ. безопасности, нужно запретить доступъ въ присутственное помѣщеніе всѣмъ членамъ публики, имѣющимъ при себѣ оружіе, но не обязаннымъ носить его по долгу службы.

4. Въ предупрежденіе развитія безнравственности и преступности подъ вліяніемъ увлеченія превратно понятными дурными примѣрами, слѣдуетъ запретить, въ видѣ общаго правила, посѣщеніе засѣданій уг. суда, въ качествѣ публики, праздношатающимся несовершеннолѣтнимъ и осужденнымъ преступникамъ, состоящимъ подъ надзоромъ полиціи или покровительственныхъ учреждений. При наличности же уважительныхъ причинъ, и этимъ лицамъ, въ видѣ исключенія, должно быть разрѣшаемо уг. судомъ или его предсѣдателемъ присутствовать въ суд. засѣданіи среди публики.

5. Изъ уваженія къ чувствамъ религіозности и нравственности, а также и въ огражденіе общественнаго порядка, необходимо закрыть для общей, но не юридической печати, а также для большинства публики, за исключеніемъ нѣкоторыхъ необходимыхъ представителей ея, такія процессуальныя дѣйствія, при производствѣ которыхъ обнаруживается что-нибудь сильно возмущающее или оскорбляющее религіозныя или нравственныя чувства или что-нибудь возбуждающее безпокойныхъ людей къ нарушенію общественнаго порядка.

6. Въ огражденіе безопасности государства, необходимо закрыть для печати и публики, за исключеніемъ нѣкоторыхъ необходимыхъ представителей публики, такія процессуальныя дѣйствія, при совершеніи которыхъ обнаруживается что-нибудь способное, въ случаѣ разглашенія, повредить безопасности государства, напр., подробное изложеніе береговыхъ укрѣпленій по дѣлу о шпионствѣ.

7. Наконецъ, въ огражденіе добраго имени потерпѣвшихъ, слѣдуетъ ограничить гласность для публики и для печати, при отправленіи уг. правосудія по такимъ преступленіямъ и проступкамъ, какъ напр., изнасилованіе, прелюбодѣяніе, клевета, огласка которыхъ бросаетъ тѣнь на доброе имя потерпѣвшихъ. Здѣсь широкое допущеніе гласности, вопреки волѣ потерпѣвашаго, приноситъ жертвѣ несомнѣнный незаслуженный вредъ. Желательны слѣд. ограниченія.

а. Безъ разрѣшенія со стороны потерпѣвшаго, только немногія лица допускаются уг. судомъ или его предсѣдателемъ присутствовать, въ качествѣ публики, при суд. разбирательствѣ дѣла о преступленіи или проступкѣ этой категоріи.

б. Безъ разрѣшенія со стороны потерпѣвшаго, общая, не юридическая печать не имѣетъ права оглашать и обсуждать суд. производство по такому дѣлу.

в. Разрѣшеніе со стороны потерпѣвшаго открываетъ публикѣ и печати доступъ ко всѣмъ суд. дѣйствіямъ, за исключеніемъ тѣхъ, относительно которыхъ существуютъ другія основанія къ устраненію или ограниченію гласности.

Подводя общій итогъ добытымъ нами результатамъ по вопросамъ о гласности и ея устраненіи и ограниченіи въ области уг. правосудія, мы видимъ, что въ уг.-суд. правѣ, руководимомъ интересами возможно большаго народнаго благосостоянія, принципъ гласности долженъ быть принятъ въ качествѣ общаго правила, но изъ этого общаго правила должно быть допущено довольно много исключеній въ пользу устраненія и ограниченія гласности.

Обращаясь къ положительному праву, мы должны сказать, что въ древнія времена оба уг. процесса: и обвинительный, и слѣдственный отличались гласностью.

Съ широкимъ развитіемъ и распространеніемъ слѣдственного процесса, а главное съ появленіемъ безчеловѣчнаго стремленія къ извлеченію желательныхъ показаній изъ подсудимаго какими бы то ни было средствами, даже обманомъ, запугиваніемъ и пытками, отправленіе уг. правосудія постепенно окуталось мракомъ канцелярской тайны. Подъ ея покровомъ пріютились всевозможныя злоупотребленія и сдѣлали уг. судъ предметомъ народнаго недоувѣрія и ужаса.

Но чѣмъ сильнѣе становились язвы уг. правосудія, тѣмъ сильнѣе онѣ давали себя чувствовать. Постепенный же усиленный ростъ умственного развитія, а затѣмъ и смягченіе нравовъ у европейскихъ народовъ все болѣе и болѣе открывали возможность людямъ сознавать и чувствовать всю нелѣпую жестокость слѣдственного уг. процесса, пропитаннаго кровожадностью и тайной.

Появился протестъ противъ пытки и тайны. Слабый въ началѣ, онъ дошелъ къ концу XVIII вѣка до такой силы, что изгналъ пытку изъ уг. процесса почти у всѣхъ культ. народовъ и нѣсколько ограничилъ тайну.

Дальнѣйшая упорная борьба противъ тайны уг. процесса выпала на долю XIX и XX вѣка и увѣнчалась болѣе или менѣе сильнымъ успѣхомъ.

Въ наше время всѣ культ. государства раздѣляются на 2 группы.

Къ I-й принадлежатъ Англія съ ея колоніями и Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты. Въ этихъ государствахъ гласность играетъ роль общаго правила во всѣхъ стадіяхъ уг. процесса, съ различными исключеніями.

Ко II-й группѣ относятся культ. государства континентальной Европы. Здѣсь гласность не достигла такого широкаго простора. Въ

стадіяхъ предварительнаго слѣдствія, преданія суду и приготовления дѣла къ разбирательству по существу принципъ гласности дѣйствуетъ только относительно сторонъ, съ различными широкими исключеніями, и почти вовсе не допускается относительно публики и печати. Въ стадіи же рѣшенія дѣла по существу и стадіяхъ обжалованія господствуетъ принципъ гласности относительно сторонъ, публики и печати, съ различными исключеніями.

Наибольшими исключеніями отличается наше уг.-суд. право. У насъ стадіи предварительнаго слѣдствія, преданія суду и приготовления дѣла къ разбирательству по существу проникнуты принципомъ тайны по отношенію къ публикѣ и печати (Ул. 1038<sup>1</sup>). Относительно же сторонъ господствуетъ принципъ гласности, съ различными исключеніями въ пользу устраненія и ограниченія ея (У. 280; 304; 316; 446; 448; 456; 459; 460; 468; 476; 548<sup>1</sup>; 556; 556<sup>1/12</sup>—558; 561; 564; 569; 571; 704 п. 3). При этомъ отъ обвиняемаго скрывается гораздо больше, чѣмъ отъ обвинителя. Такъ, обвиняемый допускается къ разсмотрѣнію слѣдственнаго производства лишь тогда, когда слѣдователь призналъ предварительное слѣдствіе законченнымъ (476). Прокуратура же (280) и частный обвинитель (304) имѣютъ право ознакомиться со слѣдственнымъ производствомъ въ теченіе предварительнаго слѣдствія.

Совѣщаніе обвиняемаго съ защитникомъ, по допущеніи защиты въ стадіи приготовления дѣла къ разбирательству, составляетъ, по закону, полную неприкосновенную тайну (569; 704 п. 3).

Въ стадіи разбирательства дѣла по существу и стадіяхъ обжалованія суд. приговоровъ у насъ принять, въ качествѣ общаго правила, принципъ гласности относительно сторонъ, публики и печати (Уч. 153. — У. 88; 156; 620; 624; 884; 918. — УП. II. 2; 224), съ различными, весьма широкими, не всегда основательными и нерѣдко чрезмерными исключеніями, особенно разросшимися въ 80-хъ годахъ прошлаго вѣка [П. С. З. (с. 3). Т. VII. № 4227. 12 февр. 1887 г.].

Одни изъ исключеній касаются устраненія гласности, а другія — ограниченія ея.

Совѣщаніе обвиняемаго съ его защитниковъ по вопросамъ защиты составляетъ полную неприкосновенную тайну (У. 704 п. 3).

Совѣщанія присяжныхъ засѣдателей о постановленіи вердикта (У. 677/12; 806) и всѣ совѣщанія судей о постановленіи какихъ бы то ни было рѣшеній по производству уг. дѣла обязательно должны происходить тайно (Уч. 142. — У. 167; 765; 825; 878; 925).

Въ качествѣ оснований къ ограниченію гласности наше законодательство выдвигаетъ слѣд. начала: 1) религіозность (У. 89<sup>1</sup>; 620<sup>2/12</sup>; 620<sup>3</sup>), 2) нравственность [У. 89/13 г.; 620<sup>2/12</sup>; 620<sup>3</sup>. — УП. II. 3], а въ особенности скромность несовершеннолѣтнихъ обвиняемыхъ [У. 89<sup>2/13</sup> г.; 620<sup>4/12</sup>; 736<sup>1/12</sup>. — УП. II. 3<sup>1/12</sup>], 3) уваженіе къ семейному союзу [У. 89/13 г.; 620<sup>2/12</sup>. — УП. II. 3], 4) достоинство гос. власти [У. 89<sup>1</sup>; 620<sup>2/12</sup>; 620<sup>3</sup>; 621<sup>1</sup>; 1054/12; 1054<sup>1/12</sup>. — УП. II. 3.], 5) охраненіе военныхъ гос. тайнъ [У. 1054/12], 6) охраненіе обще-

ственного порядка [У. 89<sup>1</sup>; 620<sup>3</sup>; 621<sup>1</sup>. — УП. II. 3], 7) обезпеченіе правильнаго хода суд. дѣйствій [У. 89<sup>1</sup>; 620; 620<sup>3</sup>; 621<sup>1</sup>. — УП. II. 3], 8) охраненіе потерпѣвшаго и посягателя, въ случаѣ ихъ просьбы, въ дѣлахъ о частныхъ проступкахъ отъ непріятности публичнаго выступленія передъ уг. судомъ [У. 89/13 г. — УП. II. 3], 9) охраненіе несовершеннолѣтнихъ обвиняемыхъ отъ огласки [У. 89<sup>2</sup>/13 г.; 620<sup>4</sup>/12. — УП. II. 3/12] и 10) охраненіе малолѣтнихъ, несовершеннолѣтнихъ, учащихся и лицъ женскаго пола отъ возможности вредныхъ вліяній пребыванія въ публикѣ на уг. дѣлахъ [У. 118; 620<sup>1</sup>. — УП. II. 2]. „Студенты и воспитанники высшихъ учебныхъ заведеній могутъ быть допускаемы въ судебное засѣданіе съ разрѣшенія Предсѣдателя, когда это можетъ содѣйствовать успѣху ихъ учебныхъ занятій“ (У. 620<sup>1</sup> прим.).

Въ однихъ случаяхъ уг. судъ обязанъ производить разбирательство уг. дѣла при закрытыхъ дверяхъ, т. е. безъ допущенія публики (У. 88; 89/13 г.; 620<sup>1</sup>; 620<sup>2</sup>/12; 621<sup>1</sup>; 1054<sup>1</sup>/12. — УП. II. 3), а въ другихъ имѣетъ на это только право (88; 89<sup>1</sup>; 89<sup>2</sup>/13 г.; 620<sup>3</sup>; 620<sup>4</sup>/12; 1054/12. — УП. II. 3). Но этимъ правомъ онъ долженъ пользоваться только въ случаѣ необходимости и притомъ долженъ точно обозначить въ своемъ опредѣленіи, „какія именно дѣйствія должны происходить при закрытыхъ дверяхъ и по какимъ причинамъ“ (У. 621; 89<sup>1</sup>; 118).

„По дѣламъ, разсматриваемымъ при закрытыхъ дверяхъ, въ залу засѣданія допускаются, по желанію подсудимаго и потерпѣвшаго отъ преступленія, родственники ихъ и знакомые, не болѣе, впрочемъ, какъ по три лица съ каждой стороны“ (У. 622; 118). Съ разрѣшенія же предсѣдателя суда, допускаются также очередные присяжные засѣдатели и лица, принадлежащія къ суд. вѣдомству или къ сословію присяжныхъ повѣренныхъ (У. 623; 118).

„Объявленіе приговора, во всякомъ случаѣ, происходитъ публично“ (У. 624; 127/13 г. — УП. II. 205).

Одновременно съ утвержденіемъ суд. уставовъ былъ Высочайше утвержденъ 20 ноября 1864 г. и законъ о гласности уголовного и гражданскаго судопроизводства для печати. Этотъ законъ явился въ видѣ Высочайше утвержденнаго мнѣнія Гос. Совѣта „о дозволеніи печатать судебныя рѣшенія въ повременныхъ изданіяхъ“. [П. С. 3. (с. 2). Т. XXXIX. № 41481].

Съ теченіемъ времени этотъ законъ перешелъ въ постановленія устава о цензурѣ и печати.

Главныя постановленія дѣйствующаго цензурнаго устава (Св. Зак. Т. XIV. Уставъ о цензурѣ и печати. Изд. 1890 г. ст. 75 — 79; 80/12; 81) „объ оглашеніи въ печати... судебныхъ рѣшеній и отчетовъ о дѣлахъ, производящихся въ судебныхъ установленіяхъ“, состоятъ въ слѣдующемъ.

1. „До судебного засѣданія или прекращенія дѣла“, запрещается оглашеніе въ печати „свѣдѣній, обнаруженныхъ дознаніемъ или предварительнымъ слѣдствіемъ“ (Уст. о ценз. 81. — Ул. 1038<sup>1</sup>).

2. Повременныя изданія имѣютъ право печатать: какъ суд. рѣшенія, постановленныя по существу уголовныхъ и гражданскихъ дѣлъ уголовными и гражданскими судами гражданскаго (Уст. о ценз. 75), но не военнаго или морскаго (Уст. о ценз. 80/12) вѣдомства, такъ и отчеты о всѣхъ тѣхъ судопроизводственныхъ дѣйствіяхъ, которыя происходили при открытыхъ дверяхъ, публично, въ суд. засѣданіяхъ этихъ судовъ гражд. вѣдомства (Уст. о ценз. 76). Таково — общее правило.

3. Въ видѣ исключенія, цензурный уставъ (77), а вслѣдъ за нимъ и уставъ уг. суд. (1213<sup>22</sup>/12) устанавливаетъ особыя ограниченія для печати „по дѣламъ объ оскорбленіяхъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда отвѣтчикъ не допускается до представленія доказательствъ справедливости позорящаго обстоятельства“, т. е. по дѣламъ объ обидахъ, диффамациі частнаго лица и разглашеніи тайнъ съ цѣлью оскорбленія.

Такъ, печатанье суд. приговора по каждому изъ этихъ дѣлъ дозволяется не иначе, какъ съ разрѣшенія суда. Печатанье же первоначальной жалобы истца, а также преній и вообще отчета о суд. засѣданіи позволяется не иначе, какъ съ разрѣшенія предсѣдателя суда, по просьбѣ самого „обиженнаго“.

Что же касается до суд. приговора, осуждающаго за клевету, то этотъ приговоръ, по желанію потерпѣвшаго, можетъ быть опубликованъ въ столичныхъ и мѣстныхъ губернскихъ вѣдомостяхъ, на счетъ виновнаго (Ул. 1536).

4. По дѣламъ, разбиравшимся, при закрытыхъ дверяхъ, за исключеніемъ вышеозначенныхъ дѣлъ объ оскорбленіяхъ (Уст. о ценз. 77. — У. 1213<sup>22</sup>/12. — Выше с. 104. № 3), повременныя изданія имѣютъ право печатать только резолюціи, постановленныя уг. и гражд. судами гражданскаго вѣдомства (Уст. о ценз. 78).

5. Разборъ и обсужденіе суд. рѣшеній, постановленныхъ уг. и гражд. судами гражданскаго вѣдомства, на основаніи публичнаго разбирательства въ суд. засѣданіяхъ (Уст. о ценз. 75), „допускается только въ юридическихъ журналахъ и въ тѣхъ повременныхъ изданіяхъ, въ которыхъ будетъ особый отдѣлъ юридической хроники“, но при этомъ должно быть строго соблюдаемо должное уваженіе къ суд. установленію, постановившему рѣшеніе и къ чинамъ его (Уст. о ценз. 79).

6. Отчеты о публичныхъ суд. засѣданіяхъ военныхъ и морскихъ судовъ, точно также, какъ и рѣшенія этихъ судовъ дозволяется печатать для всеобщаго свѣдѣнія первоначально только „въ указанныхъ для этого правительствомъ журналахъ, безъ всякаго, однако, обсуждения“ этихъ „рѣшеній“. „Всѣ прочія повременныя изданія имѣютъ право только перепечатывать“ это изъ этихъ журналовъ, „но безъ всякихъ измѣненій, сокращеній или дополненій, а равнымъ образомъ не допуская никакихъ по этому предмету разсужденій“ (Уст. о ценз. 80/12).

Виновные въ нарушеніи этихъ правилъ о печатаніи судебныхъ рѣшеній и свѣдѣній по уг. и гражд. дѣламъ подлежатъ: аресту отъ 7 дней до 6 недѣль, съ денежнымъ взысканіемъ, по усмотрѣнію суда, не выше 500 руб., а въ особенно важныхъ случаяхъ подвергаются, по усмотрѣнію суда, вмѣсто ареста, тюремному заключенію на время отъ 2 до 4 мѣсяцевъ (Ул. 1038<sup>1</sup>).

**§ 49. Принципъ устности и принципъ письменности<sup>1)</sup>.** Принципомъ устности называется правило, что должностныя и частныя лица, участвуя въ отправленіи уг. правосудія, должны выражать свои дѣловыя изъявленія воли и мысли въ устной формѣ, въ формѣ живого слова. Принципомъ же письменности называютъ правило, требующее: 1) чтобы дѣловыя изъявленія воли и мысли должностныхъ и частныхъ лицъ, по отправленію уг. правосудія, были выражены въ письменной формѣ, и 2) чтобы былъ письменно изложенъ, по порядку, въ главныхъ чертахъ, дѣйствительный ходъ засѣданія и даже важныхъ отдѣльныхъ дѣйствій уголовного суда по уг. дѣлу.

Ни устность, ни письменность не имѣютъ сами по себѣ никакого важнаго значенія для уг.-суд. права. Но устность служитъ средствомъ къ осуществленію требованій быстроты, непосредственности, гласности, общедоступности и дешевизны уг. правосудія и тѣмъ содѣйствуетъ народ. благосостоянію. А письменность благоприятствуетъ основательности, правомѣрности, непосредственности, посредственности, определенности и твердости уг. правосудія и этимъ, въ свою очередь, способствуетъ народ. благосостоянію. Будучи средствами къ осуществленію этихъ важныхъ принциповъ, устность и письменность приобрѣтаютъ важное значеніе и сами становятся вспомогательными принципами, необходимыми въ системѣ уг.-суд. права въ каждомъ культ. государствѣ.

Какъ принципъ устности, такъ и принципъ письменности, оба должны быть проведены въ уг.-суд. правѣ, руководимомъ интересами народнаго благосостоянія. Этотъ руководящій принципъ и долженъ рѣшить, гдѣ и насколько слѣдуетъ провести каждый изъ этихъ принциповъ.

Дѣйствующее общее уг.-суд. право cadaго изъ культ. народовъ проникнуто: какъ принципомъ устности, такъ и принципомъ письменности. При этомъ иногда одинъ исключается другимъ, а часто соблюдается оба: одинъ послѣ другого. Напр., уг. судъ письменно излагаетъ свой приговоръ по уг. дѣлу, а потомъ прочитываетъ этотъ приговоръ вслухъ сторонамъ и публикѣ.

По проведенію принципа устности первое мѣсто принадлежитъ Англии и Соединеннымъ Штатамъ Сѣверной Америки, а второе — культ. государствамъ континентальной Европы. По проведенію же принципа письменности эти государства занимаютъ мѣста въ обратномъ порядкѣ.

По нашему общему уг.-суд. законодательству, разбирательство дѣла производится уголовнымъ судомъ устно (У. 88; 156; 625; 885; 918. — УП. II. 2; 224; 226), съ допущеніемъ исключеній въ пользу письменности, напр., для грамотныхъ, но глухихъ или нѣмыхъ подсудимыхъ (У. 732).

1) С. И. Баршевъ — Объ устности и гласности (выше с. 97). — Палюмбецкій — Вопросъ объ устности и гласности (выше с. 97). — N. N. — Мнѣнія иностранныхъ юристовъ о значеніи письменной и словесной формы суда. Ж. М. Ю. 1863. Т. 17. — С. Щегловитовъ — О значеніи началъ устности и непосредственности. (выше с. 95). — А. Бардзскій — Предѣлы устности на судѣ уголовномъ. Ж. Г. У. П. 1889. № № 3; 4.

Все болѣе или менѣе важное, происходящее на суд. засѣданіи по уг. дѣлу, должно быть записано въ протоколъ суда, по порядку, по мѣрѣ надобности, согласно требованію закона или заинтересованнаго лица, участвующаго въ дѣлѣ (У. 142/13 г.; 142<sup>1</sup>/13 г.; 143/13 г.; 170/13 г.; 171; 835—845; 878. — УП. II. 100—102; 117). „Протоколъ судебнаго засѣданія, говоритъ 837-я статья устава уг. суд., долженъ быть составленъ такимъ образомъ, чтобы изъ него можно было видѣть весь ходъ дѣла на судѣ и удостовѣриться въ соблюденіи тѣхъ правилъ, нарушеніе коихъ можетъ быть поводомъ къ отмѣнѣ приговора“.

Какъ ходатайства сторонъ, такъ и рѣшенія по нимъ уг. судовъ обязательно облакаются въ письменную форму, при чемъ нѣкоторыя изъ этихъ ходатайствъ и рѣшеній прямо выступаютъ въ письменной формѣ, а нѣкоторыя появляются сначала въ устной формѣ, а потомъ облакаются въ письменную путемъ немедленнаго записанія въ протоколъ уг. суда.

Напр., начальная жалоба потерпѣвшаго частнаго лица, возбуждающая уг. преслѣдованіе противъ посягателя, приносится мир. судѣй: или письменно, или устно, но въ послѣднемъ случаѣ немедленно записывается этимъ судѣей въ протоколъ (У. 45/13 г.).

Приговоръ уг. суда I-й инстанціи по существу уголовного дѣла (У. 127/13 г.; 786; 793), приговоръ уг. суда апелляціонной инстанціи (У. 170/13 г.; 878; 892) и опредѣленіе или рѣшеніе уг. суда касационной инстанціи (У. 178/13 г.; 118; 925<sup>1</sup>) обязательно излагаются въ письменной формѣ.

**§ 50. Принципъ непрерывности въ разбирательствѣ и рѣшеніи уголовного дѣла.** Этимъ принципомъ называется требованіе, чтобы уг. судъ разбиралъ и рѣшалъ уг. дѣло, безъ перерывовъ, мѣшающихъ судьямъ выработать разумное внутреннее убѣжденіе по уг. дѣлу и примѣнить это убѣжденіе при постановленіи рѣшенія.

Самое лучшее — производить разбирательство и рѣшеніе уг. дѣла въ одно засѣданіе. Оттого наше уг.-суд. законодательство и постановляетъ, что „разбирательство и рѣшеніе... дѣла оканчиваются... по возможности, въ одно засѣданіе“ (У. 116. См. также У. 750; 765; 786; 789; 791. — УП. II. 200).

Если же дѣло обширно и сложно; то нужно посвятить ему нѣсколько засѣданій подъ тѣмъ, однако, условіемъ, чтобы промежутки не мѣшали судьямъ пріобрѣсти и сохранить цѣльное впечатлѣніе отъ разсматриваемаго дѣла и воспользоваться этимъ впечатлѣніемъ при постановленіи рѣшенія. Эти промежутки должны быть допускаемы не для обращенія къ другому дѣлу и не для развлеченія, а только для надлежащаго подкрѣпленія судей, сторонъ, свѣдушихъ людей и свидѣтелей пищей, питьемъ, отдохновеніемъ и сномъ, для кратковременнаго лѣченья легкой болѣзни и для кратковременнаго приготовленія противной стороны къ опроверженіямъ, при предъявленіи новаго доказательства другой стороной.

Принципъ непрерывности въ разбирательствѣ и рѣшеніи уг. дѣла

необходимъ для того, чтобы прочнѣе и лучше провести въ области уг.-суд. права руководящій принципъ народ. благосостоянія, главные принципы: единства, цѣлесообразности и матерьялосообразности и вспомогательные принципы: основательности, правомѣрности и быстроты уг. правосудія.

Принципъ непрерывности проводится въ уг.-суд. правѣ cadaго культ. государства.

**§ 51. Принципъ бережливости въ расходованіи народныхъ средствъ на отправленіе уголовного правосудія.** У cadaго культ. народа существуетъ множество общественныхъ потребностей, а въ томъ числѣ и потребность въ отправленіи уг. правосудія. Для удовлетворенія каждой обществ. потребности необходима затрата народ. средствъ, въ видѣ имущества и труда. Количество же народ. средствъ, хотя и велико, но не настолько, чтобы можно было вполне удовлетворить каждую обществ. потребность наилучшимъ образомъ. А въ числѣ обществ. потребностей есть и такія, которыя настоятельно и безотложно требуютъ своего удовлетворенія и поглощаютъ наибольшую часть народныхъ средствъ, обратимыхъ на удовлетвореніе обществ. потребностей, безъ обремененія народа, какъ напр., потребность въ обезпеченіи государства отъ внѣшнихъ враговъ, потребность въ осуществленіи внутренняго управления. Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ оказывается, что на удовлетвореніе своей обществ. потребности въ отправленіи уг. правосудія, безъ вреднаго обремененія народныхъ средствъ, культ. народъ можетъ тратить лишь сравнительно небольшую часть народ. имущества и труда. А между тѣмъ отправленіе уг. правосудія должно происходить постоянно, относительно большого количества уг. дѣлъ.

При такомъ положеніи вещей, становится ясно, что принципъ всесторонняго, возможно большаго народ. благосостоянія настоятельно требуетъ бережливости въ расходованіи народ. средствъ на отправленіе уг. правосудія и ставитъ ее необходимымъ принципомъ уг.-суд. права у культ. народа.

Принципъ бережливости играетъ большую роль въ уг.-суд. правѣ cadaго культ. народа.

**§ 52. Принципъ участія народныхъ судей въ отправленіи уголовного правосудія<sup>1)</sup>.** Этимъ принципомъ называется требованіе,

1) С. Баршевъ — О судѣ присяжныхъ. Р. В. 1857. Т. 9. Май. Кн. 1—2. Современная лѣтопись Рус. Вѣстника. — Баршевъ — О необходимыхъ условіяхъ плодотворнаго развитія института присяжныхъ. Ж. М. Ю. 1862. Т. 14. № 11. — Баршевъ — О существѣ власти и обязанностяхъ присяжныхъ. Ю. В. 1874. № 3—4. — Б. И. Утинъ — Очеркъ историческаго образованія суда присяжныхъ въ Англии. Р. В. 1860. Т. 24. Мартъ. Кн. 1—2. — М. Зарудный — Различныя виды присяжныхъ въ Англии и Шотландіи. Ж. М. Ю. 1862. Т. 13. № 7. — К. Ю. А. Миттермайеръ — Судъ присяжныхъ въ Европѣ и Америкѣ. Изд. подъ ред. Н. Ламанскаго. Спб. 1864. Т. 1—2. — К. Миттермайеръ — Европейскіе и американскіе суды присяжныхъ, ихъ дѣятельность, достоинства, недостатки и средства къ устраненію недостатковъ. Перев. съ нѣмец. подъ ред. В. Молчанова. Москва. Т. 1.

чтобы народные судьи участвовали надлежащим образом съ профессіональными судьями въ отправленіи уг. правосудія въ культ. государствъ.

1869; Т. 2. 1871. — Гуэ-Глунокъ — О судѣ присяжныхъ. Перев. съ нѣмец. подъ ред. О. А. Филиппова. Спб. 1865. — Ульямъ Форситъ — Характеристика присяжнаго суда съ соціальной и политической точки зрѣнія. Судебный Сборникъ, изд. подъ ред. Н. И. Ламанскаго. Спб. 1865. № 1. — Н. Таганцевъ — Обзоръ новѣйшихъ сочиненій по вопросу о судѣ присяжныхъ въ Германіи. Ж. М. Ю. 1866. Т. 27 и 28. Приложение. — Судебные Уставы 20 ноября 1864 года съ изложеніемъ разсужденій, на коиже они основаны. 2-е изд. Спб. 1867. Ч. 2-я: Уставъ Уголовнаго Судопроизводства. с. 291—309; Ч. 3-я: Учрежденіе Судебныхъ Установленій. с. 19—22; 78—91. — М. Корякинъ — Судъ присяжныхъ въ различныхъ государствахъ. Московскія Университетскія Извѣстія. Москва. 1870. Кн. 5. Приложение. — Л. Е. Владиміровъ — О судѣ присяжныхъ. Уловія дѣйствія института присяжныхъ и методъ разработки доказательствъ. Харьковъ. 1873. — Н. Буцковскій — Очерки судебныхъ порядковъ по уставамъ 20 ноября 1864 года. О приговорахъ по уголовнымъ дѣламъ, рѣшаемымъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей. Спб. 1874. — Н. Д. Сергѣевскій — О судѣ присяжныхъ. В. Д. Ю. Л. 1875. Кн. 9. — Сергѣевскій — Шеффенгерихтъ въ русской литературѣ. Ю. В. 1879. № 3. — К. Binding — Die drei Grundfragen der Organisation des Strafgerichtes. Leipzig. 1876. — В. Н. Палаузовъ — Къ вопросу о формѣ участія народнаго элемента въ уголовной юстиціи. Записки Импер. Новорос. Университета. 1876. Т. 20. — Палаузовъ — Постановка вопросовъ присяжнымъ засѣдателямъ по русскому праву. Записки И. Н. У. 1885. Т. 43. — Палаузовъ — Редакція вопросовъ при возбужденіи сомнѣнія относительно вѣнненія. Юридическая Лѣтопись. Спб. 1892. № 2. — Палаузовъ — Вопросъ о миссіи присяжныхъ засѣдателей въ новѣйшей русской литературѣ. Записки И. Н. У. 1899. Т. 77. — И. П. Закревскій — Судъ присяжныхъ по новѣйшему германскому законопроекту. Ж. Г. У. П. 1876. № 1. — Закревскій — Судъ присяжныхъ и возможная его форма. Ж. М. Ю. 1895. № 10. — Закревскій — Судъ присяжныхъ въ Жѣневскомъ и Тессинскомъ кантонахъ въ Швейцаріи. Юридическая Газета. Спб. 1896. № № 83—86. — Закревскій — О настоящемъ и будущемъ суда присяжныхъ. Спб. 1897. — В. Лицкой — Старые и новые шеффены. Ж. Г. У. П. 1876. № 6. — Кистяковскій (А. Ѳ.) — Судъ шеффеновъ въ русской юридической литературѣ. Университетскія Извѣстія. Кіевъ. 1877. № 11. — И. Я. Фойницкій — Судебно-уголовные кодексы Германіи. Ж. Г. У. П. 1877. № 4. То же напечатано въ сборникъ И. Я. Фойницкаго: „На досугѣ. Сборникъ юридическихъ статей и изслѣдованій съ 1870 года“. Спб. 1900. Т. 2. Статья 18. с. 273—283. — Фойницкій — Оправдательныя рѣшенія присяжныхъ и мѣры къ ихъ сокращенію. Ж. Г. У. П. 1879. № 6. — Фойницкій — Курсъ угол. судопроизводства. Т. I. 4-е изд. 1912. с. 128—131; 135—152. — Фойницкій — Правосознаніе русскаго суда присяжныхъ. Ж. М. Ю. 1896. № 10. — В. Володиміровъ — О вліяніи сознанія подсудимыхъ на подсудность совершеннаго преступленія по иностраннымъ законодательствамъ. Ю. В. 1880. № 2. — Х. У. З. (псевдонимъ Н. В. Муравьева) — Хроника уголовного суда. Статья 4-я. I. Отчего присяжные засѣдатели оправдываютъ сознавшихъ подсудимыхъ. Ю. В. 1880. № 2. То же напечатано въ сборникъ статей, рѣчей и сообщеній Н. В. Муравьева: „Изъ прошлой дѣятельности“. Спб. 1900. Т. I. Статья 6. Оправдательныя рѣшенія присяжныхъ засѣдателей при сознаніи подсудимыхъ. — Муравьевъ — Къ вопросу о судѣ присяжныхъ. Ж. Г. У. П. 1881. № 2. То же напечатано подъ заглавіемъ „Суррогатъ суда присяжныхъ“ въ сборникъ Муравьева: „Изъ прошл. дѣят.“. Т. I. Статья 7. — Муравьевъ — Сообщение при разсмотрѣніи вопроса о судѣ присяжныхъ. Изъ прошл. дѣят. 1900. Т. 2. Отд. II. Пересмотръ законоположеній по судебной части. III. — А. Квачевскій — Нашъ судъ присяжныхъ. Ж. Г. У. П. 1880. № 3. — А. Ѳ. Кони — Спорный вопросъ нашего судопроизводства. Вѣст. Е. 1881. № 1. — Кони — Вступительное и заключительное сообщенія о судѣ присяжныхъ и о судѣ съ сословными представителями, при руководствѣ совѣщаніемъ старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ судебныхъ палатъ

Профессиональными судьями называются лица, состоящая на постоянной, безсрочной или срочной, но не менее как годовой государ-

29—31 декабря 1894 г. Ж. М. Ю. 1894—1895. № 4. То же напечатано под заглавием „О судѣ присяжныхъ и о судѣ съ сословными представителями“ въ книгѣ А. Э. Кони: „Судебныя рѣчи“. Спб. Изд. 4-е. 1905. По пересмотру Судебныхъ Уставовъ, I. — А. Э. К. (псевдонимъ А. Э. Кони) — Судъ присяжныхъ. Энциклопедическій словарь. Изд. Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона. Спб. 1901. Т. 32. Кн. 63, с. 3—12. — Кони — Въмѣсто предисловія. Суд. рѣчи, с. XLIII—LVIII. — Н. П. Тимофѣевъ — Судъ присяжныхъ въ Россіи. Москва. 1881. — Н. Цухановъ — О недостаткахъ нашего суда присяжныхъ. Ж. Г. У. П. 1882. №№ 2; 5. — Н. И. Цухановъ — Упрощеніе судебнаго устройства въ судѣ съ присяжными засѣдателями. Судебная Газета, Спб. 1901. № 18. Докладъ въ с.-петерб. юрид. обществѣ. — Н. Селивановъ — Судъ присяжныхъ. Сѣверный Вѣстникъ. Спб. 1885. №№ 1; 2. — Z — Судъ присяжныхъ за двадцать пять лѣтъ. Ж. Г. У. П. 1889. № 9, с. 3 (Z — псевдонимъ Н. Селиванова). — Г. Джаншиевъ — Первая новелла. (Новый законъ о присяжныхъ). Ю. В. 1885. № 4. — Джаншиевъ — Нашъ судъ присяжныхъ и его критики. Рус. Мысль. 1890. № 5. — Джаншиевъ — Возникновеніе суда сословныхъ представителей. Ж. Г. У. П. 1890. № 8. — Джаншиевъ — Эпоха великихъ реформъ. 7-е изд. Москва. 1898. Гл. 8; 13. — Джаншиевъ — Судъ надъ судомъ присяжныхъ. Москва. 1895. — В. Я. Фуксъ — Судъ присяжныхъ. Р. В. 1885. Т. 175. Февр.; Т. 176. Мартъ. — Фуксъ — Судъ и полиція. Москва. 1889. Ч. 1—2. — А. Фонъ Резонъ — О нашемъ судѣ присяжныхъ. Р. В. 1886. Т. 182. Мартъ. — Фонъ Резонъ — О предѣлахъ правъ присяжныхъ засѣдателей. Юрид. Газета. 1903. №№ 87—89. — С. Хрулевъ — Судъ присяжныхъ. Ж. Г. У. П. 1886. №№ 9; 10. — М. Г. Гребенщиковъ — Судъ присяжныхъ. Наблюдатель. 1887. № 4. — В. Волжинъ — О постановкѣ вопросовъ на судѣ. Ж. Г. У. П. 1888. № 3. — И. Г. Щегловитовъ — О постановкѣ вопросовъ на судѣ присяжныхъ. Ю. В. 1888. № 5. — Щегловитовъ — Репрессія суда присяжныхъ въ Россіи. Ж. Г. У. П. 1893. № 7. — Щегловитовъ — Новая теченія въ дѣятельности русскаго суда присяжныхъ. Ж. М. Ю. 1900. № 10. — Щегловитовъ — Французскій законопроектъ о предоставленіи присяжнымъ засѣдателямъ права постановлять приговоръ о наказаніи. Ж. М. Ю. 1901. № 6. — Щегловитовъ — Судъ присяжныхъ при дѣйствіи новаго уголовного уложенія. Право. 1902. №№ 12; 13. — Щегловитовъ — Основныя начала современнаго уголовного судопроизводства. Ж. М. Ю. 1903. № 9, с. 121—126. — Д. Г. Тальбергъ — Рус. угол. судопроизводство. 1889. Т. I, с. 47—65. — В. К. Случевскій — Учебникъ рус. угол. процесса, 4-е изд. 1913. с. 169—180. — Случевскій — О судѣ присяжныхъ и его противникахъ. Ж. М. Ю. 1896. № 3. — Е. Н. Тарновскій — Оправдательные приговоры въ Россіи. Ю. В. 1891. №№ 3; 4. — Тарновскій — Отношеніе числа оправданныхъ къ числу подсудимыхъ въ Европейской Россіи за 1889—1893 г. г. Ж. М. Ю. 1897. № 9. — Итоги русской уголовной статистики за 20 лѣтъ (1874—1894 г. г.). Составлено въ Статистическомъ Отдѣленіи Министерства Юстиціи, при ближайшемъ участіи Е. Н. Тарновскаго. Спб. 1899. Приложение къ № 7 „Журнала Мин. Юст.“ (сент. 1899 г.). — Тарновскій — О репрессіи суда присяжныхъ за двадцать пять лѣтъ (1875—1900 г. г.). Вѣст. П. 1904. № 1. Труды Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ. II. Протоколы засѣданія. Докладъ Тарновскаго. — Тарновскій — Репрессія суда присяжныхъ по даннымъ за 1875—1900 г. Ж. М. Ю. 1904. № 1. — А. Кичинъ — Женевскій законъ о присяжныхъ засѣдателяхъ 1 октября 1890 года. Юрид. Газета. 1893. № 84. — Кичинъ — Къ вопросу о формѣ участія присяжныхъ засѣдателей въ уголовномъ процессѣ. Юрид. Газета, 1896. № 2. — А. Вульффертъ — Антрополого-позитивная школа уголовного права въ Италіи. Ярославль. 1893. Вып. 2, с. 52—118. — Вульффертъ — Проектъ введенія суда присяжныхъ въ Венгріи. Ж. М. Ю. 1896. №№ 6; 10. Обзоръ иностраннаго законодательства. II. — Н. С. Капустинъ — Статистика суда присяжныхъ. Сборникъ правовѣднія и общественныхъ знаній. Спб. 1894. Т. 3. — Н. Вальтеръ — Вопросъ о виновности на судѣ присяжныхъ засѣдателей. Журналъ Юридическаго Об-

ственной службѣ, по назначенію властей или даже по общественному выбору, и притомъ на такой, которая воплощается въ осуществленіи

шества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ. Спб. 1894. № 2. — С. Гогель — Судъ присяжныхъ и экспертиза въ Россіи. Ковно. 1894. — Гогель — Отзывы германскихъ юристовъ о проектѣ реформы германскаго устава уголовного судопроизводства. Ж. М. Ю. 1896. № 6. — Гогель — Коренныя особенности постановки суда присяжныхъ въ различныхъ европейскихъ государствахъ. Ж. М. Ю. 1898. № 1. — Гогель — Докладъ Международному Тюремному Конгрессу въ Будапештѣ въ 1905 году. „Необходима-ли реформа суда присяжныхъ?“ Этотъ докладъ и три вышеуказанныхъ работы напечатаны въ книгѣ С. К. Гогеля: „Вопросы уголовного права, процесса и тюремовѣдѣнія“. Спб. 1906. — В. П. Даневскій — Сравнительное обозрѣніе нѣкоторыхъ формъ народнаго суда. Рус. Мысль. 1895. №№ 1; 2. — М. Ф. Громницкій — Судъ съ сословными представителями. Ж. М. Ю. 1894—1895. № 5. — В. Ф. Дейтрихъ — О судѣ присяжныхъ. Вопросъ о его реорганизации. Ж. М. Ю. 1894—1895. № 6. — Н. С. Трегубовъ — О постановкѣ вопросовъ на судѣ присяжныхъ. Ж. М. Ю. 1896. № 4. — И. И. Соллертинскій — Дуализмъ судебной коллегіи. Ж. М. Ю. 1896. № 6. — Соллертинскій — Замѣна коллегіи единоличною властью. Ж. М. Ю. 1901. № 4. — М. А. Лозина-Лозинскій — Реформа суда присяжныхъ. Ж. М. Ю. 1896. № 8. — А. М. Бобрішевъ-Пушкинъ — Объ изученіи русскаго суда присяжныхъ. Ж. М. Ю. 1896. № 11. — Бобрішевъ-Пушкинъ — Эмпирическіе законы дѣятельности русскаго суда присяжныхъ. Москва. 1896. — К. К. Арсеньевъ — Докладъ „о предѣлахъ, въ которыхъ, при общемъ пересмотрѣ постановленій по судебной части, можетъ быть допущено преобразование суда присяжныхъ“ и пренія. Ж. Ю. О. 1896. № 9. Юрид. Общество при Импер. С.-Петерб. Универ. Протоколъ засѣданія. с. 3—13 (докладъ); с. 13—18 (пренія); 1897. № 1. с. 29—37 (пренія). — Высочайше учрежденная Коммисія для пересмотра законоположеній по судебной части. Обсужденіе вопроса объ участіи общественного элемента въ отправленіи правосудія. Ж. М. Ю. 1897. № 4. — А. Э. Бардзскій — Невмѣненіе. Еще къ вопросу объ оправдательныхъ приговорахъ присяжныхъ засѣдателей. Киевъ. 1897. — В. Д. Спасовичъ — О постановкѣ вопросовъ присяжнымъ засѣдателямъ и порядкѣ произнесенія ими приговоровъ. Ж. М. Ю. 1897. № 1. — Спасовичъ — Вопросъ о правѣ присяжныхъ засѣдателей оправдывать лицъ, повинившихся въ преступленіи. Вѣст. П. 1904. № 1. — М. П. Чубинскій — Современная борьба взглядовъ за и противъ суда присяжныхъ и реформаторскія попытки въ этой области. Универс. Извѣстія. Киевъ. 1897. № 7. — Чубинскій — Судъ присяжныхъ и новая практика Сената. Вѣст. П. 1904. № 9. Обѣ эти статьи напечатаны въ книгѣ М. П. Чубинскаго: „Статьи и рѣчи по вопросамъ уголовного права и процесса“. (1896—1906 г. г.). Харьковъ. 1906. №№ 13; 14. — Чубинскій — Участіе народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ. Напечатано 2 раза: въ 1-й разъ — въ видѣ сообщенія, въ еженедѣльной газетѣ: „Право“. 1909. № 49. С.-Петерб. юрид. общество, а во 2-й разъ — въ книгѣ Чубинскаго: „Статьи и рѣчи“. Т. II. — Чубинскій — Еще къ вопросу о шеффенахъ. См. „Статьи и рѣчи“ Чубинскаго. Т. II. с. 294—297. — Чубинскій — „Судьба судебной реформы въ послѣдней трети XIX вѣка“. Напечатано 2 раза: въ 1-й разъ — въ изданіи: „Исторія Россіи въ XIX вѣкѣ“. Т. VI, а во 2-й разъ — въ книгѣ Чубинскаго: „Статьи и рѣчи“. Т. II см. с. 218—225. — J. Sturpié — La cour d'assises, 2-ème édition. Paris. 1898. — Revue pénitentiaire, Bulletin de la société générale des prisons. Paris. 1899. № 8. p. 1174—1187 (Докладъ Крюппи — La réforme du jury en France doit-elle conduire à des applications de l'idée d'echevinage); p. 1887—1205 (пренія); Revue. 1900. № 1. p. 1—58 (пренія). — В. Д. Набоковъ — Объ отмѣнѣ „игры въ прятки“ съ присяжными засѣдателями и „клятвы Всемогущимъ Богомъ“. Право. 1900. № 47. — Набоковъ — По поводу дѣла Лесевицкаго. Право. 1900. № 51. — Набоковъ — Объ „уклоняющихся“ присяжныхъ засѣдателяхъ. Право. 1901. № 46. — Набоковъ — Опять о судѣ присяжныхъ. Право. 1903. № 48. — Набоковъ — По поводу циркуляра министра юстиціи предѣателямъ окружныхъ судовъ. Право. 1903. № 52. — Набоковъ — Сборникъ статей по уголовному праву. Спб. 1904. Здѣсь напечатаны 4 вышеуказанныхъ

судейской функции, въ качествѣ профессиональной дѣятельности, въ качествѣ постоянного занятія.

статьи Набокова. — Набоковъ — Вопросъ о судѣ присяжныхъ въ новѣйшей нѣмецкой литературѣ. *Право*. 1907. №№ 40—42. — Набоковъ — Къ спору о судѣ шеффеновъ. *Право*. 1909. № 49. — П. Э. Сабанѣвъ — Присяжные засѣдатели въ Закавказьѣ. *Ж. М. Ю.* 1901. № 2. — С. И. Викторскій — Какъ должны присяжные засѣдатели понимать вопросъ о виновности подсудимаго и какъ правильно его формулировать *Ж. М. Ю.* 1901. № 2. *Международный Союзъ Криминалистовъ*. Русская группа. Приложенія. № 1. — Викторскій — Рус. угол. процессъ. 2-е изд. 1912. с. 28—45. — Н. Н. Розинъ — О судѣ присяжныхъ. *Томскъ*. 1901. — Розинъ — Угол. судопроизводство. 1913. с. 104—139. — I. В. Михайловскій — Основные принципы организациі уголовного суда. с. 191—239; 335. — П. П. Пусторослевъ — Испытаніе преступника, по постановленію уголовного суда, на освобожденіе отъ присужденнаго наказанія, по официалному русскому проекту 1903 года. *Вѣст. П.* 1905. № 9. с. 84—88 (о предоставленіи права испытательной отсрочки наказанія присяжнымъ засѣдателямъ). — Пусторослевъ — Испытательная отсрочка наказанія и присяжные. *Право*. 1910. № 1. — Пусторослевъ — Участіе народныхъ судей въ отправленіи уголовного правосудія. *Учен. Записки Ю. У.* 1911. № 4. — Д. Дриль — Голосъ совѣсти присяжныхъ засѣдателей. *Юристъ*. Спб. 1905. №№ 45—46. — П. И. Люблинскій — Седьмой международный пенитенціарный конгрессъ въ Будапештѣ 1905 года. *Ж. М. Ю.* 1905. № 9. с. 228—231. — П. И. Люблинскій — Вопросъ о судѣ присяжныхъ на Будапештскомъ пенитенціарномъ конгрессѣ. *Право*. 1906. №№ 2; 3. — П. И. Люблинскій — Введеніе апелляціи по уголовнымъ дѣламъ въ Англии. *Ж. М. Ю.* 1909. № 1. — П. И. Люблинскій — Англійскій законъ 1907 г. объ уголовной апелляціи (*Criminal Appeal Act 1907*) (*7 Edw. VII. Ch. 23*). *Ж. М. Ю.* 1909. № 1. *Обзоръ иностр. законодательства*. — П. И. Люблинскій — Первая практика англійскаго апелляціоннаго суда (1908—1909). *Право*. 1910. №№ 24; 25. — П. И. Люблинскій — Очерки уголовного суда и наказанія въ современной Англии. Спб. 1911. *Очеркъ II* — Введеніе апелляціи по уголовнымъ дѣламъ съ присяжными. *Очеркъ III* — Первая практика апелляціоннаго уголовного суда (1908—1910). — П. Люблинскій — Процессы о вдовствѣ въ Англии и судъ присяжныхъ. *Журналъ Министерства Народ. Просв.* 1913. № 10. — *Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses. Herausgegeben vom Reichsjustizamte. Berlin. 1905. Erster Band. Erste Lesung. §. 6—7; 376—417; Zweiter Band. Zweite Lesung und Zusammenstellung der Beschlüsse. S. 1—36. — Schwurgerichte und Schöffengerichte. Beiträge zu ihrer Kenntnis und Beurteilung herausgegeben von Dr. W. Mittermaier und Dr. M. Liepmann. Heidelberg. Band I. Heft 1—8. 1906—1908; Band II. Heft 1—4. 1909—1910.* — С. В. Бѣляцкинъ — Судъ присяжныхъ по дѣламъ печати. *Право*. 1907. № 12. — В. Н. Новиковъ — Судъ присяжныхъ по германскому проекту устава уголовного судопроизводства 1905 г., составленному спеціальною комиссіею. *Право*. 1907. № 13. — Новиковъ — Апелляціонная инстанція для судовъ съ присяжными засѣдателями въ Англии. *Право*. 1908. № 44. — *Entwurf einer Strafprozessordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung. Amtliche Ausgabe. Berlin. 1908. S. 10—18; 141—151; 176—182.* — А. Люблинскій — Реформа судебного строя въ Италіи. I. Италійскій законъ 14 іюля 1907 года о реформѣ судоустройства. *Ж. М. Ю.* 1908. № 2. *Обзоръ иностраннаго законодательства*. 254—255; 260—261 (законъ ст. 10). — А. И. Люблинскій — Новый италійскій уставъ угол. судопроизводства. *Ж. М. Ю.* 1913. № 6. с. 140—151. — О надѣленіи присяжныхъ правомъ испытательной отсрочки наказанія см.: 1) *Комиссія по судебнымъ реформамъ*. № 310. 1/III. *Проектъ Министра Юстиціи объ условномъ осужденіи*. Докладчикъ М. С. Аджемовъ. с. 6—8; 10 [законопроектъ комиссіи ст. 16] и 2) *Стенографическій отчетъ. Государственная Дума. Третій созывъ. Сессія III. Часть I. Засѣданія: 7-е, 8-е, 9-е [24, 26, 28 октября 1909 г.] и 29-е [11 декабря 1909 г.; с. 3315—3318; 3441 — Проектъ закона объ условномъ осужденіи. ст. XVI]. — Русская Группа Международнаго Союза Криминалистовъ. Общее собраніе группы въ Москвѣ 4—7 января 1909 года. Спб. 1909. с. 88—102 (докладъ I. В. Гессена: „Реформа мѣстнаго суда“); 102—146 (пренія);*

Народными судьями называютъ лицъ, временно призываемыхъ государствомъ къ отбытію общественной судейской повинности, въ помощь профессиональнымъ судьямъ. Эти лица приываются государствомъ къ участию въ выполнении судейской функціи, при отправленіи уголовного правосудія профессиональными судьями, по одному

348—349 (резолуціи по этому докладу). — І. В. Гессенъ — Обь участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ. Право. 1909. № 48. — С.-петербургское юридическое общество (Вопросъ „обь участіи народнаго элемента въ мѣстномъ судѣ“: І. В. Гессенъ, М. П. Чубинскій, Г. Б. Сліозбергъ, П. И. Люблинскій, С. К. Гогель, Я. Г. Фрумкинъ, В. М. Нечаевъ, А. А. Жижиленко и др.). Право. 1909. №№ 49; 50. — П. А. Ифляндъ — По поводу сорокапятилѣтія учрежденія суда присяжныхъ. Ж. М. Ю. 1910. № 2. — Ифляндъ — Условное оправданіе по дѣламъ о тайныхъ похищеніяхъ чужой собственности. Ж. М. Ю. 1912. № 8. — Ифляндъ — Постановка вопросовъ по дѣламъ о конокрадствѣ. (Статья 1654<sup>1</sup> улож. о наказ.). Ж. М. Ю. 1912. № 9. Хрон. I. — Ифляндъ — По поводу статьи С. В. Завадскаго: „Раздѣленіе голосовъ присяжныхъ поровну при разрѣшеніи вопроса о вмѣняемости подсудимаго“. Ж. М. Ю. 1913. № 1. Хрон. III. I. — Полянскій — Уг. процессъ. 1911. с. 53—69. — Полянскій — Законопроектъ о вознагражденіи присяжныхъ засѣдателей. Вѣстникъ Права и Нотариата. Москва. 1912. № 12. — М. Казаковъ — Присяжный засѣдатель и участіе его въ русскомъ уголовномъ процессѣ. Москва. 1911. — С. М. Васютинскій — Присяжные засѣдатели и новый законъ. Одесса. 1911. — Г. Штильманъ — Вопросъ о судѣ присяжныхъ въ Германіи. Вѣст. Е. 1911. № 1. — С.-петерб. юрид. общество (Докладъ Г. Н. Штильмана: „Борьба вокругъ вопроса о судѣ присяжныхъ“ и пренія). Право. 1911. № 46. — Штильманъ — Судъ присяжныхъ въ Германіи. Право. 1912. №№ 7; 8; 9. — Андреевскій — Будущія задачи суда. Рус. Мысль. 1912. № 4. с. 6—8; 11—12; 18—19. — Елена Г-гъ — Реформа французскаго уголовного процесса. Ж. У. П. П. 1912. № 4. с. 66—68. — С. Завадскій — Раздѣленіе голосовъ присяжныхъ поровну при разрѣшеніи вопроса о вмѣняемости подсудимаго. Ж. М. Ю. 1912. № 9. Хрон. III. — Новая иллюстрація. Художественно-литературный журналъ. Спб. 1912. № 28. 11 (24) июля. с. 233 (Судъ присяжныхъ въ Витербо въ Италіи по дѣлу каморристовъ засѣдалъ 16 мѣсяцевъ). — Небывалый процессъ. (Процессъ въ Витербо). Ж. У. П. П. 1913. № 1. Хроника иностр. жизни. — О. Трахтеревъ — По поводу статьи С. В. Завадскаго: „Раздѣленіе голосовъ присяжныхъ поровну при разрѣшеніи вопроса о вмѣняемости подсудимаго“, Ж. М. Ю. 1913. № 1. Хрон. III. II. <sup>1</sup> Діеты для шеффеновъ и присяжныхъ. Право. 1913. № 10. Изъ иностр. юрид. жизни. — Право. 1913. № 11. Хроника (Выработка законопроекта министерствомъ юстиціи обь организациіи особаго смѣшаннаго суда присяжныхъ по преступленіямъ противъ порядка управленія, по преступленіямъ должности и преступленіямъ печати). — М. Гродзинскій — Раздѣленіе поровну голосовъ присяжныхъ по вопросу о вмѣняемости подсудимаго. Право. 1913. № 14. — В. Л. Житомирскій — Неправосудіе присяжныхъ засѣдателей. Вѣст. П. Н. 1912. № 38. — С. Ордынскій — Къ законопроекту обь измѣненіи списковъ присяжныхъ засѣдателей. Вѣст. П. Н. 1912. № 43. — Е. Баранцевичъ — Памятникъ въ исторіи суда присяжныхъ засѣдателей въ Сибири (первый въ Россіи капиталъ имени присяжныхъ засѣдателей). Томскъ. 1913. — Право. 1913. № 21. Хрон. (законопроектъ о вознагражденіи присяжныхъ). — Л. М. Зайцевъ — Состояніе преступности въ Англіи. Ж. М. Ю. 1913. № 2. Хрон. VI. — Обзоръ дѣятельности Министерства Юстиціи въ Государственной Думѣ третьяго созыва. Законопроектъ обь измѣненіи порядка производства дѣлъ о преступныхъ дѣяніяхъ по службѣ. Ж. М. Ю. 1913. № 5. с. 75—78. — М. Ковалевскій — Походъ верхней палаты противъ суда присяжныхъ. Вѣст. Е. 1913. № 5. — Ф. Ф. Савицкій — Постановка вопросовъ на судѣ уголовномъ и сборникъ образцовъ вопросовъ по наиболѣе распространеннымъ преступленіямъ. Кишиневъ. 1913. — С. В. Познышевъ — Элементарный учебникъ рус. угол. процесса. 1913. с. 95; 117—134. — П. А. Михайловъ — Организациія суда въ Болгаріи. Ж. М. Ю. 1913. № 7. с. 128—132; 137; 159—167. — См. Прил.

или нѣсколькимъ дѣламъ, въ теченіе года или обыкновенно въ теченіе одной сессіи.

Народ. судьи участвуютъ въ общихъ уг. судахъ въ качествѣ присяжныхъ засѣдателей и въ качествѣ шэффеновъ или судебныхъ засѣдателей, а въ одномъ изъ нашихъ чрезвычайныхъ уг. судовъ и въ 3 нашихъ особенныхъ уг. судахъ — въ качествѣ сословныхъ представителей.

Судъ присяжныхъ образовался впервые въ Англіи въ XII вѣкѣ, въ царствованіе короля Генриха II и притомъ первоначально только для разбирательства гражданскихъ дѣлъ. Коллегія присяжныхъ засѣдателей сложилась изъ собранія мѣстныхъ людей, сторожиловъ, которые должны были давать гражд. судѣ свои отвѣты, подъ присягой, на его вопросы о фактахъ, напр., на вопросъ о томъ, гдѣ проходитъ на мѣстѣ спорная граница земли.

Позднѣе, въ томъ же XII вѣкѣ развѣзжій королевскій судья, во время своихъ періодическихъ пріѣздовъ для отправленія правосудія изъ Лондона въ провинцію, сталъ созывать мѣстныхъ людей, сторожиловъ въ провинціи на повальный обыскъ по уг. дѣламъ. Здѣсь эти лица должны были сказать королевскому судѣ подъ присягой, кто у нихъ лихіе люди и какія кѣмъ учинены тяжкія преступленія, а судья судилъ этихъ обвиняемыхъ и приговаривалъ виновныхъ къ наказаніямъ.

Отсюда съ теченіемъ времени выработалось въ Англіи двѣ коллегіи присяжныхъ: джюри корбнера и большое джюри.

Королевскій развѣзжій судья пріѣзжалъ изъ Лондона въ провинціальный городъ не болѣе 4 разъ въ годъ и притомъ не ранѣе, какъ черезъ 3 мѣсяца послѣ предшествующаго пріѣзда. Случаи же насильственной смерти нерѣдко происходили задолго до пріѣзда этого судьи и, въ интересахъ правосудія, нерѣдко требовали немедленнаго предварительнаго слѣдствія по горячимъ слѣдамъ.

Въ виду этого, производство предварительныхъ слѣдствій по дѣламъ о насильственной смерти было передано, въ видѣ общаго правила, въ руки мѣстнаго должностнаго лица, называемаго „корбнеромъ“, съ участіемъ коллегіи присяжныхъ засѣдателей, получившей названіе „джюри корбнера“.

Джюри корбнера, это — коллегія присяжныхъ, которая засѣдаетъ при слѣдователѣ по дѣламъ о насильственной смерти, извѣстномъ подъ именемъ корбнера, присутствуетъ при производствѣ предварительнаго слѣдствія и, по окончаніи этого слѣдствія, рѣшаетъ главнымъ образомъ вопросы о томъ, признать ли, что смерть даннаго лица наступила безъ всякаго преступленія съ чьей либо стороны, или объявить, что эта смерть могла быть результатомъ преступленія со стороны извѣстнаго или даже неизвѣстнаго лица.

Большимъ джюри называется коллегія присяжныхъ, при профессиональномъ судѣ, предназначенная къ предварительной оцѣнкѣ основательности и правомѣрности обвиненія, т. е. къ рѣшенію вопроса о преданіи обвиняемаго компетентному уг. суду 1-й инстанціи для разбирательства и рѣшенія дѣла, по существу.

Изъ большого джюри выработалось въ Англіи въ XIII и XIV вѣкахъ малое джюри, т. е. особая коллегія изъ 12 присяжныхъ, засѣдающая въ уг. судѣ 1-й инстанціи, посвященному разбирательству болѣе или менѣе важныхъ уг. дѣлъ, по существу.

Это малое джюри или такъ называемая коллегія судебныхъ присяжныхъ окончательно установилась въ Англіи въ XIV вѣкѣ, при королѣ Эдуардѣ IV.

Первоначально она рѣшала только вопросы факта, т. е. только вопросы о томъ, произошло ли событіе и учинилъ ли его обвиняемый. Профессиональный же судья рѣшалъ вопросы права, т. е. вопросы о томъ, имѣетъ ли происшедшее событіе признаки преступленія, виновенъ ли обвиняемый и если виновенъ, то подлежитъ ли наказанію и если — да, то — какому.

Только съ послѣдней четверти XVII вѣка, съ 1670 г., по инициативѣ судьи Вогана, начинается развиваться въ Англіи взглядъ, что коллегія присяжныхъ въ судѣ 1-й инстанціи можетъ рѣшать иногда (*incidenter*) и вопросы о виновности обвиняемого въ преступленіи.

Этотъ взглядъ развивается все болѣе и болѣе и уже къ концу XVIII вѣка устанавливается въ Англіи общее правило, что коллегія присяжныхъ въ судѣ 1-й инстанціи рѣшаетъ вопросы о виновности обвиняемого въ преступленіи или проступкѣ, а профессиональный судья — вопросы о наказаніи. Рѣшеніе присяжныхъ по вопросамъ виновности называется вердиктомъ, т. е. изреченіемъ правды.

Только въ видѣ исключенія предоставляется этой коллегіи присяжныхъ право рѣшить лишь вопросъ объ учиненіи дѣянія обвиняемымъ, а рѣшеніе вопроса о виновности этого учителя передать профессиональному судѣ. Такое рѣшеніе присяжныхъ называется въ Англіи специальнымъ вердиктомъ.

Джюри коронера, большое джюри и малое джюри, сложившись въ Англіи, перешли съ теченіемъ времени въ англійскія колоніи въ Сѣверной Америкѣ. По обращеніи же этихъ колоній въ послѣдней четверти XVIII вѣка въ Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, эти коллегіи присяжныхъ сохранились въ этомъ государствѣ и, съ нѣкоторыми измѣненіями, продолжаютъ дѣйствовать до сихъ поръ.

Подобныя коллегіи присяжныхъ существуютъ теперь въ нѣсколькихъ изъ колоній Англіи, напр., въ Канадѣ, въ Австраліи.

Учрежденіе присяжныхъ засѣдателей не ограничилось предѣлами Великобританіи, ея колоній и Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, но съ конца XVIII вѣка стало распространяться и въ континентальной Европѣ.

Первый шагъ былъ сдѣланъ Франціей. Закономъ 3 сентября 1791 года учредительное собраніе установило во Франціи двѣ коллегіи присяжныхъ.

Одна коллегія, извѣстная подъ именемъ „присяжныхъ обвиненія“, засѣдала въ уг. судѣ предварительной оцѣнки обвиненія и рѣшала вопросы о преданіи обвиняемыхъ въ преступленія уг. суду 1-й инстанціи.

Другая же коллегія, называвшаяся „присяжными приговора“, сидѣла въ уг. судѣ 1-й инстанціи по преступленіямъ, рядомъ съ кол-

легіей професіональныхъ судей, и рѣшала вопросы о фактахъ преступленія, поставленные ей письменно професіональнымъ предсѣдателемъ суда. Вопросы же права, т. е. вопросы о юридическомъ значеніи и послѣдствіи фактовъ, признанныхъ коллегіей присяжныхъ, рѣшались коллегіей професіональныхъ судей.

Отправленіе уг. правосудія, съ участіемъ присяжныхъ, оказалось во Франціи чрезвычайно неудовлетворительнымъ и вызвало сильное движеніе противъ нихъ въ правительств. кругахъ, среди судебныхъ дѣятелей и въ обществѣ.

Уставъ уг. судопроизводства 1808 г. и законъ о судоустройствѣ 1810 г. преобразовали судъ предварительной оцѣнки обвиненія и устранили изъ него присяжныхъ.

Уг. судъ 1-й инстанціи съ присяжными по преступленіямъ, въ свою очередь, подвергся измѣненіямъ. Коллегія присяжныхъ засѣдателей была въ немъ удержана, но преобразована. Ей ввѣрено рѣшеніе вопросовъ о виновности обвиняемаго въ преступленіи, письменно поставленныхъ предсѣдателемъ суда. Рѣшеніе же вопросовъ о наказаніи обвиняемаго, признаннаго присяжными виновнымъ, возложено на коллегію професіональныхъ судей этого суда.

Преобразованный судъ присяжныхъ 1-й инстанціи французскаго типа распространился въ теченіе XIX вѣка, съ различными измѣненіями, въ огромномъ большинствѣ культ. государствъ континентальной Европы.

Въ настоящее время только въ немногихъ культ. государствахъ, напр., въ Болгаріи, Голландіи, Даніи, нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи и въ Японіи, нѣтъ суда присяжныхъ.

За то онъ принятъ крупнымъ большинствомъ культ. государствъ и притомъ всѣми великими европейскими державами и Сѣверо-Американскими Соединенными Штатами.

Въ огромномъ большинствѣ культ. государствъ нашего времени, напр., въ Австріи, Англіи, Бельгіи, Венгріи, Германіи, Испаніи, Италіи, Норвегіи, Португаліи, Россіи (Уч. 7; 81—109; прим., по Прод. 12 г., къ ст. 437/12; 623<sup>1</sup>/12; 623<sup>2</sup>/12; 647<sup>1</sup>/12; 647<sup>2</sup>/12; 672<sup>1</sup>/12; 672<sup>2</sup>/12, съ прим., по Прод. 12 г. — У. 201/12; 595; 645<sup>1</sup>/12—645<sup>10</sup>/12; 646—670<sup>2</sup>/12; 672/12—677/12), Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, Франціи, Швеціи и нѣкоторыхъ кантонахъ Швейцаріи, присяжные принимаютъ участіе въ общихъ уг. судахъ по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности.

Въ Англіи, Норвегіи и Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ присяжные участвуютъ еще въ общихъ уг. судахъ 1-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ второстепенной важности.

Наконецъ, въ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ присяжные принимаютъ участіе въ общихъ уг. судахъ предварительной оцѣнки обвиненія и въ одномъ изъ общихъ уг. судовъ предварительнаго слѣдствія.

Присяжные засѣдатели избираются изъ всего народа, безъ различія сословій.

Входя въ составъ суда, присяжные засѣдатели составляютъ обыкновенно въ немъ особую коллегію, отдѣльную отъ професіо-

нального судьи или коллегии профессиональных судей. Эта отдельная коллегия присяжных состоит в Норвегии и Италии из 10 человек, а в большинстве культ. государств из 12 человек, с их старшиною из их среды включительно. У нас отдельная коллегия из 12 комплектных присяжных заседателей, с ее старшиною включительно, входит в состав окружного суда, рядом с коллегией из 3 профессиональных судей, с председательствующим включительно (У. 595; 658/12; 661/12; 670/12).

На судъ, предназначенномъ для первоначальнаго разбирательства и рѣшенія уголовныхъ дѣлъ по существу, извѣстномъ вообще подъ именемъ суда присяжныхъ, коллегія присяжныхъ заседателей рѣшаетъ вопросы о виновности обвиняемаго въ уг. правонарушеніи (Россія: Уч. 7. — У. 754; 755; 757; 758; 759/12; 760; 801/12; 804; 809; 813). Вопросы же о наказаніи подсудимаго, признаннаго присяжными виновнымъ въ уг. правонарушеніи, рѣшаются профессиональнымъ судьей или коллегией профессиональных судей, заседающими рядомъ съ коллегией присяжныхъ.

Отъ присяжныхъ переходимъ къ ихъ соперникамъ, шёффенамъ или судебнымъ заседателямъ.

Шёффены существовали въ старину въ Германіи и нѣкоторыхъ другихъ странахъ, но давно отжили свой вѣкъ и исчезли.

Съ 1850 г. нѣкоторыя изъ нѣмецкихъ государствъ, преобразовывая свои уг. суды, стали вводить у себя шёффеновъ, при единоличныхъ профессиональныхъ судьяхъ по уг. правонарушеніямъ третьейстепенной важности.

Саксонскій генераль-прокуроръ Ф. О. Шварце воспользовался этимъ нѣмецкимъ учрежденіемъ, передѣлавъ его на новый ладъ и предложилъ въ 60-хъ годахъ XIX вѣка замѣнъ суда присяжныхъ.

Это предложеніе встрѣтило довольно большое сочувствіе и хотя не похоронило суда присяжныхъ, но приобрѣло нѣкоторый успѣхъ.

Шёффены введены въ Германской Имперіи закономъ о судоустройствѣ и уставомъ уг. судопроизводства 1877 г. Въ Болгаріи они введены подъ именемъ „судебныхъ заседателей“ („судебнитѣ заседатели“) временными правилами для устройства судебной части, утвержденными Императорскимъ российскимъ комиссаромъ въ 1878 г. Въ Норвегии шёффены учреждены закономъ 1887 г. и въ швейцарскомъ кантонѣ Тичино закономъ 1895 г.

Проектъ замѣны суда присяжныхъ судомъ шёффеновъ въ Германской Имперіи, опубликованный правительственной комиссіей въ маѣ 1905 г., потерпѣлъ поражение. Правительство отказалось отъ этой идеи.

Шёффены участвуютъ лишь въ общихъ уг. судахъ 1-й инстанции: въ Германіи и Норвегии — только по уг. правонарушеніямъ третьейстепенной важности, въ Болгаріи, на основаніи законовъ 1897 и 1911 г., — по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности и нѣкоторымъ второстепеннымъ, особо перечисленнымъ въ законѣ, а въ швейцарскомъ кантонѣ Тичино — по всѣмъ общеуголовнымъ правонарушеніямъ.

Шёффены или судебные заседатели избираются изъ всего народа, безъ различія сословій.

Эти народные судьи дѣйствуютъ на судѣ въ Германіи и Норвегіи по два, совмѣстно съ однимъ профессиональнымъ судьей, а въ Болгаріи — по четыре и въ Тичино — по пяти и по девяти, совмѣстно съ тремя профессиональными судьями.

Шёффены или судебные засѣдатели образуютъ, вмѣстѣ съ профессиональнымъ судьей или судьями, одну судебскую коллегію, подъ предсѣдательствомъ профессиональнаго судьи, предсѣдательствующаго въ засѣданіи суда.

Эта смѣшанная коллегія рѣшаетъ: въ Германіи, Норвегіи и Тичино — не только вопросы о виновности, но и вопросы о наказаніи подсудимаго, а въ Болгаріи — только вопросы о виновности. Вопросы же о наказаніи рѣшаются въ болгарскомъ окружномъ судѣ лишь коллегіей профессиональныхъ судей, безъ всякаго участія судебныхъ засѣдателей.

Отъ шёффеновъ или судебныхъ засѣдателей обращаемся къ другимъ соперникамъ присяжныхъ, къ сословнымъ представителямъ.

Сословные представители существуютъ только въ Россійской Имперіи въ одномъ изъ чрезвычайныхъ и въ трехъ особенныхъ уг. судахъ 1-й инстанціи, предназначенныхъ къ отправленію уг. правосудія по нѣкоторымъ категоріямъ преступленій, предусмотрѣннымъ общими уг. законами.

Сословные представители введены впервые въ Россіи судебными уставами 1864 г. и притомъ только въ составъ одного изъ особенныхъ уг. судовъ 1-й инстанціи, а именно — въ составъ судебной палаты, при разбирательствѣ и рѣшеніи ею дѣлъ о государственныхъ преступленіяхъ, по существу (Уст. Угол. Суд. 1864 г. ст. 1030 п. 1; 1032; 1051; 1052; 1054; 1055. — У. 204/12; -1030/12—1032/12).

Законы 4 іюня 1874 г. и 9 мая 1878 г. [П. С. З. (с. 2). Т. XLIX. № 53606; Т. LIII. № 58488] и законы 7 іюля 1889 г. и 9 февраля 1906 г. [П. С. З. (с. 3). Т. IX. № 6162; П. С. З. (с. 3). Т. XXVI. 1. № 27379] сильно сократили подсудность окружнаго суда съ присяжными и многія изъ уг. дѣлъ, изъятыхъ этими законами изъ вѣдѣнія этого суда, передали на разбирательство и рѣшеніе, по существу, въ судебныя палаты съ сословными представителями (У. 201<sup>1</sup>/12; 202<sup>2</sup>/12).

Законъ 7 іюля 1889 г. замѣнилъ судебную палату съ присяжными засѣдателями судебной палатой съ сословными представителями, по дѣламъ о преступленіи противъ порядка управленія, предусмотрѣнномъ 274-й статьёй уложенія о нак. [П. С. З. (с. 3). Т. IX. № 6162. — У. 1892 г. прим. къ ст. 1213<sup>3</sup>]. Законъ же 7 іюня 1904 г., введя въ дѣйствіе статьи уголовного уложенія о государственныхъ и нѣкоторыхъ другихъ преступленіяхъ и проступкахъ, прекратилъ дѣйствіе 274-й статьи уложенія о нак. (съ касающимся ея примѣчаніемъ къ 1213<sup>3</sup>-й статьи устава уг. суд.) [П. С. З. (с. 3). Т. XXIV. Отд. I. № 24732. Зак. Отд. VII. ст. 1].

Законъ 6 февраля 1890 г. замѣнилъ присяжныхъ сословными представителями въ судебной палатѣ и уголовномъ кассационномъ департаментѣ правительствующаго сената, выступающихъ особенными

уг. судами 1-й инстанціи по преступленіямъ должности [П. С. З. (с. 3). Т. X. № 6574. — У. 1105/12].

Законъ 18 марта 1906 г. временно замѣнилъ, въ районѣ дѣйствія окружныхъ судовъ съ присяжными, судебную палату съ сословными представителями окружныхъ судовъ съ сословными представителями, по дѣламъ о прест. участіи въ погромныхъ скопищахъ (Ул. 269<sup>1</sup>, по Прод. 1902 г.) или въ скопищахъ, оказавшихъ сопротивление лѣсной стражѣ (Ул. 824, по Прод. 1902 г.) [П. С. З. (с. 3). Т. XXVI. 1. № 27575. — Ул. 269<sup>1</sup>/12; 824/12. — У. прим. 2/12 къ ст. 201<sup>1</sup>/12].

Высочайшее же правительственное распоряженіе, а именно — „Положеніе Совѣта Министровъ“, Высочайше утвержденное 6 октября 1906 г. въ порядкѣ 87-й статьи свода основ. гос. законовъ [П. С. З. (с. 3). Т. XXVI. 1. № 28395], временно замѣнило судебныя палаты съ сословными представителями въ Сибири и Средней Азіи, за исключеніемъ областей Уральской и Тургайской, окружными судами съ сословными представителями и пограничнымъ окружнымъ судомъ безъ сословныхъ представителей, по государственнымъ и нѣкоторымъ другимъ преступленіямъ. Эта замѣна узаконена, въ видѣ временной мѣры, закономъ 15 января 1910 г. (Собр. уз. 1910 г. Отд. I. № 17. ст. 130. — У. 1445<sup>1</sup>/12; 1445<sup>4</sup>/12; 1485<sup>2</sup>/12; 1485<sup>3</sup>/12; 1485<sup>6</sup>/12).

А закономъ 7 іюня 1872 г. учрежденъ чрезвычайный уг. судъ 1-й инстанціи съ сословными представителями, по государственнымъ преступленіямъ, а именно — особое присутствіе правительствующаго сената [П. С. З. (с. 2). Т. XLVII. № 50956. ст. 21; 23. — У. 1061<sup>1</sup>; 1061<sup>3</sup>].

Этотъ чрезвычайный и эти три особенныхъ уг. суда 1-й инстанціи съ сословными представителями дѣйствуютъ и въ настоящее время.

Сословные представители составляютъ вмѣстѣ съ профессиональными судьями одну смѣшанную судебскую коллегію, подъ предсѣдательствомъ профессиональнаго судьи-предсѣдателя.

Эта смѣшанная судебская коллегія состоитъ: а) въ особомъ присутствіи правительствующаго сената — изъ 10 лицъ, а именно — изъ 6 сенаторовъ съ первоприсутствующимъ включительно и 4 сословныхъ представителей [У. 1032/12; 1061<sup>1</sup>; 1061<sup>3</sup>], б) въ уг. кас. департаментѣ правительствующаго сената съ сословными представителями — изъ 11 лицъ, а въ частности — изъ 7 сенаторовъ съ первоприсутствующимъ включительно и 4 сословныхъ представителей [Уч. 140<sup>1</sup>. — У. 1107; 1105/12 съ 1061<sup>3</sup>], в) въ судебной палатѣ — изъ 7 лицъ, а именно — изъ 4 профессиональныхъ судей съ предсѣдательствующимъ включительно и 3 сословныхъ представителей [У. 201<sup>1</sup>/12; 201<sup>2</sup>/12; 204/12; 1032/12; 1049/12; 1050/12; 1105/12 съ прим. 1/12 и 2/12; 1106/12; 1256<sup>1</sup>/12; 1258<sup>1</sup>/12; 1280<sup>1</sup>/12; 1285<sup>1</sup>/12; 1326<sup>1</sup>/12; 1387/12; 1394<sup>1</sup>/12; 1425/12; 1425<sup>1</sup>/12; 1464<sup>1</sup>/12; 1485<sup>2</sup>/12] и г) въ окружномъ судѣ — изъ 6 лицъ, а въ частности — изъ 3 профессиональныхъ судей съ предсѣдательствующимъ включительно и 3 сословныхъ представителей [У. п. 2—3 прим. 2/12 къ ст. 201<sup>1</sup>/12; прим., по Прод. 12 г., къ 1258<sup>1</sup>/12; прим., по Прод. 12 г., къ 1285<sup>1</sup>/12; прим., по Прод. 12 г., къ 1394<sup>1</sup>/12; прим., по Прод. 12 г., къ 1485<sup>1</sup>/12; прим., по Прод. 12 г., къ 1485<sup>2</sup>/12].

Если сословныхъ представителей участвуетъ въ судѣ 4; то ими служатъ: одинъ изъ губернскихъ предводителей дворянства, одинъ изъ уѣздныхъ предводителей дворянства, одинъ изъ городскихъ головъ губернскихъ городовъ европейской Россіи и одинъ изъ волостныхъ старшинъ петербургской губерніи (У. 1061<sup>3</sup>; 1061<sup>4</sup>; 1105/12). Если же сословные представители участвуютъ въ судѣ въ числѣ 3 человекъ; то ими, по общему правилу, являются: волостной старшина, городской голова и предводитель дворянства: губернской — въ судебной палатѣ (У. 201<sup>1</sup>/12; 201<sup>2</sup>/12; 1049/12; 1105/12) и уѣздный — въ окружномъ судѣ (У. 201<sup>1</sup>/12 прим. 2/12 п. 2).

По дѣламъ о государственныхъ и нѣкоторыхъ другихъ преступленіяхъ, особо перечисленныхъ закономъ (У. 1030/12; 1031/12), подсудныхъ особому присутствію правительствующаго сената или судебной палатѣ съ сословными представителями (1032/12), эти сословные представители „участвуютъ въ судебномъ засѣданіи, наравнѣ съ судьями, въ разрѣшеніи всѣхъ, возникающихъ при разсмотрѣніи дѣла, вопросовъ“ (1053/12; 1061<sup>5</sup>/12). По всѣмъ же прочимъ преступленіямъ, подсуднымъ, съ участіемъ сословныхъ представителей, уголовному кассационному департаменту правительствующаго сената, судебной палатѣ или окружному суду, „Сословные Представители участвуютъ какъ въ опредѣленіи вины или невинности подсудимаго, такъ и въ постановленіи приговора о наказаніи“ (У. 1106<sup>1</sup>; 201<sup>1</sup>/12 прим. 2/12 п. 2—3; 201<sup>2</sup>/12; 1105/12).

Познакомившись съ различными формами участія народа въ управленіи уг. правосудія въ культ. государствахъ, разсмотримъ, какая изъ этихъ формъ и насколько должна быть проведена въ устройствѣ общихъ уг. судовъ по общеуголовнымъ правонарушеніямъ въ культ. государствѣ, съ точки зрѣнія уголовно-судебной политики, руководимой принципомъ возможно большаго народнаго благосостоянія.

Наши заключенія и обосновывающія ихъ соображенія въ этомъ отношеніи сводятся къ 4-мъ группамъ. Въ этой группировкѣ мы и расположимъ наше изложеніе.

1. Начнемъ съ уг. судовъ предварительнаго слѣдствія и предварительной оцѣнки обвиненія.

Присутствіе народныхъ судей въ составѣ этихъ судовъ представляетъ собой пережитокъ старины, не только утратившій свою полезность, но даже до нѣкоторой степени вредный для дѣйствительныхъ, высоко развитыхъ интересовъ уг. правосудія и народ. благосостоянія въ культ. государствѣ. Присяжные засѣдатели, какъ показываетъ опытъ Англии и Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ, невольно напрасно замедляютъ производство предварительнаго слѣдствія и являются недостаточно способными къ правильному и быстрому рѣшенію вопросовъ о преданіи суду и прекращеніи уголовнаго преслѣдованія. Обезпечить же доброкачественность состава и дѣятельности этихъ судовъ можно вполнѣ надежно другими средствами, безъ обращенія къ народ. судьямъ.

2. Перейдемъ къ уг. судамъ 1-й инстанціи по самымъ важнымъ изъ уг. правонарушеній, предусмотрѣнныхъ общими уг. законами.

Ради прочнаго обезпеченія доброкачественности уголовного правосудія по общеуголовнымъ правонарушеніямъ первостепенной важности, интересы возможно большаго народнаго благосостоянія настоятельно требуютъ, въ видѣ общаго правила, чтобы въ составъ общаго уг. суда 1-й инстанціи, предназначеннаго къ разбирательству и рѣшенію этихъ уг. дѣлъ по существу, входила, рядомъ съ коллегіей профессиональныхъ судей, еще и отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ засѣдателей съ ихъ предсѣдательствующимъ старшиною изъ ихъ среды включительно, для рѣшенія вопросовъ о виновности обвиняемаго.

Это заключеніе опирается на слѣдующія данныя.

А. Отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ, съ ея предсѣдательствующимъ старшиною включительно, гораздо способнѣе профессиональнаго судьи и коллегіи профессиональныхъ судей къ правильному рѣшенію вопросовъ виновности обвиняемаго.

Въ самомъ дѣлѣ, присяжные, будучи мѣстными жителями и членами различныхъ классовъ населенія, обыкновенно знаютъ хорошо условія мѣстной жизни, а нерѣдко и самихъ обвиняемыхъ съ ихъ бытовой обстановкой.

Присяжный, занимаясь отправленіемъ своихъ судейскихъ обязанностей, безъ излишняго обремененія, не болѣе одной сессіи въ теченіе года, обыкновенно относится къ исполненію ихъ, съ полной добросовѣстностью, живымъ интересомъ и стремленіемъ къ правдивому рѣшенію вопросовъ виновности.

У присяжнаго, благодаря отсутствію долговременной судейской практики, нѣтъ стремленія къ рѣшенію однородныхъ уг. дѣлъ по одному шаблону, но есть нѣкоторое расположеніе къ индивидуализаціи рѣшеній, соотвѣтственно болѣе или менѣе важнымъ особенностямъ cadaго даннаго случая.

Вмѣстѣ съ тѣмъ у присяжныхъ нѣтъ и предварительнаго знакомства съ письменнымъ производствомъ по данному уг. дѣлу. Они обыкновенно рѣшаютъ вопросы виновности по доказательствамъ, приведеннымъ, рассмотрѣннымъ и провѣреннымъ на судебномъ слѣдствіи и освѣщеннымъ рѣчами сторонъ и объясненіями и наставленіемъ предсѣдательствующаго профессиональнаго судьи.

Такимъ образомъ, со введеніемъ отдѣльной коллегіи изъ 12 присяжныхъ съ ихъ старшиною-присяжнымъ включительно, рядомъ съ коллегіей профессиональныхъ судей, въ составъ общаго уг. суда 1-й инстанціи по общеуголовнымъ дѣламъ первостепенной важности, устройство этого суда становится цѣлесообразнѣе, сообразнѣе со свойствами людей и соотвѣтственнѣе съ требованіями основательности уголовного правосудія.

Б. Введеніе отдѣльной коллегіи 12 присяжныхъ, рядомъ съ коллегіей профессиональныхъ судей, въ составъ общаго уг. суда 1-й инстанціи по этимъ дѣламъ увеличить самостоятельность уголовного суда и правосудія, охрану личности отъ излишнихъ стѣсненій и проведеніе обвинительнаго принципа, непосредственности, устности и гласности.

В. Отъ введенія отдѣльной коллегіи 12 присяжныхъ, рядомъ съ коллегіей профессиональныхъ судей, въ составъ общаго уг. суда

1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ первостепенной важности судоустройство и судопроизводство этого суда стануть гораздо сложнѣе и потребуютъ для себя отъ народа гораздо большей затраты труда и денегъ, а судопроизводство станеть гораздо медленнѣе, но эти недостатки искупятся съ избыткомъ доброкачественностью этого суда и его правосудія.

Г. Отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ, съ ея предсѣдательствующимъ старшиною-присяжнымъ, гораздо способнѣе къ правильному рѣшенію вопросовъ виновности, чѣмъ смѣшанная коллегія изъ 12 присяжныхъ и профессиональнаго предсѣдательствующаго судьи, чѣмъ смѣшанная коллегія изъ 12 присяжныхъ и 3 профессиональныхъ судей, чѣмъ смѣшанная коллегія изъ шефеновъ или судебныхъ засѣдателей и профессиональнаго судьи или судей и чѣмъ смѣшанная коллегія изъ сословныхъ представителей и профессиональныхъ судей, хотя 1-я изъ этихъ смѣшанныхъ коллегій сравнительно лучше 2-й, 2-я лучше 3-й, а 3-я лучше 4-й.

Такъ, народные судьи, рѣшая вопросы виновности отдѣльно, въ своей средѣ, безъ всякаго участія со стороны предсѣдательствующаго профессиональнаго судьи или профессиональныхъ судей, постановляютъ обыкновенно свои рѣшенія, по своему внутреннему убѣжденію, основанному на доказательствахъ, рассмотрѣнныхъ и провѣренныхъ на судебномъ слѣдствіи и освѣщенныхъ рѣчами сторонъ и объясненіями и наставленіемъ предсѣдательствующаго судьи.

Будучи не юристами, а людьми жизни, народные судьи, постановляя свои рѣшенія, не умѣютъ правильно мотивировать ихъ. Профессиональный же судья, благодаря своему юридическому образованію и судейской практикѣ, умѣетъ быстро мотивировать и энергично отстаивать свои рѣшенія въ спорѣ, какъ основательныя, такъ и проникнутыя шаблоннымъ характеромъ и предвзятыми убѣжденіями. Переспорить и переубѣдить профессиональнаго судью народный судья обыкновенно не можетъ, а, не желая терпѣть поражение въ спорѣ, не рѣшается спорить и, скрѣпя сердце, соглашается обыкновенно съ проектомъ рѣшенія вопросовъ виновности, предлагаемымъ со стороны профессиональнаго судьи.

Стремленіе предсѣдательствующаго профессиональнаго судьи къ возможно болѣе правильному разбирательству дѣла, въ свою очередь, сильно ослабѣваетъ. Онъ знаетъ, что если и сдѣлаеть, при разбирательствѣ дѣла, ошибку, способную ввести народ. судей въ заблужденіе, то будетъ имѣть время разъяснить ее и исправить съ глазу на глазъ въ совѣщательной комнатѣ, на совѣщаніи съ народ. судьями о постановленіи рѣшенія по вопросамъ виновности.

Вслѣдствіе этихъ обстоятельствъ, въ смѣшанной коллегіи изъ народныхъ судей съ профессиональными основательность уг. правосудія, несомнѣнно, сильно проигрываетъ.

Д. Если профессиональные судьи не снабжены настоящей самостоятельностью, но поставлены болѣе или менѣе въ зависимость отъ правительства; то, при смѣшеніи народныхъ судей съ профессиональными въ одну коллегію, самостоятельность уг. суда и правосудія сильно падаетъ.

Е. Такъ какъ въ постановленіи рѣшенія по вопросамъ виновности смѣшанною коллегіею принимаетъ участіе, вмѣстѣ съ народ. судьями, и профессиональный судья, еще заранѣе, до судебного слѣдствія, изучившій данное дѣло по письменнымъ документамъ; то принципъ непосредственности въ рѣшеніи этихъ вопросовъ нарушается или, по меньшей мѣрѣ, подвергается большой опасности. Этотъ судья, составивъ себѣ нѣкоторое предвзятое убѣжденіе, будетъ особенно сильно, съ готовой, хотя и не совсѣмъ правильной мотивировкой, навяывать его народнымъ судьямъ.

Ж. Смѣшеніе народныхъ судей съ профессиональными въ одну коллегію понижаетъ дѣйствіе принциповъ обвинительности, гласности и охраненія личности отъ излишнихъ стѣсненій.

З. Отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ, уже по своей сравнительной многочисленности и разнообразію своего состава, является болѣе способной къ правильному рѣшенію вопросовъ виновности, чѣмъ болѣе малочисленная коллегія изъ четырехъ, семи присяжныхъ, или двое, четверо, пятеро, девятеро шэффеновъ или судебныхъ засѣдателей, или трое, четверо сословныхъ представителей, засѣдающихъ въ смѣшанной коллегіи вмѣстѣ съ профессиональными судьями.

И. Если народъ участвуетъ въ отправленіи уг. правосудія по общеуголовнымъ правонарушениямъ первостепенной, а тѣмъ болѣе второстепенной важности и притомъ участвуетъ, при посредствѣ отдѣльныхъ коллегій изъ 12 и даже 10 присяжныхъ засѣдателей, въ составѣ общихъ уг. судовъ 1-й инстанціи, рядомъ съ единоличными профессиональными судьями или коллегіями профессиональныхъ судей; то этимъ участіемъ народа въ отправленіи уг. правосудія открывается широкая возможность постоянной основательной провѣрки, соотвѣтствуетъ ли дѣйствующее уг. законодательство современнымъ ему потребностямъ народной жизни, при современныхъ ея условіяхъ.

1. Исполненіе судейскихъ функцій народными судьями распространяетъ въ народѣ знаніе дѣйствующаго права, а это очень полезно для поддержки правового порядка, соотвѣтствующаго потребностямъ народной жизни.

К. Участіе народа въ отправленіи уг. правосудія и притомъ главнымъ образомъ въ лицѣ присяжныхъ засѣдателей содѣйствуетъ развитію и поддержанію уваженія и довѣрія въ населеніи къ суду и закону.

Л. Широкое распространеніе суда присяжныхъ, въ качествѣ общаго уг. суда 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушениямъ первостепенной важности, въ культ. государствахъ съ XVIII вѣка до нашихъ дней, въ свою очередь, служить доказательствомъ, что судъ присяжныхъ въ этой области гораздо болѣе способенъ удовлетворить требованіямъ уг. правосудія и народ. благосостоянія, чѣмъ коллегіальный уг. судъ изъ однихъ профессиональныхъ судей, или коллегіальный судъ изъ профессиональныхъ судей и шэффеновъ или судебныхъ засѣдателей, а, слѣд., и коллегіальный судъ изъ профессиональныхъ судей и сословныхъ представителей. До конца XVIII вѣка судъ присяжныхъ существовалъ только въ Великобританіи и ея сѣверо-амери-

канской колоніи, обратившейся въ послѣдней четверти этого вѣка въ Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты. А въ настоящее время онъ дѣйствуетъ не только въ этихъ государствахъ, не только въ англійскихъ колоніяхъ, но и въ огромномъ большинствѣ континентальныхъ европейскихъ культ. государствъ. Въ 1901 г. даже въ Даніи, не имѣющей суда присяжныхъ, начинается движеніе въ пользу введенія этого учрежденія.

Въ заключеніе слѣдуетъ замѣтить, что судъ присяжныхъ имѣетъ много различныхъ противниковъ.

Къ числу ихъ принадлежать прежде всего сторонники подчиненія уг. судовъ въ дѣлѣ уг. правосудія видамъ и желаніямъ правительства. Присяжные не податливы, а профессиональные судьи, не пользующіеся надлежащей несмѣняемостью и независимостью отъ правительства, легко поддаются ему и проводятъ его желанія, вопреки праву и правдѣ, при рѣшеніи уг. дѣлъ. Нечего и говорить, что эта неподатливость присяжныхъ служить однимъ изъ лучшихъ залоговъ безпристрастія и основательности рѣшеній суда присяжныхъ и является въ дѣйствительности достоинствомъ, а никакъ не недостаткомъ этого суда.

Далѣе, различныя группы критиковъ отвергаютъ присяжныхъ, въ виду различныхъ недостатковъ, отмѣчаемыхъ этими лицами въ судѣ присяжныхъ.

Такъ, уголовные антропологи, съ Ч. Ломброзо во главѣ, упорно, но безъ всякаго основанія, требуютъ знанія уголовной антропологии отъ всѣхъ судей уг. суда, а въ томъ числѣ и отъ присяжныхъ, не находятъ свѣдѣній по уг. антропологии у присяжныхъ и, въ виду этого, отрицаютъ способность присяжныхъ къ правильному рѣшенію вопросовъ виновности и рѣшительно отказываются отъ суда присяжныхъ.

Представитель уголовной социологии въ тѣсномъ смыслѣ слова, Г. Гардъ отвергаетъ присяжныхъ за немотивированность ихъ рѣшеній, за отсутствіе у присяжныхъ своего собственного авторитетнаго мнѣнія и склонность къ увлеченію ходячимъ мнѣніемъ, проводимымъ печатью.

Нѣкоторые изъ представителей уголовной социологии въ обширномъ смыслѣ слова или, точнѣе, нѣкоторые изъ представителей уголовной антропо-социологии, какъ напр., Р. Гарофало, Э. Ферри, отрицаютъ научную подготовленность, а вмѣстѣ съ нею и способность присяжныхъ къ правильному рѣшенію вопросовъ виновности, признаютъ судъ присяжныхъ не соответствующимъ социальному строю континентальной Европы и въ концѣ концовъ отказываются отъ этого суда.

Довольно многіе изъ юристовъ-практиковъ и даже нѣкоторые изъ ученыхъ, какъ напр., К. Биндингъ, Р. Іерингъ въ Германіи, Ф. Ларнодъ во Франціи, отвергаютъ всякое участіе народныхъ судей въ отправленіи уг. правосудія, на основаніи огульнаго утвержденія, будто всякое судебское участіе неюристовъ въ осуществленіи сложной судебской дѣятельности судей-юристовъ, требующей специальныхъ юридическихъ знаній и опытности въ ихъ примѣненіи къ дѣлу, является вмѣшательствомъ невѣждъ, вреднымъ для правосудія.

Наконецъ, довольно многочисленные сторонники замѣны суда присяжныхъ судомъ шэффеновъ, какъ напр., А. Вахъ, Ф. О. Шварце

въ Германіи, Э. Пессина въ Италіи, Ж. Крюппи во Франціи, С. Габуцци въ Швейцаріи, въ кантонѣ Тичино, увѣряють, будто въ судѣ шёффеновъ нѣтъ недостатковъ суда присяжныхъ, но обыкновенно происходитъ счастливое соединеніе достоинствъ, свойственныхъ профессиональнымъ судьямъ, съ достоинствами народныхъ судей.

Къ этимъ взглядамъ, въ свою очередь, нельзя отнести съ сочувствіемъ. Въ основаніи ихъ лежитъ недостаточное знаніе дѣйствительности, преувеличеніе недостатковъ суда присяжныхъ, преувеличенныя представленія о трудности и недоступности исправленія и устраненія этихъ недостатковъ и увлеченіе огульными неосновательными заключеніями.

Нѣтъ сомнѣнія, что судъ присяжныхъ имѣетъ немало недостатковъ какъ въ своемъ устройствѣ, такъ и въ строеніи его судебной дѣятельности и ея осуществленіи въ дѣйствительности. Тѣмъ не менѣе, въ числѣ этихъ недостатковъ есть лишь одинъ такой, который не только очень вреденъ, но и не устранимъ и не уменьшимъ. Это — неспособность суда присяжныхъ къ правильному рѣшенію вопросовъ виновности въ большинствѣ сложныхъ уг. дѣлъ о банкротствѣ банкирскихъ конторъ, банковъ и крупныхъ торговыхъ и торговопромышленныхъ предприятий. Огромное большинство присяжныхъ засѣдателей не имѣетъ необходимыхъ специальныхъ техническихъ свѣдѣній въ банковыхъ, торговыхъ и торгово-промышленныхъ операціяхъ и бухгалтеріи, чтобы правильно понять и правильно рѣшить вопросы виновности, на основаніи доказательствъ, приведенныхъ и проверенныхъ на судебномъ слѣдствіи. Разъясненія экспертовъ, рѣчи сторонъ, объясненія и наставленіе предсѣдателя не восполняютъ и не могутъ пополнить этого пробѣла знаній. И въ концѣ концовъ присяжные приступаютъ въ такомъ дѣлѣ къ рѣшенію десятка, а иногда даже и сотенъ вопросовъ виновности, съ яснымъ сознаніемъ, что дѣло остается темнымъ, что относительно нѣкоторыхъ, а иногда и многихъ изъ обвиняемыхъ нельзя разобрать, кто правъ, кто виноватъ.

Эти уг. дѣла, въ интересахъ уг. правосудія и народ. благосостоянія, должны быть изъяты изъ вѣдѣнія суда присяжныхъ и переданы на разбирательство и рѣшеніе коллегіального уг. суда 1-й инстанціи, состоящаго изъ профессиональныхъ судей, удовлетворяющихъ требованіямъ нравственности, высшаго юридическаго образованія, практической подготовленности и пользующихся независимостью отъ правительства и несмѣняемостью.

Что же касается до другихъ недостатковъ суда присяжныхъ, то разумныя, дѣйствительныя реформы его, въ духѣ требованій уголовно-судебной политики народнаго благосостоянія, при полномъ сохраненіи отдѣльной коллегіи изъ 12 присяжныхъ засѣдателей, съ ея старшиною включительно, въ составѣ общаго уг. суда 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ первостепенной важности, рядомъ съ профессиональнымъ судьей или коллегіей профессиональныхъ судей, но безъ всякаго смѣшенія съ ними, при обсужденіи и рѣшеніи вопросовъ виновности, вполне могутъ устранить одни изъ этихъ недостатковъ, уменьшить другіе и обезпечить возможно полное проявленіе достоинствъ этого суда.

Большинство юристовъ, какъ ученыхъ, такъ и практиковъ, высказывающихся о судѣ присяжныхъ, какъ напр., К. К. Арсеньевъ, Л. фонъ Баръ, А. М. Бобрищевъ-Пушкинъ, В. Э. Вальбергъ, Л. Е. Владиміровъ, А. К. Вульфертъ, Р. Гарро, Э. Гарсонъ, I. В. Гессенъ, Ю. Глазеръ, С. К. Гогель, Г. Жоли, А. Э. Кони, М. Липманъ, Францъ фонъ Листъ, Л. Луккини, В. Миттермайеръ, К. Ю. А. Миттермайеръ, В. Д. Набоковъ, В. Н. Палаузовъ, Н. Селивановъ, В. К. Случевскій, Дж. Ф. Стифенъ, Д. Г. Тальбергъ, Э. Ульманъ, И. Я. Фойницкій, И. Г. Щегловитовъ, вполне понимая глубокую разницу между судомъ присяжныхъ и судомъ шёффеновъ и вмѣстѣ съ тѣмъ вполне сознавая всю неудовлетворительность шёффеновъ, твердо стоятъ за судъ присяжныхъ съ отдѣльной ихъ коллегіей и его усовершенствованіе и рѣшительно отвергаютъ: какъ судъ шёффеновъ, такъ и искаженіе суда присяжныхъ. Это искаженіе представляетъ собой не что иное, какъ смѣшеніе присяжныхъ засѣдателей съ профессиональнымъ судьей или профессиональными судьями въ одну судебскую коллегію. Его предлагали у насъ, напр., В. Ф. Дейтрихъ, И. П. Закревскій. Его идеализировалъ I. В. Михайловскій (Основные принципы организациіи уг. суда. с. 237—239).

За участіе народнаго элемента, въ видѣ отдѣльной коллегіи изъ 12 присяжныхъ, рядомъ съ коллегіей профессиональныхъ судей, въ уг. судѣ I-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ первостепенной важности высказался и I-й отдѣлъ комиссіи, Высочайше учрежденной въ 1894 г. для пересмотра законоположеній по судебной части. Разсмотрѣвъ, подѣ предсѣдательствомъ А. Э. Кони, вопросъ объ участіи общественнаго элемента въ отправленіи уг. правосудія, этотъ отдѣлъ комиссіи пришелъ „къ заключенію, что опытъ свыше тридцатилѣтняго примѣненія въ Россіи учрежденія суда присяжныхъ засѣдателей съ полною несомнѣнностью выяснилъ всѣ немаловажныя преимущества, которыми этотъ судъ отличается передъ всѣми другими формами карательной дѣятельности государства, — указавъ, что только участіемъ въ уголовномъ процессѣ, наравнѣ съ профессиональными судьями, и общественнаго элемента, въ лицѣ присяжныхъ засѣдателей, достигается недоступная коронному суду возможность оцѣнки разсматриваемаго дѣянія съ точки зрѣнія живого и непосредственнаго чувства правды и справедливости, утверждается строгое соблюденіе на судѣ началъ непосредственности, устности, гласности и равноправности сторонъ, обеспечивается независимость и нелицепріятіе судебныхъ приговоровъ и обуславливается внутренній ихъ авторитетъ, основанный на неразрывной связи между отправленіемъ правосудія органами государственной власти и правовыми воззрѣніями народа“ (Выс. учр. Комиссія для пересмотра законополож. по суд. части. Ж. М. Ю. 1897. № 4 с. 58). „Осуществленіе“ же... „предположенія о преобразованіи существующей организациіи суда присяжныхъ, — путемъ соединенія правительственныхъ и народныхъ судей въ одну коллегію, — могло бы повести на практикѣ“, по мнѣнію отдѣла (с. 57), „къ утратѣ судомъ присяжныхъ той независимости и самостоятельности въ сужденіяхъ, которыя составляютъ главнѣйшее свойство этой формы суда“.

3. Отъ народныхъ судей въ общихъ уг. судахъ 1-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности, предусмотрѣннымъ общими уг. законами, обратимся къ народ. судьямъ въ общихъ уг. судахъ 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ второстепенной важности.

Введеніе отдѣльной коллегіи изъ 12 присяжныхъ засѣдателей въ составъ общаго уг. суда 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ второстепенной важности, рядомъ съ профессиональнымъ судьей или коллегіей изъ трехъ профессиональныхъ судей, для обсужденія и рѣшенія вопросовъ виновности, очень полезно для уг. правосудія и народ. благосостоянія, но требуетъ большой затраты народ. труда и денегъ.

Эта затрата доступна только тѣмъ государствамъ, которыя могутъ произвести ее, безъ вреднаго обремененія своихъ гражданъ. А такихъ государствъ очень немного. Къ числу ихъ принадлежать, напр., Великобританія, Норвегія, Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты. Большинство же культ. государствъ нашего времени, какъ напр., Австрія, Германія, Италія, Россія, Франція, не имѣетъ избытка народ. средствъ и, ради необходимой бережливости въ расходованіи ихъ на отправленіе уг. правосудія, должно отказаться отъ этой затраты.

Отказываясь отъ введенія отдѣльной двѣнадцатичленной коллегіи присяжныхъ засѣдателей въ эти уг. суды, эти государства должны устроить эти суды въ видѣ трехчленныхъ коллегій изъ однихъ профессиональныхъ судей, обладающихъ нравственностью, высшимъ юридическимъ образованіемъ, практической подготовкой, независимостью отъ правительства и несмѣняемостью.

Отъ расширенія такой трехчленной коллегіи профессиональныхъ судей введеніемъ въ нее нѣсколькихъ присяжныхъ засѣдателей, или судебныхъ засѣдателей, шэффеновъ, или сословныхъ представителей составъ судейской коллегіи увеличится, но, какъ видно изъ вышеизложенныхъ соображеній, не получитъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ никакого существеннаго улучшенія. Отправленіе уг. правосудія, въ свою очередь, въ огромномъ большинствѣ случаевъ ничего не выиграетъ, а затрата народнаго труда и денегъ на отправленіе этого правосудія возрастетъ сильно и большею частью непроезжительно.

Учрежденіе отдѣльныхъ коллегій изъ 4, или 6, или 7 присяжныхъ засѣдателей въ составѣ общихъ уг. судовъ 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ второстепенной важности, рядомъ съ трехчленными коллегіями хорошихъ профессиональныхъ судей, вызоветъ большую затрату народнаго труда и денегъ. Эта затрата не доступна большинству культ. государствъ и, при сравнительной малочисленности состава коллегіи присяжныхъ, не искупается улучшеніемъ уг. правосудія, такъ какъ съ сильнымъ уменьшеніемъ количества присяжныхъ засѣдателей въ коллегіи и отчасти съ уменьшеніемъ разнообразія ихъ личнаго состава, доброкачественность дѣятельности этой коллегіи сильно уменьшается. Коллегія изъ 4—7 присяжныхъ, это — копія двѣнадцатичленной коллегіи присяжныхъ, но копія далеко пониженнаго качества.

4. Выказавшись о народныхъ судьяхъ въ общихъ уг. судахъ 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ второстепенной

важности, скажемъ о народ. судьяхъ въ общихъ уг. судахъ 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ третьестепенной важности.

Съ точки зрѣнія уголовно-судебной политики, руководимой принципомъ возможно большаго народнаго благосостоянія, общіе уг. суды 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ третьестепенной важности должны быть единоличными, но единоличные судьи должны удовлетворять требованіямъ нравственнаго ценза, высшаго юридическаго образованія, практической подготовленности и должны обладать независимостью отъ правительства и настоящей несмѣняемостью.

Это требованіе единоличности вызывается, въ интересахъ возможно большаго народнаго благосостоянія, различными мотивами: 1) маловажностью большинства этихъ уг. правонарушеній, маловажностью вины большинства ихъ учителей и маловажностью большинства наказаній, узаконенныхъ, въ качествѣ главной нормальной кары, за большинство этихъ прест. дѣяній, 2) сильной потребностью быстроты уг. правосудія по этимъ уг. правонарушеніямъ, 3) дороговизной коллегіального суда и 4) бережливостью въ расходованіи народныхъ средствъ на отправленіе уг. правосудія.

Введеніе отдѣльной двѣнадцатичленной коллегіи присяжныхъ за сѣдателей въ составъ каждаго изъ общихъ уг. судовъ 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ третьестепенной важности, рядомъ съ единоличнымъ профессиональнымъ судьей, не соотвѣтствуетъ: ни степени важности этихъ прест. дѣяній, ни общественному интересу подавленія ихъ, слишкомъ осложняетъ и замедляетъ отправленіе уг. правосудія и требуетъ огромной затраты народнаго труда и денегъ, непосильной ни для одного государства.

Присоединеніе отдѣльной коллегіи изъ 4, или 6, или 7 присяжныхъ къ каждому изъ единоличныхъ судей, при разбирательствѣ и рѣшеніи хотя и не всѣхъ, но только однихъ самыхъ важныхъ изъ общеуголовныхъ правонарушеній третьестепенной важности, повлечетъ большую затрату народнаго труда и денегъ, тяжелую даже для такихъ богатыхъ государствъ, какъ Англіи и Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, и совершенно непосильную для большинства культурныхъ государствъ, а въ особенности для Россіи.

А между тѣмъ эти сильно уменьшенныя коллегіи присяжныхъ, уже вслѣдствіе сравнительной малочисленности своего личнаго состава, не внесутъ важнаго улучшенія въ отправленіе уг. правосудія.

Въ особенности же нельзя ожидать значительнаго улучшенія правосудія тогда, когда разбирательство уг. дѣлъ будетъ происходить, при отсутствіи опытнаго публичнаго обвинителя, юриста, подъ руководствомъ единоличнаго судьи, хотя и профессиональнаго, но не обладающаго высшимъ юридическимъ образованіемъ, практической подготовленностью и надлежащей несмѣняемостью.

Въ виду этихъ соображеній, приходится отнестись отрицательно и къ той резолюціи, которая принята общимъ собраніемъ петербургскаго юридическаго общества и русской группы международнаго союза криминалистовъ 21 ноября 1909 г., подъ вліяніемъ рѣчи Я. Г.

Фрумкина, неожиданно выступившаго съ идеей объ учрежденіи отдѣльной коллегіи изъ 4—6 присяжныхъ, при мировомъ судѣ, для рѣшенія вопросовъ виновности, по дѣламъ о проступкахъ, влекущихъ тюремное заключеніе (Право. 1909. № 50. С.-петерб. юрид. общество. с. 2795—2796).

Въ этой резолюціи, принятой большинствомъ 22 голосовъ противъ 4, говорится, „что однимъ изъ необходимыхъ коррективовъ недостатковъ проектируемой организациіи единоличнаго мѣстнаго суда первой инстанціи является введеніе въ составъ этого суда при разсмотрѣніи наиболѣе важныхъ уголовныхъ дѣлъ представителей мѣстнаго населенія, участвующихъ въ количествѣ 4—6 человекъ въ отправленіи уголовного правосудія на тѣхъ же основаніяхъ, какъ и присяжные засѣдатели“ (Право. 1909. № 50. с. 2801).

Эта резолюція не только не является результатомъ предварительнаго всесторонняго обсужденія вопроса о введеніи какихъ-нибудь полувинныхъ или четвертныхъ коллегій изъ присяжныхъ засѣдателей, при единоличныхъ мировыхъ судьяхъ, не только не имѣетъ прочнаго обоснованія со стороны ея приверженцовъ, но и далеко не соотвѣтствуетъ требованіямъ спокойной, осторожной уголовно-судебной политики, руководимой принципомъ возможно большаго народнаго благосостоянія.

Что же касается до образованія смѣшанной судейской коллегіи изъ одного профессиональнаго судьи и нѣсколькихъ шэффеновъ или судебныхъ засѣдателей, то эта реформа увеличитъ составъ общаго уг. суда 1-й инстанціи по общеуголовнымъ правонарушеніямъ третьей степени важности, но, какъ видно изъ вышеприведенныхъ соображеній, не внесетъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ, вопреки взгляду П. И. Люблинскаго, Г. Б. Сліозберга и М. П. Чубинскаго, никакихъ существенныхъ улучшеній въ отправленіе уг. правосудія и только сильно, но непроизводительно повыситъ расходваніе народнаго труда и денегъ на уг. правосудіе. Введеніемъ плохого осложненія можно испортить хорошее учрежденіе, но улучшить плохое не возможно.

**§ 53. Уголовно-судебное, гражданско-судебное, административное и дисциплинарное разбирательство уголовныхъ дѣлъ<sup>1)</sup>.** Мы только что познакомились съ тѣми принципами, которымъ должно удовлетворять какъ строеніе уг. судоустройства, такъ и строеніе уг. судопроизводства, чтобы обезпечить культ. народу доброкачественное отправленіе уг. правосудія, настоятельно требуемое интересами всесторонняго, возможно большаго народ. благосостоянія. Зная эти принципы, мы ясно видимъ, что отправленіе уг. правосудія можетъ дѣйствительно удовлетворять этимъ интересамъ только въ томъ случаѣ, когда разбирательство и рѣшеніе уг. дѣлъ (т. е. дѣлъ о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемыхъ въ учиненіи уг. правонарушеній) будетъ постоянно производиться въ огромномъ большинствѣ случаевъ такимъ гос. органомъ, въ самомъ устройствѣ котораго проведены условія способствующія осуществленію требованій этихъ прин-

1) Демченко — Уг. судъ, какъ особая вѣтвь юстиціи. Ж. М. Ю. 1899. № 1.

циповъ на дѣлѣ, обеспечивающія доброкачественность уг. правосудія, и притомъ будетъ производиться посредствомъ такой дѣятельности, которая, въ свою очередь, уже по самому своему строенію, обставлена гарантіями доброкачественности уг. правосудія.

Всѣмъ этимъ требованіямъ можетъ удовлетворить въ наибольшей мѣрѣ въ огромномъ большинствѣ случаевъ только уг.-суд. разбирательство уг. дѣлѣ, а никакъ не гражд.-судебное, не административное и не дисциплинарное.

Разбирательство уг. дѣлѣ признается уг.-судебнымъ въ томъ случаѣ, когда вопросы о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемыхъ въ уг. правонарушеніяхъ изслѣдуются и рѣшаются органомъ, государства, носящимъ въ самомъ своемъ устройствѣ гарантіи доброкачественности уг. правосудія, извѣстнымъ подъ именемъ уг. суда, и притомъ изслѣдуются и рѣшаются посредствомъ дѣятельности, обставленной, по самому своему строенію, гарантіями доброкачественности этого правосудія.

Разбирательство уг. дѣла является гражд.-судебнымъ тогда, когда вопросы виновности и уг. отвѣтственности обвиняемаго въ уг. правонарушеніи изслѣдуются и рѣшаются гос. органомъ, приспособленнымъ къ доброкачественному совершенію гражд. правосудія, но не всегда принаровленнымъ къ хорошему отправленію уг. правосудія, и притомъ изслѣдуются и рѣшаются путемъ дѣятельности, приспособленной къ доброкачественному отправленію гражданскаго, а не уг. правосудія.

Административное разбирательство уг. дѣла выступаетъ въ томъ случаѣ, когда вопросы о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемаго въ уг. правонарушеніи изслѣдуются и рѣшаются гос. органомъ, приспособленнымъ, по своему устройству, къ управленію текущими дѣлами, а не къ отправленію уг. правосудія, извѣстнымъ подъ именемъ администраціи, и притомъ изслѣдуются и рѣшаются съ помощью дѣятельности, принаровленной къ управленію текущими дѣлами, а не къ отправленію уг. правосудія.

Наконецъ, разбирательство уг. дѣла является дисциплинарнымъ въ томъ случаѣ, когда изслѣдованіе и рѣшеніе вопросовъ виновности и уг. отвѣтственности обвиняемаго въ уг. правонарушеніи производится такимъ органомъ государства, или органомъ общества, или частнымъ лицомъ (Пусторослевъ — Рус. уг. право. Общ. ч. 1912. Вып. I. с. 261—263), которые болѣе или менѣе способны къ совершенію дисциплинарнаго правосудія, но обыкновенно не приспособлены къ отправленію уг. правосудія, и притомъ производится посредствомъ дѣятельности, болѣе и менѣе годной къ доброкачественному совершенію дисциплинарнаго правосудія, но не приспособленной къ доброкачественному отправленію уг. правосудія.

При такихъ условіяхъ, становится понятно, что къ уг. дѣламъ въ культ. государствѣ должно быть, примѣняемо, въ качествѣ широкаго общаго правила, лишь уг.-суд. разбирательство, а никакъ не административное и не дисциплинарное.

Эту мысль и проводятъ иностранное уставы уг. суд., напр.,

австрійскій (§ 1), нью-іоркскій (§ 3), венгерскій (§ 1), когда постановляютъ, что никто не можетъ быть наказанъ за уг. правонарушеніе, безъ законнаго осужденія со стороны компетентнаго суда. Въ нашемъ уставѣ уг. суд. нѣтъ подобнаго постановленія (1), а наши основныя гос. законы говорятъ, что „никто не можетъ подлежать преслѣдованію за преступное дѣяніе иначе, какъ въ порядкѣ, закономъ опредѣленномъ“ (Св. Зак. Т. I. 72). Порядокъ же преслѣдованія, „закономъ опредѣленный“ можетъ быть какъ судебнымъ, такъ и несудебнымъ.

Примѣненіе гражд.-суд. разбирательства къ уг. дѣламъ, вмѣсто уг.-судебнаго, не допустимо, съ точки зрѣнія интересовъ народнаго благосостоянія, такъ какъ, при гражд.-суд. разбирательствѣ, отправленіе правосудія по уг. дѣламъ производится гораздо хуже, чѣмъ при уг.-суд. разбирательствѣ, а уг. судовъ I-й инстанціи въ каждой мѣстности также много, какъ и гражд. судовъ I-й инстанціи. Культ. государства не позволяютъ примѣнять гражд.-суд. разбирательства къ уг. дѣламъ.

Примѣненіе административнаго разбирательства къ болѣе или менѣе важнымъ уг. дѣламъ, хотя бы даже и въ качествѣ исключенія, очень вредно для народа. Въ изслѣдованіе и рѣшеніе вопросовъ о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемыхъ администрація вноситъ, вмѣсто драгоценной строгой законности, широкій произволъ и тяжкое угнетеніе личности, а иногда даже самодовольное превознесеніе своей воли надъ закономъ, и вызываетъ этимъ въ населеніи явное или глухое, но во всякомъ случаѣ глубокое недовольство и производимымъ искаженіемъ уг. правосудія, и самими искажителями, и правительствомъ, и законодателемъ, предавшимъ законъ на милость администраціи, и государствомъ.

Въ виду этого, огромное большинство иностранныхъ культ. государствъ, какъ напр., Австрія, Англія, Венгрія, Германія, Італія, Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, Швейцарія, Франція, совершенно не допускаетъ ни въ какомъ случаѣ никакой передачи болѣе или менѣе важныхъ уг. дѣлъ на разбирательство администраціи<sup>1)</sup>.

Къ сожалѣнію, Россія далеко отстаетъ отъ этого взгляда въ своемъ законодательствѣ о мѣстностяхъ, состоящихъ на исключительномъ положеніи.

1) Н. Коркуновъ — Сравнительный очеркъ государственнаго права иностранныхъ державъ. Спб. 1890. Ч. I. — Н. М. Коркуновъ — Русское государственное право. Т. I. Введеніе и общая часть. Изданіе 6-е. Подъ редакціей и съ дополненіями приватъ-доцентовъ С.-Петербургскаго Университета З. Д. Авалова и М. В. Горенберга и К. Н. Соколова. Спб. 1908. — [Исключительныя ограниченія свободы“ (напечатано подъ редакціей и съ дополненіями З. Д. Авалова)]. — В. Ф. Дерюжинскій — Habeas corpus Актъ и его пріостановка по англійскому праву. Юрьевъ (Дерптъ). 1895. — В. Ф. Дерюжинскій — Полицейское право. 3-е изд. Спб. 1911. [Чрезвычайныя мѣры полиціи безопасности]. — А. В. Дайси — Основы государственнаго права Англіи. Введеніе въ изученіе англійской конституціи. Переводъ О. В. Полтарацкой. Подъ редакціей П. Г. Виноградова. 2-е изд. Москва, 1905. — Гессенъ — Исключительное положеніе.

Когда какая-нибудь мѣстность въ государствѣ потрясена волненіями, и обыкновенныя мѣры управленія оказываются недостаточными для поддержки правового порядка; то открывается необходимость въ употребленіи чрезвычайныхъ мѣръ для водворенія порядка, быстрыхъ, энергичныхъ, но въ то же время законныхъ, цѣлесообразныхъ и дѣйствительно соотвѣтствующихъ интересамъ возможно большаго народ. благосостоянія.

Если надлежащая гос. власть правомѣрно постановила примѣнить эти чрезвычайныя мѣры въ данной мѣстности; то говорится, что эта мѣстность объявлена на исключительномъ положеніи.

Въ Англіи нѣтъ объявленія мѣстностей на исключительномъ положеніи, но за то допускается временная пріостановка закона, обезпечивающаго свободу гражданъ отъ арестовъ, извѣстнаго подъ именемъ Habeas corpus act'a.

Въ континентальныхъ культ. государствахъ Западной Европы законы объ исключительномъ положеніи довольно разнообразны. Сущность ихъ сводится къ отмѣнѣ гарантій гражд. свободы, дѣйствующихъ въ обыкновенное время, а иногда и ко введенію въ дѣйствіе чрезвычайныхъ уг. судовъ, а въ томъ числѣ иногда даже и военныхъ, вмѣсто общихъ и особенныхъ, безъ всякой передачи, однако, болѣе или менѣе важныхъ уг. дѣлъ на разбирательство администраціи.

У насъ<sup>1)</sup> же есть 4 исключительныхъ положенія: положеніе усиленной охраны, положеніе чрезвычайной охраны, военное положеніе и осадное положеніе. Они надѣляютъ администрацію гораздо большими чрезвычайными полномочіями, чѣмъ это дѣлается соотвѣтствующими исключительными положеніями иностранныхъ культ. государствъ, наносятъ, несомнѣнно, большой вредъ рус. народу и давно уже справедливо осуждены общественнымъ мнѣніемъ и литературой. Положенія же усиленной и чрезвычайной охраны признаны неудовлетворительными еще и Высочайшимъ указомъ 12 декабря 1904 г. о предначертаніяхъ къ усовершенствованію гос. порядка<sup>2)</sup>, и комитетомъ министровъ<sup>3)</sup>.

1) Коркуновъ — Рус. гос. право. Т. 1. Ч. 1. Изд. 6-е. Исключительныя ограниченія свободы (подъ ред. и съ дополн. Авалова). — Дерюжинскій — Полицейское право. Чрез. мѣры полиціи безопасности. — Н. Н. Бѣлявскій — Полицейское право. (Административное право). Конспектъ лекцій. Юрьевъ. (1 изд. 1904. См. Учен. Записки Ю. У. 1904. №№ 4—6; 1905. №№ 1—2). 2-е изд. 1910. с. 93—98. — Мионовъ — Гос. акты освободительной эпохи. — Савичъ — Новый гос. строй въ Россіи. Отд. III. Подр. VI. Пересмотръ исключительныхъ законоположеній по охранѣ государственнаго порядка и общественной безопасности. Отд. IV. Подр. III. Мѣры противъ общеопасныхъ забастовокъ и стачекъ. № 3. Указъ 14 дек. 1905 г. — Матеріалы Высочайше учрежденнаго Особаго Совѣщанія по пересмотру установленныхъ для охраны государственнаго порядка исключительныхъ законоположеній. Ч. I—XII. Спб. 1905—1906 г. — А. Горбуновъ — Обязательныя постановленія и законность. Право. 1907. № 38. — В. М. Гессенъ — Обь обязательныхъ постановленіяхъ, издаваемыхъ въ порядкѣ охраны. Право. 1908. № 6. — Гессенъ — Исключительное положеніе.

2) П. С. З. (с. 3). Т. XXIV. Отд. 1. № 25495.

3) Извлеченіе изъ Журнала Комитета Министровъ 11 января 1905 г. Правит. Вѣст. 1905 г. № 36.

Исключительныя мѣры менѣ суровы при положеніи усиленной охраны, чѣмъ при положеніи чрезвычайной охраны, а при положеніи чрезвычайной охраны — чѣмъ при военномъ положеніи и, наконецъ, при военномъ положеніи — чѣмъ при осадномъ, но при каждомъ изъ нихъ узаконена передача болѣе или менѣ важныхъ уг. дѣлъ на разбирательство администраціи.

Наше законодательство объ исключительныхъ положеніяхъ развилось въ послѣдней четверти XIX вѣка. Краугольные камни были заложены Высочайшими указами 5 апрѣля 1879 г. [П. С. З. (с. 2). Т. LIV. 1. № 59476] и 12 февраля 1880 г. [П. С. З. (с. 2). Т. LIV. 2. № 60492]. Подробное же узаконеніе было утверждено Государемъ 14 августа 1881 г. Это было „положеніе о мѣрахъ къ охраненію государственнаго порядка и общественнаго спокойства“. Это „положеніе“ дѣйствуетъ, съ нѣкоторыми измѣненіями, до сихъ поръ [Св. Зак. Т. XIV. Уст. Пред. Изданіе 1890 г. Приложение I къ статьѣ 1 (прим. 2). „Положеніе о мѣрахъ къ охраненію“... съ измѣненіями, по Прод. 12 г.].

Соотвѣтственно Высочайше утвержденному положенію 1881 г., составлены и „Правила о мѣстностяхъ, объявляемыхъ состоящими на военномъ положеніи“, Высочайше утвержденныя 18 июня 1892 г. Эти правила дѣйствуютъ съ нѣкоторыми измѣненіями и въ настоящее время (Св. Зак. Т. II. Общее Учрежденіе Губернское. Изд. 1892 г. „Приложеніе къ статьѣ 23“. „Правила о мѣстностяхъ“... съ измѣненіями, по Прод. 12 г.).

А 15 сентября 1901 г. Высочайше утверждено „Положеніе объ управленіи крѣпостями“ [П. С. З. (с. 3). Т. XXI. № 20642].

По дѣйствующему положенію 1881 г., въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на положеніи усиленной, а тѣмъ болѣе чрезвычайной охраны, а, по дѣйствующимъ правиламъ 1892 г., въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи, и, наконецъ, по дѣйствующему положенію 1901 г. объ управленіи крѣпостями, въ крѣпостяхъ, находящихся на военномъ или на осадномъ положеніи, высшіе мѣстные начальники, указанные закономъ, приобрѣтаютъ 4 чрезвычайно важныхъ права.

Этими вышшими мѣстными начальниками, по закону, являются:

- а) въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на положеніи усиленной или чрезвычайной охраны, — генераль-губернаторы, въ губерніяхъ же, не подчиненныхъ генераль-губернаторамъ, — губернаторы и градоначальники,
- б) въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи, — главнокомандующій, командующій арміею, генераль-губернаторъ и лицо, облеченное властью генераль-губернатора, а въ портахъ — и другія лица, и, наконецъ,
- в) въ крѣпостяхъ, находящихся на военномъ положеніи или на осадномъ положеніи, — комендантъ крѣпости.

1-е изъ 4-хъ чрезвычайныхъ правъ, принадлежащихъ этимъ высшимъ мѣстнымъ начальникамъ, представляетъ собой право издавать обязательныя постановленія по предупрежденію нарушеній общественнаго порядка и гос. безопасности (Пол. охраны. ст. 15 п. 1; 26 п. 5. — Прав. 19 п. 1. — Пол. крѣп. 81).

2-мъ чрезвычайнымъ правомъ служитъ право устанавливать за нарушеніе этихъ обязательныхъ постановленій различныя наказанія, не

выходящія изъ предѣловъ трехмѣсячнаго ареста или пятисотрублеваго штрафа — при усиленной охранѣ (Пол. охр. 15 п. 2), трехмѣсячнаго ареста, или заключенія въ тюрьмѣ или крѣпости, или трехтысячнаго штрафа — при чрезвычайной охранѣ (Пол. охр. 26 п. 5), и трехмѣсячнаго заключенія въ тюрьмѣ или крѣпости или трехтысячнаго штрафа — при военномъ положеніи (Прав. 19 п. 2) или осадномъ положеніи (Пол. крѣп. 81).

3-мъ чрезвычайнымъ правомъ является право рѣшать въ административномъ порядкѣ дѣла о нарушеніи изданныхъ обязательныхъ постановленій (Пол. охр. 16 п. 1; 26 п. 5. — Прав. 19 п. 3. — Пол. крѣп. 81).

4-е же чрезвычайное право представляетъ собой право устранять, „изъ общей подсудности“, при чрезвычайной охранѣ, „дѣла объ извѣстнаго рода преступленіяхъ и проступкахъ“ (Пол. охр. 26 п. 3), а, при военномъ положеніи (Прав. 19 п. 4) и осадномъ положеніи (Пол. крѣп. 81), дѣла „о преступленіяхъ и проступкахъ“, влекущихъ, по закону, наказанія, не превышающія вышеозначеннаго трехмѣсячнаго заключенія или трехтысячнаго штрафа (Прав. 19 п. 4), и передавать эти уг. дѣла на административное разбирательство и рѣшеніе, съ соблюденіемъ этихъ предѣловъ наказанія, при административномъ присужденіи виновнаго къ наказанію (Пол. охр. 26 п. 5. — Прав. 19 п. 4. — Пол. крѣп. 81).

Четыре соответствующихъ чрезвычайныхъ права, съ нѣкоторыми ограниченіями, а въ томъ числѣ и съ ограниченіемъ карательной власти предѣлами трехмѣсячнаго ареста и пятисотрублеваго штрафа, предоставлены съ середины декабря 1905 г.<sup>1)</sup> закономъ, въ видѣ исключенія, временно учреждаемымъ особымъ комитетамъ при управленіяхъ желѣзныхъ дорогъ и даже мѣстнымъ участковымъ комитетамъ<sup>2)</sup>, подъ руководствомъ постояннаго „Главнаго Комитета по охранѣ желѣзныхъ дорогъ, при Министерствѣ Путей Сообщенія“<sup>3)</sup>. Эти особые и мѣстные комитеты учреждаются и надѣляются этими чрезвычайными правами, въ случаѣ возникновенія опасности прекращенія движенія желѣзныхъ дорогъ и телеграфныхъ желѣзнодорожныхъ сообщеній и даже въ случаѣ возникновенія опасности замѣнательства въ правильности этого движенія.

Слѣдуетъ замѣтить, что варшавскому генераль-губернатору (Св. Зак. Т. XIV. Уст. Пред. ст. 1 прим. 6/12), а съ упраздненіемъ виленскаго, ковенскаго и гродненскаго генераль-губернаторства (Собр. уз. 1912. Отд. I. № 154. ст. 1376. Законъ 1 іюля 1912 г. Отд. I; VII. 1 п. 4), и тремъ губернаторамъ: виленскому, ковенскому и гродненскому

1) П. С. З. (с. 3). Т. XXV. Отд. I. № 27043. Выс. указъ 14 дек. 1905 г. о правилахъ чрезвычайной охраны на желѣзныхъ дорогахъ.

2) Св. Зак. Т. XII. Ч. I. Уставъ Путей Сообщенія. Изданіе 1857 г. ст. 575. Примѣчаніе 17, по Прод. 12 г. „Приложеніе къ статьѣ 575 (прим. 17)“, по Прод. 12 г.: Правила чрезвычайной охраны на желѣзныхъ дорогахъ.

3) Св. Зак. Т. I. Ч. II. Учрежденія Министерствъ. Изданіе 1892 г. ст. 717, по Прод. 12 г., съ примѣчаніемъ по Прод. 12 г. Приложеніе къ статьѣ 717/12: Временное Учрежденіе Министерства Путей Сообщенія, ст. 2. прим., по Прод. 12 г.

(Св. Зак. Т. XIV. Уст. Пред. 1 прим. 7/12), даже и безъ всякаго исключительнаго положенія, предоставлено закономъ, въ видѣ исключенія, 2 чрезвычайныхъ права.

Первымъ является право изданія обязательныхъ постановленій карательнаго характера, а вторымъ — право административнаго разбирательства за нарушеніе этихъ постановленій, съ ограниченіемъ карательной власти этого генераль-губернатора предѣлами мѣсячнаго ареста или трехсотрублеваго штрафа и съ ограниченіемъ карательной власти этихъ губернаторовъ предѣлами трехмѣсячнаго ареста или пятисотрублеваго штрафа.

Необходимо также отмѣтить, что закономъ 21 іюня 1910 г. (Св. Зак. Т. XIV. Уст. Пред. ст. 1. прим. 13/12) пріамурскому генераль-губернатору предоставлено, въ видѣ исключенія, даже и безъ всякаго исключительнаго положенія, 3 чрезвычайныхъ права.

1-е изъ нихъ представляетъ собой право издавать обязательныя постановленія узаконеннаго содержанія, по огражденію пріамурскаго края отъ иноземнаго шпионства (Зак. п. 1).

2-мъ является право устанавливать за нарушеніе этихъ постановленій слѣд. наказанія: денежный штрафъ до трехъ тысячъ рублей, или тюремное заключеніе до трехъ мѣсяцевъ, или высылку изъ предѣловъ пріамурскаго генераль-губернаторства или изъ отдѣльныхъ его мѣстностей на опредѣленные сроки, или сочетаніе двухъ или даже трехъ изъ этихъ наказаній, по усмотрѣнію самаго генераль-губернатора (п. 2), а также специальную конфискацію имущества, принадлежащаго виновному, служащаго средствомъ къ учиненію дѣяній, нарушающихъ эти постановленія, или добытаго посредствомъ этихъ дѣяній (п. 3).

Наконецъ, 3-мъ чрезвычайнымъ правомъ этого генераль-губернатора служить право рѣшать дѣла о нарушеніи этихъ постановленій, въ административновъ порядкѣ, какъ самолично, такъ и черезъ уполномоченныхъ къ тому, подчиненныхъ губернаторовъ (п. 4).

Говоря о чрезвычайныхъ правахъ администраціи по отправленію уг. правосудія и наказанію виновныхъ, мы должны сказать, имѣетъ ли право генераль-губернаторъ, облеченный „правами военнаго начальства“ въ мѣстности, объявленной на военномъ положеніи, подвергнуть предполагаемаго преступника смертной казни, безъ суд. приговора, по собственному усмотрѣнію, для охраны гос. порядка<sup>1)</sup>.

1) В. Д. Набоковъ — Разстрѣлы безъ суда. Право. 1909. № 4. с. 209—216. — Судебно-административная практика. Право. 1909. № 4. с. 266—270. — Хроника. Право. 1909. № 10. с. 652—653; 1910. № 2. с. 116—117. — П. П. Пусторослевъ — Принадлежитъ ли генераль-губернатору право смертной казни, безъ суда? Право. 1909. № 18.

Интересны историческіе факты, сообщенные И. Блиновымъ въ его статьѣ: „Историческіе матеріалы, извлеченные изъ сенатскаго архива. Сенаторскія ревизіи“. Ж. М. Ю. 1913. № 4. с. 296—305. III. Ревизія сенаторами Мечниковымъ и гр. Кутайсовымъ Закавказскаго края (начата въ 1829 г.). Оба сенатора признали, что корпусный командиръ, генераль А. П. Ермоловъ, генераль-маіоръ Краббе, полковникъ Мищенко и маіоръ Ильинскій, предавъ разнымъ смертнымъ казнямъ 88 кавказцевъ, по обвиненію или подозрѣнію въ измѣнѣ, „безъ зако-

Одни дают утвердительный отвѣтъ, другіе — отрицательный. Правда — на сторонѣ послѣднихъ.

Сущность доводовъ, приводимыхъ въ пользу законности генераль-губернаторскихъ распоряженій о смертной казни, безъ суда, сводится къ логически неправильному и противозаконному (У. 12) толкованію 12-й статьи дѣйствующихъ, Высочайше утвержденныхъ „правиль“ 18 іюня 1892 г. „о мѣстностяхъ, объявленныхъ состоящими на военномъ положеніи“, находящейся въ приложеніи къ 23-й статьѣ общаго учрежденія губернскаго, по изданію 1892 г. (Св. Зак. Т. II. Сводъ Губернскихъ Учрежденій. Изданіе 1892 г. — Выше с. 60 прим. 2).

12-я статья этого приложенія постановляетъ: „Если въ мѣстности, объявленной на военномъ положеніи, будетъ признано необходимымъ, для охраненія государственнаго порядка или успѣха веденія войны, принять такую чрезвычайную мѣру, которая не предусмотрена въ семъ Приложеніи, то главнокомандующій, непосредственно или по представленію командующаго арміей, дѣлаетъ распоряженіе о принятіи сей мѣры собственною властью, донося о томъ Государю Императору“.

Распоряженіе начальства о преданіи смертной казни, безъ суда, составляетъ, по мнѣнію защитниковъ законности этого распоряженія, такую чрезвычайную мѣру, которая не предусмотрена въ этомъ приложеніи. Слѣдовательно, говорятъ они, главнокомандующій имѣетъ право на это распоряженіе и только долженъ донести о немъ Государю.

Но 12-я статья разсматриваемыхъ правилъ опредѣляетъ „права военнаго начальства“ въ мѣстностяхъ, состоящихъ на военномъ положеніи, а потому генераль-губернаторъ, облеченный „правами военнаго начальства“ въ такой мѣстности, обладаетъ и правами главнокомандующаго, а, обладая послѣдними, имѣетъ, по мнѣнію этихъ защитниковъ, и право распоряженія о преданіи смертной казни, безъ суда, съ донесеніемъ лишь объ этомъ распоряженіи Государю.

Это толкованіе не соотвѣтствуетъ: ни узаконеннымъ дѣйствующимъ правиламъ толкованія законовъ (У. 12), ни истинному смыслу дѣйствующихъ, Высочайше утвержденныхъ правилъ 18 іюня 1892 г. о мѣстностяхъ, объявляемыхъ состоящими на военномъ положеніи, ни нашимъ дѣйствующимъ основнымъ гос. законамъ.

Приведемъ доказательства.

Причиной спора относительно законности генераль-губернаторскаго распоряженія о смертной казни предполагаемаго преступника, безъ суда, служитъ нѣкоторая неясность Высочайше утвержденныхъ

---

ненныхъ изслѣдованій ихъ преступленій, безъ суда и судебныхъ приговоровъ“, въ 1826 г., во время вторженія персовъ и народнаго волненія въ нашихъ закавказскихъ владѣніяхъ, поступили противозаконно. Но сенаторъ Мечниковъ полагалъ, что этотъ противозаконный образъ дѣйствій былъ необходимъ для обезпеченія побѣды русскихъ надъ вторгнувшимися персами и подавленія народнаго волненія, а сенаторъ графъ Кутайсовъ находилъ этотъ образъ дѣйствій ненужнымъ и нецѣлесообразнымъ и отмѣчалъ необыкновенное жестокосердіе Краббе и Мищенко.

правиль 18 іюня 1892 г. о мѣстностяхъ, объявляемыхъ состоящими на военномъ положеніи.

Эта неясность должна быть разъяснена, но только путемъ законнаго толкованія неясныхъ постановленій, съ помощью относящихся къ нимъ ясныхъ статей закона, какъ это прямо указано въ 12-й статьѣ устава уг. суд. (выше с. 63—65; 68—69).

Защитники же законности генераль-губернаторскихъ распоряженій о смертной казни, безъ суда, отступаютъ отъ строго логичнаго соблюденія законныхъ правилъ толкованія закона, а потому и приходятъ неизбѣжно, какъ мы увидимъ изъ дальнѣйшихъ доказательствъ, къ заключеніямъ, несогласнымъ съ общимъ смысломъ законовъ, относящихся къ дѣлу.

Обратимся къ этимъ доказательствамъ. Для обезпеченія же ясности и правильности хода нашихъ разсужденій, примемъ слѣд. мѣры. Мы разсмотримъ вопросъ о правѣ смертной казни, безъ суда, сначала въ отдѣльности: 1) въ отношеніи къ правамъ генераль-губернатора, хотя и дѣйствующаго въ мѣстности, находящейся на военномъ положеніи, но не облеченнаго правами главнокомандующаго, и 2) въ отношеніи къ правамъ главнокомандующаго въ мѣстности, состоящей на военномъ положеніи. А потомъ, по рѣшеніи этого вопроса въ этихъ двухъ отношеніяхъ, мы опредѣлимъ путемъ логическаго заключенія, имѣетъ ли генераль-губернаторъ, облеченный правами главнокомандующаго въ мѣстности, находящейся на военномъ положеніи, право смертной казни, безъ суда.

Начнемъ съ генераль-губернатора, не облеченнаго правами главнокомандующаго.

Узаконенныя дѣйствующія правила 18 іюня 1892 г. о военномъ положеніи, говоря „о правахъ военнаго начальства въ мѣстностяхъ, состоящихъ на военномъ положеніи“, имѣютъ въ виду, по вѣрному замѣчанію В. Д. Набокова (Разстрѣлы безъ суда с. 215), только тѣ мѣстности, которыя объявлены на военномъ положеніи во время войны или передъ грозящей войной, входятъ въ районъ театра военныхъ дѣйствій, имѣютъ особо важное значеніе для интересовъ государственныхъ или спеціально военныхъ (Правила. 1—2) и подчинены главнокомандующему и командующимъ арміями (Прав. 8—12). Мѣстности же, лишь объявленныя на военномъ положеніи и подчиненныя генераль-губернаторамъ при отсутствіи грозящей или происходящей войны, не имѣются этими правилами въ виду (Прав. 18—22).

Опредѣляя права военнаго начальства въ мѣстностяхъ, состоящихъ на военномъ положеніи во время войны или передъ грозящей войной, правила 18 іюня 1892 г. предоставляютъ право распоряженія о принятіи чрезвычайныхъ мѣръ, не предусмотрѣнныхъ этими правилами, не каждому военному начальнику этихъ мѣстностей, а только одному главнокомандующему и не распространяютъ этого права даже на командующаго арміей, находящагося въ сношеніяхъ съ главнокомандующимъ (Прав. 12). А между тѣмъ, согласно 13-й статьѣ этихъ правилъ, „въ районѣ дѣйствій арміи, командующему оною подчиняется мѣстный Генераль-Губернаторъ или лицо, коему присвоива-

ются права послѣдняго (ст. 18, сего прил.), причѣмъ командующій арміею пользуется правомъ отмѣнять ихъ распоряженія, касающіяся охраненія государственнаго порядка и общественнаго спокойствія, и давать имъ предписанія по сему предмету“.

Изъ сопоставленія этихъ законодательныхъ постановленій, содержащихся въ правилахъ о военномъ положеніи, вытекаетъ съ логической необходимостью, что генераль-губернаторъ мѣстности, объявленной на военномъ положеніи, безъ войны, не уравнивъ закономъ, по правамъ, не только съ главнокомандующимъ, но даже и съ командуемымъ арміею, а поставленъ ниже каждаго изъ нихъ и ни въ какомъ случаѣ не надѣленъ правомъ главнокомандующаго на принятіе не предусмотрѣнныхъ этими правилами, чрезвычайныхъ мѣръ для охраненія государственнаго порядка или успѣха веденія войны.

Далѣе, въ мѣстности, объявленной на военномъ положеніи, во время происходящей или грозящей войны, всѣ права генераль-губернатора относительно изъятія уг. дѣлъ изъ вѣдѣнія уг. судовъ, съ обращеніемъ къ разбирательству и рѣшенію въ административномъ порядкѣ, точно также, какъ и права относительно рода и размѣра наказаній, правомѣрно наложимыхъ за эти прест. дѣянія въ этомъ порядкѣ, ясно и твердо опредѣлены правилами о военномъ положеніи. Согласно этимъ правиламъ (ст. 19 п. 2 и 4 въ связи съ ст. 17; ст. 19 п. 1, 3, 6—7, 10; 20), генераль-губернаторъ имѣетъ право обращать къ административному разбирательству и рѣшенію уг. дѣла, подлежащія въ общемъ порядкѣ, рассмотрѣнію суда, но — лишь дѣла о преступленіяхъ и проступкахъ, влекущихъ узаконенныя наказанія не выше трехмѣсячнаго заключенія въ тюрьмѣ или крѣпости или трехтысячнаго штрафа, и притомъ имѣетъ право налагать за эти прест. дѣянія на виновныхъ лишь наказанія, не превышающія этого трехмѣсячнаго заключенія или трехтысячнаго штрафа.

Ограничивая судебную и карательную власть генераль-губернатора этой мѣстности этими точными и твердыми предѣлами, эти правила уже тѣмъ самымъ логически указываютъ, что предусматриваютъ и другія болѣе тяжкія прест. дѣянія и другія болѣе тяжкія наказанія, но выводятъ эти дѣянія и наказанія за предѣлы власти, предоставленной генераль-губернатору закономъ. Въ этомъ направленіи высказались и сенаторы, отрицающіе законность генераль-губернаторскихъ распоряженій о смертной казни, безъ суда (Суд.-адм. практика. с. 269).

А если законъ представляетъ судебную и карательную власть генераль-губернатору только въ этихъ ограниченныхъ предѣлахъ даже въ мѣстности, объявленной на военномъ положеніи во время грозящей или происходящей войны; то законъ логически не можетъ предоставить болѣе широкой судебной и карательной власти генераль-губернатору въ такой мѣстности, которая лишь объявлена на военномъ положеніи, при отсутствіи грозящей или происходящей войны.

Переходимъ къ правамъ главнокомандующаго.

12-я статья Высочайше утвержденныхъ правилъ о мѣстностяхъ, объявляемыхъ состоящими на военномъ положеніи, предоставляя глав-

нокомандующему право распоряженія о принятіи чрезвычайныхъ мѣръ для охраненія гос. порядка или успѣха веденія войны и притомъ мѣръ, не предусмотрѣнныхъ этими правилами, имѣеть въ виду, какъ это ясно видно изъ сопоставленія этой статьи съ предшествующими ей статьями того же отдѣла (Отд. II. 10—11), лишь чрезвычайныя мѣры полицейскаго и стратегическаго характера, какъ это вѣрно отмѣчено варшавской адвокатурой (Суд.-адм. практика с. 266) и В. Д. Набоковымъ (Разстрѣлы. с. 213—214), а вовсе не чрезвычайное превышеніе узаконенной посудности и узаконенной карательной власти, предусмотрѣнное и отвергнутое этими правилами посредствомъ опредѣленныхъ положительныхъ постановленій относительно разбирательства уг. дѣлъ и наказанія виновныхъ (17; 19; 20).

Смертная казнь, безъ суда, принадлежитъ къ числу чрезвычайныхъ карательныхъ мѣръ, предусмотрѣнныхъ этими правилами относительно генераль-губернатора и не дозволенныхъ ему (17; 19; 20).

А такъ какъ 12-я статья этихъ правилъ, надѣляя главнокомандующаго чрезвычайными полномочіями для охраненія государственнаго порядка и успѣха веденія войны, прямо говоритъ, что имѣеть въ виду чрезвычайныя мѣры, не предусмотрѣнныя этими правилами; то, согласно точному смыслу 12-й статьи этихъ правилъ, главнокомандующій и не имѣеть права дѣлать распоряженія о примѣненіи этой казни къ челоѣку, безъ суда.

Далѣе, нашъ новый дѣйствующій сводъ основныхъ гос. законовъ (Св. Зак. Т. I. Ч. I. Изд. 1906 г.) никому не даетъ права смертной казни, безъ суда. Устанавливая наши новые основные законы, Государь Императоръ даже Самому Себѣ не представилъ этого права. Главнокомандующій же не можетъ быть выше Государя. Главнокомандующій является лишь высшимъ представителемъ Государя Императора, какъ Державнаго Вождя русской арміи<sup>1)</sup>, и притомъ подчиненнымъ Государю Императору<sup>2)</sup>, а потому и не можетъ, по своей должности, имѣть такого чрезвычайнаго права, какого нѣтъ даже у Самого Государя Императора. Утверждать противное, это — вступать въ явное непримиримое противорѣчіе съ закономъ и логикой и отдавать рус. государство и его законной гос. строй на милость главнокомандующихъ и генераль-губернаторовъ, облеченныхъ правами главнокомандующаго.

Кромѣ того, 74-я статья нашего новаго свода основныхъ гос. законовъ постановляетъ, что „никто не можетъ подлежать преслѣдованію за преступное дѣяніе иначе, какъ въ порядкѣ, закономъ опредѣленномъ“. А 22-я статья провозглашаетъ, что „судебная власть осуществляется отъ имени Государя Императора установленными закономъ судами, рѣшенія коихъ приводятся въ исполненіе именемъ Императорскаго Величества“. Смертная же казнь челоѣка за преступленіе, безъ суда, есть кровавое завершеніе преслѣдованія за прест. дѣяніе, но завершеніе — не въ порядкѣ, опредѣленномъ законами.

1) Св. Зак. Т. I. Ч. I. 14.

2) Положеніе о Полевомъ Управленіи войскъ въ военное время. ст. 20 [П. С. З. (с. З). Т. X. № 6609. Положеніе 26 февраля 1890 г.].

При такихъ данныхъ, смертная казнь человѣка, по распоряженію главнокомандующаго, безъ суда, составляетъ несомнѣнное нарушеніе постановленій нашего свода основныхъ гос. законовъ.

Наконецъ, дѣйствующія постановленія о военно-полевомъ судѣ и военно-полевомъ морскомъ судѣ въ мѣстностяхъ, находящихся на положеніи чрезвычайной охраны или на военномъ или осадномъ положеніи, въ свою очередь, служатъ вѣскимъ, хотя и косвеннымъ доказательствомъ противъ существованія права смертной казни, безъ суда. По этимъ постановленіямъ, въ случаѣ признаваемой надобности въ быстромъ разбирательствѣ и расправѣ надъ лицомъ, подсуднымъ уг. суду военнаго или военно-морскаго вѣдомства, ни генераль-губернаторъ, ни главнокомандующій не имѣтъ права сдѣлать распоряженія о преданіи этого лица смертной казни, безъ суда, но имѣтъ право дать приказъ о сформированіи военно-полевого или военно-полевого морского суда, по принадлежности, и притомъ имѣтъ право дать этотъ приказъ только въ томъ случаѣ, когда учиненіе прест. дѣянія этимъ лицомъ „является настолько очевиднымъ, что нѣтъ надобности въ его разслѣдованіи“ [П. С. З. (с. 3). Т. XXVI. Отд. 1. № 28257. Выс. повелѣніе. I. — № 28258. Выс. повелѣніе I. — Уст. воен.-суд. 1278<sup>1</sup> съ прим. Приложение VIII (къ статьѣ 1278<sup>1</sup>). Правила о военно-полевомъ судѣ. п. 1—4. — Воен.-морск. суд. уст. 1256<sup>1</sup>/10; 1256<sup>2</sup>/10; 1256<sup>3</sup>/10].

Такимъ образомъ, по нашему дѣйствующему праву, ни генераль-губернаторъ, ни главнокомандующій не имѣтъ права смертной казни, безъ суда.

А если ни у одного изъ нихъ въ отдѣльности нѣтъ этого права; то не имѣтъ этого права и тотъ генераль-губернаторъ, который облеченъ правами главнокомандующаго.

Если же кто-нибудь изъ начальниковъ, не имѣя права смертной казни, безъ суда, тѣмъ не менѣе сдѣлаетъ распоряженіе о примѣненіи ея къ человѣку; то совершить этимъ распоряженіемъ, по точному смыслу статей уложенія о нак. (338; 341/12), преступленіе превышенія власти въ особенно важномъ случаѣ. Но къ уг. ответственности за это превышеніе власти главнокомандующій можетъ быть привлеченъ не иначе, какъ только по волѣ Государя Императора (Положеніе о Полев. Управл. войскъ въ воен. время: ст. 20).

Рѣшая вопросъ о смертной казни, безъ суда, отрицательно, наше дѣйствующее право поступаетъ правильно, въ соотвѣтствіи съ интересами благосостоянія русскаго народа. Предоставленіе же права смертной казни, безъ суда, закономъ генераль-губернаторамъ и главнокомандующему открываетъ широкій просторъ произволу начальства, передаетъ драгоцѣннѣйшее человѣческое благо, жизнь человѣка, на милость начальства, иногда даже своекорыстнаго, иногда даже опьяненнаго своею властью до презрѣнія къ закону и здравому смыслу, вызываетъ глубокое, хотя часто и скрытое недовольство населенія, расшатываетъ правовой порядокъ, подрываетъ уваженіе и довѣріе населенія къ закону и законодателью, къ правительству и къ государству, нарушаетъ преданность государства своему народу и разрушаетъ преданность народа государству, подтачиваетъ внутреннюю прочность и силу госу-

дарства и рѣзко противорѣчить насущнымъ интересамъ народ. благосостоянія въ культ. государствѣ.

Нечего и говорить, что наше дѣйствующее право ни однимъ своимъ постановленіемъ никогда и нигдѣ не даетъ: ни права смертной казни, безъ суда, ни права тѣлесныхъ наказаній никакимъ начальникамъ военныхъ отрядовъ, посылаемыхъ для усмиренія бунта. И это вполне правильно. Что не позволительно главнокомандующему, то не можетъ быть позволено: ни офицеру, ни солдату.

Обращаясь къ вопросу о маловажныхъ уг. правонарушеніяхъ, влекущихъ по уг. закону, въ качествѣ главнаго нормальнаго наказанія, только легкіе денежные штрафы приблизительно не выше 25 рублей, мы должны сказать, что разбирательство по этимъ мелкимъ уг. правонарушеніямъ можетъ быть предоставлено, въ видѣ исключенія, административнымъ органамъ государства, но лишь подѣ однимъ условіемъ. Этимъ условіемъ является согласіе обвиняемаго лица, а, при наличности потерпѣвшаго, и согласіе потерпѣвшаго на административное рѣшеніе. Въ случаѣ же несогласія, дѣло переходитъ на разбирательство и рѣшеніе компетентнаго общаго уг. суда I-й инстанціи.

Разбирательство этихъ мелкихъ уг. дѣлъ, при этихъ условіяхъ, въ видѣ исключенія, администраціей полезно для народ. благосостоянія. Въ самомъ дѣлѣ, при маловажности вины и легкости наказанія, ошибки въ изслѣдованіи и рѣшеніи вопросовъ о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемыхъ, производимыхъ не часто и притомъ съ широкой возможностью исправленія ихъ, не имѣютъ опаснаго значенія. Согласіе обвиняемаго, а, при наличности потерпѣвшаго, и согласіе потерпѣвшаго на административно постановленное рѣшеніе удостовѣряетъ отсутствіе притѣсненій личности администраціей. Быстрота же и дешевизна разбирательства увеличиваются.

Большинство культ. иностранныхъ государствъ, какъ напр., Австрія, Голландія, допускаетъ, въ видѣ исключенія, административное разбирательство мелкихъ уг. дѣлъ, но лишь подѣ условіемъ согласія обвиняемыхъ: какъ на это разбирательство, такъ и на постановленное рѣшеніе. Въ случаѣ же несогласія со стороны обвиняемаго, дѣло идетъ на разбирательство компетентнаго уг. суда I-й инстанціи.

Наше законодательство также допускаетъ это исключеніе и притомъ допускаетъ: какъ въ пользу казенныхъ управленій разнаго наименованія (У. 1124 съ приложеніемъ къ ней и его измѣненіями, по Прод. 12-го), такъ и въ пользу различныхъ управленій общественнаго благоустройства и благочинія (У. 1214 съ приложеніемъ къ ней и его измѣненіями, по Прод. 12 г.), но перемѣшиваетъ уг. правонарушенія съ неуголовными и дисциплинарными (У. приложения къ ст. 1124 и 1214) и только въ меньшинствѣ случаевъ обусловливаетъ обязательность административнаго рѣшенія по уг. дѣлу согласіемъ со стороны обвиняемаго (У. 1125<sup>2</sup>, съ прим. 1 и 2/12; 1125<sup>4</sup>/12; 1174/12; 1220; 1230—1232).

Относительно дисциплинарнаго разбирательства нужно сдѣлать нѣсколько замѣчаній.

Въ самомъ дѣлѣ, если обладатель дисциплинарной власти явля-

ется не органомъ государства, а только органомъ какого-нибудь общества или частнымъ лицомъ; то передача уг. дѣлъ на разбирательство такого обладателя дисциплинарной власти, даже въ видѣ исключенія въ нѣкоторыхъ категоріяхъ случаевъ, не допустима, съ точки зрѣнія интересовъ возможнаго большаго народ. благосостоянія. Дѣлю въ томъ, что въ дисциплинарномъ разбирательствѣ уг. дѣлъ этимъ органомъ дисциплинарной власти недостаточно обезпечены настоятельныя требованія такихъ принциповъ, какъ принципы основательности, правомѣрности и самостоятельности уг. правосудія, принципъ дѣятельнаго участія со стороны государства въ отправленіи уг. правосудія и принципъ обезпеченія личности отъ напрасныхъ стѣсненій.

Если дисциплинарная власть принадлежитъ органу государства; то передача болѣе или менѣе важныхъ уг. дѣлъ на дисциплинарное разбирательство этого органа, даже въ видѣ исключенія въ нѣкоторыхъ категоріяхъ случаевъ, не допустима на тѣхъ же основаніяхъ, какія не позволяютъ предоставить эти дѣла на разбирательство администраціи (выше с. 129—130).

Къ сожалѣнію, наше законодательство отстываетъ отъ этого взгляда. Нашъ уставъ о ссыльныхъ признаетъ „въ отношеніи къ ссыльно-поселенцамъ и каторжнымъ маловажными“ всѣ „преступленія и проступки, подлежащіе по общимъ законамъ наказанію, не превосходящему заключенія въ тюрьмѣ съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ . . . (Улож. Наказ. по Прод., ст. 30, II)“ [Св. Зак. Т. XIV. Уст. Ссыл. Изданіе 1909 г. ст. 235, а также 238; 240; 241; 255], и передаетъ всѣ эти уг. правонарушенія, вмѣстѣ съ дисциплинарными [Уст. Ссыл. 235], на дисциплинарное разбирательство начальства этихъ ссыльно-поселенцевъ и каторжныхъ [Уст. Ссыл. 265; 273].

Что касается вообще до маловажныхъ уг. правонарушеній, влекущихъ, по общему уг. закону, денежный штрафъ не выше 100 руб. или арестъ не выше 1 мѣсяца; то нѣкоторыя категоріи изъ этихъ уг. правонарушеній могутъ быть предоставлены, съ точки зрѣнія интересовъ народнаго благосостоянія, въ видѣ исключенія, на дисциплинарное разбирательство гос. органовъ дисциплинарной власти, обставленныхъ нѣкоторыми гарантіями основательности и правомѣрности правосудія. Эта передача можетъ имѣть мѣсто лишь относительно тѣхъ изъ вышеозначенныхъ уг. правонарушеній, которыя ясны и просты по своему законному составу, весьма сходны по своему законному составу съ чисто дисциплинарными правонарушеніями, не имѣющими никакого прест. характера, и вмѣстѣ съ тѣмъ явны, осязательны и рѣзки по своему внѣшнему проявленію въ дѣйствительной жизни (Пусторослевъ — Подсудность арестантовъ. с. 198—199). Но и по этимъ правонарушеніямъ дисциплинарное разбирательство можетъ быть допущено, въ видѣ исключенія, въ тѣхъ только случаяхъ, когда обвиняемый, а, при наличности потерпѣвшаго человѣка, и потерпѣвшій, согласны на это разбирательство. Въ свою очередь, и дисциплинарное рѣшеніе, постановленное дисциплинарнымъ гос. органомъ по такому уг. дѣлу, имѣетъ обязательную силу только въ случаѣ согласія на

это рѣшеніе. Необходимо согласіе обвиняемаго, а, при наличности потерпѣвшаго, и согласіе потерпѣвшаго. За отсутствіемъ же согласія, уг. дѣло переходитъ на уг.-суд. разбирательство компетентнаго общаго уг. суда I-инстанціи.

Наше законодательство позволяетъ многимъ изъ гос. органовъ дисциплинарной власти разбирать, въ видѣ исключенія изъ общаго правила, многія изъ маловажныхъ уг. правонарушеній, но не обставляетъ этого исключенія надлежащими ограничительными условіями, необходимыми въ интересахъ доброкачественности правосудія и народ. благосостоянія. Самымъ рѣзкимъ примѣромъ неудовлетворительной постановки этого исключенія служатъ извѣстныя уже намъ постановленія нашего устава о ссыльныхъ относительно дисциплинарнаго разбирательства такъ называемыхъ „маловажныхъ“ преступленій и проступковъ, учиненныхъ ссыльно-поселенцами и каторжными (выше с. 141).

## Часть II.

# Уголовное судоустройство.

## Глава V.

### Органы уголовного правосудія.

**§ 54. Общее понятіе объ уголовномъ судоустройствѣ.** Уг. судоустройствомъ называется, какъ намъ извѣстно (выше с. 7—12), система устройства органовъ уголовного правосудія, установленная правовыми правилами государства.

**§ 55. Органы уголовного правосудія.** Уг.-суд. органами или органами уголовного правосудія называются, какъ мы уже знаемъ (выше с. 8—12), отдѣльные люди и группы людей, облеченные уг.-суд. функціей съ соотвѣтствующею ей уг.-судебною властью, т. е. съ соотвѣтствующими этой функціи правами, обязанностями и внѣшними средствами осуществленія.

Эти органы раздѣляются на 4 категоріи.

Къ I-й категоріи принадлежать органы, облеченные единственно или главнымъ образомъ уголовно-обвинительною функціею съ соотвѣтствующею ей уголовно-обвинительною властью, т. е. съ соотвѣтствующими правами, обязанностями и внѣшними средствами осуществленія. Эти органы извѣстны подъ именемъ органовъ обвиненія.

Ко II-й категоріи относятся органы, облеченные единственно или главнымъ образомъ уголовно-защитительной функціею съ соотвѣтствующею властью. Они называются органами защиты.

Органы обвиненія и органы защиты носятъ также названіе сторонъ въ уг. процессѣ.

Къ III-й категоріи принадлежатъ органы, облеченные единственно или главнымъ образомъ уголовно-судейской функціей съ соотвѣтствующей уголовно-судейской властью. Они называются уг. судами.

Къ IV-й же категоріи относятся органы, облеченные единственно или главнымъ образомъ уголовно-руководительной функціей съ соотвѣтствующей властью. Они извѣстны подъ именемъ органовъ уголовно-судебнаго управленія.

Этими 4 категоріями не исчерпываются, однако, всѣ органы уг. правосудія въ культ. государствахъ. Дѣло въ томъ, что только II-я категорія этихъ органовъ можетъ выполнить, черезъ своихъ представителей, всѣ дѣйствія, необходимыя для своевременнаго, основательнаго и правомѣрнаго осуществленія ея главной функціи, а остальные три категоріи не имѣютъ этой возможности и настоятельно нуждаются въ правильно устроенной помощи. Для оказанія этой помощи и устроены, при каждой изъ нихъ, соотвѣтствующіе вспомогательные органы.

Напр., вспомогательными органами уг. судовъ служатъ: секретари съ канцеляріями уг. судовъ, должностные переводчики, должностные свѣдущіе люди, понятые, судебные пристава и судебные разсыльные.

Обращаясь къ изученію органовъ уг. правосудія, мы начнемъ съ уг. судовъ, какъ съ такой категоріи уг.-суд. органовъ, которая имѣетъ самое важное значеніе въ отправленіи уг. правосудія.

## Глава VI.

### Система уголовныхъ судовъ въ культурныхъ государствахъ.

**§ 56. Уголовные суды и ихъ раздѣленіе на обыкновенные и чрезвычайные.** Уг. суды у культ. народовъ раздѣляются на 2 разряда: на обыкновенные и чрезвычайные.

Устройство обыкновенныхъ уг. судовъ сильно разнится отъ устройства чрезвычайныхъ.

Эта разница, при прочихъ равныхъ условіяхъ, зависитъ отъ того, что обыкновенные уг. суды приспособлены, по своему устройству, къ отправленію уг. правосудія въ мѣстностяхъ, пользующихся обыкновеннымъ, болѣе или менѣе спокойнымъ теченіемъ народн. жизни; между тѣмъ какъ чрезвычайные уг. суды принаровлены, по своему устройству, къ отправленію уг. правосудія въ мѣстахъ, охваченныхъ очень сильнымъ волненіемъ народн. жизни, напр., въ мѣстностяхъ, гдѣ происходятъ военныя дѣйствія во время войны или возстаніе.

**§ 57. Чрезвычайные уголовные суды.** Эти суды существуютъ во всѣхъ культ. государствахъ, но имѣютъ далеко не одинаковое устройство и область примѣненія.

Англійское право допускаетъ во время войны, въ охваченныхъ ею мѣстностяхъ, дѣйствіе военно-уголовныхъ и военно-уголовно-мор-

ских судовъ, въ качествѣ чрезвычайныхъ. Это имѣло мѣсто, напр., въ Африкѣ во время войны съ бурами.

Но въ самой Англии, при отсутствіи войны на самой ея территоріи, никакихъ чрезвычайныхъ уг. судовъ не допускается: ни въ видѣ судовъ администраціи, ни въ видѣ исключительныхъ уг. судовъ гражданскаго вѣдомства, ни въ видѣ судовъ военно-уголовныхъ и военно-уголовно-морскихъ (Дайси — Основы гос. права Англии. с. 310—338. — Гессенъ — Исключительное положеніе. с. 131—132).

Закономъ 1882 г. о предупрежденіи преступленій правительству предоставлено въ Ирландіи право замѣнять, въ видѣ исключенія, въ случаѣ народн. волненій, судъ присяжныхъ судомъ безъ присяжныхъ, по нѣкоторымъ категориямъ преступленій (Дайси — основы гос. права Англии. с. 258—259. — Гессенъ — Исключит. положеніе с. 138).

Въ культ. государствахъ континентальной Западной Европы, при исключительныхъ положеніяхъ, устанавливается дѣйствіе чрезвычайныхъ уг. судовъ. Въ качествѣ чрезвычайныхъ уг. судовъ выступаютъ: то чрезвычайные уг. суды гражданскаго вѣдомства, то военно-уголовные суды и военно-уголовно-морскіе. Передачи же дѣлъ о преступленіяхъ на разбирательство и рѣшеніе администраціи ни въ какомъ случаѣ не разрѣшается (выше с. 128—131).

Рос. Имперія отличается обиліемъ чрезвычайныхъ уг. судовъ и неудовлетворительностью большинства изъ нихъ.

Въ качествѣ чрезвычайныхъ уг. судовъ у насъ выступаютъ: 1) особое присутствіе правительствующаго сената съ участіемъ сословныхъ представителей, 2) суды военного вѣдомства, а въ томъ числѣ и военно-полевые, 3) суды военно-морского вѣдомства, а въ томъ числѣ и военно-полевые морскіе, и 4) высшіе мѣстные начальники.

Особое присутствіе правительствующаго сената съ участіемъ сословныхъ представителей собирается не иначе, какъ по особому Высочайшему повелѣнію (У. 1032/12 п. 2), для разбирательства и рѣшенія уг. дѣлъ по перечисленнымъ въ законѣ (У. 1030/12) государственнымъ преступленіямъ, влекущимъ наказанія не ниже заключенія въ исправительномъ домѣ (Уч. 119<sup>2</sup>/12. — У. 1032/12 п. 2; 1030/12; 1031/12).

Это особое присутствіе состоитъ изъ 10 лицъ судейскаго званія. Таковы: 1) первоприсутствующій сенаторъ, состоящій предсѣдателемъ этого присутствія, 2) пять сенаторовъ и 3) четыре сословныхъ представителя, а именно — одинъ изъ губернскихъ предводителей дворянства, одинъ изъ уѣздныхъ предводителей дворянства, одинъ изъ городскихъ головъ губернскихъ городовъ европейской Россіи и одинъ изъ волостныхъ старшинъ с.-петербургской губерніи. Всѣ эти 10 лицъ назначаются въ особое присутствіе Государемъ Императоромъ ежегодно, срокомъ на одинъ годъ (У. 1061<sup>1</sup>; 1061<sup>3</sup>; 1061<sup>4</sup>). Вмѣстѣ съ тѣмъ назначается тѣмъ же порядкомъ по одному или по два кандидата при каждомъ изъ сословныхъ представителей, для исполненія его обязанностей въ случаѣ отпуска, болѣзни или отвода (1061<sup>4</sup>).

Секретарскія обязанности въ особомъ присутствіи сената испол-

няеть оберъ-секретарь уг. кас. департамента или помощникъ этого оберъ-секретаря (1061<sup>2</sup>).

Прокурорскія обязанности исполняются однимъ изъ чиновъ прокурорскаго надзора, по назначенію министра юстиціи (1040/12).

Къ суд. защитѣ допускаются присяжные повѣренные, ихъ помощники, частные повѣренные и старшіе кандидаты на судебныя должности (1061<sup>9</sup>/12 въ связи съ 1055/12).

Обвинительные акты вносятся прокуратурой прямо въ особое присутствіе правит. сената съ сословными представителями (1041/12 въ связи съ 523) и влекутъ разбирательство дѣла, по существу.

Заключенія же прокуратуры о прекращеніи или приостановленіи уг. преслѣдованія подлежатъ рассмотрѣнію I-го департамента правит. сената (1042/12).

Для рассмотрѣнія заключенія прокуратуры о прекращеніи уг. преслѣдованія, въ засѣданіи I-го департамента приглашаются, съ правомъ рѣшающаго голоса: министръ внутреннихъ дѣлъ и, сверхъ того, въ нѣкоторыхъ случаяхъ военный министръ, или морской министръ, или министръ иностранныхъ дѣлъ, по принадлежности (1043/12).

Переходя къ судамъ военного вѣдомства, мы должны сказать, что военно-уголовно-сухопутные суды дѣйствуютъ у насъ, въ качествѣ чрезвычайныхъ уг. судовъ, по различнымъ категоріямъ преступленій и проступковъ, какъ въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на исключительномъ положеніи<sup>1)</sup>, т. е. на военномъ положеніи, или на осадномъ положеніи, или на положеніи усиленной охраны, или на положеніи чрезвычайной охраны, такъ и въ мѣстностяхъ, хотя и не объявленныхъ вмѣстѣ съ другими на исключительномъ положеніи, но подчиненныхъ, по Вы-

1) Исключительныя положенія. А. Военное положеніе. Св. Зак. Т. II. Сводъ Губернскихъ Учрежденій. Общее Учрежденіе Губернское. Изданіе 1892 г. ст. 23. Приложение къ статьѣ 23. „Правила о мѣстностяхъ, объявляемыхъ состоящими на военномъ положеніи“ (съ измѣненіями по Прод. 12 г.). ст. 17; 19 п. 6—7 (срав. п. 10); 20. — Св. Военныхъ Постановленій. Кн. XXIV. Уставъ военно-судебный. Изд. 1912 г. Раздѣлъ IV. О судѣ въ военное время. ст. 1278; 1278<sup>1</sup> прим. Приложение VIII (къ статьѣ 1278<sup>1</sup>); 1278<sup>2</sup>; 1278<sup>3</sup>; 1280; 1301.

Б. Осадное положеніе. Св. Зак. Т. II. Св. Губ. Учрежденій. Общее Учрежденіе Губернское. Изд. 1892 г. ст. 22. Приложение къ статьѣ 22. „Правила о правахъ и обязанностяхъ Комендантовъ крѣпостей по отношенію къ гражданскимъ властямъ и мѣстному населенію“, по закону 14 апрѣля 1887 г. [П. С. З. (с. 3). Т. VII. № 4352]. Статьи этихъ „Правилъ“ 1887 г. должны быть замѣнены соответствующими статьями „Положенія объ управленіи крѣпостями“, Высочайшее утвержденнаго 15 сентября 1901 г. [П. С. З. (с. 3). Т. XXI. № 20642]. Судебная и карательная власть коменданта крѣпости, при осадномъ положеніи, опредѣляется въ настоящее время не 15-ой статьёй „Правилъ“ 1887 г., а тождественной съ нею 81-й статьёй „Положенія объ управленіи крѣпостями“ 1901 г. и 1301-й статьёй Устава военно-судебнаго, по изданію 1912 г.

В. Положеніе усиленной охраны. Св. Зак. Т. XIV. Уст. Пред. Изд. 1890 г. ст. 1 прим. 2. Приложение I къ статьѣ 1 (прим. 2). „Положеніе о мѣрахъ къ охраненію гос. порядка и обществ. спокойствія“ (съ измѣненіями, по Прод. 12 г.). ст. 17 п. 1; 18.

Г. Положеніе чрезвычайной охраны. Св. Зак. Т. XIV. Уст. Пред. Изд. 1890 г. ст. 1 прим. 2. Приложение I къ ст. 1 (прим. 2). „Положеніе о мѣрахъ къ охраненію гос. порядка и обществ. спокойствія“ (съ измѣненіями по Прод. 12 г.). ст. 26 п. 3 въ связи съ ст. 17 п. 1 и ст. 18. — Уст. воен.-суд. ст. 1278<sup>1</sup> съ прим.

сочайше утвержденному положенію совѣта министровъ, по нѣкоторымъ преступленіямъ военному суду (Св. Зак. Т. XIV. Уст. Пред. Изд. 1890 г. ст. 1 прим. 2. Приложение I. Положеніе о мѣрахъ къ охраненію гос. порядка и обществ. спокойствія. ст. 31/12 съ прим. 2/12).

Въ качествѣ чрезвычайнаго уг. суда, посвященнаго разбирательству и рѣшенію уг. дѣлъ о тяжкихъ преступленіяхъ по существу, чаще всего выступаетъ военно-окружной судъ (Св. Воен. Пост. Уст. воен.-суд. ст. 1; 24; 1280; 1289).

Въ мѣстностяхъ, находящихся на военномъ положеніи, или на осадномъ положеніи, или на положеніи чрезвычайной охраны, высшему мѣстному начальнику предоставляется право преданія военно-полевого суду въ томъ случаѣ, „когда учиненіе преступнаго дѣянія лицомъ, подсуднымъ военному суду, является настолько очевиднымъ, что нѣтъ надобности въ его разслѣдованіи“ (Уст. воен.-суд. 1278<sup>1</sup> съ прим.).

Отъ судовъ военнаго вѣдомства обращаемся къ судамъ военно-морского вѣдомства. Военно-уголовно-морскіе суды дѣйствуютъ у насъ, въ качествѣ чрезвычайныхъ уг. судовъ, по различнымъ категоріямъ преступленій и проступковъ, въ портахъ, находящихся на военномъ положеніи, или на осадномъ положеніи, или на положеніи усиленной охраны, или на положеніи чрезвычайной охраны<sup>1)</sup>.

Въ качествѣ чрезвычайнаго уг. суда, посвященнаго разбирательству и рѣшенію уг. дѣлъ о тяжкихъ преступленіяхъ по существу, чаще всего выступаетъ изъ военно-уголовно-морскихъ судовъ военно-морской судъ (Воен.-морск. суд. уставъ. ст. 1; 4; 26/10; 1256).

Въ мѣстностяхъ, находящихся на военномъ положеніи, или на осадномъ положеніи, или на положеніи чрезвычайной охраны, высшему мѣстному начальнику портовъ или порта предоставляется право пре-

1) Исключительныя положенія. А. Военное положеніе. Св. Зак. Т. II. Св. Губ. Учрежденій. Общее Учрежденіе Губернское. Изд. 1892 г. ст. 23. Приложение къ статьѣ 23. „Правила о мѣстностяхъ, объявляемыхъ состоящими на военномъ положеніи“ (съ измѣненіями, по Прод. 12 г.). ст. 17; 19 п. 6—7 (срав. п. 10); 20. — Св. Морскихъ Постановленій. Кн. XVIII. Военно-морской судебный уставъ. Изд. 1886 г. Ч. II. Кн. IV. О производствѣ суда въ военное время. 1255; 1256; 1256<sup>1</sup>/10 съ прим., по Прод. 10 г.; 1256<sup>2</sup>/10—1256<sup>6</sup>/10.

Б. Осадное положеніе. Военно-морской судебный уставъ. ст. 1255; 1256; 1256<sup>1</sup>/10; 1256<sup>2</sup>/10 съ прим. 1/10 и 2/10; 1256<sup>3</sup>/10; 1256<sup>6</sup>/10. — Уставъ военно-судебный. ст. 1301. — Св. Зак. Т. II. Св. Губ. Учрежденій. Общее Учрежденіе Губернское. Изд. 1892 г. ст. 22. Приложение къ статьѣ 22. „Правила о правахъ и обязанностяхъ Комендантовъ крѣпостей по отношенію къ гражданскимъ властямъ и мѣстному населенію“, по закону 1887 г. Статьи этихъ „Правилъ“ 1887 г. должны быть замѣнены соотвѣтствующими статьями „Положенія объ управленіи крѣпостями“. Высочайше утвержденнаго въ 1901 г. Судебная и карательная власть начальника портовъ или порта, при осадномъ положеніи, опредѣляется не 15-й статей „Правилъ“ 1887 г., а тожественной съ нею 81-й статьѣй „Положенія объ управленіи крѣпостями“ 1901 г. и вышеозначенными статьями военно-морского судебного устава и устава военно-судебнаго.

В. Положеніе усиленной охраны. См. выше В (Положеніе усиленной охраны). с. 145 прим. 1.

Г. Положеніе чрезвычайной охраны. Св. Зак. Т. XIV. Уст. Пред. Изд. 1890 г. ст. 1 прим. 2. Приложение I къ ст. 1 (прим. 2). „Положеніе о мѣрахъ къ охраненію гос. порядка и обществ. спокойствія“ (съ измѣненіями, по Прод. 12 г.). ст. 26 п. 3 въ связи съ ст. 17 п. 1 и ст. 18. — Военно-морск. суд. уставъ. ст. 1256<sup>1</sup>/10.

данія военно-полевому морскому суду въ томъ случаѣ, „когда учиненіе преступнаго дѣянія лицомъ, подсуднымъ суду военно-морского вѣдомства, является настолько очевиднымъ, что нѣтъ надобности въ его разслѣдованіи“ (Военно-морск. суд. уставъ, 1256<sup>1</sup>/10).

Ни въ одномъ иностранномъ культ. государствѣ нѣтъ ничего подобнаго нашимъ военно-полевымъ и нашимъ военно-полевымъ морскимъ судамъ. Они являются самыми худшими изъ нашихъ уг. судовъ и справедливо осуждены и общественнымъ имѣніемъ и Гос. Думой<sup>1)</sup>.

Какъ военно-полевой, такъ и военно-полевой морской судъ составляется, по распоряженію главнаго начальника мѣстности, а обыкновенно — генераль-губернатора, изъ пяти офицеровъ „отъ войскъ“ или „Морского вѣдомства“, по принадлежности, приступаетъ къ разбору дѣла немедленно, по сформированіи, и оканчиваетъ „разсмотрѣніе онаго не далѣе какъ въ теченіе двухъ сутокъ“. Разбирательство происходитъ при закрытыхъ дверяхъ. Приговоръ вступаетъ въ законную силу немедленно, по объявленіи его на судѣ, и безотлагательно, а во всякомъ случаѣ не позже сутокъ приводится въ исполненіе. Приговоры же этихъ судовъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ присуждаютъ виновнымъ смертную казнь. „За полгода“, говоритъ Н. И. Фалѣевъ, считая время съ 26 августа 1906 г. по 1 февраля 1907 г. (Шесть мѣсяцевъ военно-полевой юстиціи. Былое. 1907. № 2. с. 80), „военно-полевые суды рассмотрѣли свыше 1100 дѣлъ о подсудимыхъ, изъ которыхъ около 52 человекъ оправдано, около 85 лицъ приговорено къ наказаніямъ лишеніемъ свободы, и къ смертной казни за шесть мѣсяцевъ приговорено около 950 человекъ“.

17 апрѣля 1907 года Гос. Дума II-го созыва (Стенограф. отчетъ. Гос. Дума. Сессія II. 29-е засѣданіе) одобрила выработанный ею законопроектъ, которымъ предположено отмѣнить положеніе совѣта министровъ объ учрежденіи военно-полевыхъ судовъ, Высочайше утвержденное, въ порядкѣ 87-й статьи нашего свода основныхъ гос. законовъ (Св. Зак. Т. I. Ч. I. Изд. 1906 г.), Государемъ Императоромъ 19 августа 1906 г. (Собр. уз. 1906 г. Отд. I. № 206. ст. 1361).

Гос. же Совѣтъ въ засѣданіи 2 мая 1907 г., согласно желанію, высказанному министромъ юстиціи И. Г. Щегловитовымъ, отклонилъ этотъ законопроектъ, хотя и незначительнымъ большинствомъ голосовъ [Виржевыя Вѣдомости. Второе изданіе. Спб. 1907. № 104].

Отъ судовъ военно-морского вѣдомства переходимъ къ чрезвычайному разбирательству и рѣшенію уг. дѣлъ высшимъ мѣстнымъ начальствомъ, уже отмѣченному нами выше (с. 131—134).

Въ мѣстностяхъ, находящихся на военномъ положеніи, на осад-

1) А. С. Лыкошинъ — Военно-полевые суды. Право. 1906. № № 34; 35. — В. Д. Набоковъ — Скорострѣльные суды и „разъясненія совѣта министровъ“. Право. 1906. № 41. — Н. И. Фалѣевъ — Шесть мѣсяцевъ военно-полевой юстиціи. Былое. Спб. 1907. № 2. — Стенографич. отчетъ. Гос. Дума. Созывъ Второй. Сессія II. Засѣданія: 8-е (12 марта 1907 г. Обсужденіе заявленія 44 членовъ Гос. Думы объ отмѣнѣ военно-полевыхъ судовъ); 9-е (13 марта, Тоже); 29-е (17 апрѣля. Принятіе законопроекта объ отмѣнѣ Высочайше утвержденного положенія Совѣта Министровъ отъ 19 августа 1906 г. объ учрежденіи военно-полевыхъ судовъ).

номъ положеніи, на положеніи чрезвычайной охраны или на положеніи усиленной охраны, высшіе мѣстные начальники, указанные закономъ, являются чрезвычайными уг. судами: какъ по нарушеніямъ обязательныхъ постановленій, изданныхъ этими начальниками, такъ и по довольно многимъ проступкамъ, предусмотрѣннымъ уг. законами, влекущимъ наказанія не выше особо узаконенныхъ размѣровъ.

Этими высшими мѣстными начальниками, какъ намъ уже извѣстно, служатъ: а) въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на положеніи усиленной или чрезвычайной охраны, — генераль-губернаторы, въ губерніяхъ же, не подчиненныхъ генераль-губернаторамъ, — губернаторы и градоначальники, б) въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи, — главнокомандующій, командующій арміею, генераль-губернаторъ и лицо, облеченное властью генераль-губернатора, а въ портахъ — и другія лица, и, наконецъ, в) въ крѣпостяхъ, находящихся на военномъ положеніи или на осадномъ положеніи, — коменданты крѣпостей.

Наказанія, наложимыя этими высшими мѣстными начальниками, по собственному усмотрѣнію, безъ суд. приговора, не должны, по закону, превосходить: а) трехмѣсячнаго ареста или пятисотрублевого штрафа — при положеніи усиленной охраны, б) трехмѣсячнаго заключенія подъ арестомъ, или въ тюрьмѣ, или въ крѣпости или трехтысячнаго штрафа — при положеніи чрезвычайной охраны и в) трехмѣсячнаго заключенія въ тюрьмѣ или крѣпости или трехтысячнаго штрафа — при военномъ или осадномъ положеніи.

**§ 58. Обыкновенные уголовные суды и ихъ подраздѣленіе на общіе и особенные.** Обыкновенные уг. суды раздѣляются на 2 подразяда: на общіе и особенные.

Устройство общихъ уг. судовъ, при правильной строительной дѣятельности законодателя, болѣе или менѣе сильно разнится отъ устройства особенныхъ.

Это зависитъ, при прочихъ равныхъ условіяхъ, отъ того, что общіе уг. суды приспособлены, по своему устройству, къ отправленію уг. правосудія, при общераспространенныхъ обстоятельствахъ, постоянно существующихъ въ народ. жизни, какъ бы въ видѣ общаго правила; между тѣмъ какъ особенные уг. суды принаровлены, по своему устройству, къ отправленію уг. правосудія, при особенныхъ обстоятельствахъ, также постоянно существующихъ въ народ. жизни, но только какъ бы въ видѣ исключенія изъ общаго правила.

**§ 59. Общіе уголовные суды и ихъ подраздѣленіе на три класса:** на суды для предварительнаго производства уголовныхъ дѣлъ, суды для первоначальнаго разбирательства и рѣшенія уголовныхъ дѣлъ, по существу, и поправочные суды. Общіе уг. суды подраздѣляются на 3 класса.

Къ I-му классу принадлежатъ общіе уг. суды, предназначенные для предварительнаго изслѣдованія уг. дѣлъ. Эти суды можно назвать судами предварительнаго производства. Они предохраняютъ дальнѣйшіе суды отъ судебныхъ ошибокъ въ фактической и отчасти въ

юридической сторонѣ уг. дѣлъ, въ случаяхъ дальнѣйшаго разбирательства и рѣшенія этихъ дѣлъ, по существу.

Ко II-му классу относятся общіе уг. суды, устроенные для первоначальнаго разбирательства и рѣшенія уг. дѣлъ, по существу. Эти суды извѣстны подъ именемъ уг. судовъ I-й инстанціи:

Наконецъ, къ III-му классу принадлежать общіе уг. суды, предназначенные для исправленія судебныхъ ошибокъ и злоупотребленій, учиненныхъ, т. е. сдѣланныхъ или допущенныхъ, уг. судами, при отправленіи уг. правосудія, въ фактической и правовой или только въ правовой сторонѣ уг. дѣлъ. Эти суды III-го класса можно назвать вообще поправочными уг. судами.

Злоупотребленіе или ошибка относится къ фактической сторонѣ уг. дѣла тогда, когда уг. судъ умышленно или неумышленно, но во всякомъ случаѣ несогласно съ дѣйствительностью, опредѣлилъ факты, характеризующіе уг. правонарушеніе или преступника, напр., призналъ виновнаго невиннымъ, или умышленное преступленіе неосторожнымъ, или тайное похищеніе явнымъ.

Напротивъ, злоупотребленіе или ошибка касается юридической стороны уг. дѣла тогда, когда уг. судъ умышленно или неумышленно, но во всякомъ случаѣ неправильно, примѣнилъ или не примѣнилъ относящіяся къ дѣлу, дѣйствующія постановленія уголовного, или уголовно-судебнаго, или даже иного права. Напр., уг. судъ отказалъ въ допросѣ явившагося свидѣтеля, очевидца, или приговорилъ наказаніе, несмотря на истеченіе уголовно-обвинительной давности, или, признавъ преступника виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ, присудилъ къ наказанію, узаконенному за предумышленное убійство, или, несмотря на представленіе купчей крѣпости на землю обвиняемымъ въ порубкѣ деревьевъ, не приостановилъ уг. преслѣдованія, для рѣшенія преюдиціального вопроса о правѣ собственности обвиняемаго на срубленные деревья, но призналъ обвиняемаго виновнымъ въ порубкѣ и приговорилъ къ наказанію.

Устройство общихъ уг. судовъ одного класса обыкновенно отличается отъ устройства общихъ уг. судовъ другого класса. Эта разница, при прочихъ равныхъ условіяхъ, зависитъ отъ особенностей той отвлеченной классовой цѣли, для осуществленія которой устроенъ данный классъ этихъ судовъ. Съ этими различіями мы познакомимся въ послѣдствіи.

**§ 60. I. Общіе уголовные суды предварительнаго производства и ихъ подраздѣленіе на двѣ категоріи: на суды предварительнаго слѣдствія и суды предварительной оцѣнки обвиненія.** Общіе уг. суды, предназначенные для предварительнаго изслѣдованія уг. дѣлъ, существуютъ у всѣхъ культ. народовъ. Эти уг. суды распространяютъ свою дѣятельность: 1) на всѣ уг. правонарушенія первостепенной важности, извѣстныя обыкновенно подъ именемъ преступлений [*crime, Verbrechen*], а, по выраженію нашего уг. уложенія [ст. 3], — подъ именемъ тяжкихъ преступленій, и 2) на всѣ или, по крайней мѣрѣ, на нѣкоторыя уг. правонарушенія второстепенной важности,

называемая обыкновенно проступками [délit, Vergehen], а въ нашемъ уг. уложеніи — преступленіями. Уголовныя же правонарушенія третьестепенной важности или маловажныя, извѣстныя подъ именемъ нарушеній (contravention, contravvenzione, Übertretung), называемыя въ нашемъ уг. уложеніи, вмѣстѣ со многими изъ уг. правонарушеній второстепенной важности, проступками, не подлежатъ вѣдѣнію уг. судовъ предварительнаго производства. (Пусторослевъ — Рус. уг. право. Общ. ч. 1912. Вып. I. с. 185—188).

Общіе уг. суды предварительнаго производства подраздѣляются на 2 категоріи: на суды предварительнаго слѣдствія (а) и суды предварительной оцѣнки обвиненія, извѣстные подъ именемъ камеръ преданія суду (б).

### § 61. а. Общіе уголовные суды предварительнаго слѣдствія<sup>1)</sup>. Судъ предварительнаго слѣдствія имѣетъ главной цѣлью изслѣдовать

1) А. Лохвицкій — Судебные слѣдователи. Русское Слово. Спб. 1860. № 10. — Р—ъ—О должности судебныхъ слѣдователей. Юридическій Вѣстникъ, издаваемый Н. Калачевымъ. Спб. 1860—1861. Вып. 2. с. 74—76. — А. Квачевскій — Объ уголовныхъ слѣдствіяхъ. Ж. М. Ю. 1863. № 2. — Квачевскій — Объ уголовномъ преслѣдованіи, дознаніи и предварительномъ изслѣдованіи преступленій по судебнымъ уставамъ 1864 года. Теоретическое и практическое руководство. Спб. Часть I — Объ уголовномъ преслѣдованіи и объ искѣ о вознагражденіи за вредъ и убытки отъ преступленія, 1866; Ч. II — О дознаніи и розыскѣ, 1867; Ч. III — О предварительномъ слѣдствіи. Вып. 1-й 1869 г. и вып. 2-й 1870 г. — И. М. Угрюмовъ — Судебный слѣдователь. Пространное руководство для производства уголовныхъ слѣдствій съ приложеніемъ образцовъ и формъ. Москва. 1868. — П. В. Макалинскій — Практическое руководство для судебныхъ слѣдователей, состоящихъ при окружныхъ судахъ. Дополнено В. П. Ширковымъ. Спб. (1-е изд. Ч. I. 1870; Ч. II, 1871). 6-е посмертное изд. Ч. I—II. 1907. — О правахъ лицъ, командированныхъ къ отправленію должности судебныхъ слѣдователей. Суд. Вѣстникъ. 1871. № 78. — Г. Ладохинъ — Какое имѣютъ значеніе чиновники для производства слѣдствій? Суд. Вѣстникъ. 1871. № 191. — Головачевъ — Судебная реформа. Вѣст. Е. 1872. № 2. — Головачевъ — Десять лѣтъ реформъ, 1861—1871. Спб. 1872. Отд. III. — Н. П. Тимоѣевъ — Записки слѣдователя. Спб. 1872. — Тимоѣевъ — Изъ воспоминаній судебного слѣдователя. Москва. 1878. — Н. Т. — Судебный слѣдователь по судебнымъ уставамъ и въ дѣйствительности. Ж. Г. У. П. 1881. №№ 3—4. — К. А. — Наблюденія и замѣтки объ условіяхъ слѣдственной дѣятельности въ провинціи. Судебный Журналъ. Спб. 1873. № 5—6. Та же статья напечатана въ посмертномъ изданіи сочиненій К. Д. Анциферова: К. Д. Анциферовъ — Сборникъ статей и замѣтокъ по уголовному праву и судопроизводству. Спб. 1898. с. 333—393. — И. Дьяковъ — Наши исправляющіе должность судебныхъ слѣдователей. Суд. Вѣстникъ. 1874. №№ 148; 149. — А. Соколовъ — Недостатки въ производствѣ предварительныхъ слѣдствій. Ю. В. 1876. № 1—2. — А. А. Соколовъ — Записки судебного слѣдователя. Москва. 1886. — А. А. Соколовъ — Практическое руководство для судебныхъ слѣдователей. Вильна. Т. I. 1891; Т. II. Вып. 1. 1893, вып. 2. 1894; Т. III. 1898. — А. Соколовъ — Общія соображенія объ основнѣхъ положеніяхъ предварительнаго производства въ уголовномъ процессѣ. Ж. Ю. О. 1895. № 6. — Н. Коркуновъ — Юридическая хроника (къ 15-лѣтнію судебныхъ уставовъ). Ж. Г. У. П. 1879. № 2. — Д. — Къ вопросу объ улучшеніи Закавказскихъ слѣдствій. Юридическое Обзорніе, Спб. 1881. №№ 7; 9. — Н. Хризоменовъ — О недостаткахъ слѣдственной части по судебнымъ уставамъ 20 ноября 1864 г. Ж. Г. У. П. 1881. № 2. — А. Вульффертъ — Къ вопросу о реформѣ предварительнаго слѣдствія. Prins, Etude comparative

и опредѣлить, вѣроятно ли, что произошло разглашаемое событіе или дѣяніе, имѣющее признаки уголовного правонарушенія, и если — да,

sur la procédure pénale à Londres et en Belgique. Bruxelles. 1879. Ю. В. 1881. № 2. — А. К. Вульфѣртъ — Реформа предварительнаго слѣдствія во Франціи. Ж. М. Ю. 1897. № 2. Обзоръ иностр. законод. — Вульфѣртъ — Законъ (8 декабря 1897 года) о реформѣ предварительнаго слѣдствія во Франціи. Ж. М. Ю. 1898. № 1. Обзоръ ин. зак. — Вульфѣртъ — Еще о совмѣщеніи должностей судьи и судебного слѣдователя. Право. 1901. № 19. — Вульфѣртъ — Еще о судьяхъ-слѣдователяхъ. Вѣст. П. 1901. № 10. — В. В. Азарьевъ и А. З. Соколовскій — Практическое руководство о срокахъ и способахъ обжалованія частныхъ опредѣленій, рѣшеній и приговоровъ мировыхъ учреждений и общихъ судовъ, а также распоряженій и дѣйствій судебныхъ слѣдователей, судебныхъ приставовъ, нотариусовъ и прочихъ должностныхъ лицъ судебного вѣдомства по рѣшеніямъ гражданскаго и уголовного кассационныхъ департаментовъ Правительствующаго Сената, съ 1866 по 1880 годъ. Спб. 1881. — W. N. — О слѣдственной части въ Закавказьѣ. Ю. В. 1881. № 3. — И. Фойницкій — Предварительное слѣдствіе и его реформа. Ж. Г. У. П. 1882. № 1. — Е. Пушкинъ — По поводу предстоящей реформы слѣдственной части. Ю. В. 1882. № 3. — Матеріалы для пересмотра законоположеній о порядкѣ производства предварительныхъ слѣдствій. 2 части съ приложеніемъ. (Приложеніе — Отчетъ 1870 г. Высочайше учрежденной въ 1869 году Коммисіи для изслѣдованія недостатковъ современнаго состоянія слѣдственной части). Составилъ С. Г. Щегловитовъ. Спб. Часть 1. 1882; Ч. II. 1883. — М. Гордонъ — Слѣдственно-уголовные этюды. Криминалистъ. Спб. 1882. №№ 10; 14. — А. Борисовъ — Къ вопросу о реформѣ предварительнаго слѣдствія. Криминалистъ. 1882. № 13. — Г. Градовскій — Азбучныя понятія о судѣ. Необходимость преобразованія предварительнаго слѣдствія. Суд. Газета. Спб. 1883. № 15. — Сергѣй Хрулевъ — Суды и судебные порядки. Ю. В. 1884. № 9. — Я. Городыскій — О производствѣ предварительныхъ слѣдствій по дѣламъ о банковыхъ хищеніяхъ. Ж. Г. У. П. 1884. № 2. — Городыскій — Обстановка дѣятельности судебныхъ слѣдователей. Ж. Г. У. П. 1884. №№ 9; 10. — Городыскій — О пререканіяхъ между судебными слѣдователями. Ж. Г. У. П. 1888. №№ 9; 10. — Н. Селивановъ — Судебно-полицейскій розыскъ у насъ и во Франціи. Ю. В. 1884. №№ 2; 7. — Селивановъ — Разныя извѣстія и замѣтки. Къ вопросу объ обремененности слѣдователей дѣлами. Ю. В. 1885. № 9. — М. Красовскій — Слѣдственная часть въ Закавказскомъ краѣ. Ж. Г. У. П. 1885. № 9. — Красовскій — Полиція и прокуратура въ Закавказскомъ краѣ и ихъ отношенія къ слѣдственной власти. Ж. Г. У. П. 1886. № 8. — В. Я. Фуксъ — Слѣдователи, обвинители и защитники. Р. В. 1886. Т. 181. — Фуксъ — Судъ и полиція. 1889. Ч. I. с. 238—256; Ч. II. 31—41. — А. К. Рѣпинскій — Сборникъ разъясненій по процессуальнымъ вопросамъ предварительнаго слѣдствія. Спб. 1886. — Н. Смирновъ — Предварительное слѣдствіе по циркулярамъ и инструкціямъ Министерства Юстиціи и циркулярнымъ указамъ Сената. Спб. 1888. — И. Щегловитовъ — Предѣлы изслѣдованія на предварительномъ слѣдствіи по судебнымъ уставамъ. Ж. Г. У. П. 1889. № 8. — И. Щегловитовъ — Слѣдственная часть за двадцать пять лѣтъ. Ж. Г. У. П. 1889. № 9. — И. Щегловитовъ — Разногласія научной литературы о реформѣ предварительнаго слѣдствія. Право. 1902. № 48. — М. А. Горановскій — Практическое руководство для судебныхъ слѣдователей при окружныхъ судахъ. Спб. 1889. — П. Н. Обнинскій — Предстоящая реформа въ нашей слѣдственной части, какъ средство устраненія замѣчаемыхъ въ ней недостатковъ (изъ наблюденій бывшаго прокурора). Ю. Б. 1891. № 1. — Обнинскій — Законъ и бытъ. Москва. 1891. Вып. I. с. 1—93. — В. Лутковскій — Руководство для судебныхъ слѣдователей и исполняющихъ ихъ обязанности кандидатовъ на судебныя должности. Москва. 1891. — Е. В. Евтихievъ — Десятилѣтіе закона 3 іюня 1879 года въ Европейской Россіи. Казань. 1891. — В. А. Волжинъ — Законъ и жизнь. Спб. 1891. Т. I—II. — Волжинъ — Изъ воспоминаній судебного слѣдователя. Спб. 1892. — Волжинъ — (Отвѣтъ на статью Д. Базилевича: „гдѣ истина“?). Суд. Газета. 1896. № 52. — Волжинъ —

то кто изъ людей и на основаніи какихъ доказательствъ можетъ быть привлеченъ къ уг. отвѣтственности за это дѣяніе. Раскрытіе фак-

По вопросу о судебныхъ слѣдователяхъ. Суд. Газета. 1897. № 10. — Волжинъ. — (Возраженіе на статью П. Х. Стаматова: „По вопросу о товарищахъ судебного слѣдователя“). Суд. Газета. 1898. № 19. — Волжинъ — Почему плохо поставлено наше слѣдственное дѣло. Суд. Газета. 1904. №№ 25; 26. — И. Соболевъ — Къ вопросу о слѣдственныхъ комиссіяхъ. Суд. Газета. 1893. № 36. — П. Пушкаревъ — Къ реформѣ предварительнаго слѣдствія. Суд. Газета. 1893. № 47. — Пушкаревъ — Предстоящаго измѣненія слѣдственной части. Суд. Газета. 1895. №№ 1; 11; 13. — А. И. Фридрихсъ — О преобразованіи слѣдственной части. Ж. М. Ю. 1894/95. № 3. — А. А. Левенстимъ — Предварительное слѣдствіе по руководству д-ра Ганса Гросса. Ж. М. Ю. 1894/95. № 5. — Левенстимъ — Предварительное слѣдствіе по Судебнымъ Уставамъ, его недостатки и мѣры къ улучшенію. Ж. М. Ю. 1894/95. № 11. — Совѣщаніе старшихъ предсѣдателей и прокуроровъ судебныхъ палатъ относительно: 1) реформы предварительнаго слѣдствія. Ж. М. Ю. 1894/95. № 11. — Л. Х. Сабининъ — Проектъ соединенія слѣдственной и судебной власти. Суд. Газета. 1895. № 46. — В. П. Даневскій — Наше предварительное слѣдствіе, его недостатки и реформа. Москва. 1895. — Н. Ф. Ильинъ — Справочная книга для судебныхъ слѣдователей и кандидатовъ на судебныя должности, производящихъ предварительныя слѣдствія по Судебнымъ Уставамъ. Спб. 1895. — Н. Оголѣвецъ — Записки бывшаго судебного слѣдователя. Сборникъ слѣдствій по разнымъ преступленіямъ. Ромны. 1895. — А. Буклевскій — Бездомные скитальцы. Московскія Вѣдомости. 1895. № 295. — Гр. Соллогубъ — Наше предварительное слѣдствіе. Русское Богатство. 1896. № 8. — Д. Базилевичъ — Причины упадка предварительнаго слѣдствія и мѣры къ его поднятію. Орель. 1896. — Базилевичъ — Насколько обременены слѣдователи работою. Суд. Газета. 1896. № 35. — Базилевичъ — Гдѣ истина? Суд. Газета. 1896. № 49. — Ф. Клингбергъ — Къ вопросу о преобразованіи предварительнаго слѣдствія. Ж. Ю. О. 1896. № 5. — В. Ѳедотовъ-Чеховской — Къ вопросу объ улучшеніи слѣдственной части въ Россіи. Ж. Ю. О. 1897. № 4. — П. Стаматовъ — Судебные слѣдователи и участковые судьи. Ж. Ю. О. 1897. №№ 7; 8. — П. Х. Стаматовъ — По вопросу о товарищахъ слѣдователей. Суд. Газета. 1898. № 14. — Стаматовъ — Il vaut mieux tard que jamais. Суд. Газета. 1904. № 27. — I. Гессенъ — Реформа предварительнаго слѣдствія во Франціи. Ж. М. Ю. 1898. № 5. — В. С. Малченко — Слѣдователь, полиція и прокуратура въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ. Сборникъ правовѣднія и обществ. знаній. 1898. № 8. — Малченко — Къ вопросу о слѣдствіяхъ по „важнѣйшимъ“ дѣламъ. Вопр. П. 1910. № 2. — Л. Н. — Судья-слѣдователь. Суд. Газета. 1898. № 15. — Д. Л. — Соединеніе функций слѣдователя и судьи. Право. 1900. № 40. — Н. В. Давыдовъ — О предварительномъ слѣдствіи по судебнымъ уставамъ Императора Александра II. Право. 1900. №№ 47; 48. — З. Баранцевичъ — Идеи и принципы судебного слѣдователя. Спб. 1901. — Я. К. Городыскій — Наши суды и судебные порядки по даннымъ ревизіи 1895 года. Ж. М. Ю. 1901. № 3. — М. М. Абрашкевичъ — Замѣтки о предварительномъ производствѣ по уголовнымъ дѣламъ въ Пруссіи. Ж. М. Ю. 1901. № 10. — К. П. Змировъ — Къ вопросу объ организациі мѣстной юстиціи. Ж. М. Ю. 1901. № 3. — Змировъ — (Отвѣтъ на статью проф. А. К. Вульфберга о совмѣщеніи должностей судьи и слѣдователя). Юрид. Газета. 1901. № 66. — Сибирскій мировой судья-слѣдователь. Юрид. Газета. 1901. № 83. — Н. В. Тяжеловъ — Изъ воспоминаній и записокъ судебного слѣдователя. Киевъ. 1901. — Н. М. Терновскій — Исповѣдь стараго судебного слѣдователя. Житомиръ. 1901. — О. Нильсенъ — Предварительное слѣдствіе. Спб. 1902. — Н. А. Елачичъ — Розыскное и состязательное начала на предварительномъ слѣдствіи. Ж. М. Ю. 1903. № 3. — О. Португаловъ — Изъ прошлой судебной дѣятельности. Юрид. Газета. 1903. №№ 65; 66; 72; 76; 84. — В. Литвиновъ — Изъ записокъ судебного слѣдователя. Юрид. Газета. 1903. №№ 73; 74; 75. — К. Дворжицкій — Изъ записокъ судебного слѣдователя. Юрид. Газета. 1903. № 87. — Староустанов-

тической стороны уг. дѣла и отчасти юридической, безпристрастное основательное констатированіе и выясненіе доказательствъ, какъ въ интересахъ обвиненія, такъ и въ интересахъ защиты, не въ виду немедленнаго, а въ виду будущаго возможнаго разбирательства и рѣшенія уг. дѣла по существу, вотъ — главныя задачи предварительнаго слѣдствія.

Общіе уг. суды предварительнаго слѣдствія существуютъ во всѣхъ культ. государствахъ, но имѣютъ далеко не одинаковое устройство, функціи, права и обязанности.

Культ. государства дѣлятся въ этомъ отношеніи на 2 группы. Къ I-й принадлежитъ Англія и Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, а ко II-й — культ. государства континентальной Европы.

Въ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, по общему правилу, предварительное слѣдствіе производятъ сами стороны, подъ надзоромъ и властью единоличнаго судьи, извѣстнаго подъ именами мирового или полицейскаго судьи или рикордера въ Англіи и подъ разными именами въ Америкѣ. Этотъ судья не имѣетъ права самъ: ни начать, ни производить предварительнаго слѣдствія. Оно начинается лишь по ходатайству обвинителя, а производится самими сторонами. Судья же довольствуется тѣмъ, что облакаетъ заявленія сторонъ въ юридическую форму, удостовѣряетъ законнымъ образомъ существованіе и содержаніе нѣкоторыхъ доказательствъ, а въ особенности неспособныхъ къ воспроизведенію вполнѣ или трудно воспроизводимыхъ, обсуждаетъ и, въ случаѣ признанной имъ

ный — „Исправляющіе должность“ судебного слѣдователя. Судеб. Обзоріе. 1904. № 25. — Объ утвержденныхъ судебныхъ слѣдователяхъ. Суд. Газета. 1904. № 11. — Радамантъ — (По поводу статьи объ утвержденныхъ судебныхъ слѣдователяхъ). Суд. Газета. 1904. № 15. — Радамантъ — Обмолвки и недомолвки Ѳемиды. Суд. Газета. 1904. №№ 28; 29; 31. — Воскрешеніе слѣдователя-судьи. Суд. Газета. 1904 № 21. — Прокурорскій и предсѣдательскій надзоръ за судебными слѣдователями. Суд. Газета. 1904. № 36. — М.-А. Горановскій — Въ правѣ ли судебный слѣдователь оставить безъ исполненія предложеніе прокурорскаго надзора о дополненіи слѣдствія, если признаетъ требуемое дополненіе нецѣлесообразнымъ по несущественности его для дѣла? Ж. М. Ю. 1907. № 6. — Гансъ Гроссъ — Руководство для судебныхъ слѣдователей, какъ система криминалистики. Переводъ съ нѣмец. Съ 4-го изд. перевели Л. Дудкинъ и Б. Зилтеръ. Спб. 1908. — П. И. Люблинскій — Къ реформѣ уголовного процесса въ Германіи. Право. 1909. №№ 46; 47. — А. Вайнгардъ — Уголовная тактика. Руководство къ разслѣдованію преступленій. Перев. съ нѣмецк. В. М. Боремовича. Овручъ. 1910. — И. Хейфецъ — Пререканія слѣдователя съ прокуроромъ. Ж. М. Ю. 1911. № 8. — В. О. Жербецовъ — Предварительное слѣдствіе. 2-е изд. Спб. 1911. — В. І. Громовъ — Судебный слѣдователь. Бытовья и юридическія обособванія дѣятельности судебного слѣдователя. Ж. М. Ю. 1912. №№ 7; 8; 9. — С. А. Алякринскій — Схема предварительнаго слѣдствія по Уставу Уголовнаго Судопроизводства съ разъясненіями Правительствующаго Сената, циркулярными распоряженіями Министра Юстиціи и руководящими положеніями юридической литературы. Практическое пособіе для судебныхъ слѣдователей и кандидатовъ на судебныя должности. Подъ редакціей и съ дополненіями А. В. Скопинскаго. Москва. 1912. — Къ вопросу о постановленіяхъ судебныхъ слѣдователей. (Замѣтки стараго судьи). Ж. У. П. П 1913. № 1. — А. И. Люблинскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 5. с. 99—115; 117—119.

надобности, разрѣшаетъ сторонамъ принятіе мѣръ, выходящихъ за предѣлы власти сторонъ, сдерживаетъ дѣятельность сторонъ по производству предварительнаго слѣдствія въ границахъ правомѣрности и принимаетъ мѣры къ устраненію уклоненій обвиняемаго отъ слѣдствія и суда.

Въ видѣ исключенія, однако, производство предварительнаго слѣдствія по дѣламъ о насильственной смерти въ Англіи и по дѣламъ о насильственной смерти или опасномъ пораненіи въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки, напр., въ Штатѣ Нью-Йоркъ, лежитъ на обязанности особаго должностнаго лица, называемаго корднеромъ. Не дожидаясь ничьихъ жалобъ или требованій, онъ самъ, по обязанности, приступаетъ къ предварительному слѣдствію и производить его: въ Англіи — съ коллегіей 12 присяжныхъ, а въ Соединенныхъ Штатахъ въ однихъ случаяхъ — единолично, а въ другихъ — съ коллегіей присяжныхъ. Напр., въ Штатѣ Нью-Йоркъ коронеръ производитъ предварительное слѣдствіе единолично въ томъ случаѣ, когда смерть или опасное пораненіе произошли въ графствѣ, имѣющемъ, по послѣдней переписки, не болѣе 50000 жителей. Если же смерть или опасное пораненіе произошли въ графствѣ, имѣющемъ болѣе 50000 жителей; въ такомъ случаѣ предварительное слѣдствіе производится корднеромъ съ коллегіей присяжныхъ въ числѣ не менѣе 9 и не болѣе 15 человекъ (Нью-Йоркскій уставъ уг. суд. ст. 773).

По окончаніи предварительнаго слѣдствія, произведеннаго коронеромъ съ коллегіей присяжныхъ, эта коллегія рѣшаетъ вопросы, слѣдуетъ ли предположить въ данномъ случаѣ преступленіе, и если — да, то можно ли предать опредѣленное лицо суду присяжныхъ, по обвиненію въ опредѣленномъ преступленіи, для разбирательства и рѣшенія дѣла, по существу, или можно только привлечь кого-нибудь въ присяжный судъ предварительной оцѣнки обвиненія для рѣшенія вопроса лишь о преданіи суду присяжныхъ.

По свидѣтельству Кенни, однако, англійская практика послѣдняго времени идетъ въ томъ направленіи, что присяжные коронера, предпологая въ данномъ случаѣ насильственной смерти преступленіе со стороны опредѣленнаго лица, постановляютъ лишь о привлеченіи этого лица къ присяжному суду предварительной оцѣнки обвиненія для рѣшенія вопроса о преданіи суду присяжныхъ.

Въ случаѣ отрицательнаго рѣшенія по вопросу о возможности существованія преступленія въ изслѣдуемомъ событіи, уг. преслѣдованіе прекращается, по опредѣленію самой коллегіей присяжныхъ съ коронеромъ.

Судъ предварительнаго слѣдствія во Франціи и Италиіи воплощается въ лицѣ профессиональнаго слѣдственнаго судьи.

Въ Австріи, Венгріи, Германіи и Россіи судами предварительнаго слѣдствія служатъ: единоличный коронный судья и коллегіальный судъ изъ коронныхъ судей, засѣдающій въ составѣ 3 лицъ судейскаго званія съ предсѣдательствующимъ включительно.

Единоличный коронный судья служитъ гос. органомъ для производства предварительныхъ слѣдствій. Коллегіальный же коронный

судъ является гос. органомъ, предназначеннымъ для обсужденія и рѣшенія всѣхъ или, по крайней мѣрѣ, нѣкоторыхъ изъ важныхъ вопросовъ предварительнаго слѣдствія.

Эта двойственная система судовъ предварительнаго слѣдствія, при правильной ея организаци, гораздо способнѣе другихъ системъ прочно обезпечить доброкачественное производство предварительныхъ слѣдствій въ культ. государствѣ, соотвѣтственно интересамъ возможно большаго народ. благосостоянія.

Единоличными судейскими органами предварительнаго слѣдствія служатъ: а) въ Австріи, Венгрии и Германіи — слѣдственный судья и, въ видѣ исключенія, участковый судья, б) въ Италіи — слѣдственный судья и, въ качествѣ исключенія, преторъ и в) въ Рос. Имперіи — судебный слѣдователь, судебный слѣдователь по важнѣйшимъ дѣламъ, судебный слѣдователь по особо важнымъ дѣламъ, членъ окружнаго суда и участковый или добавочный мировой судья или помощникъ мирового судьи.

Судебный слѣдователь, судебный слѣдователь по важнѣйшимъ дѣламъ и судебный слѣдователь по особо важнымъ дѣламъ состоятъ, при окружномъ судѣ (Уч. 79 съ прим.; 79<sup>1</sup>/12; 79<sup>2</sup>/12).

Суд. слѣдователь по важнѣйшимъ дѣламъ находится обыкновенно при каждомъ окружномъ судѣ. Нѣкоторые же изъ окружныхъ судовъ, а именно — окружные суды, разбирающіе ежегодно очень большое число уг. дѣлъ, напр., столичные, имѣютъ по нѣсколько такихъ слѣдователей. Суд. слѣдователь по важнѣйшимъ дѣламъ производитъ предварительныя слѣдствія, по предложенію прокурора этого суда, на пространствѣ всего округа этого суда (Уч. 79<sup>1</sup>/12. — У. 288<sup>1</sup>/12).

Суд. слѣдователи по особо важнымъ дѣламъ состоятъ только при окружныхъ судахъ, находящихся въ городахъ мѣстопребыванія суд. палатъ. Эти слѣдователи приступаютъ къ производству предварительныхъ слѣдствій: 1) по предложенію прокурора окружнаго суда — на пространствѣ всего округа этого суда, 2) по предложенію прокурора судебной палаты — на пространствѣ всего ея округа и 3) по предложенію министра юстиціи — на пространствѣ всей Рос. Имперіи (Уч. 79<sup>2</sup>/12. — У. 288<sup>1</sup>/12).

Суд. слѣдователь имѣетъ, по общему правилу, свой участокъ и производитъ предварительныя слѣдствія въ этомъ участкѣ. Этотъ участокъ занимаетъ нѣкоторую часть округа, принадлежащаго окружному суду (Уч. 79. — У. 288). Но суд. слѣдователи, состоящіе при с.-петербургскомъ окружномъ судѣ, опредѣленные для предварительныхъ слѣдствій въ столицѣ, производятъ эти слѣдствія на всемъ пространствѣ города Петербурга (Уч. 79 прим. — У. 228<sup>1</sup>/12).

Въ случаѣ надобности, окружные суды имѣютъ право, въ видѣ временной мѣры, возлагать, по предложеніямъ прокуроровъ, производство предварительныхъ слѣдствій въ своихъ округахъ на своихъ членовъ (Уч. 80 прим. 2/12).

При окружныхъ судахъ, находящихся въ округахъ иркутской, омской и ташкентской судебныхъ палатъ, есть суд. слѣдователи, но только въ очень небольшомъ количествѣ (Уч. 633/12; 657/12). Объ-

занности же участковыхъ суд. слѣдователей обыкновенно исполняются состоящими при этихъ окружныхъ судахъ (Уч. 635/12; 659/12), участковыми и добавочными мир. судьями (Уч. 631/12; 655/12).

Въ черноморской губерніи, входящей въ округъ екатеринодарскаго окружнаго суда, обязанности участковыхъ суд. слѣдователей исполняются участковыми мир. судьями (Уч. 461<sup>7</sup>/12), въ округѣ архангельскаго окружнаго суда — участковыми и добавочными мир. судьями (Уч. 614/12), а въ округахъ тифлискаго, кутаисскаго, елисаветпольскаго, эриванскаго и бакинскаго окружныхъ судовъ — мир. судьями и ихъ помощниками въ территоріальныхъ мировыхъ отдѣлахъ (Уч. 449/12). Всѣ эти мир. судьи и ихъ помощники состоятъ при окружныхъ судахъ (Уч. 452/12; 453/12; 461<sup>5</sup>/12; 612/12). Участковыхъ же суд. слѣдователей въ этихъ мѣстностяхъ не имѣется.

Соединеніе функций мирового судьи съ функциями судебного слѣдователя въ рукахъ одного и того же человѣка оказалось очень неудачнымъ. Исполнять хорошо тѣ и другія функции одному и тому же лицу, при значительномъ числѣ какъ слѣдовательскихъ, такъ и мировыхъ дѣлъ, обыкновенно нѣтъ никакой возможности, такъ какъ у обыкновеннаго средняго человѣка не хватаетъ для этого ни силъ, ни времени. Кромѣ того, слѣдовательскія функции въ большинствѣ случаевъ настоятельно требуютъ безотлагательнаго исполненія, а потому, при соединеніи этихъ функций съ функциями мир. судьи въ рукахъ одного и того же лица, выполняются въ первую очередь, въ ущербъ законному своевременному исполненію функций мирового судьи.

На это обращено вниманіе Гос. Думой третьяго созыва и Гос. Думой четвертаго созыва. „Принимая во вниманіе крайнюю недостаточность личнаго состава судебныхъ установленій Сибири, а также неудобства, проистекающія отъ совмѣщенія участковыми мировыми судьями въ Сибири обязанностей единоличнаго судьи по дѣламъ мировой подсудности и судебного слѣдователя“, Гос. Дума четвертаго созыва 18 іюня 1913 г., точь-въ-точь повторяя пожеланіе Гос. Думы третьяго созыва 12 мая 1911 г., въ свою очередь, выразила „пожеланіе, чтобы Министерство Юстиціи въ самомъ ближайшемъ времени выработало и внесло на уваженіе законодательныхъ учрежденій проектъ усиленія штатовъ судебныхъ мѣстъ названнаго края, сообразно дѣйствительной въ томъ потребности съ отдѣленіемъ слѣдственной части отъ судебно-мировой“ (Стенограф. отчетъ. Гос. Дума. Четвертый созывъ. Сессія I. Часть III. Засѣданіе 77-е, 18 іюня 1913 г., с. 2320—2321. — Стен. от. Гос. Дума. Третій созывъ. Сессія IV: Часть III. Засѣданіе 112-е, 12 мая 1911 г., с. 4183).

По свидѣтельству правительственной „справки о законопроектахъ, находящихся въ Гос. Думѣ и вносимыхъ на ея разсмотрѣніе“, отъ 15 октября 1913 г. (Россія. 1913 г. № 2429), министр юстиціи намѣренъ внести въ Гос. Думу законопроекты „о раздѣленіи въ Архангельской и Черноморской губерніяхъ, въ губерніяхъ и областяхъ Сибири, въ Закавказской краѣ и въ областяхъ Сырь-Дарьинской, Самаркандской, Ферганской, Семирѣченской, Закаспійской, Акмолинской, Семипалатинской, Уральской и Тургайской слѣдственныхъ и

мировыхъ обязанностей, возложенныхъ въ этихъ мѣстностяхъ на мировыхъ судей“.

Что касается до коллегіальныхъ судебныхъ органовъ предварительнаго слѣдствія, то ими служатъ: или коллегіальный уг. судъ изъ коронныхъ судей, предназначенный главнымъ образомъ для первоначальнаго разбирательства и рѣшенія уг. дѣлъ по уг. правонарушеніямъ средней важности, или особое отдѣленіе этого суда.

Такъ, въ Рос. Имперіи этимъ коллегіальнымъ органомъ является окружный судъ (У. 268; 275; 285; 354; 368<sup>1</sup>; 507), въ Австріи — совѣщательная камера суда I-й инстанціи, въ Венгріи — обвинительное отдѣленіе суда I-й инстанціи, называемое обвинительнымъ сенатомъ, и въ Германіи — уг. отдѣленіе земскаго суда.

**§ 62. 6. Общіе уголовные суды предварительной оцѣнки обвиненія<sup>1)</sup>.** Уг. судъ предварительной оцѣнки обвиненія имѣтъ

1) Глазеръ — О преданіи обвиняемыхъ уголовному суду. (Переводъ). Ж. М. Ю. 1868. Т. 35. Кн. 1. с. 60—82; кн. 3. с. 219—247. — К. Арсеньевъ — Преданіе суду и дальнѣйшій ходъ уголовного дѣла до начала судебного слѣдствія. Спб. 1870. — Т. Барсовъ — Объ участіи обвинительной и административной власти въ рѣшеніи вопросовъ о преданіи суду и прекращеніи дѣлъ. Страникъ. Спб. 1873. Т. 43. Кн. 10. — И. Фойницкій — Судебно-уголовные кодексы Германіи. Ж. Г. У. П. 1877. № 5. с. 46—50. — К. Анциферовъ — Законъ и практика преданія суду. Ю. В. 1878. № 1. Та же статья напечатана вторично: К. Д. Анциферовъ — Сборникъ статей и замѣтокъ по угол. праву и судопроизводству. с. 420—448. — Анциферовъ — Законъ и практика отмѣны опредѣленій обвинительной камеры. Ю. В. 1878. № 2. — А. Лонгиновъ — Объ обвинительныхъ камерахъ. Ж. Г. У. П. 1881. № 3. — И. Щегловитовъ — О прекращеніи уголовного преслѣдованія. Ж. Г. У. П. 1887. № 10. — И. Щегловитовъ — Наши обвинительныя камеры. Юрид. Газета. 1892. № 77. — И. Щегловитовъ — Существующія системы преданія суду по важнѣйшимъ уголовнымъ дѣламъ. Право. 1902. № № 22; 23. — В. Волжинъ — О преданіи суду за убійство при ненахожденіи трупа. Ж. Г. У. П. 1885. № 1. То же въ книгѣ Волжина: „Законъ и жизнь“, Т. 1. с. 318—344. — Волжинъ — Въ правѣ ли окружный судъ отмѣнять въ нѣкоторыхъ случаяхъ опредѣленія судебной палаты о преданіи суду? Юрид. Газета. 1892. № 27. — Сергѣй Хрулевъ — Судъ и судебные порядки. Очерки. Ю. В. 1885. № 3. — Мнимые преступники. Ю. Л. 1891. № 12. — О. Компанейцъ — О недостаткахъ обряда преданія суду. Ж. Г. У. П. 1893. № 10. — И. Мѣщаниновъ — Преданіе суду въ настоящее время и возможная постановка его въ будущемъ. Ж. Ю. О. 1895. № 3. — К. А. Дворжицкій — Старая рѣчи и новое слово. Суд. Газета. 1895. № 52. — Н. Фурсенко — Реформа обвинительной процедуры въ смыслѣ упраздненія обвинительной камеры судебной палаты. Суд. Газета. 1895. № 37. — Фурсенко — Проектъ реформы обвинительной камеры. Суд. Газета. 1896. № № 6; 7. — К. Шишко — Порядокъ преданія суду и желательныя его измѣненія. Ж. М. Ю. 1898. № 9. — А. Бутовскій — Преданіе суду въ мировыхъ установленіяхъ. Ж. М. Ю. 1899. № 5. — І. В. Михайловскій — Прекращеніе уголовныхъ дѣлъ единоличными судьями. Право. 1899. № 40. — Барбановъ — Формулы обвинительныхъ пунктовъ. — Городьскій — Наши суды и судебные порядки по даннымъ ревизіи 1895 года. Ж. М. Ю. 1901 № 4. — А. С. Лыкошинъ — Къ вопросу о порядкѣ преданія суду за преступленія должностныя. Ж. М. Ю. 1905. № 4. — В. Д. Набоковъ — О введеніи состязательнаго начала въ обрядъ преданія суду. (По поводу проекта министра юстиціи). Право. 1907. № 15. — Е. М. Кулишеръ — Судебное преслѣдованіе должностныхъ лицъ. Рус. Мысль. 1907. № 3. — А. Ѳ. Кони — На жизненномъ пути. Спб. 1912. с. 635—669. — А. И. Люблинскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 5. с. 115—116.

главной цѣлью разсмотрѣть доказательства, добытыя предварительнымъ слѣдствіемъ, сравнить говорящія въ пользу виновности съ говорящими въ пользу невиновности обвиняемаго, опредѣлить, вѣроятнѣ ли виновности, чѣмъ невиновности, и, въ случаѣ перевѣса въ пользу невиновности — прекратитъ обвиненіе и освободитъ обвиняемаго отъ суда, а, въ случаѣ перевѣса въ пользу виновности или даже въ случаѣ равновѣсія, — утвердитъ обвиненіе и предать обвиняемаго уг. суду для разбирательства и рѣшенія уг. дѣла по существу.

Общіе уг. суды предварительной оцѣнки обвиненія дѣйствуютъ во всѣхъ культ. государствахъ, но имѣютъ не одинаковое устройство.

Въ этомъ отношеніи можно раздѣлить культ. государства на 3 группы. Къ I-й принадлежитъ Англія и Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, ко II-й — большинство культ. государствъ континентальной Европы, а къ III-й — Германская Имперія.

Въ Англіи и Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки общіе уг. суды предварительной оцѣнки обвиненія состоятъ изъ профессиональнаго судьи и коллегіи присяжныхъ засѣдателей.

Въ этихъ странахъ, по всѣмъ уг. правонарушеніямъ, подлежащимъ уг. преслѣдованію, по обвинительному акту, въ общемъ, а не въ сокращенномъ порядкѣ, уг. судъ предварительной оцѣнки обвиненія выступаетъ, по общему правилу, въ видѣ большого джюри. Этимъ именемъ называется уг. судъ, въ составъ котораго входятъ: 1) профессиональный судья, предсѣдательствующій въ засѣданіи, и 2) коллегія присяжныхъ засѣдателей, дѣйствующая подъ предсѣдательствомъ своего старшины, состоящая не менѣе, какъ изъ 12, и не болѣе, какъ изъ 23 человекъ, со старшиной включительно. Эта коллегія большинствомъ не менѣе 12 голосовъ, безъ профессиональнаго судьи, рѣшаетъ вопросъ, годно ли обвиненіе для предъявленія суду на разбирательство и рѣшеніе дѣла по существу. Въ случаѣ утвердительнаго отвѣта, обвиняемый передается суду, а, въ случаѣ отрицательнаго, освобождается отъ суда.

Въ видѣ исключенія, въ Англіи — по дѣламъ о насильственной смерти, а въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ — по дѣламъ о насильственной смерти и опасномъ пораненіи, переданіе обвиняемаго суду можетъ быть рѣшено и коллегіей присяжныхъ засѣдателей, дѣйствующей при коронерѣ, хотя эта коллегія въ Англіи въ послѣднее время и воздерживается отъ такихъ рѣшеній (выше с. 154).

Въ большинствѣ культ. государствъ континентальной Европы, напр., въ Австріи, Венгріи, Италіи, Россіи, Франціи, общими уг. судами предварительной оцѣнки обвиненія являются коллегіальные суды или коллегіальныя отдѣленія судовъ изъ профессиональныхъ судей, безъ участія народныхъ судей.

Въ самомъ дѣлѣ, уг. судами предварительной оцѣнки обвиненія въ этихъ государствахъ служатъ: а) во Франціи — особое отдѣленіе такъ называемаго апелляціоннаго суда, извѣстное подъ именемъ камеры преданія суду, б) въ Италіи — особое отдѣленіе такъ называемаго апелляціоннаго суда, извѣстное подъ именемъ обвинительнаго отдѣленія, в) въ Австріи — судъ II-й инстанціи, но только въ случаѣ жалобы

обвиняемаго на предъявленное ему обвиненіе, предназначенное для представленія суду 1-й инстанціи, г) въ Венгріи — обвинительное отдѣленіе суда 1-й инстанціи, называемое обвинительнымъ сенатомъ, и д) въ Рос. Имперіи: въ однихъ случаяхъ — окружный судъ, а въ другихъ — судебная палата.

Окружный судъ играетъ эту роль въ 2 категоріяхъ случаевъ.

Къ 1-й категоріи принадлежать тѣ случаи, когда суд. слѣдователь испрашиваетъ разрѣшенія у окружнаго суда на прекращеніе предварительнаго слѣдствія и уг. преслѣдованія (У. 277), и этотъ судъ постановляетъ опредѣленіе о прекращеніи этого слѣдствія (У. 528<sup>1</sup>).

Ко 2-й же категоріи относятся тѣ случаи, когда прокуратура окружнаго суда вноситъ въ него свое заключеніе о прекращеніи или приостановленіи уг. преслѣдованія противъ даннаго обвиняемаго, и окружный судъ постановляетъ опредѣленіе о прекращеніи или приостановленіи этого преслѣдованія (У. 518; 523; 528; 528<sup>1</sup>).

Суд. палата является судомъ предварительной оцѣнки обвиненія въ 5 категоріяхъ случаевъ.

Въ 1-ю категорію входятъ тѣ случаи, когда окружный судъ отказываетъ суд. слѣдователю въ разрѣшеніи на прекращеніе предварительнаго слѣдствія и уг. преслѣдованія, и суд. палата рѣшаетъ этотъ спорный вопросъ (У. 277).

2-ю категорію составляютъ тѣ случаи, когда суд. палата, по жалобѣ потерпѣвшихъ отъ дѣянія, имѣющаго признаки преступленія, или по собственному усмотрѣнію, на основаніи свѣдѣній, полученныхъ изъ другого источника, производитъ пересмотръ опредѣленія окружнаго суда о прекращеніи (У. 528<sup>2</sup>; 529<sup>1</sup>) или о приостановленіи (529<sup>1</sup>) уг. преслѣдованія.

Къ 3-й категоріи относятся тѣ случаи, когда окружный судъ постановилъ опредѣленіе о несогласіи на заключеніе прокуратуры о прекращеніи уг. преслѣдованія, и это разногласіе перешло на рѣшеніе суд. палаты (У. 528).

Въ 4-ю категорію входятъ тѣ случаи, когда прокуратура окружнаго суда вноситъ, при законныхъ условіяхъ, въ суд. палату свой обвинительный актъ или жалобу частнаго обвинителя противъ обвиняемаго въ прест. дѣянніи, влекущемъ наказаніе, соединенное съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (У. 523; 526; 544).

Наконецъ, къ 5-й категоріи принадлежать тѣ случаи, когда прокуратура окружнаго суда вноситъ въ суд. палату, въ видѣ исключенія изъ даннаго правила, не только свой обвинительный актъ или жалобу частнаго обвинителя противъ обвиняемаго (У. 523; 526; 544), но и свое заключеніе о прекращеніи или приостановленіи уг. преслѣдованія (522; 523).

Эти исключенія имѣютъ мѣсто въ нѣкоторыхъ случаяхъ соучастія въ преступленіи и въ нѣкоторыхъ случаяхъ стеченія преступленій и проступковъ.

Сущность упомянутаго правила и исключеній можно выразить слѣд. образомъ.

Правило. По дѣламъ о преступленіяхъ и проступкахъ, влекущихъ наказанія, соединенныя съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, прокуратура окружнаго суда представляетъ обвинительные акты, при законныхъ условіяхъ, въ суд. палату черезъ ея прокурора, а свои заключенія о прекращеніи или пріостановленіи уг. преслѣдованія — въ окружный судъ (У. 523). По дѣламъ же такого рода, производящимся въ порядкѣ частнаго обвиненія, жалоба частнаго обвинителя представляется въ суд. палату (У. 526; 540).

1-е исключеніе. Если въ одномъ и томъ же уг. правонарушеніи, влекущемъ лишеніе всѣхъ или всѣхъ особенныхъ правъ состоянія, обвиняется нѣсколько лицъ, и относительно однихъ послѣдовало заключеніе о прекращеніи или пріостановленіи уг. преслѣдованія, а относительно другихъ составленъ обвинительный актъ; въ такомъ случаѣ и заключеніе, и обвинительный актъ представляются въ суд. палату для совмѣстнаго разсмотрѣнія (У. 522; 523).

2-е исключеніе. Если противъ одного и того же лица возбуждено уг. преслѣдованіе за нѣсколько уг. правонарушеній и притомъ такихъ, по меньшей мѣрѣ одно изъ которыхъ влечетъ лишеніе всѣхъ или всѣхъ особенныхъ правъ состоянія, а прокуратура окружнаго суда составила заключеніе о прекращеніи или пріостановленіи уг. преслѣдованія относительно одного или однихъ изъ этихъ дѣлъ и обвинительный актъ относительно другого или другихъ; въ такомъ случаѣ и заключеніе, и обвинительный актъ одновременно представляются въ суд. палату для совмѣстнаго разсмотрѣнія (У. 522; 523).

Слѣдуетъ замѣтить<sup>1)</sup>, что въ маѣ и іюнѣ 1909 г. одобрень Гос. Думой прогрессивный законопроектъ о введеніи состязательнаго начала въ обрядъ преданія суду. Этотъ законопроектъ допустилъ въ стадіи преданія суду оспариваніе обвинительныхъ актовъ прокуратуры окружнаго суда обвиняемыми въ преступленіяхъ, влекущихъ наказанія, соединенныя съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, и установилъ относительно преданія этихъ лицъ суду 2 правила. Одно относится къ обвинительнымъ актамъ, не оспариваемымъ обвиняемыми въ этихъ преступленіяхъ, а другое — къ оспариваемымъ.

1. Обвинительный актъ по преступленію, влекущему наказаніе, соединенное съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, представляется прокуратурой окружнаго суда въ окружный судъ и влечетъ разбирательство дѣла, по существу, въ томъ случаѣ, когда обвиняемый, въ теченіе 8 дней, по врученіи ему обвинительнаго акта, не обжаловалъ этого акта, т. е. не просилъ пересмотрѣть рѣшеніе вопроса о преданіи суду.

2. Если обвиняемый въ вышеозначенномъ преступленіи, получивъ обвинительный актъ прокуратуры окружнаго суда, заявилъ въ теченіе 8 дней, по полученіи, свое прошеніе пересмотрѣть рѣшеніе вопроса

1) Стенограф. отчетъ. Гос. Дума. Третій созывъ. Сессія. II. Спб. 1909. Засѣданія: 108-е, 114-е, 126-е. — Обзоръ дѣятельности Министерства Юстиціи въ Государственной Думѣ третьяго созыва. Ж. М. Ю. 1913. № 5. с. 72—74.

о преданіи суду; то обвинительный актъ вмѣстѣ со всѣмъ дѣломъ представляется въ суд. палату для рѣшенія вопроса о преданіи суду.

Обвиняемый имѣетъ право явиться съ своимъ защитникомъ или прислать вмѣстѣ себя защитника на засѣданіе суд. палаты по этому дѣлу, для представленія ей словесныхъ объясненій.

Гос. Совѣтъ, рассмотрѣвъ въ 1909 и 1910 г. законопроектъ Гос. Думы о введеніи состязательнаго начала въ обрядъ переданія суду, внесъ въ этотъ законопроектъ различныя поправки и совершенно отвергъ самую существенную часть его, а именно — введеніе состязательнаго начала въ обрядъ переданія суду.

Согласительная коммиссія Гос. Совѣта и Гос. Думы не пришла къ единогласному соглашенію по вопросу о допущеніи защитника въ суд. палату.

Гос. Дума, рассмотрѣвъ 11 дек. 1910 года докладъ согласительной коммисіи, признала необходимымъ, вопреки взгляду Гос. Совѣта, остаться при своемъ рѣшеніи о необходимости состязательнаго начала въ обрядѣ преданія суду.

Гос. Совѣтъ, рассмотрѣвъ 9 февр. 1911 г. законопроектъ Гос. Думы и докладъ согласительной коммисіи, также остался при своемъ прежнемъ рѣшеніи.

Въ виду окончательно установившагося разногласія между Гос. Думой и Гос. Совѣтомъ, законопроектъ о введеніи состязательнаго начала въ обрядъ преданія суду признанъ, по закону, отклоненнымъ (Св. Зак. Т. I. Ч. II. Учр. Гос. Сов. 48. — Учр. Гос. Думы. 50).

По свидѣтельству правительственной „справки о законопроектахъ, находящихся въ Гос. Думѣ и вносимыхъ на ея рассмотрѣніе“, отъ 15 окр. 1913 г. (Россія. 1913 г. № 2429), министр юстиціи намѣренъ внести въ Гос. Думу законопроектъ „о нѣкоторыхъ измѣненіяхъ въ обрядѣ преданія суду“.

Говоря объ обвинительномъ актѣ прокуратуры окружнаго суда<sup>1)</sup>, по нашему дѣйствующему уставу уг. суд., мы должны отмѣтить, что этимъ актомъ называется письменное (У. 520—521) заключеніе компетентнаго мѣстнаго прокурора окружнаго суда (У. 518—520) или товарища прокурора (Уч. 129; 131) о преданіи опредѣленнаго

1) Н. Буцковскій — Очерки судебныхъ порядковъ по уставамъ 20 ноября 1864 года. Спб. 1874. О дѣятельности прокурорскаго надзора вслѣдствіе отдѣленія обвинительной власти отъ судебной. 4. О значеніи обвинительнаго акта и вліяніи его на окончательное со стороны прокурорскаго надзора заключеніе какъ въ первой, такъ и во второй степени суда. с. 415—428. — В. Жуковскій — Содержаніе и назначеніе обвинительнаго акта. Ж. Г. У. П. 1876. № 5. — И. Остриковъ — О составленіи прокурорами обвинительныхъ актовъ противъ убійденія (къ вопросу о примѣненіи 528 и 529 ст. уст. угол. суд.). Ю. В. 1887. № 9. — К. А. Дворжицкій — Къ вопросу объ упраздненіи обвинительныхъ актовъ. Суд. Газета 1896. № 10. — М. Ф. Барабановъ — Формулы обвинительныхъ пунктовъ (сборникъ заключительныхъ частей обвинительныхъ актовъ) по наиболее распространеннымъ родамъ преступленій, караемыхъ по уложенію о наказаніяхъ. Спб. (1-е изд. 1901 г.). 4-е изд. 1914. — В. П. Бѣлецкій — Сборникъ обвинительныхъ пунктовъ по уложенію о наказаніяхъ. Житомиръ. 1910. — М. А. Горановскій — О недопустимости въ обвинительномъ актѣ односторонняго изложенія обстоятельствъ дѣла (ст. 519—520 уст. угол. суд.). Ж. М. Ю. 1911. № 8.

обвиняемаго окружному суду, съ присяжными или безъ присяжныхъ, за учиненіе подсуднаго, подтвержденнаго доказательствами, определеннаго преступленія или проступка въ определенное время, въ определенномъ мѣстѣ (У. 519—520). Въ обвинительномъ актѣ прокуратуры окружнаго суда должны быть означены: 1) событіе, заключающее въ себѣ признаки прест. дѣянія [У. 520 п. 1], 2) время и мѣсто учиненія этого дѣянія, насколько это извѣстно [У. 520 п. 2], 3) званіе, имя, отчество и фамилія или прозвище обвиняемаго [У. 520 п. 3], насколько это извѣстно, 4) возрастъ обвиняемаго, насколько онъ извѣстенъ, за предѣлами десятилѣтняго возраста безусловной невмѣняемости [Ул. 137/12. — Уст. о нак. 10 п. 2. — Уг. ул. 40], 5) сущность доказательствъ, собранныхъ по дѣлу противъ обвиняемаго [У. 520 п. 4], 6) определеніе по закону, какому именно преступленію или проступку соотвѣтствуютъ признаки разсматриваемаго дѣянія [У. 520 п. 5], и 7) подпись компетентнаго органа прокуратуры.

Познакомившись съ организаціей уг. судовъ предварительной оцѣнки обвиненія въ большинствѣ культ. государствъ континентальной Европы, перейдемъ къ Германской Имперіи.

Что касается Германской Имперіи, то въ ней нѣтъ: ни отдѣльнаго суда, ни особаго отдѣленія при судѣ, специально посвященнаго предварительной оцѣнкѣ обвиненія, по результатамъ предварительнаго слѣдствія.

Въ этомъ государствѣ прокуратура, по окончаніи предварительнаго слѣдствія, разсматриваетъ добытые результаты. Если она находитъ нужнымъ составить обвинительный актъ; то составляетъ его и прямо вноситъ въ тотъ уг. судъ, который компетентенъ къ разбирательству и рѣшенію этого уг. дѣла, по существу, въ качествѣ I-й инстанціи.

По полученіи обвинительнаго акта со всѣми надлежащими документами, этотъ судъ, до назначенія дѣла къ разбирательству по существу, обязанъ разсмотрѣть и рѣшить, слѣдуетъ ли это дѣло подвергнуть разбирательству и рѣшенію, по существу, или надлежитъ прекратить или приостановить. А, при разсмотрѣніи и рѣшеніи этихъ вопросовъ, этотъ судъ и производитъ предварительную оцѣнку обвиненія.

**§ 63. II. Общіе уголовные суды для первоначальнаго разбирательства и рѣшенія уголовныхъ дѣлъ, по существу, и ихъ подраздѣленіе на три категоріи: на суды I-й инстанціи по уголовнымъ правонарушеніямъ третъепенной важности, суды I-й инстанціи по уголовнымъ правонарушеніямъ второстепенной важности и суды по уголовнымъ правонарушеніямъ первостепенной важности.** Эти суды называются уг. судами I-й инстанціи.

Главная задача уг. суда I-й инстанціи состоитъ въ томъ, чтобы впервые изслѣдовать и рѣшить, дѣйствительно ли произошло событіе или дѣяніе, имѣющее признаки уг. правонарушенія, и если произошло, то учинилъ ли это дѣяніе, обвиняемый и если — да, то виновенъ ли онъ въ учиненіи, а если виновенъ, то подлежитъ ли наказанію и если подлежитъ, то — какому именно.

Изслѣдованіе предполагаемаго уг. правонарушенія и виновности

въ немъ обвиняемаго, производимое уг. судомъ для рѣшенія вопроса о наложеніи наказанія на виновнаго и притомъ производимое, главнымъ образомъ, путемъ непосредственнаго изученія доказательствъ по ихъ первоисточникамъ, называется судебнымъ слѣдствіемъ.

Общія уг. суды 1-й инстанціи обыкновенно подраздѣляются на 3 категоріи, каждая изъ которыхъ, въ свою очередь, можетъ состоять изъ нѣсколькихъ группъ.

Общимъ уг. судамъ 1-й категоріи (а) подсудны уг. правонарушенія третьестепенной важности, обыкновенно называемыя нарушениями (выше с. 150); судамъ 2-й категоріи (б) — уг. правонарушенія второстепенной важности, обыкновенно извѣстныя подъ именемъ проступковъ (с. 149), и судамъ 3-й категоріи (в) — уг. правонарушенія первостепенной важности, обыкновенно называемыя преступленіями (с. 149).

Каждая категорія этихъ судовъ обыкновенно имѣетъ своеобразное устройство, отличающееся отъ устройства судовъ другой категоріи.

Эта разница, при прочихъ равныхъ условіяхъ, зависитъ отъ того обстоятельства, насколько въ устройствѣ общихъ уг. судовъ данной категоріи проведены въ дѣйствительности не только условія, обеспечивающія основательность и правомѣрность уг. правосудія, но и условія, гарантирующія быстроту его.

Въ самомъ дѣлѣ, наилучшія гарантіи основательности и правомѣрности уг. правосудія не совмѣстимы въ дѣйствительности съ наилучшими гарантіями быстроты. Первые ведутъ къ осложненію уг. судоустройства и судопроизводства, а, слѣд., и къ замедленію отправленія правосудія, а вторыя влекутъ упрощеніе уг. судоустройства и судопроизводства, а вмѣстѣ съ тѣмъ и уменьшеніе обеспеченности противъ возможности суд. ошибокъ: какъ при изслѣдованіи и оцѣнкѣ фактическихъ обстоятельствъ, такъ и при изслѣдованіи и оцѣнкѣ юридическаго значенія этихъ обстоятельствъ. Вводя въ устройство даннаго уг. суда наилучшія гарантіи основательности и правомѣрности уг. правосудія, мы не имѣемъ уже никакой возможности ввести вмѣстѣ съ тѣмъ и наилучшія гарантіи быстроты.

Отсюда становится понятно, что крупная разница между сочетаніями гарантій основательности и правомѣрности уг. правосудія съ гарантіями быстроты, въ устройствѣ различныхъ уг. судовъ, влечетъ за собой и крупную разницу между самими устройствами этихъ судовъ.

Эта крупная разница между различными сочетаніями этихъ гарантій уг. правосудія и служить, при прочихъ равныхъ условіяхъ, источникомъ крупной разницы между устройствомъ общихъ уг. судовъ по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности, устройствомъ общихъ уг. судовъ по уг. правонарушеніямъ второстепенной важности и устройствомъ общихъ уг. судовъ по уг. правонарушеніямъ третьестепенной важности.

Такъ, въ устройствѣ общихъ уг. судовъ по преступленіямъ, гарантіи основательности и правомѣрности уг. правосудія проведены обыкновенно въ ихъ наибольшихъ степеняхъ, а гарантіи быстроты — въ ихъ меньшихъ степеняхъ. Въ устройствѣ общихъ уг. судовъ по проступкамъ, гарантіи основательности и правомѣрности уг. право-

судія проведены обыкновенно въ ихъ большихъ, а гарантіи быстроты въ ихъ меньшихъ степеняхъ. Въ устройствѣ же общихъ уг. судовъ по нарушеніямъ, гарантіи основательности и правомѣрности уг. правосудія проведены обыкновенно въ менѣе большихъ и даже въ меньшихъ степеняхъ, а гарантіи быстроты — въ большихъ степеняхъ.

Виды устройства общихъ уг. судовъ одной и той же категоріи не только у различныхъ народовъ, но даже и у одного и того же народа бываютъ нерѣдко различны.

**§ 64. а. Общіе уголовные суды 1-й инстанціи по уголовнымъ правонарушеніямъ третъестепенной важности.** Эти суды имѣютъ мѣсто во всѣхъ культ. государствахъ. Относительно устройства этихъ судовъ эти государства раздѣляются на 2 группы.

Къ 1-й группѣ принадлежитъ огромное большинство культ. государствъ, напр., Австрія, Англія, Венгрія, Італія, Россія, Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, Франція и Швейцарскій Союзъ въ лицѣ огромнаго большинства своихъ кантоновъ. Въ государствахъ этой группы общіе уг. суды 1-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ третъестепенной важности состоятъ только изъ профессиональныхъ судей, безъ участія народныхъ.

Государства этой группы раздѣляются на 2 подгруппы. Въ 1-ю подгруппу входятъ континентальныя европейскія культ. государства, за исключеніемъ Германской Имперіи, Норвежскаго Королевства<sup>1)</sup> и небольшой части Швейцарскаго Союза, представляемой кантономъ Тичино<sup>2)</sup>, а во 2-ю — Англія и Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты.

Въ государствахъ 1-й подгруппы общіе уг. суды 1-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ третъестепенной важности являются только единоличными: одинъ судья разбираетъ и рѣшаетъ дѣло, по существу<sup>3)</sup>.

1) Выс. учр. Коммисія для пересмотра законоположеній по суд. части. Обсужденіе вопроса объ участіи обществ. элемента въ отправленіи правосудія. Ж. М. Ю. 1907. № 4, с. 42 прим. 1. — O. Salomonsen — Das Norwegische Schwurgericht. Schwurgerichte und Schöffengerichte. Beiträge. 1908. Band I. Heft 8. S. 708—709. — Выше с. 107—112 прим. 1; 116—117; 126—128.

2) S. Gabuzzi — Die Schöffeneinrichtung im Kanton Tessin. Schwurgerichte und Schöffengerichte. Beiträge. 1908. Band I. Heft. 7. — Выше с. 107—112 прим. 1; 116—117; 126—128.

3) Н. Максимовъ — О мировыхъ судьяхъ и ихъ сѣздахъ. Спб. 1865. — В. Лихаревъ — Объ обязанностяхъ непремѣннаго члена мирового сѣзда. Суд. Вѣст. 1869. №№ 84; 85. — Бар. Н. Корфъ — Мировой судья въ провинціи. Вѣст. Е. 1869. № 10. — П. Н. Обнинскій — Къ вопросу о мировомъ институтѣ. Суд. Вѣст. 1869. № 116. — Обнинскій — Мировой институтъ. Ю. В. 1888. № 3. — Обнинскій — Еще о мировомъ институтѣ. Ю. В. 1888. № 5. — Обнинскій — Мѣстная юстиція и общіе суды. Рус. Мысль. 1896. № 12. — В. Саблеръ — Мировой институтъ въ Англіи и Франціи. Московскія Университетскія Извѣстія. Москва. 1870. № 6. — Головачевъ — Десять лѣтъ реформъ. — И. Фойницкій — Законодательная хроника Англіи. Суд. Вѣст. 1872. №№ 74; 75; 76. — В. Н. Назарьевъ — Современная глушь. Изъ воспоминаній мирового судьи. Вѣст. Е. 1872. №№ 2 и 3; 1879. № 5. — В. Фармаковскій — Книжка о мировомъ судья. Вятка. 1874. — В. Володоміровъ — Въ защиту судебныхъ уставовъ (по поводу слуховъ и двухъ рѣшеній). Ж. Г. У. П. 1879. № 5. — Н. Ш. — Къ вопросу о выборномъ началѣ при замѣщеніи должностей

Этими судьями выступают: въ Австрiи и Венгрии — участковые судьи, въ Италiи — преторы, во Францiи — судьи простой полицiи или, короче, полицейскiе судьи и въ Рос. Имперiи — 1) мировые судьи [Уч. 1; 3; 14/13 г.; 14<sup>1</sup>/13 г., съ 2-мя прим.; 14<sup>2</sup>/13 г.; 15; 16/13 г.; 45<sup>1</sup>/13 г.; 431/12; 433/12; 446/12; 461<sup>2</sup>/12; 463; 474; 559; 607/12; 608/12; 625/12; 626/12; 649/12; 650/12]: а) участковые [Уч. 14/13 г.; 15 и др.], б) добавочные [Уч. 16/13 г.; 45<sup>1</sup>/13 г. и др.], в) почетные [Уч. 16/13 г.; 46/13 г.; 47; 48/13 г. и др.] и

мировыхъ судей. Дѣло. Спб. 1879. № 12. — Новый законъ о назначенiи служащихъ въ мировыхъ судебныхъ установленiяхъ и мировыхъ судей. Вѣст. Е. 1879. № 12. с. 872—876. — О. Чекалинъ — Мировой судъ по уставамъ 20 ноября 1864 г. и въ дѣйствительности. Ж. Г. У. П. 1883. № 1. — В. Березинъ — Мировой судъ въ провинцiи. Спб. 1883. — Д. Анциферовъ — Наблюденiя надъ уголовною практикою нашей провинциальной мировой юстицiи. Ю. В. 1883. № 1. — К. Анциферовъ — Къ вопросу о реформѣ нашего мирового суда. Ж. Г. У. П. 1885. № 2. — М. В. Красовскiй — О недостаткахъ нынѣшняго устройства мировыхъ судебныхъ установленiй въ отношенiи уголовной юстицiи. Ж. Г. У. П. 1885. № 4. Протоколы уголовного отдѣленiя Юрид. Общества при Им. С.-Петербур. Универ. LVII. (Засѣданiе 27 октября). (1884 г.). — В. Я. Фуксъ — Мировой судъ. Р. В. 1885. Т. 178. с. 653—702; т. 179. с. 258—278. То же въ книгѣ Фукса: „Судъ и полицiя“. 1889. Т. I. с. 173—237; т. II. с. 99—110. — Н. Селивановъ — Мировой судъ. Сѣверный Вѣстникъ. 1886. № 1. — И. Гюторюмовъ — Къ реформѣ мирового суда. Ю. В. 1886. № 1. — И. Щегловъ — Изъ уголовной практики мирового суда. Ж. Г. У. П. 1887. № 5. — К. Ярошъ — Чувство законности и мировая юстицiя. Харьковъ. 1888. — В. Даневскiй — Въ защиту выборнаго мирового института. Ю. В. 1888. № 9. — Н. П. Дружининъ — Избранiе мировыхъ судей. Трудъ. Спб. 1889. Т. I. № 4. — А. Гольмстенъ — Почетные мировые судьи въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положенiе о земскихъ участковыхъ начальникахъ. Ж. Г. У. П. 1890. № 7. — Новые законы. Вѣст. Е. 1891. № 7. — Г. Джаншиевъ — Изъ эпохи великихъ реформъ Москва. 4-е изд. 1893. с. 449—470: Введенiе мирового суда. Спб. 10-е изд. (посмертное). 1907. с. 452—474. — П. С. Коробка — Замѣтки мирового судьи. Ж. Ю. О. 1895. № 10; 1896. №№ 1; 6; 7; 10. — П. С. Коробка — Замѣтки мирового судьи. Спб. 1901. — А. А. Леонтьевъ — Мировая юстицiя во Францiи. Ж. М. Ю. 1897. № 6. — Д. Демкинъ — Объ упрощенiи и сокращенiи дѣлопроизводства мировыхъ судебныхъ установленiй. Ж. М. Ю. 1897. № 3. — П. П. Шиловскiй — Коренные недостатки русскаго суда. Гражданинъ. Спб. 1898. №№ 30; 31; 42; 50. — Шиловскiй — Судебные очерки. Спб. 1899. Вып. I. — Г. В. Михайловскiй — Участковый судья по проекту новаго судоустройства. Право. 1900. № 35. — В. Бѣлинскiй Нѣскольکو словъ по поводу обязанности добавочныхъ мировыхъ судей (45<sup>1</sup> ст. учр.). Суд. Газета. 1900. № 45. — К. П. Змирловъ — Къ вопросу объ организацин мѣстной юстицiи. Ж. М. Ю. 1901. № 3. — Я. К. Городыскiй — Наши суды и судебные порядки. Ж. М. Ю. 1901. № 4. с. 56—60: Разбирательство у единоличныхъ судей. — Г. М. Тумановъ — Разбор и реформа суда на Кавказѣ. Вѣст. П. 1902. №№ 9—10; 1903. №№ 2—3. Отдѣльный оттискъ. Спб. 1903. — Б-до — Американскiе мировые судьи. Суд. Обзорѣнiе. 1903. № 48. — К. К. Арсеньевъ — Къ вопросу о выборномъ мировомъ судѣ. Право. 1908. № 14. — I. Редлихъ — Англiйское мѣстное управленiе. Спб. 1908. Т. I—II. — П. И. Люблинскiй — Полицейскiе судьи въ Англии (по поводу реформы мѣстнаго суда). Вопр. П. 1911. № V (1). — П. И. Люблинскiй — Демократизацiя мировой юстицiи въ Англии. Право. 1911. №№ 13; 15. — П. И. Люблинскiй — Очерки уголовного суда и наказанiя въ современной Англии. Спб. 1911. Гл. V — Демократизацiя мировой юстицiи; гл. VI — Полицейскiе судьи. — А. И. Люблинскiй — Новый италiан. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 4. с. 138—140. — Выше с. 30 прим. 1; 32—34 прим. 1; 28—42. — Б. Каймаканъ — Секретарь мирового судьи. Москва. 1914.

г) дѣйствующіе въ особыхъ мировыхъ отдѣлахъ на территоріи пяти закавказскихъ окружныхъ судовъ: тифлисскаго, кутанскаго, елисаветпольскаго, эриванскаго и бакинскаго [Уч. 444/12], 2) помощники мировыхъ судей, дѣйствующіе при мировыхъ судьяхъ въ только что указанныхъ особыхъ мировыхъ отдѣлахъ [Уч. 446/12], 3) подлежащіе упраздненію уѣздные члены окружнаго суда [УП. I. 27; 29/12; 30], 4) подлежащіе упраздненію городскіе судьи [УП. I. 4/12; 5] и 5) земскіе участковые начальники [УП. I. 24], подлежащіе лишенію судебной власти въ уголовныхъ и гражданскихъ дѣлахъ.

Въ государствахъ 2-й подгруппы общіе уг. суды I-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ третъстепенной важности являются въ однихъ случаяхъ единоличными, а въ другихъ коллегіальными.

Такъ, въ Англіи дѣла объ этихъ прест. дѣяніяхъ судятся сокращеннымъ порядкомъ мировыми судьями, полицейскими судьями и рикордерами.

Полицейскій судья и рикордеръ разбираетъ и рѣшаетъ дѣло, по существу, единолично. Мир. же судья судитъ единолично не всѣ эти дѣла, а только самыя маловажныя. Дѣла же о болѣе значительныхъ уг. правонарушеніяхъ третъстепенной важности судятся въ I-й инстанціи коллегіей изъ 2 мир. судей. Засѣданіе этой коллегіи называется малой сессіей.

Въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки общіе уг. суды I-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ третъстепенной важности устроены разнообразно. Этими судами служатъ: то единоличные судьи разнаго наименованія, а главнымъ образомъ — мир. судьи, судьи графства, городскіе судьи, полицейскіе судьи и рикордеры, то коллегіи изъ нѣсколькихъ, а, по меньшей мѣрѣ, изъ 2 такихъ судей. Городскіе судьи, полицейскіе судьи и рикордеры рѣшаютъ всѣ эти дѣла во многихъ штатахъ единолично.

Переходя къ государствамъ II-й группы, мы должны сказать, что къ ней относится Германская Имперія, Норвежское Королевство и Швейцарскій Союзъ въ лицѣ своего кантона Тичино. Въ этихъ государствахъ общіе уг. суды I-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ третъстепенной важности являются: въ видѣ общаго правила, — коллегіальными, состоящими изъ профессиональныхъ и народныхъ судей, а, въ видѣ рѣдкаго исключенія въ Германіи и Норвегіи, — единоличными, состоящими изъ профессиональныхъ судей.

Такъ, въ Германіи и Норвегіи, по общему правилу, эти дѣла разбираются и рѣшаются, по существу, судомъ шѣффеновъ, а въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ — короннымъ участковымъ судьей. Судъ шѣффеновъ состоитъ изъ двухъ шѣффеновъ подъ предсѣдательствомъ участкаго судьи.

Въ швейцарскомъ же Кантонѣ Тичино эти дѣла разбираются и рѣшаются, по существу, участковымъ судомъ шѣффеновъ, состоящимъ изъ пяти шѣффеновъ и трехъ профессиональныхъ судей.

**§ 65. 6. Общіе уголовные суды I-й инстанціи по уголовнымъ правонарушеніямъ второстепенной важности.** Эти уг. суды

существуют во всѣхъ культ. государствахъ. По различію устройства этихъ судовъ, эти государства раздѣляются на 2 группы: на большинство и меньшинство.

Къ большинству принадлежатъ европейскія континентальныя культ. государства, напр., Австрія, Венгрія, Германія, Италія, Россія, Франція. Въ этихъ государствахъ общіе уг. суды I-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ второстепенной важности являются коллегіальными и состоятъ только изъ профессиональныхъ судей, безъ всякаго участія народныхъ судей<sup>1)</sup>.

Эту роль играютъ: въ Австріи и Венгрии — судъ I-й инстанціи, въ Италіи и Франціи — судъ I-й инстанціи, называемый исправительнымъ судомъ, въ Германіи — земскій судъ и въ Россіи — окружной судъ (Уч. 77—78. — У. 200/12, съ прим. 1 и 2/12, въ связи съ 201/12; 201<sup>1</sup>/12; 201<sup>2</sup>/12; 204/12), а во многихъ случаяхъ и тѣ вышеозначенные (с. 165—166) единоличныя органы, которые судятъ уг. дѣла третъестепенной важности.

Къ меньшинству же относятся: Англія, Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, Болгарія и Швейцарскій Кантонъ Тичино. Въ этихъ государствахъ общими уг. судами I-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ второстепенной важности служатъ сложныя учрежденія, состоящія изъ сочетанія профессиональныхъ судей съ присяжными въ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ и съ судебными засѣдателями или шэффенами въ Болгаріи и Тичино.

Въ Англіи (выше с. 107—112 прим. 1; 115; 126) въ составъ cadaго изъ этихъ уг. судовъ I-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ второстепенной важности входятъ: 1) рикордеръ или коллегія изъ нѣсколькихъ, а, по меньшей мѣрѣ, изъ двухъ мировыхъ судей, и 2) засѣдающая при немъ или при ней отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ засѣдателей съ ихъ старшиною включительно.

Въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки въ составъ cadaго изъ разсматриваемыхъ нами уг. судовъ входятъ: 1) единоличный профессиональный судья по уг. правонарушеніямъ третъестепенной важности, а главнымъ образомъ — городской судья, или полицейскій судья, или рикордеръ, или коллегія изъ нѣсколькихъ, а, по меньшей мѣрѣ, изъ двухъ этихъ профессиональныхъ судей, и 2) засѣдающая

1) О правахъ лицъ, командированныхъ къ отправленію должностей судебныхъ слѣдователей. Суд. Вѣст. 1871. № 78. — Письмо въ редакцію. (По поводу сенатскаго разъясненія, приведеннаго въ 78-мъ номерѣ Суд. Вѣст. за 1871 г.). Суд. Вѣст. 1871. № 162. — Головачевъ — Десять лѣтъ реформъ. с. 306—325; 344—360. — В. И. — О выѣздахъ окружныхъ судовъ для засѣданій по уголовнымъ дѣламъ. Суд. Вѣст. 1874. №№ 197; 198. — По поводу статьи „О выѣздахъ окружныхъ судовъ по уголовнымъ дѣламъ“. Суд. Вѣст. 1874. № 224. — П. Л. Спасскій — О производствѣ уголовныхъ дѣлъ въ окружныхъ судахъ. Практическое руководство. Симбирскъ. 1882. — Л. Монисовъ — О составѣ присутствія окружныхъ судовъ. Юрид. Газета. 1892. № 32. — Городыскій — Наши суды и судебныя порядки по даннымъ ревизіи 1895 года. Ж. М. Ю. 1901. №№ 2; 4. — Ф. Гр. — Выѣздныя сессіи окружныхъ судовъ. Юрид. Газета. 1903. № 18. — А. И. Люблинскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 4. с. 138—140.

при этомъ судѣ или судейской коллегіи, отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ засѣдатель съ ихъ старшиною включительно.

Засѣданія этихъ англійскихъ и сѣверо-американскихъ судовъ называются четвертными, такъ какъ должны происходить не менѣе 4 разъ въ годъ, хотя, въ случаѣ надобности, могутъ происходить и чаще.

Въ Болгаріи общимъ уг. судомъ 1-й инстанціи по нѣкоторымъ уг. правонарушеніямъ второстепенной важности, особо перечисленнымъ въ законѣ, является окружный судъ съ судебными засѣдателями. Онъ судить въ составѣ четырехъ судебныхъ засѣдатель и трехъ профессиональныхъ судей окружного суда, подъ предсѣдательствомъ одного изъ послѣднихъ (Михайловъ — Организациія суда въ Болгаріи. Ж. М. Ю. 1913. № 7. с. 137; 160—161. — Выше с. 107—112 прим. 1; 116—117; 126).

Въ швейцарскомъ Кантонѣ Тичино общимъ уг. судомъ 1-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ второстепенной важности служитъ участковый судъ шѣффеновъ, засѣдающій въ составѣ пяти шѣффеновъ и трехъ профессиональныхъ участковыхъ судей, подъ предсѣдательствомъ одного изъ послѣднихъ (Gabuzzi выше с. 164 прим. 2. — Выше с. 107—122 прим. 1; 116—117; 126).

**§ 66. в. Общіе уголовные суды I-й инстанціи по уголовнымъ правонарушеніямъ первостепенной важности.** Эти уг. суды есть въ каждомъ культ. государствѣ. Относительно устройства ихъ, культ. государства раздѣляются въ наше время на 2 группы: на меньшинство и огромное большинство.

Въ меньшинствѣ культ. государствъ нашего времени, напр., въ Голландіи, Даніи и въ Швейцарскомъ Союзѣ, на территоріи нѣкоторыхъ изъ его Кантоновъ, общіе уг. суды I-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности являются коллегіальными и состоятъ только изъ профессиональныхъ судей, безъ всякаго участія народныхъ судей.

Въ огромномъ же большинствѣ культ. государствъ нашего времени (выше с. 107—128), напр., въ Австріи, Англии, Бельгіи, Болгаріи, Венгріи, Германіи, Италіи, Россіи, Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, Франціи, въ Швейцарскомъ Союзѣ, въ предѣлахъ большинства ето Кантоновъ и въ Кантонѣ Тичино, общіе уг. суды I-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности также являются сложными учрежденіями, но состоятъ изъ сочетанія профессиональныхъ судей съ народными и притомъ съ судебными засѣдателями — въ Болгаріи или съ шѣффенами — въ швейцарскомъ Кантонѣ Тичино и съ присяжными — въ прочихъ только что указанныхъ странахъ.

Въ Болгаріи эти дѣла разбираются и рѣшаются, по существу, окружнымъ судомъ съ судебными засѣдателями. Этотъ судъ засѣдаетъ въ составѣ четырехъ судебныхъ засѣдатель и трехъ профессиональныхъ судей окружного суда, подъ предсѣдательствомъ одного изъ послѣднихъ (Михайловъ — Организациія суда въ Болгаріи. Ж. М. Ю. 1913. № 7. с. 137; 160—161. — Выше с. 107—112 прим. 1; 116—117; 119—125).

Въ швейцарскомъ Кантонѣ Тичино уг. правонарушенія перво-

степенной важности разбираются и рѣшаются, по существу, кантональнымъ судомъ шеффеновъ. Этотъ судъ состоитъ изъ девяти шеффеновъ и трехъ профессиональныхъ судей апелляціоннаго суда, подъ предсѣдательствомъ одного изъ послѣднихъ (Sabuzzi выше с. 164 прим. 2. — Выше с. 107—112 прим. 1; 116—117; 119—125).

Въ кругу только что указанныхъ культ. странъ, имѣющихъ суды присяжныхъ по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности, существуетъ, въ свою очередь, важное различіе въ самомъ устройствѣ суда присяжныхъ.

Въ этомъ отношеніи эти страны раздѣляются на 2 категоріи. Къ 1-й категоріи принадлежать: Англія, Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты и Италия, а ко 2-й — огромное большинство европейскихскихъ культ. странъ.

Въ Англіи и Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ въ составъ каждаго изъ общихъ уг. судовъ 1-й инстанціи по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности входятъ 2 элемента: 1) единоличный профессиональный судья или коллегія изъ нѣсколькихъ, а, по меньшей мѣрѣ, изъ двухъ профессиональныхъ судей и 2) отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ засѣдателей, дѣйствующая подъ предсѣдательствомъ старшины, избраннаго ею изъ ея среды, извѣстная подъ именемъ малаго джюри (выше с. 107—112 прим. 1; 114—116).

Соотвѣтственно различію участвующихъ профессиональныхъ судей, эти уг. суды, за нѣкоторыми исключениями, какъ напр., лондонскій центральный уг. судъ, раздѣляются на 2 вида.

Какъ англійскій<sup>1)</sup>, такъ и сѣверо-американскій уг. судъ 1-го вида состоитъ: 1) изъ единоличнаго профессиональнаго судьи высшаго суда, въ качествѣ предсѣдателя, и 2) изъ засѣдающей рядомъ съ нимъ коллегіи 12 присяжныхъ засѣдателей съ ихъ старшиною. Этому уг. суду подсудны, въ видѣ общаго правила, всѣ уг. правонарушенія первостепенной важности. Засѣданія этого уг. суда называются ассизами.

Въ составѣ англійскаго или сѣверо-американскаго уг. суда 2-го вида входятъ: 1) единоличный профессиональный судья по уг. правонарушеніямъ третьестепенной важности или коллегія изъ нѣсколькихъ, а, по меньшей мѣрѣ, изъ двухъ такихъ судей и 2) отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ засѣдателей съ ихъ старшиною включительно. Этимъ уг. судамъ подсудны, по общему правилу, не всѣ, но только очень многія изъ уг. правонарушеній первостепенной важности. Засѣданія этихъ уг. судовъ называются четвертными. Составъ этихъ судовъ уже указанъ нами выше (с. 167—168). Это — тѣ же уг. суды 1-й инстанціи, которымъ подсудны и уг. правонарушенія второстепенной важности.

Относительно лондонскаго центральнаго уг. суда нужно замѣтить, что онъ представляетъ собой очень своеобразное и сложное учрежденіе, заключающее въ себѣ нѣсколько судовъ, а въ томъ числѣ и вышеозначенный уг. судъ 1-го вида по уг. правонарушеніямъ перво-

1) П. И. Люблинскій — Очерки уг. суда и наказанія въ соврем. Англіи. VIII — Обѣзды королевскихъ судей.

степенной важности (с. 169), и вышеуказанный уг. судъ 2-го вида по уг. правонарушеніямъ первостепенной и второстепенной важности (с. 169).

Въ уг. судѣ 1-го вида представителемъ короннаго элемента является иногда одинъ коронный судья высшаго суда, а иногда коллегія изъ двухъ коронныхъ судей: предсѣдательствуетъ судья высшаго суда, а засѣдаетъ съ нимъ бльдермэнъ, т. е. членъ лондонскаго городского управленія, облеченный правами мир. судьи.

Въ уг. же судѣ 2-го вида представителемъ короннаго элемента служить иногда одинъ рикордеръ, а обыкновенно коллегія изъ двухъ коронныхъ судей: предсѣдательствуетъ рикордеръ, а засѣдаетъ съ нимъ бльдермэнъ.

Въ Италіи<sup>1)</sup> въ составъ суда присяжныхъ входитъ два судейскихъ элемента: 1) по закону 14 іюля 1907 г. [ст. 10], вмѣсто прежней трехчленной коллегіи профессиональныхъ судей, единоличный профессиональный судья [Итал. уст. уг. суд. 438] и 2) отдѣльная коллегія присяжныхъ засѣдателей [Уст. уг. суд. 438].

Эта коллегія, по новому итальянскому уставу уг. суд. 1913 г. (462—463), состоитъ изъ 10 очередныхъ присяжныхъ засѣдателей, а не изъ 12, какъ это было прежде.

Профессиональный судья назначается изъ среды мѣстнаго суда I-й инстанціи, извѣстнаго подъ именемъ исправительнаго суда, соотвѣтствующаго нашему окружному суду.

Профессиональный судья назначается предсѣдателемъ суда присяжныхъ на предстоящую сессію, т. е. на предстоящій рядъ засѣданій суда присяжныхъ.

Для дѣла, разбирательство котораго требуетъ продолжительнаго времени, можетъ быть назначенъ, кромѣ предсѣдателя, еще и товарищъ предсѣдателя. Этотъ товарищъ предсѣдателя является запаснымъ. Пока предсѣдатель исполняетъ свои предсѣдательскія обязанности на судѣ присяжныхъ, товарищъ предсѣдателя только присутствуетъ на суд. засѣданіи, но не принимаетъ никакого участія въ дѣлѣ. За то въ случаѣ наступленія какой-нибудь изъ законныхъ причинъ, вызывающихъ неявку предсѣдателя, товарищъ предсѣдателя заступаетъ мѣсто предсѣдателя и продолжаетъ веденіе дѣла въ качествѣ предсѣдательствующаго (Законъ 1907 г. ст. 10).

Было бы лучше, если бы въ дѣлахъ сложныхъ законодатель предписалъ постоянно назначать товарища предсѣдателя, но — не въ качествѣ лишь запаснаго судейскаго органа, а въ качествѣ постоянного члена двухчленной судейской коллегіи, съ которымъ предсѣдатель суда присяжныхъ имѣлъ бы право совѣтоваться во всѣхъ случаяхъ, сохраняя за собой право рѣшающаго голоса. Въ Италіи же, по свидѣтельству

1) А. Люблинскій — Реформа судебнаго строя въ Италіи. I. Итальянскій законъ 14 іюля 1907 года о реформѣ судоустройства. Ж. М. Ю. 1908. № 2. Обзоръ иностр. законодат. с. 254—255; 260—261 (законъ. ст. 10). — Lucchini — Elementi di procedura penale, p. 341—344; 346. — А. И. Люблинскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 6. с. 140—151. — Codice di procedura penale del Regno d'Italia. 1913. Art. 438—470.

А. И. Люблинского (Нов. итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 6. с. 141—142), замѣчается стремленіе къ восстановленію прежней трехчленной коллегіи профессиональныхъ судей въ составѣ суда присяжныхъ.

По итальянскому уставу уг. суд. 1913 г. (438—455; 455—470), предсѣдатель суда присяжныхъ предсѣдательствуетъ: какъ въ засѣданіи суда присяжныхъ, такъ и въ засѣданіи самой коллегіи присяжныхъ засѣдателей, при постановленіи ею рѣшенія, по поставленнымъ ей вопросамъ виновности.

Коллегія присяжныхъ засѣдателей рѣшаетъ эти вопросы не иначе, какъ въ присутствіи и подъ предсѣдательствомъ профессиональнаго судьи, предсѣдателя суда присяжныхъ, въ присутствіи публичнаго обвинителя, секретаря суда и въ присутствіи защитника или защитниковъ, по одному на одного или нѣсколькихъ обвиняемыхъ, при отсутствіи какихъ бы то ни было другихъ лицъ (455).

Никакого совѣщанія между присяжными засѣдателями по поводу поставленныхъ имъ вопросовъ виновности не допускается. Каждый вопросъ рѣшается каждымъ присяжнымъ въ отдѣльности, безъ совѣщанія съ другими присяжными, молчаливо, посредствомъ написанія: „да“ или „нѣтъ“ на данномъ, снабженномъ печатью суда, отдѣльномъ листкѣ бумаги, на которомъ написанъ или напечатанъ этотъ отдѣльный вопросъ (461).

Когда присяжные написали свои отвѣты на данный вопросъ виновности, предсѣдатель суда присяжныхъ, вмѣстѣ съ секретаремъ, собираетъ отъ присяжныхъ листки съ отвѣтами (462).

Собравъ эти листки, предсѣдатель считаетъ, сколько подано утвердительныхъ отвѣтовъ и сколько отрицательныхъ. Листки поданные присяжными, безъ всякаго отвѣта или съ неразборчиво написаннымъ отвѣтомъ, считаются за отвѣтъ, благопріятный для обвиняемаго (462).

Вопросъ виновности признается, по закону, рѣшеннымъ въ ту сторону, куда склонились всѣ десять голосовъ или большинство не менѣе шести голосовъ. Если отвѣты присяжныхъ по данному вопросу виновности раздѣлились поровну; въ такомъ случаѣ рѣшеніемъ вопроса признается мнѣніе, благопріятное обвиняемому (463).

Опредѣливъ отвѣтъ коллегіи присяжныхъ по данному вопросу, предсѣдатель тотчасъ объявляетъ этотъ отвѣтъ присутствующимъ и записываетъ его немедленно на страницѣ вопроснаго листка (462).

По полученіи рѣшенія вопросовъ виновности отъ коллегіи присяжныхъ засѣдателей, предсѣдатель, вмѣстѣ съ секретаремъ, подписываетъ этотъ вердиктъ (464), а всѣ вопросные листки съ отвѣтами присяжныхъ сжигаются (462).

Затѣмъ предсѣдатель открываетъ публичное засѣданіе суда, приказываетъ ввести обвиняемаго и, по вводѣ его, приказываетъ секретарю прочесть рѣшеніе присяжныхъ засѣдателей (467).

Оцѣнивая этотъ новый порядокъ постановленія рѣшенія коллегіей присяжныхъ на вопросы виновности, не могу не сказать, что онъ долженъ вредно отразиться на дѣятельности присяжныхъ, такъ какъ онъ совершенно лишаетъ возможности коллегію присяжныхъ

дать то обдуманное и выработанное общими силами рѣшеніе вопросовъ виновности, которое она могла бы дать.

Дѣло въ томъ, что, при запрещеніи совѣщанія присяжныхъ по вопросамъ виновности и при выработкѣ своего отвѣта каждымъ присяжнымъ въ отдѣльности, за рѣшеніе коллегіи присяжныхъ принимается не результатъ психическаго труда, знанія и житейскаго опыта всей коллегіи присяжныхъ, а механически сложившееся большинство единичныхъ мнѣній и притомъ выработанныхъ не въ тиши совѣщательной комнаты, среди однихъ присяжныхъ, а подъ стѣснительнымъ надзоромъ предсѣдателя, публичнаго обвинителя, секретаря и защитника.

Отъ Англій, Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатовъ и Италіи переходимъ къ большинству европейскихъ континентальныхъ культ. государствъ (выше с. 107—112 прим. 1; 114—125).

Въ большинствѣ этихъ государствъ, напр., въ Австріи, Бельгіи, Венгріи, Германіи, Россіи, Франціи, въ составъ cadaго изъ общихъ уг. судовъ по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности входитъ два элемента: 1) судейская коллегія изъ трехъ профессиональныхъ лицъ судейскаго званія съ предсѣдателемъ ея включительно и 2) засѣдающая при ней, отдѣльная коллегія изъ 12 присяжныхъ засѣдателей, дѣйствующая подъ предсѣдательствомъ своего выборнаго или, по крайней мѣрѣ, очереднаго старшины.

Такъ, въ Рос. Имперіи: а) дѣла о преступленіяхъ, влекущихъ, по уложенію о нак., какія-нибудь наказанія, соединенныя съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, б) дѣла о тяжкихъ преступленіяхъ, предусмотрѣнныхъ дѣйствующими статьями уг. уложенія, и в) дѣла о преступленіяхъ, предусмотрѣнныхъ дѣйствующими статьями уг. уложенія, влекущихъ, въ качествѣ главнаго нормальнаго наказанія, заключеніе въ исправительномъ домѣ или заключеніе въ тюрьмѣ, соединенное съ лишеніемъ правъ состоянія, вѣдаются: по общему правилу, — окружнымъ судомъ съ присяжными (Уч. 7; 107. — У. 201/12; 595; 658/12; 670/12; 671<sup>1</sup>/12), а въ видѣ исключенія — окружнымъ судомъ безъ присяжныхъ.

Это общее правило дѣйствуетъ: а) въ европейской Россіи [Уч. 7; 84 п. 1—2, п. 3/12, п. 4, прим., по Прод. 12 г., а также Св. Зак. Т. II. Положеніе о Губернскихъ и Уѣздныхъ Земскихъ Учрежденіяхъ. Изд. 1892 г. ст. 16. Приложение съ прим. 1 и 2/12; Уч. 97/12, съ прим. 2; 107; 623<sup>1</sup>/12], за исключеніемъ: варшавскаго суд. округа [Уч. 523. — У. 1309], холмской губерніи, перечисленной изъ варшавскаго судебнаго округа въ округъ кievской судебной палаты [Уч. 555<sup>1</sup>/12; 555<sup>3</sup>/12; 523. — У. 1309] и трехъ прибалтійскихъ губерній: эстляндской, лифляндской и курляндской [У. 1338], б) въ черноморской губерніи [Уч. 437/12, съ прим., по Прод. 12 г.; 461<sup>13</sup>/12; 461<sup>14</sup>/12], в) въ кубанской области [Уч. 437/12, съ прим. по Прод. 12 г.; 441<sup>1</sup>/12; 441<sup>2</sup>/12], г) въ томской губерніи и въ нѣкоторыхъ уѣздахъ тобольской губерніи [Уч. 647<sup>1</sup>/12. — У. 1423/12] и д) въ областяхъ: акмолинской, семипалатинской и уральской [Уч. 672<sup>1</sup>/12. — У. 1461<sup>1</sup>/12].

Окружный судъ выступаетъ въ видѣ судейской коллегіи, состо-

ящей изъ трехъ коронныхъ профессиональныхъ лицъ судейскаго званія (Уч. 140. — У. 595).

Одному изъ нихъ принадлежитъ предсѣдательствованіе. Это лицо предсѣдательствуетъ не только въ кругу этой коллегіи (У. 595), но и во всемъ суд. засѣданіи, при разбирательствѣ уг. дѣла по существу, во время одновременнаго присутствія судейской коллегіи и коллегіи присяжныхъ (У. 611—618).

Этимъ предсѣдательствующимъ долженъ быть: 1) предсѣдатель окружнаго суда [Уч. 78<sup>4</sup>; 144. — У. 595], 2) за отсутствіемъ предсѣдателя — старшій товарищъ предсѣдателя окружнаго суда [Уч. 78<sup>3</sup>; 78<sup>4</sup>] и 3) за отсутствіемъ ихъ обоихъ — членъ окружнаго суда, назначенный къ предсѣдательствованію старшимъ предсѣдателемъ суд. палаты или обшчимъ собраніемъ окружнаго суда [Уч. 78<sup>4</sup>].

Члены судейской коллегіи окружнаго суда, засѣдающей съ присяжными, назначаются изъ членовъ окружнаго суда (Уч. 140. — У. 595), а въ томъ числѣ и изъ упраздняемыхъ уѣздныхъ членовъ этого суда (УП. I. 36).

При невозможности пополнить эту судейскую коллегію такимъ способомъ, въ члены ея призываются: мѣстный суд. слѣдователь, а если онъ занятъ, то одинъ изъ почетныхъ или добавочныхъ мир. судей, по заранѣ установленной очереди (Уч. 146/13 г.), или же городской судья (УП. I. 18), гдѣ онъ еще не упраздненъ.

Коллегія присяжныхъ засѣдателей состоитъ изъ 12 комплектныхъ присяжныхъ засѣдателей (У. 658/12), подъ предсѣдательствомъ старшины, избраннаго ими изъ своей среды для управленія ихъ совѣщаніемъ и представительства ихъ передъ судомъ (670/12; 670<sup>1</sup>/12; 801; 807; 809; 810; 814 — 816).

При 12 комплектныхъ присяжныхъ засѣдателяхъ находятся двое запасныхъ присяжныхъ засѣдателей, на случай необходимости замѣнить кого-нибудь изъ комплектныхъ, если тотъ окажется въ невозможности продолжать свое участіе въ засѣданіи (658/12 — 662/12).

Наконецъ, въ засѣданіи суда присяжныхъ обязательно должны присутствовать: а) прокуроръ окружнаго суда или его товарищъ [595] и б) секретарь окружнаго суда или его помощникъ [595]. Присутствіе одного изъ чиновъ прокуратуры и одного изъ чиновъ секретаріата обязательно во всякомъ суд. засѣданіи каждаго коллегіальнаго рус. уг. суда. Въ случаѣ отсутствія какого-нибудь изъ этихъ чиновъ, засѣданіе не дѣйствительно.

Присутствіе защитника въ окружномъ судѣ съ присяжными желательно, но не обязательно (557; 566), за исключеніемъ того случая, когда дѣло идетъ о несовершеннолѣтнемъ отъ 10 до 17 лѣтъ (591<sup>1</sup>/12).

Что касается Австріи, Германіи и Франціи, то въ ихъ уг. судахъ съ присяжными судейская коллегія состоитъ также изъ 3 лицъ судейскаго званія, а именно — изъ предсѣдателя и 2 членовъ и образуется частью изъ судейской среды суда, соотвѣтствующаго нашей судебной палатѣ, частью изъ судейской среды суда, соотвѣтствующаго нашему окружному суду.

Такъ, во Франціи предсѣдатель судейской коллегіи суда съ

присяжными обязательно назначается изъ судейской среды апелляціоннаго суда, а двое членовъ — изъ среды апелляціоннаго суда или изъ среды суда I-й инстанціи, называемаго исправительнымъ судомъ.

Въ Германіи предсѣдатель назначается изъ судейской среды верхняго земскаго суда или изъ среды земскаго суда, а двое членовъ — изъ среды земскаго суда.

Въ Австріи же предсѣдателемъ назначается: по общему правилу, — предсѣдатель суда I-й инстанціи, а въ видѣ исключенія, — одинъ изъ членовъ суда I-й инстанціи или суда II-й инстанціи, а двумя членами — члены суда I-й инстанціи или даже участковые единоличные судьи.

Апелляціонный судъ во Франціи и Италиі, судъ II-й инстанціи въ Австріи и верхній земскій судъ въ Германіи соотвѣтствуютъ приблизительно нашей суд. палатѣ. Судъ I-й инстанціи во Франціи, Италиі и Австріи, извѣстный подъ именемъ исправительнаго суда во Франціи и Италиі, и земскій судъ въ Германіи соотвѣтствуютъ приблизительно нашему окружному суду, австрійскіе же участковые судьи — нашимъ участковымъ мир. судьямъ.

**§ 67. III. Общіе поправочные уголовные суды и ихъ подраздѣленіе на двѣ категоріи: на суды для пересмотра судебныхъ приговоровъ и суды для частнаго обжалованія, съ объясненіемъ понятій о приговорахъ, опредѣленіяхъ, постановленіяхъ, рѣшеніяхъ и резолюціяхъ.** Общіе поправочные уг. суды есть во всѣхъ культ. государствахъ. Эти суды имѣютъ своей цѣлью исправленіе судебныхъ ошибокъ и злоупотребленій, учиненныхъ, т. е. сдѣланныхъ или допущенныхъ, уг. судами, при отправленіи уг. правосудія, въ фактической и правовой или только въ правовой сторонѣ уг. дѣлъ (выше с. 148 — 149).

Доброкачественное отправленіе поправочнаго уг. правосудія настоятельно требуетъ основательнаго знанія постановленій дѣйствующаго права, а вмѣстѣ съ тѣмъ и опытности въ примѣненіи ихъ къ дѣлу. Эти знанія и опытность есть у профессиональныхъ судей, но не у народныхъ. Въ виду этого, съ точки зрѣнія уг.-суд. политики, руководимый интересами всесторонняго, возможно большаго народ. благосостоянія, общіе поправочные уг. суды въ культ. государствахъ должны состоять изъ профессиональныхъ судей, безъ участія народныхъ.

Это и принято во всѣхъ культ. государствахъ.

Сообразно разницѣ въ предметѣ своей поправочной дѣятельности, общіе поправочные уг. суды въ культ. государствахъ раздѣляются на 2 категоріи.

Къ одной категоріи (А) принадлежатъ общіе поправочные уг. суды, предназначенные для пересмотра судебныхъ приговоровъ, постановленныхъ другими судами или даже нѣкоторыми изъ самихъ этихъ судовъ, по существу уг. дѣлъ.

Къ другой же категоріи (Б) относятся общіе поправочные уг. суды, предназначенные для разбирательства по частному обжалованію, т. е. по обжалованію не суд. приговоровъ, а только нѣкоторыхъ

другихъ рѣшеній и отдѣльныхъ поступковъ уг. суда. Примѣромъ такого поступка можетъ служить медленность суда въ отправленіи уг. правосудія, а примѣромъ такого рѣшенія — постановленіе суда о взятіи обвиняемаго подъ стражу въ предупрежденіе уклоненія отъ суда, или опредѣленіе суда о наложеніи штрафа на свидѣтеля за неявку къ суду.

Чтобы яснѣе представить различіе между предметами поправочной дѣятельности уг. судовъ, необходимо разяснить понятія объ уг.-суд. приговорахъ, опредѣленіяхъ, постановленіяхъ, а также рѣшеніи и резолюціи<sup>1)</sup>.

Въ разговорномъ и литературномъ языкѣ слово: „рѣшеніе“ употребляется въ самомъ широкомъ значеніи. Рѣшеніемъ называется исчерпывающій отвѣтъ на поставленный вопросъ, то заключеніе, къ которому пришелъ изслѣдователь, на основаніи изслѣдованія или обсужденія, относительно поставленнаго вопроса.

Въ виду столь широкаго обыденнаго смысла, слѣдуетъ сохранить за этимъ словомъ широкое значеніе и по отношенію къ уг. суду въ области уг. правосудія, безъ всякаго навязыванія этому слову еще какого бы то ни было болѣе узкаго, спеціальнаго, техническаго значенія. Рѣшеніемъ уг. суда нужно назвать то заключеніе, къ которому пришелъ уг. судъ, на основаніи своего изслѣдованія, по разсматриваемому вопросу въ области отправленія уг. правосудія.

Наше дѣйствующее общее уг.-суд. законодательство не противорѣчитъ этому взгляду. Напротивъ, оно само называетъ иногда рѣшеніемъ: то приговоръ (У. 32; 177/13 г. — УП. II. 205), то опредѣленіе (У. 653; 919; 925<sup>1</sup>; 927; 933).

Нечего и говорить, что нашъ уставъ уг. суд. поступаетъ вполне правильно, когда называетъ рѣшеніемъ присяжныхъ засѣдателей тотъ отвѣтъ, который данъ коллегіей присяжныхъ засѣдателей на вопросы виновности, подлежащія ея обсужденію и рѣшенію, поставленные для нея ею самой (У. 814 и отчасти 812), а, главнымъ образомъ, судейскою коллегіею окружнаго суда (У. 801; 807; 809—813; 817—820).

Въ литературѣ уг.-суд. права отвѣтъ коллегіи присяжныхъ засѣдателей по разсматриваемому ею вопросу обыкновенно называется вердиктомъ, т. е. изреченіемъ правды. Это — передѣлка англійскаго слова: verdict (вѣрдиктъ), происшедшаго отъ латинскаго слова veredictum, что значитъ: „сказанное по правдѣ“.

Отъ „рѣшенія“ переходимъ къ „приговорамъ“.

Уг.-суд. приговорами называются рѣшенія, данныя по уг. дѣламъ

1) Жемчужниковъ — Постановленіе суда о непріятіи жалобы или о передачѣ дѣла, по неподсудности, есть приговоръ или частное опредѣленіе? Суд. Вѣстникъ. 1870. № 182. — В. А. Волжинъ — Какъ слѣдуетъ излагать резолюцію по уголовнымъ дѣламъ. Суд. Газета. 1896. № 28. — А. Эленбогенъ — О формѣ резолюцій по уголовнымъ дѣламъ. Ж. М. Ю. 1904. № 3. — Бафрали — О формѣ резолюцій по уголовнымъ дѣламъ. Юристъ. 1904. № 17. — Л. Я. Тауберъ — Уголовный приговоръ и частное опредѣленіе и ихъ обжалованіе. Ж. У. П. П. 1913. № 2. — Тауберъ — Объ отзыввахъ на приговоры и частныхъ жалобахъ на распоряженія Мирowychъ Судей. Вѣстникъ Права. Органъ адвокатуры, нотариата, суда. Еженѣд. журналъ. Москва. 1914. № 10.

уг. судами, компетентными къ разбирательству и рѣшенію этихъ дѣлъ, по существу. Такихъ рѣшеній — двѣ категоріи.

Къ 1-й принадлежитъ рѣшеніе о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемаго въ уг. правонарушеніи, данное компетентнымъ уг. судомъ 1-й инстанціи, въ суд. засѣданіи, на основаніи суд. изслѣдованія, произведеннаго по уг. дѣлу, по существу, т. е. во всей полнотѣ, какъ относительно вопросовъ факта, такъ и относительно вопросовъ права.

Ко 2-й же категоріи относится рѣшеніе поправочнаго уг. суда, компетентнаго къ поправочному разбирательству и рѣшенію уг. дѣлъ по существу, данное этимъ судомъ, въ суд. засѣданіи, на основаніи суд. изслѣдованія, произведеннаго по данному уг. дѣлу, допускающему разбирательство и рѣшеніе по существу, но произведеннаго соотвѣтственно размѣру обжалованія: или во всей полнотѣ, или только въ нѣкоторой части.

Наше дѣйствующее общее уг.-суд. законодательство держится вообще правильнаго понятія объ уг.-суд. приговорахъ. Это законодательство называетъ приговорами: 1) рѣшенія уг. судовъ 1-й инстанціи, по существу уг. дѣлъ [У. 119; 121 — 123/13 г.; 124, съ прим., по Прод. 12 г.; 127/13 г.; 130/13 г.; 771; 786; 788; 792; 797 — 798; 826. — УП. I, 30; II. 200; 202—206], и 2) нѣкоторыя рѣшенія нѣкоторыхъ поправочныхъ уг. судовъ. Таковы — а) рѣшенія уг. судовъ повторительнаго производства, по существу, по уг. дѣламъ, завершеннымъ заочными приговорами [У. 133/13 г.; 137/13 г.; 141<sup>2</sup>/13 г.; 141<sup>3</sup>/13 г.; 834<sup>1</sup>; 834<sup>3</sup>/13 г.; 834<sup>9</sup>; 834<sup>10</sup>/13 г. — УП. II. 210; 213], и б) рѣшенія уг. судовъ апелляціонной инстанціи, разрѣшающія каждое изъ апелляціонныхъ уг. дѣлъ, соотвѣтственно размѣру обжалованія: или по существу, во всей полнотѣ, или только въ обжалованной части [У. 156; 166; 168/13 г.; 878; 889; 892. — УП. II. 224; 229; 231].

Однако, въ нашемъ законодательствѣ изрѣдка попадаются и отступленія отъ этой правильной и точной терминологіи, но только въ томъ отношеніи, что нѣкоторые уг.-суд. приговоры названы слишкомъ широкимъ терминомъ: „рѣшенія“. Такъ, оправдательные уг.-суд. приговоры (У. 32) и приговоры съѣзда мир. судей (У. 177/13 г.), а также приговоры городского судьи и земскаго участкаго начальника (УП. II. 205) названы одинъ разъ рѣшеніями.

Чтобы выяснитъ правильно, ясно и точно понятіе объ уг.-суд. приговорахъ, принятое въ нашемъ дѣйствующемъ общемъ уг.-суд. законодательствѣ, мы должны изложить, какое содержаніе могутъ, а тѣмъ болѣе должны имѣть уг.-суд. приговоры, по этому законодательству.

Начнемъ съ уг.-суд. приговоровъ, постановляемыхъ общими уг. судами 1-й инстанціи, и закончимъ уг.-суд. приговорами общихъ поправочныхъ уг. судовъ.

Наши общіе уг. суды 1-й инстанціи отправляютъ уг. правосудіе: или безъ присяжныхъ засѣдателей, или съ присяжными.

Окружный судъ судить, въ качествѣ 1-й инстанціи, одни уг. дѣла — съ присяжными, а другія — безъ присяжныхъ. Мировой же судья и помощникъ мир. судьи, точно также, какъ упраздняемые:

какъ польза, которую можетъ принести въ отдѣльныхъ случаяхъ отмѣна безповоротности, далеко перевѣшивается вредомъ для всего вотчиннаго оборота, котораго приходится ждать отъ нея<sup>1)</sup>.

Еще бѣльшія сомнѣнія вызываетъ третье условіе безповоротности, выставленное проектомъ ВУ., условіе, по которому безповоротность не наступаетъ, „если право кого либо изъ предшественниковъ пріобрѣтателя установлено посредствомъ подлога или принужденія и если притомъ, до истеченія двухъ лѣтъ со дня внесенія сего права въ вотчинную книгу, будетъ внесена отмѣтка въ обезпеченіе иска о признаніи права недѣйствительнымъ“.

Не многія постановленія проекта возбудили столько спора, какъ именно это, являющееся, впрочемъ, вполне самостоятельнымъ произведеніемъ редакціонной комиссіи<sup>2)</sup>. Интересно притомъ то, что оно было выставлено комиссіей въ проектѣ 1893 г. Подъ вліяніемъ же критики<sup>3)</sup>, оно было исключено изъ текста редакціи 1896 г., при чемъ изъ „Объясненій къ главнымъ основаніямъ проекта ВУ.“ были вычеркнуты доводы въ пользу его<sup>4)</sup>. А въ Объясненіяхъ къ ст. 15—18 были помѣщены особое мнѣніе одного члена комиссіи въ пользу сохраненія этого правила и мнѣніе большинства комиссіи, опровергающее доводы перваго<sup>5)</sup>. Однако, особая комиссія возстановила рѣшеніе комиссіи 1893 г.<sup>6)</sup>, и, съ одобренія министра юстиціи<sup>7)</sup>, спорное постановленіе все-таки вошло въ проектъ 1907 г.<sup>8)</sup>.

1) Противъ условія возмездности высказались также Вербловскій, Новѣйшій проектъ ВУ., Сборн. Правовѣд. 1895, 4, стр. 211 сл. и Св. Зам., № 106.

2) Автору, по крайней мѣрѣ, не удалось найти въ иностранныхъ законодательствахъ прабразъ этого постановленія.

3) Св. Зам., № 101.

4) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 84 сл. съ Объясненіями 1896 г. I, стр. 39.

5) Объясненія 1896 г. I, стр. 155 сл. и 161 сл.

6) Ж. О. К., стр. 86 сл.

7) Записка, стр. 28.

8) Единственнымъ въ литературѣ защитникомъ этого постановленія является Городыскій, Замѣчанія на проектъ ВУ., Журн. Юрид. Общ.

По этому поводу можно только присоединиться къ высказаннымъ уже прежде возраженіямъ. Ст. 18 п. 3 фактически приведетъ къ тому, что ни одно вотчинное право не будетъ считаться безповоротно приобрѣтеннымъ до истеченія двухъ лѣтъ съ момента приобрѣтенія. Это, въ интересахъ вотчиннаго оборота, въ высшей степени нежелательно. Если, съ точки зрѣнія народнаго хозяйства, и не считать ускоренія оборота недвижимостей само по себѣ чѣмъ то желательнымъ, то всетаки подобное замедленіе нерѣдко явится вреднымъ и даже разорительнымъ для управомоченнаго лица<sup>1)</sup>.

Кромѣ того, фактически созданная такимъ путемъ общая отсрочка безповоротности на два года не можетъ не отзываться и на общемъ положеніи землевладѣнія, а въ частности, на поземельномъ кредитѣ. По другому поводу, нежелательность такой отсрочки была признана составителями проекта, но для проведенія этого взгляда не хватило у комиссіи послѣдовательности<sup>2)</sup>.

1895, 9, стр. 51 сл., Замѣчанія на проектъ ВУ., Ж. М. Ю. 1902, 9, стр. 229 сл. Вторая статья ~~рассматриваетъ~~, впрочемъ, проектъ ГУ., въ которомъ спорной статьи нѣтъ — ср. ст. 747. — По этому поводу слѣдуетъ вспомнить, что г. Городыскій является вообще, какъ было упомянуто выше, противникомъ принципа безповоротности, чѣмъ и объясняется его отношеніе къ ст. 18, 3, столь замѣтно ослабляющей значеніе этого принципа. Среди приверженцевъ этого принципа, напротивъ, рѣшеніе особой комиссіи защитниковъ не нашло, да и едва ли могло ихъ найти.

1) Стоитъ представить себѣ положеніе приобрѣтателя недвижимости, который въ теченіе первыхъ двухъ лѣтъ послѣ приобрѣтенія недвижимости, т. е., именно, въ экономически наиболѣе трудные годы, фактически отрѣзавъ отъ кредита или можетъ пользоваться имъ только на невыгодныхъ условіяхъ. Въ аналогичномъ положеніи будутъ находиться ипотечные кредиторы, желающіе реализовать залоговой актъ. Последнее можетъ отразиться особенно нежелательными послѣдствіями при наслѣдственныхъ раздѣлахъ. Указаніе же Ж. О. К., стр. 94 на вліяніе личнаго довѣрія къ „солидному продавцу или залогодателю“ является весьма слабымъ утѣшеніемъ, тѣмъ болѣе, что оно не имѣетъ никакого значенія при сдѣлкахъ не съ частными лицами, а съ кредитными установленіями, которыя будутъ вынуждены формально считаться со ст. 18, 3.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 81 сл., Ж. О. К., стр. 91 сл., Записка, стр. 33 сл. Объ отсрочкѣ безповоротности въ нѣкоторыхъ исключитель-

Нельзя, далѣе, не прибавить, что противъ ст. 18, 3 говорятъ не только подобныя практическія соображенія. Такой же вѣсь долженъ быть признанъ и за принципиальными аргументами. Дѣло въ томъ, что, по всему смыслу вотчинной системы, пороки права правопреемственника не должны и не могутъ оказывать вліянія на право дальнѣйшаго добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Въ интересахъ оборота защищается то довѣріе, которое питалъ послѣдній къ показаніямъ книги. Въ интересахъ же оборота не признается значенія за недобросовѣстностью правопреемственника<sup>1)</sup>. Отчего же, при такихъ условіяхъ, дѣлается исключеніе изъ общаго принципа, если право одного изъ правопреемственниковъ пріобрѣтено путемъ преступленія? Добрая вѣра пріобрѣтателя отъ этого вѣдь не измѣняется, не измѣняются и интересы оборота.

Въ матеріалахъ<sup>2)</sup> принятое рѣшеніе мотивируется утвержденіемъ, что „сколь бы рѣдко ни встрѣчалось пріобрѣтеніе вотчинныхъ правъ посредствомъ преступленія, — оно столь возмущаетъ чувство справедливости, что даже единичные случаи безповоротнаго нарушенія, такимъ способомъ, чьихъ либо законныхъ правъ могли бы, на первыхъ порахъ, подорвать довѣріе общества къ ипотечной системѣ“.

Подобный подрывъ довѣрія былъ бы, разумѣется, обстоятельствомъ и прискорбнымъ, и весьма важнымъ. Но не слѣдуетъ ли опасаться его наступленія въ той же мѣрѣ въ случаѣ объявленія недѣйствительными правъ, добросовѣстно пріобрѣтенныхъ, въ виду преступленія одного изъ правопреемственниковъ? Кажется, что реакція потерпѣвшаго будетъ одинаково сильна въ обоихъ случаяхъ. А такъ какъ этого

---

ныхъ случаяхъ см. тамъ же, и кромѣ того, въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 165 сл. и Ж. О. К., стр. 84.

1) Это особо подчеркивается въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 75, 1896 г. I, стр. 87.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 84 сл., Ж. О. К., стр. 87 сл.

не могли не сознавать члены особой комиссіи, то приходится предполагать, что рѣшающую роль сыграло не стремленіе обезпечить довѣріе къ книгѣ, а, напротивъ, чисто субъективное отношеніе къ данному вопросу членовъ комиссіи, выразившееся въ утвержденіи, что „пріобрѣтеніе вотчинныхъ правъ путемъ преступленія... возмущаетъ чувство справедливости“. Между тѣмъ, такое отношеніе, хотя оно само по себѣ и вполне понятно, всетаки недостаточно обосновано.

Въ самомъ дѣлѣ, со скольконибудь объективной точки зрѣнія совершенно безразлично, лишается ли управомоченный своего права вслѣдствіе подлога или принужденія съ одной стороны, или вслѣдствіе небрежности чиновъ вотчиннаго установленія, обмана или какого либо другого неблагоприятнаго дѣйствія правопредшественника пріобрѣтателя, съ другой. И даже субъективное чувство справедливости, считающееся только съ дѣйствіемъ нормы на право отдѣльныхъ индивидуумовъ и упускающее изъ вида общественную функцію той же нормы, должно отнести къ случаямъ обѣихъ категорій равно отрицательно, хотя чисто эмоціональное „возмущеніе“ и будетъ, пожалуй, живѣе въ случаяхъ перваго рода. Но это возмущеніе является чѣмъ то совершенно ирраціональнымъ и не должно, поэтому, руководить законодателемъ. Слѣдовательно, остается одно изъ двухъ: или совершенно отмѣнить безповоротность, чѣмъ была бы разрушена основа вотчинной системы, или же признать безповоротность во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ, лишь только самъ пріобрѣтатель дѣйствовалъ добросовѣстно.

Кажется, ясно, что рѣшеніе можетъ быть только одно. Если ВУ. дѣйствительно желаетъ создать вотчинную систему, то необходимо отказаться отъ п. 3 ст. 18, нелогичнаго самаго по себѣ и основаннаго на чисто субъективныхъ соображеніяхъ, рѣзко противорѣчащихъ основной мысли всей системы.

## § 22. Положеніе распорядившагося.

Итакъ, право третьяго добросовѣстнаго и возмезднаго прибрѣтателя пользуется безповоротностью. Однако, интересы оборота требуютъ только защиты публичной вѣры вотчинной книги и, вслѣдствіе этого, сохраненія прибрѣтеннаго по книгѣ вотчиннаго права. Но они никоимъ образомъ не требуютъ, чтобы оставалось въ силѣ происшедшее безъ матеріально-правового основанія перемѣщеніе экономическихъ благъ. Слѣдовательно, нѣтъ никакого основанія не признавать права на вознагражденіе за лицомъ, потерпѣвшимъ вслѣдствіе покрытія публичною вѣрой книги неправильности ея содержанія. Другими словами, вотчинная система насколько не устраняетъ примѣненія нормъ о возмѣщеніи убытковъ и о неосновательномъ обогащеніи.

Это положеніе усвоено и новѣйшими кодексами. Какъ BGB., такъ и ZGB. признаютъ за потерпѣвшимъ право требовать возмѣщенія убытковъ, если распорядившійся дѣйствовалъ виновно, между тѣмъ какъ за отсутствіемъ вины можетъ быть потребована лишь выдача обогащенія. На ряду съ этимъ, германское уложеніе даетъ, въ случаѣ безмездности распоряженія, потерпѣвшему искъ объ обогащеніи также и противъ прибрѣтателя. Кромѣ того, оба уложенія признаютъ за нимъ и право на искъ противъ государства, если имѣлась на лицо вина чиновъ вотчиннаго установленія <sup>1)</sup>).

1) BGB. 816, 822, 823, GBO. 12 (Dernburg, Sachenrecht, S. 163 flg. указываетъ, что путемъ признанія иска объ обогащеніи противъ прибрѣтателя въ сущности восстанавливается извѣстное прусскому праву различіе между возмезднымъ и безмезднымъ прибрѣтеніемъ. Дѣйствительно, изъ Prot. III, S. 82 flg. можно усмотрѣть, что признаніе этого иска послѣдовало въ непосредственной связи съ отклоненіемъ предложенія установить безповоротность только въ пользу возмездно прибрѣтенныхъ правъ. Однако, видѣтъ въ этомъ, подобно Дерибургу, половинчатость едва ли возможно. Съ точки зрѣнія вотчиннаго права нѣтъ различія между двумя родами сдѣлокъ, и въ этомъ заключается суть вопроса. Что же касается обязательственныхъ притязаній потерпѣвшаго, то тутъ формально-правовыя соображенія уже лишены значенія, и имѣется полная возможность

Кажется, что съ такой нормировкой вопроса можно только согласиться. Нанѣ проектъ сталъ, однако, на другую точку зрѣнія и притомъ на такую, которая противорѣчитъ принципамъ современнаго гражданскаго права, а въ частности, дѣйствующаго русскаго права, а также предположеніямъ проекта ГУ. Какъ извѣстно, всѣ они возлагаютъ на лицо, причинившее ущербъ, обязанность возмѣщенія его лишь при наличности съ его стороны вины<sup>1)</sup>. Между тѣмъ, нашъ проектъ, въ ст. 19 предполагаетъ возложить эту обязанность на лицо, распорядившееся правомъ, которое неправильно значилось за нимъ по книгѣ, внѣ всякой зависимости отъ момента вины. По крайней мѣрѣ, этотъ моментъ въ текстѣ указанной статьи не упоминается<sup>2)</sup>.

Такое отступленіе отъ общаго принципа едва ли достаточно обосновано. Возмѣщеніе полнаго ущерба будетъ справедливо лишь тогда, когда распорядившійся дѣйствовалъ виновно. Въ противномъ случаѣ кажется гораздо болѣе справедливымъ возложить на него лишь выдачу полученнаго обогащенія такъ же, какъ то дѣлаютъ западные кодексы. Притомъ, необходимо имѣть въ виду, что этотъ вопросъ имѣетъ значеніе далеко не только теоретическое. Напротивъ, распоряженіе чужимъ вотчиннымъ правомъ вполнѣ

---

считаться съ матеріальной подкладкой совершившагося перемѣщенія экономическихъ благъ). ZGB. особыхъ постановленій по этому вопросу не даетъ, кромѣ ZGB. 955 объ отвѣтственности государства. Слѣдовательно, вступаютъ въ силу O.-R. 41 flg., 62 flg. Искъ противъ приобретателя швейцарскимъ правомъ не признается — ср. Ostertag, Sachenrecht ad 973, P. 25, Wieland, Sachenrecht ad 974, P. 13, ad 975, P. 13, Tuor, Das neue Recht, S. 353 flg., bes. S. 356.

1) Съ точки зрѣнія настоящаго изслѣдованія интересъ представляеть лишь этотъ основной принципъ, между тѣмъ какъ уклоненія отъ него могутъ быть оставлены въ сторонѣ.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 71, 1896 г. I, стр. 85. Тутъ имѣется оговорка, что размѣръ вознагражденія опредѣляется общими гражданскими законами. Однако, примѣненіе этой мысли чрезвычайно затрудняется, если даже не дѣлается невозможнымъ формулировкой текста статьи.

мыслимо безъ всякой виновности. Стоитъ представить себѣ несомнѣнно возможный на практикѣ случай, что право было записано за кѣмъ либо даже безъ его вѣдома и что наслѣдникъ его распорядился этимъ правомъ. Ясно, что возложеніе на послѣдняго обязанности возмѣщенія ущерба противорѣчило бы не только безспорно признаннымъ общимъ принципамъ, но и чувству справедливости<sup>1)</sup>.

Въ виду этого слѣдуетъ высказать пожеланіе, чтобы проектъ остался вѣренъ общимъ принципамъ и установилъ, какъ общее правило, обязанность выдачи обогащенія, а обязанность возмѣщенія ущерба поставилъ въ зависимость отъ наличности вины. Если притомъ въ окончательной редакціи проекта безповоротность будетъ признана также и по отношенію къ безмезднымъ сдѣлкамъ, то было бы, очевидно, наиболѣе правильнымъ послѣдовать въ этомъ отношеніи примѣру BGB. и признать за потерпѣвшимъ право на предъявленіе иска и къ добросовѣстному пріобрѣтателю<sup>2)</sup>. Наконецъ, нельзя не указать и по этому поводу на желательность признанія непосредственной отвѣтственности государства за вину чиновъ вотчиннаго установленія<sup>3)</sup>.

1) Даже излишне привлекать въ подкрѣпленіе этой аргументаціи тотъ фактъ, что въ подобныхъ случаяхъ матеріально управомоченный обыкновенно допустилъ небрежность, не озаботившись своевременно объ исправленіи книги.

2) Благодаря этому отпалъ бы и безъ того не особенно убѣдительный аргументъ, выставляемый редакціонной комиссіей въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 80, 1896 г. I, стр. 92 и сводящійся къ тому, что, въ случаѣ признанія безповоротности также и по отношенію къ безмездно пріобрѣтеннымъ правамъ, положеніе потерпѣвшаго при взысканіи убытковъ будетъ хуже, чѣмъ при возмездномъ пріобрѣтеніи, такъ какъ при послѣднемъ въ рукахъ распорядившагося будетъ находиться эквивалентъ. При введеніи предложенной въ текстъ поправки, отвѣтчикомъ являлся бы, именно, собственникъ или, вообще, обладатель вотчиннаго права.

3) Это вопросъ немалой теоретической и практической важности, который, къ сожалѣнію, урегулированъ въ нашемъ проектѣ совершенно неудовлетворительно. Проектъ УВУ. предоставляетъ, въ ст. 26—29, частнымъ лицамъ искать за убытки, понесенные вслѣдствіе вины чиновъ вотчиннаго установленія, на основаніи У. Гр. С. 1331 сл., при чемъ потерпѣвшій не имѣетъ, въ случаѣ неоплатности чиновника,

Въ заключеніе необходимо поставить еще вопросъ, чѣмъ, съ конструктивной точки зрѣнія, объясняется приобрѣтеніе вотчиннаго права добросовѣстнымъ третьимъ лицомъ отъ лица,

возможности привлечь, хотя бы дополнительно, государство. На неудовлетворительность такого порядка было обращено вниманіе уже двумя членами редакціонной комиссіи (См. Объясненія къ проекту УВУ. 1896 г., стр. 40 сл.). Затѣмъ, въ томъ же смыслѣ высказались министръ финансовъ въ своемъ отзывѣ (стр. 8 сл.) и А. И. Лыкошинъ, участвовавшій въ работахъ редакціонной комиссіи и завѣдывавшій впоследствии дѣлопроизводствомъ особой комиссіи, на страницахъ Вѣстника Права 1901, I, стр. 58 сл., въ статьѣ „Германское положеніе о вотчинныхъ книгахъ“. Тотъ же вопросъ былъ, затѣмъ, снова поднятъ въ особой комиссіи (Ж. О. К., стр., 597 сл., 601 сл.). Но даже скромное предложеніе установить дополнительную отвѣтственность государства было рѣшительно отклонено. При этомъ было указано, съ одной стороны, на то, что правила о вотчинномъ дѣлопроизводствѣ представляютъ достаточную гарантію, такъ что отвѣтственность государства не имѣла бы практическаго значенія. Съ другой стороны, утверждали, что столь важный принципъ, какъ отвѣтственность государства за виновныя дѣянія чиновниковъ, не можетъ быть признанъ по частному случаю и какъ бы мимоходомъ.

Между тѣмъ, даже излишне говорить, что эти аргументы не убѣдительно. Ошибки при вотчинномъ дѣлопроизводствѣ вполне возможны, несмотря на всѣ гарантіи. Возможны и дѣйствія, вызванныя злою волей чиновъ. И если они будутъ встрѣчаться рѣдко, то и это мало утѣшительно для лица, всетаки пострадавшаго отъ нихъ. Что же касается введенія новаго принципа, то, очевидно, неудовлетворительная постановка какого либо вопроса въ общемъ не можетъ быть препятствіемъ для частичной его реформы. Иначе можно было бы откладывать, опираясь на этотъ же аргументъ, вообще всѣ реформы во всѣхъ областяхъ жизни на неопредѣленное время. Къ тому же, можно указать на примѣръ Германіи. Она признаетъ, въ общемъ, также отвѣтственность лишь провинившагося чина. Но для вотчинныхъ дѣлъ она дѣлаетъ изъятіе и признаетъ не только субсидіарную, но даже непосредственную отвѣтственность государства (GBO. 12, ср. BGB. 839. Ср. весьма интересные дебаты рейхстага по поводу BGB. 839 — *Stenogr. Berichte, Sonderausgabe, S. 431 flg.*). Такую же отвѣтственность признаетъ и швейцарское уложеніе, при чемъ особо оговаривается право государства искать, со своей стороны, съ чиновника (ZGB. 955, ср. O.-R. 50 flg., 64). Такъ, именно, слѣдовало бы поставить дѣло и у насъ. Этого требуетъ интересъ вотчиннаго оборота, который значительно выиграетъ, если пострадавшій не будетъ вынужденъ вести сначала, какъ то предлагалось даже меньшинствомъ редакціонной комиссіи, въ большинствѣ случаевъ, бесполезный процессъ противъ немущаго чиновника, чтобы лишь впоследствии получить возможность искать съ успѣхомъ съ государства — не говоря уже о положеніи, ко-

за которымъ, по выраженію проекта, данное право неправильно значилось по вотчинной книги.

Если не прибѣгать къ простому указанію на положительную норму, что было бы однозначаче съ отказомъ отъ научной конструкціи, или къ ничего не объясняющему утвержденію, что здѣсь имѣется на лицо законная фикція<sup>1)</sup>, то остаются двѣ возможности. Можно, во-первыхъ, выставить конструкцію<sup>2)</sup>,

тотое создается благодаря постановленіямъ проекта, ибо вытекающая изъ такого порядка потеря времени будетъ имѣть весьма часто большое значеніе для всего экономическаго положенія пострадавшаго. По той же причинѣ нельзя требовать и того, чтобы искъ былъ предъявленъ первоначально къ лицу, обогатившемуся благодаря винѣ чиновника, какъ то предлагаетъ ст. 28 проекта УВУ. Напротивъ, государство должно нести отвѣтственность во всякомъ случаѣ, при чемъ оно сохраняетъ, разумѣется, право регресса и къ обогатившемуся, и къ чиновнику.

Такая нормировка отвѣтственности государства являлась бы необходимымъ дополненіемъ благоразумной регулировки вотчиннаго оборота. И если эта отвѣтственность получить практическое значеніе лишь въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ — какъ то предполагали составители проекта — то это будетъ тѣмъ лучше и для фиска, и для вотчиннаго оборота. Но это является скорѣе аргументовъ за, чѣмъ противъ установленія такой отвѣтственности.

Слѣдуетъ, впрочемъ, добавить еще указаніе на то, что г. Лыкошинъ высказываетъ, въ ук. ст., стр. 59, предположеніе, что отвѣтственность государства была отклонена въ виду опасенія ущерба для казны. Между тѣмъ, это опасеніе не высказывается открыто ни въ Объясненіяхъ редакціонной комиссіи, ни въ Журналѣ Особой Комиссіи. Тѣмъ не менѣе, въ правильности подобнаго предположенія трудно сомнѣваться. Остается лишь надежда, что при окончательномъ обсужденіи проекта законодательныя палаты проявятъ менѣе узкое пониманіе интересовъ казны. Въ крайнемъ случаѣ, можно было бы, впрочемъ, прибѣгнуть къ средству, на которое указывало уже меньшинство редакціонной комиссіи, т. е. къ учрежденію особаго страхового фонда въ пользу потерпѣвшихъ — ср. Объясненія къ проекту УВУ. 1896 г., стр. 42. (Эта мысль заимствована, повидимому, изъ Акта Торренса, ст. 126 сл. Согласно ему, въ первую голову отвѣчаетъ лицо обогатившееся, а въ случаѣ его смерти, отсутствія или неоплатности, отвѣчаетъ особый страховой фондъ. Генеральный регистраторъ, напротивъ, по ст. 137, отвѣчаетъ лично только въ случаѣ злой воли. Ср. также Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 423).

1) Ср. Maenner, Sachenrecht, S. 42, Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht I, S. 254.

2) Regelsberger, Der sog. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Jherings Jahrb. 47, S. 354 flg., Romeick, Zur Technik des BGB. III, S. 10 flg., 19 flg. passim и др.

согласно которой признается наличность первоначального приобрѣтенія на основаніи доброй вѣры приобрѣтателя. Однако, здѣсь имѣется, безспорно, приобрѣтеніе <sup>1)</sup>, которое, если основывается и не на правѣ распорядившагося, каковое или вовсе не существуетъ или существуетъ въ иномъ объемѣ, то все же основывается на его волѣ и на его распоряженіи. Къ тому же пороки сдѣлки, заключенной между распоряжающимся и приобрѣтателемъ, препятствуютъ приобрѣтенію, несмотря на добрую вѣру послѣдняго.

Въ виду этого, остается только присоединиться къ другой конструкціи, которая и признается господствующимъ въ литературѣ мнѣніемъ <sup>2)</sup>. Она заключается въ томъ, что приобрѣтеніе происходитъ на основаніи легитимациі къ распоряженію, которая признается объективнымъ правомъ за лицомъ, внесеннымъ въ вотчинную книгу, хотя бы данное право и не принадлежало ему и которая есть ничто иное, какъ проявленіе достовѣрности вотчинной книги по отношенію къ распорядившемуся. Слѣдуетъ, однако, прибавить, что эта легитимациа дѣйствуетъ исключительно въ пользу добросовѣстнаго приобрѣтателя <sup>3)</sup>.

1) Разсматривать сложный и спорный вопросъ объ отличительныхъ признакахъ первоначального и производнаго приобрѣтенія нѣтъ въ настоящемъ мѣстѣ ни возможности, ни необходимости. Ср., однако, Gierke, *Privatrecht I*, S. 279.

2) Ср. Gierke, *Privatrecht I*, S. 279, II, S. 331, Wolff, *Sachenrecht*, S. 127 flg., Crome, *System I*, S. 313 flg., Hellwig, *Rechtskraft*, S. 96 flg., Hellmann, *Vorträge über das BGB.*, S. 51 flg. и др.

3) Это ограниченіе обыкновенно не подчеркивается достаточно приверженцами господствующей теоріи, изъ чего, главнымъ образомъ, и черпаютъ свои доводы ея противники. Ср., въ частности, Regelsberger, I. c., S. 363: „... dass der angeblichen Rechtsmacht eine grosse innere Schwäche anhaftet. Sie versagt gegenüber einem nichtgutgläubigen Erwerber. Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn sie vor dem schlechten Glauben einer andern Person zerfließt, wie Butter an der Sonne?“ Между тѣмъ, нѣтъ никакой причины не ограничивать принципиально легитимациі распорядившагося условіемъ доброй совѣсти контрагента. Слѣдуетъ, впрочемъ, прибавить, что тотъ же принципъ легитимациі неуправомоченнаго проявляется въ современномъ правѣ еще въ рядѣ дру-

Такъ обстоитъ этотъ вопросъ по отношенію къ современному вотчинному праву вообще. Что же касается нашего проекта ВУ., то не видно причинъ, по какимъ указанная конструкція могла бы не подходить къ нему. Можно даже прибавить, что теорія первоначальнаго пріобрѣтенія примѣнима къ нему еще менѣе, чѣмъ къ германскому уложенію, въ виду постановленій п. 1 и 3 ст. 18, ставящихъ пріобрѣтеніе въ еще болѣе тѣсную связь съ распоряженіемъ внесеннаго въ книгу лица, чѣмъ то дѣлаютъ иностранные кодексы.

## 2. Обезпеченіе матеріальнаго права.

(Система отмѣтокъ).

### § 23. Понятіе отмѣтки.

Публичная вѣра вотчинной книги, несмотря на безспорныя ея достоинства, заключаетъ, однако, въ себѣ также и серьезныя опасности. При всѣхъ матеріальныхъ и формальныхъ гарантіяхъ, устанавливаемыхъ для достиженія правильности книги, разладъ между нею и матеріальнымъ правомъ все же остается, до извѣстной степени, возможнымъ. Послѣдствіемъ такого разлада можетъ быть, именно благодаря публичной вѣрѣ вотчинной книги, причиненіе ущерба управомоченному лицу, право котораго или вовсе не было внесено или было внесено неправильно, а также лицу, противъ котораго неправильно было внесено право.

Эта опасность и сознается всѣми вотчинными законодательствами. Всѣми принимаются противъ нея болѣе или менѣе энергичныя мѣры, при чемъ интенсивность послѣднихъ должна, очевидно, находиться въ зависимости отъ нѣкоторыхъ общихъ тенденцій даннаго законодательства, въ частности — отъ степени формализаціи вотчиннаго права.

Большую въ этомъ отношеніи роль играетъ, прежде

---

гихъ случаевъ, на что и указывается названными представителями господствующаго мнѣнія. Аналогичные случаи въ римскомъ правѣ приводятся Гельвигомъ, I. с., S. 98, App. 12.

всего, вопросъ о силѣ внесенія: система формальной силы записей даетъ наибольшій перевѣсъ формальному праву надъ матеріальнымъ, система каузальнаго договора наименьшій, между тѣмъ какъ система абстрактнаго вещнаго договора занимаетъ среднее положеніе.

Однако, на ряду съ этимъ, существуетъ и должна существовать еще вторая система мѣръ къ охранѣ матеріальнаго права. Законодательство не можетъ ограничиться принятіемъ мѣръ къ достиженію первоначальной правильности записей. Оно должно считаться и съ возможностью безуспѣшности этихъ мѣръ въ отдѣльномъ случаѣ, т. е. съ послѣдующимъ обнаруженіемъ неправильности внесенія, а также съ возникающимъ впослѣдствіи разладомъ между книгой и матеріальнымъ правомъ. Имѣющей же для носителя матеріальнаго права возможности требовать судебнымъ порядкомъ согласованія между книгой и правомъ мало — именно благодаря принципу публичной вѣры, могущему привести къ безповоротности содержанія книги.

Въ виду этого, всѣ современныя законодательства приняли систему такъ наз. отмѣтокъ, т. е. особыхъ статей, при помощи которыхъ преслѣдуется цѣль устранить или, по крайней мѣрѣ, уменьшить опасность публичной вѣры. Ими оглашается матеріальное правоположеніе въ противовѣсъ формальнымъ показаніямъ вотчинной книги. А благодаря этому, отпадаетъ добрая вѣра третьихъ лицъ, могущихъ приобрести спорныя права.

Задача отмѣтокъ заключается, такимъ образомъ, въ оглашеніи неправильности книги. Другими словами, отмѣтки должны свидѣтельствовать о существованіи невнесенныхъ и несуществованіи внесенныхъ вотчинныхъ правъ. Слѣдовательно, предположеніемъ внесенія отмѣтки является разладъ между книгой и матеріальнымъ вотчиннымъ правоположеніемъ, имѣющійся на лицо уже ко времени внесенія отмѣтки.

Однако, мыслимо и расширеніе области примѣненія ин-

ститута отмѣтки. Отмѣткою можетъ обезпечиваться не только вещное право на внесеніе записи, но также и обязательственное право на установленіе или прекращеніе или измѣненіе вотчиннаго права. Разлада между книгой и правомъ здѣсь нѣтъ. Но законодательство можетъ руководствоваться желаніемъ гарантировать противъ послѣдствій публичной вѣры книги не только возникшее уже вотчинное право, но также и обязательственное право, направленное на его установленіе<sup>1)</sup>.

Въ этомъ заключается извѣстная непослѣдовательность. Вотчинныя книги существуютъ для внесенія только вотчинныхъ правъ. Въ нихъ, слѣдовательно, нѣтъ мѣста для правъ обязательственныхъ, хотя бы и направленныхъ на установленіе правъ вотчинныхъ. Но если, съ другой стороны, принять въ соображеніе, что въ пользу подобной непослѣдовательности говорятъ вѣскіе аргументы, то приходится допустить отступленіе отъ принципа въ этой области такъ же, какъ и въ другихъ областяхъ. А такіе аргументы безспорно имѣются: принципъ публичной вѣры даетъ должникамъ широкую возможность ускользнуть отъ исполненія обязательства, направленнаго на установленіе вотчиннаго права. Этотъ принципъ существуетъ, однако, въ интересахъ лишь добросовѣстнаго оборота и не долженъ содѣйствовать заключенію сомнительныхъ, съ этической точки зрѣнія, сдѣлокъ. Слѣдовательно, нельзя не поставить вопроса о возможности безвредить именно въ этомъ отношеніи принципъ публичной вѣры. А такая возможность представляется при помощи отмѣтокъ. Въ виду этого и приходится допустить подобное отступленіе отъ принциповъ.

Однако, отмѣтки только что разсмотрѣннаго рода касаются обязательственныхъ правъ все же лишь настолько, на-

1) Здѣсь, какъ и далѣе всегда подразумѣвается также и обязательственное право, направленное на погашеніе или измѣненіе вотчиннаго права, но ради простоты изложенія не упоминается особо.

сколько содержаниемъ ихъ является установленіе вотчинныхъ правъ. Къ тому же, отмѣтками обезвреживается принципъ публичной вѣры. Въ виду этихъ двухъ обстоятельствъ имѣется, въ извѣстномъ смыслѣ, нѣкоторая идейная связь между вотчинной книгой и охраняемыми правами.

Но, на ряду съ этимъ, въ современномъ законодательствѣ встрѣчаются также отмѣтки въ обезпеченіе обязательственныхъ правъ иного содержанія, въ частности — правъ по найму и арендѣ. Кромѣ того, дѣйствіе подобныхъ отмѣтокъ направлено не противъ принципа публичной вѣры. Онѣ преслѣдуютъ лишь цѣль, вовлечь въ обязательственную связь также и послѣдующихъ собственниковъ недвижимости. Здѣсь, слѣдовательно, той идейной связи между обезпечиваемымъ правомъ и непосредственными задачами вотчинной книги нѣтъ, и отступленіе отъ принципа оправдывается уже исключительно соображеніями цѣлесообразности. Можно указать развѣ еще на то, что обезпечиваемыя такимъ образомъ права сами по себѣ не отличаются или мало чѣмъ отличаются, съ экономической точки зрѣнія, отъ правъ вотчинныхъ и что конструкція ихъ какъ правъ вотчинныхъ или обязательственныхъ, со своей стороны, зависитъ не столько отъ принципиальныхъ соображеній, сколько отъ нѣкоторыхъ социальныхъ и экономическихъ условій<sup>1)</sup>. А при такомъ положеніи дѣль приведеніе ихъ въ связь съ вотчинной книгой не представляется уже столь рѣзкимъ отступленіемъ отъ основныхъ принциповъ вотчиннаго права, каковымъ оно можетъ показаться на первый взглядъ.

Въ современныхъ законодательствахъ встрѣчаются, такимъ образомъ, отмѣтки троякаго рода: во-первыхъ, въ обезпеченіе вотчинныхъ правъ, во-вторыхъ, въ обезпеченіе обязательственныхъ правъ, направленныхъ на установленіе вотчинныхъ правъ, и, наконецъ, въ-третьихъ, для приданія

1) Ср. ниже, § 39.

силы противъ третьихъ лицъ обязательственнымъ правамъ, имѣющимъ экономическое отношеніе къ недвижимости.

Наибольшія затрудненія, съ конструктивной точки зрѣнія, представляютъ при этомъ вторыя изъ нихъ. Однако, изъ большого числа предложенныхъ въ литературѣ конструкцій<sup>1)</sup>, удовлетворительной является только одна, согласно которой отмѣтка создаетъ ограниченіе въ правѣ распоряженія собственника недвижимости, при чемъ сущность самаго обязательственного права остается неизмѣнной. Къ нему прибавляется лишь аксессуарное вотчинное право, отвѣчающее возложенному на собственника ограниченію, т. е. отрицательное право власти надъ вещью. Само собой разумѣется, что положительное законодательство можетъ конструировать отмѣтку также и иначе. Но именно эта конструкція, съ одной стороны, лучше всего отвѣчаетъ существу дѣла и тѣмъ цѣлямъ, которыя преслѣдуются при помощи отмѣтокъ этого рода, а съ другой, лишь она отвѣчаетъ постановленіямъ новѣйшихъ кодексовъ<sup>2)</sup>.

Нѣсколько иначе приходится конструировать отмѣтки

1) См. объ этомъ, кромѣ курсовъ и комментариевъ, Biermann, Widerspruch und Vormerkung S. 167 flg., Sekler, Die Lehre von der Vormerkung, S. 111 flg., Othmer, Rechtliche Wirkung der Vormerkung, S. 7 flg. По главнѣйшимъ изъ этихъ теорій отмѣтка создаетъ условное вещное право (Fuchs, Grundbuchrecht I, ad BGB. 883, bes. S. 115) или obligatio in rem scripta (Oberneck, Reichsgrundbuchrecht I, S. 448 flg.) или jus ad rem (Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 21 flg., Privatrecht II, S. 336 flg. То же мнѣніе многими приписывается и Дернбургу, однако едва ли основательно — ср. Sachenrecht, S. 177 flg.). Въ русской литературѣ къ этой послѣдней конструкціи присоединился Ельяшевичъ, Очеркъ развитія формъ поземельнаго кредита, стр. 57 прим. — Подробное изложеніе теорій о природѣ отмѣтки имѣется въ русской литературѣ у Талья, Ипотечная отмѣтка, стр. 17 сл.

2) Ср. BGB. 883, ZGB. 959. Эту конструкцію приняли Wolff, Sachenrecht, S. 141 flg., Hellwig, Rechtskraft, S. 253 flg., Sekler, Lehre von der Vormerkung, S. 124 flg. и другіе. Очень близокъ къ ней Kober, Sachenrecht ad 883, S. 115. Ср. также Wieland, Sachenrecht ad 959, Ostertag Sachenrecht ad 959. Въ русской литературѣ къ этому воззрѣнію при-  
мыкаетъ Талья, Ипотечная отмѣтка, стр. 29 сл.

двухъ другихъ категорій. Отмѣтки въ обезпеченіе вотчинныхъ правъ являются лишь техническимъ средствомъ къ оглашенію существующаго уже права въ виду того, что внесеніе его въ качествѣ записи въ данное время невозможно по тѣмъ или инымъ причинамъ. Но здѣсь нѣтъ ни измѣненія сущности самаго права, ни созданія новаго акцессорнаго права<sup>1)</sup>. Что же касается отмѣтокъ третьей категоріи, то тутъ возможны двѣ конструкціи, въ зависимости отъ постановленій положительнаго законодательства. Возможно, во-первыхъ, что третій пріобрѣтатель недвижимости въ силу закона вступаетъ во всѣ права и обязанности своего правопредшественника по данному обязательству<sup>2)</sup>. Но возможно также, что на него возлагается лишь обязанность терпѣть осуществленіе правъ по обязательству со стороны контрагента своего правопредшественника, при чемъ послѣдній остается стороною по обязательству. При первой конструкціи имѣется на лицо *obligatio in rem scripta*, между тѣмъ какъ второю создается такое же ограниченіе правъ собственника, какое имѣется при отмѣткахъ второй категоріи. Другими словами, согласно этой второй конструкціи возникаетъ на ряду съ правомъ обязательственнымъ особое акцессорное обезпечительное вотчинное право<sup>3)</sup>.

Къ этому сводятся законодательныя возможности въ области охраны матеріальнаго права противъ опасностей, связанныхъ съ принципомъ публичной вѣры вотчинной книги. Положительными законодательствами онѣ осуществляются, однако, въ различной мѣрѣ. Что касается BGB., то первый

1) Этотъ взглядъ является безспорно господствующимъ въ литературѣ германскаго и швейцарскаго права, ср. Gierke, *Privatrecht* II, S. 341 flg., Dernburg, *Sachenrecht*, S. 175 flg., Wolff, *Sachenrecht*, S. 132 flg., Turnau-Foerster, *Liegenschaftsrecht* I, S. 307 flg., Biermann, *Widerspruch und Vormerkung*, S. 91 flg., Wieland, *Sachenrecht ad 961, Ostertag, Sachenrecht ad 961*.

2) Ср. BGB. 571.

3) Эту конструкцію приняло ZGB. 959, ср. Wieland, *Sachenrecht ad 959, P. 5, d, Ostertag, Sachenrecht ad 959, P. 11*.

его проектъ, стремясь къ принципиальному пуризму, желалъ признавать только отмѣтки первой категоріи<sup>1)</sup>. Напротивъ, второй проектъ, и само уложеніе признали также и вторую категорію, мотивируя это практическими потребностями, при чемъ, однако, между отмѣтками обѣихъ категорій была проведена строгая грань, и, въ частности, названіе отмѣтокъ было присвоено только второй категоріи, между тѣмъ какъ отмѣтки первой категоріи были названы возраженіями<sup>2)</sup>.

ZGB. же признаетъ отмѣтки всѣхъ трехъ категорій, при чемъ оно, однако, не устанавливаетъ различія между второй и третьей категоріями, а проводитъ грань лишь между ними и отмѣтками первой категоріи. Въ виду этого и тутъ приходится дѣлать различіе между возраженіями и отмѣтками, придавая, вмѣстѣ съ тѣмъ, второму изъ этихъ терминовъ болѣе обширное значеніе, чѣмъ по BGB.<sup>3)</sup>

#### § 24. Сущность отмѣтки по проекту.

Если поставить, затѣмъ, вопросъ, какъ же нормируется институтъ отмѣтки въ проектѣ ВУ., то необходимо признаться, что отвѣтъ на него представляетъ значительныя затрудненія. Дѣло въ томъ, что постановленія ВУ. въ этомъ отношеніи не согласованы между собой и что, судя по матеріаламъ, и сами комиссіи, работавшія надъ нормировкой этого института, не выяснили себѣ въ достаточной степени сущности и современнаго развитія института отмѣтокъ<sup>4)</sup>. Въ частности

1) Entw. I, 844, ср. Mot. III, S. 237 flg.

2) Entw. II, 803, ср. Prot. III, S. 107 flg., 114 flg., BGB. 883.

3) ZGB. 959, 961.

4) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 108 сл., 1896 г. I, стр. 118 сл. Отмѣтки признаются здѣсь средствомъ „огласить, хотя бы и временно и условно, права и возраженія“, при чемъ о характерѣ ихъ не упоминается. А изъ давняго тутъ же примѣрнаго перечня такихъ правъ и возраженій (1893 г. I, стр. 109, 1896 г. I, стр. 119) явствуетъ, что содержаніе ихъ комиссіей не принималось въ соображеніе. Далѣе (1893 г. I, стр. 111, 1896 г. I, стр. 121) уже прямо сказано, что „содержаніе отмѣтокъ можетъ быть вообще крайне разнообразно и перечислить въ самомъ законѣ

же получается впечатлѣніе, что редакціонная комиссія, при составленіи проекта 1893 г., предполагала слѣдовать примѣру перваго проекта германскаго уложенія, т. е. признать отмѣтку лишь въ обезпеченіе вотчинныхъ правъ. Согласно тому, и были формулированы тѣ статьи проекта, которыя говорятъ объ отмѣткѣ *ex professo*. Затѣмъ, однако, при разработкѣ отдѣльныхъ постановленій, были допущены существенныя отступленія, сблизившія понятіе отмѣтки по ВУ. съ тѣмъ понятіемъ ея, которое было принято въ прусскомъ законодательствѣ<sup>1)</sup>. Наконецъ, особая комиссія внесла сюда, уже изъ чисто практическихъ соображеній, нѣкоторыя дополненія, изъ которыхъ одно уже никоимъ образомъ не можетъ быть согласовано съ современнымъ характеромъ этого института.

На вопросъ о томъ, какія права могутъ быть обезпечиваемы отмѣтками, получается, повидимому, вполне опредѣленный отвѣтъ изъ ст. 5: „Въ вотчинную книгу вносятся статьи двухъ родовъ: записи и отмѣтки. Права на недвижимыя имѣнія записываются и статьи объ этихъ правахъ погашаются посредствомъ записей. Обезпеченіе правъ или охраненіе возраженій противъ внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ производится посредствомъ отмѣтокъ“.

Какъ видно, статья эта устанавливаетъ, съ одной стороны,

---

всѣ случаи, когда допускается внесеніе отмѣтокъ, рѣшительно невозможно“. Тутъ же приводятся, однако, въ видѣ примѣровъ, только отмѣтки въ смыслѣ возраженій германскаго уложенія. Но этотъ перечень, по мысли самой комиссії, не долженъ являться исчерпывающимъ, а неоднократное упоминаніе объ обезпеченіи отмѣтками личныхъ взысканій доказываетъ всю неопредѣленность позиціи, занятой комиссіей. Характерно въ этомъ отношеніи также и то, что комиссія не дѣлаетъ попытки конструировать отмѣтку. Имѣются лишь нѣкоторыя, къ тому же, довольно слабыя намеки на то, что она была склонна признавать обезпеченное отмѣткой право условнымъ вещнымъ правомъ — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 109, 284, 1896 г. I, стр. 119, 302. Но вѣроятнѣе всего, что вопросъ о конструкціи въ комиссіи вовсе не былъ поставленъ.

1) Ср. Dernburg und Hinrichs, Preuss. Hypothekenrecht I, S. 345 flg., Dernburg, Preuss. Privatrecht I, S. 789 flg.

понятіе записей, а съ другой — понятіе отмѣтокъ, и не дѣлаетъ между ними никакого различія, насколько дѣло касается характера вносимыхъ правъ. При этомъ, вторая фраза статьи, относящаяся къ записямъ, говоритъ прямо о „правахъ на недвижимыя имѣнія“. Третья же фраза, относящаяся къ отмѣткамъ, стоитъ въ тѣсной съ нею связи и не содержитъ никакой оговорки. Слѣдовательно, необходимо предполагать, что и тѣ права и возраженія, которыя обезпечиваются посредствомъ отмѣтокъ, должны имѣть вотчинный характеръ.

Такое толкованіе находитъ поддержку также и въ ст. 13. Она говоритъ „объ обезпеченіи права собственности“ и „объ обезпеченіи права залога или иного вотчиннаго права“. Если не вносить сюда произвольно чуждыхъ проекту мыслей, то нельзя относить этого къ обязательственнымъ правамъ, хотя бы и направленнымъ на перенесеніе права собственности или другихъ вотчинныхъ правъ. Напротивъ, приходится установить, что проектъ считается и въ этой статьѣ исключительно съ существующими уже вотчинными правами.

Слѣдовательно, въ результатѣ получается, что проектъ, въ двухъ статьяхъ, говорящихъ *ex professo* объ отмѣткѣ, послѣдовалъ примѣру перваго проекта BGB. и признаетъ отмѣтки исключительно въ смыслѣ возраженій.

Но, если прослѣдить, затѣмъ, статьи проекта, посвященные отдѣльнымъ видамъ отмѣтки, то необходимо притти къ совершенно инымъ выводамъ. Оказывается, что отмѣтки вносятся далеко не только въ обезпеченіе вотчинныхъ правъ, но также и въ обезпеченіе ряда правъ и притязаній совершенно различнаго характера.

Изъ особо упоминаемыхъ проектомъ отмѣтокъ строго вотчинный характеръ имѣютъ предусмотрѣнныя въ ст. 110 и 111. Первою изъ нихъ обезпечивается право на погашеніе прекратившейся ипотеки, второю же — право на возстановленіе неправильно погашенной статьи объ ипотекѣ.

То же самое можно сказать объ отмѣткѣ, предусмотрѣн-

ной въ ст. 177, такъ какъ ею обезпечивается право собственности отвѣтчика, отъ котораго отсуждена недвижимость.

Сюда же, за однимъ лишь исключеніемъ, относятся и отмѣтки, предусмотрѣнныя въ ст. 146 и 148. Ими обезпечивается, то по инициативѣ вотчиннаго установленія, то по просьбѣ заинтересованнаго лица, существующее уже вотчинное право. А упомянутое отступленіе отъ принципа заключается въ томъ, что не сдѣлано исключенія для завѣщательнаго залога: согласно ст. 148 онъ можетъ быть отмѣченъ въ книгѣ такъ же, какъ всякое вотчинное право. Между тѣмъ, залоговое право, въ противоположность прочимъ вотчиннымъ правамъ, возникаетъ исключительно на основаніи внесенія <sup>1)</sup>. До момента внесенія существуетъ, слѣдовательно, лишь право на внесеніе. Если же, тѣмъ не менѣе, допускается внесеніе отмѣтки, то ею обезпечивается, очевидно, не вотчинное право, а именно, право на внесеніе, которое никоимъ образомъ не можетъ быть признано правомъ вотчиннымъ въ недвижимости <sup>2)</sup>, являясь лишь правомъ обязательственнымъ.

Такое же обязательственное право на внесеніе залога принудительнаго или завѣщательнаго обезпечивается также и отмѣткой, предусмотрѣнной въ ст. 200.

Все это, кажется, безспорно. Менѣе ясны постановленія ст. 149—152, допускающія внесеніе отмѣтки, во-первыхъ, на основаніи исполнительнаго листа по вошедшему въ законную силу рѣшенію, если повѣстка объ исполненіи еще не вручена отвѣтчику, во-вторыхъ, въ виду подачи просьбы объ отмѣнѣ вступившаго въ законную силу рѣшенія, въ-

1) ВУ. 47. Ср. ниже, т. II, § 56.

2) Это съ необходимостью вытекаетъ, съ одной стороны, изъ указаннаго уже въ текстѣ факта, что залоговое право возникаетъ исключительно благодаря внесенію, а съ другой — изъ того, что право на внесеніе, покоящееся на волѣ наследодателя, не можетъ считаться, при господствѣ принципа *numerus clausus*, особымъ вотчиннымъ правомъ.

третьихъ, на основаніи подлежащаго апелляціи рѣшенія и, въ-четвертыхъ, на основаніи опредѣленія суда объ обезпеченіи иска недвижимымъ имѣніемъ отвѣтчика.

Тутъ слѣдуетъ, очевидно, различать двѣ категоріи случаевъ. Если основаніемъ иска, приведшаго къ рѣшенію или опредѣленію суда, или основаніемъ просьбы объ отмѣнѣ рѣшенія является право вотчинное или право обязательственное, направленное на установленіе или измѣненіе или погашеніе вотчиннаго права, то противъ внесенія отмѣтки возражать не приходится. Правда, получается нѣкоторое противорѣчіе провозглашенному проектомъ въ ст. 5 и 13 принципу. Но съ точки зрѣнія доктрины можно было бы согласиться съ постановленіями проекта и приходилось бы лишь требовать расширенія того опредѣленія, которое дается въ только что указанныхъ статьяхъ.

Однако, дѣло въ томъ, что проектъ не ограничиваетъ этимъ область примѣненія отмѣтокъ. Изъ ст. 149—152 явствуется, что она распространяется также и на обязательственныя права съ инымъ содержаніемъ, въ частности — на направленныя на уплату денежной суммы обязательства. И всякія сомнѣнія въ этомъ отпадаютъ, если принять во вниманіе еще ст. 55 проекта. При этомъ, надо, однако, замѣтить, что тутъ, какъ въ силу самой природы вопроса, такъ и по дословному смыслу постановленій проекта, отпадаютъ съ одной стороны, просьба объ отмѣнѣ рѣшенія, а съ другой — неокончательное рѣшеніе суда, не содержащее въ себѣ постановленія объ обезпеченіи иска. Изъ указанныхъ четырехъ основаній внесенія отмѣтки остаются, слѣдовательно, лишь два, а именно, исполнительный листъ, выданный по вошедшему въ законную силу рѣшенію, по которому, однако, повѣстка объ исполненіи не вручена, а также опредѣленіе суда объ обезпеченіи иска.

Если затѣмъ обратиться къ ст. 55<sup>1)</sup>, то становится

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 329 сл., 1896 г. I, стр. 336 сл.

яснымъ смыслъ этихъ статей. Дѣло въ томъ, что ст. 55 уже прямо говоритъ объ обеспеченіи недвижимымъ имѣніемъ денежныхъ исковъ, а далѣе, что она допускаетъ установленіе принудительнаго залога въ видѣ записи только по судебному рѣшенію, вступившему въ законную силу<sup>1)</sup>, между тѣмъ какъ по рѣшенію, подлежащему апелляціи, и по опредѣленію объ обеспеченіи иска допускается внесеніе лишь отмѣтки о принудительномъ залогѣ. Въ частности, выясняется тотъ фактъ, что проектъ создаетъ здѣсь новый видъ отмѣтокъ, обеспечивающихъ такія обязательственныя права, которыя никакого отношенія къ вотчиннымъ правамъ въ недвижимости или къ самой недвижимости не имѣютъ.

Это результатъ, глубоко неудовлетворительный. Правда, денежные иски могутъ привести, какъ по проекту ВУ., такъ и по другимъ современнымъ законодательствамъ, къ внесенію принудительной ипотеки, т. е. къ установленію вотчиннаго права. Они могутъ, разумѣется, нуждаться также и въ предварительномъ обеспеченіи. Но они никоимъ образомъ не должны вести къ внесенію отмѣтокъ въ техническомъ смыслѣ слова, такъ какъ этимъ подрывается принципъ внесенія, согласно которому внесенію должны подлежать всѣ вотчинныя права, но только именно эти права. И если современный институтъ отмѣтокъ допускаетъ, въ этомъ отношеніи, нѣкоторыя отступленія, то все же соблюдается, какъ было изложено выше, тѣсная связь между вотчинными правами и обеспечиваемыми путемъ отмѣтки правами обязательственными. Здѣсь же нѣтъ и слѣда подобной связи.

Однако, само собой разумѣется, что введеніе вотчинной системы не можетъ имѣть послѣдствіемъ отмѣну института обеспечения иска или устраненіе недвижимостей изъ числа объектовъ обеспечения иска. И если законода-

---

1) Неупоминаніе, по этому поводу, условія врученія повѣстки объ исполненіи объясняется, очевидно, лишь редакціоннымъ недосмотромъ.

тельство желаетъ признать институтъ принудительнаго залога<sup>1)</sup>, т. е. если оно готово дать личному вѣрителю возможность пріобрѣсти, помимо воли должника, вотчинное право, то логика требуетъ, чтобы къ этой цѣли приближались и мѣры, принимаемыя для обезпеченія иска. Но вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо, чтобы эти мѣры были согласованы съ принципами вотчиннаго права. Между тѣмъ, этого согласованія въ данномъ случаѣ нѣтъ. Устанавливается разновидность отмѣтки, рѣзко противорѣчащая основному понятію отмѣтки, выставляемому самимъ проектомъ. Если даже отказаться отъ принятаго проектомъ понятія отмѣтки и расширить его въ смыслѣ, напр., BGB., т. е. если признать, что и обязательственныя права на установленіе вотчиннаго права могутъ быть обезпечиваемы посредствомъ отмѣтокъ, то все-таки нельзя оправдать постановленій проекта. Дѣло въ томъ, что вѣритель, предъявляющій противъ собственника недвижимости личный искъ, по воззрѣніямъ самого проекта, не имѣетъ никакого права на установленіе принудительнаго залога. Таковое возникаетъ лишь въ моментъ окончательнаго присужденія ему требованія. До этого момента онъ имѣетъ право лишь на уплату по требованію, и никакой связи между послѣднимъ и недвижимостью должника не существуетъ. Слѣдовательно, внесеніе отмѣтки никоимъ образомъ не можетъ быть оправдываемо.

При такомъ положеніи дѣлъ, отмѣтка въ обезпеченіе иска является конструктивнымъ абсурдомъ. Этотъ абсурдъ не можетъ быть устраненъ даже расширеніемъ понятія отмѣтки, такъ какъ для достиженія этой цѣли пришлось бы отказаться отъ принципа внесенія. Остается только одинъ путь: если проектъ вообще желаетъ сохранить институтъ принудительной ипотеки, то ему слѣдуетъ расширить понятіе ея, допустивъ внесеніе подобнаго залога не

---

1) Ср. ниже, т. II, § 64.

только на основаніи вступившаго въ законную силу рѣшенія, но также и въ обезпеченіе иска.

Такой выходъ можетъ показаться, на первый взглядъ, мало удачнымъ. Тѣмъ не менѣе, онъ является и единственно мыслимымъ и единственно правильнымъ. При этомъ слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что спорность обезпечиваемаго такимъ путемъ требованія нисколько не препятствуетъ подобному рѣшенію, такъ какъ строгая аксессуарность принудительной ипотеки исключаетъ возникновеніе на этой почвѣ какихъ бы то ни было опасностей для должника. Положеніе послѣдняго остается совершенно тѣмъ же самымъ, какимъ оно было бы по предположеніемъ проекта. Равно, не измѣняется и положеніе вѣрителя. Однимъ словомъ, достигается совершенно та же экономическая цѣль, при чемъ не слѣдуетъ смущаться получаемымъ, на первый взглядъ, впечатлѣніемъ, будто вѣритель надѣляется большими правомочіями, чѣмъ по проекту. На дѣлѣ измѣняется единственно конструкція. Но такое измѣненіе совершенно необходимо въ интересахъ научнаго достоинства проекта<sup>1)</sup>.

Впрочемъ, при сохраненіи только что разсмотрѣнныхъ постановленій проекта, въ сущности, приходилось бы установить, что проектъ подъ названіемъ отмѣтки признаетъ принудительную ипотеку, существующую ради обезпеченія иска. Ибо названіе, даваемое законодательствомъ, разумѣется, не можетъ измѣнить природу юридическаго института,

Нѣкоторыя сомнѣнія вызываютъ отчасти и постановленія ст. 154—157, которыми предусматривается отмѣтка о неполученіи денегъ въ пользу продавца и установителя залога. Эти статьи были введены въ проектъ особой комиссіей, которая ссылалась при этомъ какъ на примѣръ западныхъ за-

---

1) Такая нормировка принята и въ германскомъ правѣ, ср. ZPO. 932, BGB. Mot. III, S. 769 flg. Ср. также Fuchs, Grundbuchrecht I, S. 627 flg., 637 flg., Predari, Grundbuchordnung, S. 354 flg.

конодательствѣ, такъ и на практичскія соображенія <sup>1)</sup>. Между тѣмъ, обѣ ссылки убѣдительно лишь настолько, насколько онѣ касаются установленія ипотеки. Тутъ, прежде всего, дѣйствительно имѣется практическая необходимость къ огражденію должника, получающаго, по установившимся въ оборотѣ обычаямъ, валюту лишь послѣ внесенія ипотеки. Не приходится возражать противъ внесенія отмѣтки въ пользу собственника обременяемой недвижимости и съ конструктивной точки зрѣнія: ипотека возникаетъ лишь при возникновеніи требованія. Если послѣднее не возникаетъ, то не возникаетъ и ипотека. А если она, въ такомъ случаѣ, внесена заранее, то собственникъ недвижимости имѣетъ вотчинное право на погашеніе ея <sup>2)</sup>. Слѣдовательно, установленная особой комиссіей отмѣтка въ огражденіе должника по ипотека въполнѣ отвѣчаетъ принципамъ, провозглашеннымъ ст. 5 ВУ.

Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло относительно отмѣтки въ огражденіе продавца. Прежде всего слѣдуетъ сказать, что въ ней нѣтъ никакой практической необходимости, такъ какъ продавецъ имѣетъ полную возможность блюсти свои интересы, въ частности, путемъ внесенія ипотеки въ обезпеченіе покупной суммы, каковая мѣра предосторожности и общепринята въ оборотѣ. А съ конструктивной точки зрѣнія, отмѣтка о неполученіи денегъ представляетъ самую серьезную затрудненія. Вѣдь ею обезпечивается опять таки чисто

1) Ж. О. К., стр. 228 сл. — При этомъ, ст. 154, 2 возлагаетъ бремя доказыванія уже на то лицо, противъ котораго направлена отмѣтка. Между тѣмъ, къ этому нѣтъ основаній. Отмѣтка должна предохранять лицо, въ пользу котораго она внесена, отъ послѣдствій публичной вѣры вотчинной книги, путемъ оглашенія имѣющихся возраженій. Но она не можетъ придать возраженію больше силы, чѣмъ оно имѣетъ само по себѣ. Такъ рѣшается этотъ вопросъ и по BGB. 1139, ср. Mot. III, S. 704, Fuchs, Grundbuchrecht I, S. 453 утверждаетъ, впрочемъ, что и по BGB. 1139 происходитъ переложеніе бремени доказыванія. Но его мнѣніе отверженцевъ не нашло — ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 778, Kober, Sachenrecht ad 1139, P. II, 2, Turnau-Foerster, Liegenschaftsrecht I, S. 847.

2) Ср. ниже, т. II, § § 55, 58.

обязательственное требованіе, такъ какъ право собственности перешло уже, въ силу внесенія, къ покупщику. Это, впрочемъ, признается и самимъ проектомъ въ ст. 157, говорящей о предъявленіи продавцомъ иска „о присужденіи приобрѣтателя имѣнія либо права къ уплатѣ слѣдующихъ по договору денегъ, или же о признаніи самаго договора недѣйствительнымъ вслѣдствіе неплатежа денегъ по оному“.

Слѣдовательно, нельзя не признать и этотъ видъ отмѣтки неудовлетворительнымъ.

Напротивъ, никакихъ возраженій не можетъ быть противъ отмѣтки, предусмотрѣнной въ ст. 333,2 и 356,1: она вносится въ случаѣ вызывного производства для признанія утраченнаго залогового акта уничтоженнымъ. Заинтересованнымъ лицомъ можетъ являться, при этомъ, какъ вѣритель по залогу, такъ и собственникъ обремененной недвижимости. Въ частности, послѣднее имѣетъ мѣсто тогда, когда обеспеченное залогомъ требованіе прекратилось, между тѣмъ какъ запись о залогѣ не можетъ быть погашена въ виду пропажи акта. Ясно, что въ обоихъ случаяхъ путемъ внесенія отмѣтки ограждается отъ дѣйствія публичной вѣры вотчинное право, а именно, въ первомъ случаѣ право залогового вѣрителя, во второмъ же — вещное право собственника на погашеніе залога, прекратившагося, по системѣ проекта, вслѣдствіе прекращенія обязательственнаго требованія.

Наконецъ, слѣдуетъ еще отмѣтить, что совершенно особымъ характеромъ отличаются двѣ дальнѣйшія разновидности отмѣтокъ, предусмотрѣнныя проектомъ.

Одною изъ нихъ является такъ наз. отмѣтка о предстоящемъ залогѣ<sup>1)</sup>. Здѣсь нѣтъ, разумѣется, и рѣчи объ обеспеченіи ни вотчиннаго, ни обязательственнаго права. Все сводится къ обеспеченію за собственникомъ возможно-

---

1) ВУ. 68 сл. Ср. также ст. 108, а далѣе ст. 76 и ПДК. 16, 17, 23, 29—36, 41. Ср. ниже, т. II, § 71.

сти внесенія позднѣйшаго залога со старшинствомъ передъ залогомъ, вносимымъ уже въ настоящее время или внесеннымъ раньше. Можно, пожалуй, говорить, въ этомъ случаѣ, объ условномъ ограниченіи правъ младшаго вѣрителя на удовлетвореніе. Съ этой точки зрѣнія, отмѣтка являлась бы возраженіемъ противъ внесеннаго уже залога и подходила бы подъ опредѣленіе, даваемое въ ст. 5 ВУ. Но такая конструкція едва ли могла бы быть признана удачною, такъ какъ цѣлью отмѣтки является вовсе не ограниченіе послѣдующаго залогодержателя, а именно, предоставленіе собственнику возможности распоряжаться „пустымъ мѣстомъ“. Ограниченіе же младшаго кредитора представляется лишь послѣдствіемъ отмѣтки о старшинствѣ, если уже не полагать, что оно вытекаетъ изъ самой природы его права <sup>1)</sup>).

При такомъ положеніи дѣла кажется наиболѣе правильнымъ признать отмѣтку этого рода не отмѣткою въ техническомъ смыслѣ слова, а особымъ институтомъ, для котораго, пожалуй, и слѣдовало бы подыскать особый терминъ <sup>2)</sup>).

Отмѣткой совершенно особаго рода является и упоминаемая въ ст. 175 ВУ. отмѣтка о предполагаемомъ принудительномъ отчужденіи недвижимости. Очевидно, что и тутъ нѣтъ рѣчи объ обезпеченіи ея чьихъ либо вотчинныхъ или хотя бы обязательственныхъ правъ. Впрочемъ, и сама редакціонная комиссія сознавала особенность характера этой отмѣтки. Остается лишь пожалѣть, что она, тѣмъ не менѣе, дала ей такое названіе <sup>3)</sup>).

Въ виду всего изложеннаго нельзя не притти къ вы-

1) Ср. ниже, т. II, §§ 52, 54.

2) Можно указать также на то, что ни BGB. 881, ни ZGB. 814 не пользуются по отношенію къ этому институту терминомъ „отмѣтка“. Нелишне отмѣтить и то, что отмѣтка о предстоящемъ залогѣ вносится на основаніи соглашенія между сторонами, между тѣмъ какъ отмѣтка въ техническомъ смыслѣ вносится лишь по распоряженію суда или начальника вотчиннаго установленія — объ этомъ см. ниже въ текстѣ.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 110, 1896 г. I, стр. 120.

воду, что предложенная проектомъ нормировка института отмѣтки мало удачна. Легальное опредѣленіе отмѣтки предусматриваетъ такую только въ смыслѣ германско-правового возраженія. Отдѣльныя постановленія проекта, напротивъ, допускаютъ внесеніе отмѣтокъ совершенно независимо отъ характера обезпечиваемыхъ правъ. И въ сущности, отмѣтка является даже не столько институтомъ вотчиннаго, сколько процессуальнаго права, такъ какъ, по практическому своему значенію, безспорно, первое мѣсто занимаетъ отмѣтка въ обезпеченіе иска.

Такая нормировка, очевидно, неудовлетворительна. Слѣдовало бы, прежде всего, установить, какія цѣли преслѣдуются посредствомъ отмѣтки. Наиболѣе правильнымъ показалось бы, при этомъ, признать ее средствомъ обезпеченія противъ опасностей, вытекающихъ изъ принципа публичной вѣры вотчинной книги какъ для правъ вотчинныхъ, такъ и для обязательственныхъ правъ, направленныхъ на установленіе или перенесеніе вотчиннаго права. Проводить, по примѣру германскаго уложенія, различіе между отмѣткой въ тѣсномъ смыслѣ и возраженіемъ, однако, едва ли необходимо. Несмотря на глубокое между ними принципиальное различіе, оба рода отмѣтокъ приводятъ практически къ совершенно одинаковымъ результатамъ<sup>1)</sup>. Затѣмъ слѣдовало бы воспользоваться примѣромъ ZGB. и допустить внесеніе отмѣтокъ также въ обезпеченіе правъ по найму и арендѣ<sup>2)</sup>.

1) Въ литературѣ германскаго права посвящено много вниманія вопросу о принципиальномъ различіи между возраженіемъ и отмѣткой въ тѣсномъ смыслѣ. Но нигдѣ не указывается на дѣйствительно практическое проявленіе этого различія. Автору равно не удалось конструировать случай, въ которомъ это различіе обнаруживалось бы практически. Единственнымъ исключеніемъ является то, что права, обезпеченныя возраженіемъ, изъяты отъ дѣйствія давности по BGB. 902, между тѣмъ какъ ему подлежатъ права, обезпеченныя отмѣткой въ тѣсномъ смыслѣ слова. Но это является чисто положительнымъ постановленіемъ, отнюдь не вытекающимъ изъ существа отмѣтки. Оно, поэтому, и не имѣетъ значенія de lege ferenda. Ср. объ этой сторонѣ вопроса ниже.

2) Ср. ниже, § 43.

Такимъ путемъ получилась бы вполнѣ удовлетворительная система отмѣтокъ, преимущества которой уже доказаны опытомъ Западной Европы и которая, вмѣстѣ съ тѣмъ, вполнѣ удовлетворяетъ требованіямъ теоріи.

Прочіе же виды отмѣтокъ, признаваемые проектомъ, должны или отпасть какъ отмѣтка въ обезпеченіе правъ продавца, или же получить другое названіе, какъ отмѣтка о старшинствѣ и отмѣтка о принудительномъ отчужденіи. А отмѣтка объ обезпеченіи иска должна быть открыто признана принудительнымъ залогомъ.

Въ заключеніе слѣдуетъ указать еще на то, что не вполнѣ удовлетворительны и постановленія проекта о внесеніи отмѣтокъ. Таковое, именно, допускается по распоряженію суда или начальника вотчиннаго установленія, а въ одномъ случаѣ также и по одностороннему требованію заинтересованнаго лица<sup>1)</sup>. Напротивъ, внесеніе отмѣтки не допускается на основаніи взаимнаго соглашенія сторонъ. Это мотивируется<sup>2)</sup> опасеніемъ, что стороны, въ такомъ случаѣ, нерѣдко ограничатся внесеніемъ отмѣтки и не позаботятся о внесеніи соотвѣтствующей записи. Благодаря этому вотчинныя книги будутъ заполнены отмѣтками, „условный, неопредѣленный характеръ коихъ совершенно не соотвѣтствуетъ значенію“ книги, „какъ достовѣрнаго и безспорнаго источника свѣдѣній о юридическомъ положеніи имѣнія“. Другими словами, редакціонная комиссія опасалась созданія такого порядка, который представлялъ бы собой извѣстную аналогію къ существующему нынѣ неформальному поземельному обороту.

Такой результатъ, безспорно, былъ бы въ высшей степени нежелателенъ. Однако, возможность злоупотребленій легко можетъ быть устранена признаніемъ силы за внесенными по соглашенію сторонъ отмѣтками только въ теченіе опредѣленнаго, не слишкомъ продолжительнаго времени, при-

1) ВУ. 146—161, 171, 175, 177, 384, 385.

2) Объясненія 1893 г. 1, стр. 115 сл., 1896 г. 1, стр. 124 сл.

мѣрно, въ теченіе двухъ лѣтъ. А польза отъ добровольнаго внесенія отмѣтокъ будетъ несомнѣнная<sup>1)</sup>, въ особенности по отношенію къ обезпеченію отмѣтками обязательственныхъ правъ на установленіе вотчинныхъ правъ. При сохраненіи же нынѣшней нормировки стороны будутъ вынуждены или отказаться отъ достиженія заслуживающихъ полнаго одобренія цѣлей, или же вести фиктивный процессъ. А если будутъ признаны отмѣтки въ обезпеченіе правъ по найму и арендѣ, то допущеніе добровольнаго внесенія ихъ совершенно неминучемо<sup>2)</sup>.

### § 25. Функціи отмѣтки по проекту.

Особаго вниманія заслуживаетъ вопросъ о томъ, какими функціями нашъ проектъ ВУ. надѣлилъ отмѣтку?

Согласно ст. 5 и 13<sup>3)</sup>, цѣлью отмѣтки является обезвреживаніе распоряженій, направленныхъ противъ обезпечиваемаго права. Слѣдовательно, устраняется то проявленіе публичной вѣры вотчинной книги, которое извѣстно подъ названіемъ безповоротности. Большой же силы за отмѣткой признать нельзя, въ частности, нельзя признать за ней силу устранить достовѣрность книги, насколько послѣдняя проявляется какъ презумпція въ пользу записаннаго права. Это вытекаетъ какъ изъ молчанія о томъ проекта, такъ и изъ соображеній, опирающихся на сущность института отмѣтки: для преслѣдуемыхъ

1) BGB. 885, 899 и ZGB. 959 flg. безусловно допускаютъ внесеніе отмѣтокъ по соглашенію сторонъ. Притомъ было обращено, при составленіи BGB., вниманіе на возможность злоупотребленій Prot. III, S. 115 flg. Однако, комиссія пришла къ выводу, что опасность, могущая быть сопряженною съ этимъ, вполне искупается практическими удѣбствами.

2) Стоитъ, впрочемъ, отмѣтить, что принятая проектомъ ВУ. точка зрѣнія не выдержана въ проектѣ ГУ. 1905 г. А именно, въ ст. 1780 признается возможность внесенія отмѣтки, на основаніи договора запродажи, по соглашенію сторонъ. Ср. ст. 255 проекта кн. V ГУ. 1913 г.

3) Ср. также оговорку, имѣющуюся въ ст. 16. Впрочемъ, слѣдовало бы или вставить ту же оговорку и въ ст. 17, или же совершенно опустить ее, такъ какъ выраженная ею мысль разумѣется сама собой.

имъ цѣлей вполнѣ достаточно устраненія безповоротности. Устраненіе же презумпціи привело бы къ полному подрыву значенія вотчинной книги. Къ тому же, достовѣрность записей покоится на тѣхъ формальныхъ и матеріальныхъ гарантіяхъ, при которыхъ происходитъ внесеніе. Этихъ гарантій при внесеніи отмѣтки нѣтъ. Слѣдовательно, нѣтъ и основанія придавать ей силу, равную силѣ записи.

Съ другой стороны, не можетъ быть распространенія на отмѣтку публичной вѣры ни въ одномъ изъ ея проявленій. Это было бы и нецѣлесообразно, и необосновано. Оборотъ этого не требуетъ, такъ какъ нѣтъ рѣчи о доброй вѣрѣ пріобрѣтателя права, обезпеченнаго отмѣткой. Одинъ фактъ обезпеченія его въ такой, именно, формѣ показываетъ съ очевидностью, что дѣло идетъ о спорномъ правѣ или о правѣ, не установленномъ окончательно. А далѣе, сохраненіе достовѣрности въ тѣсномъ смыслѣ за записями исключаетъ возможность распространенія ея на отмѣтку, оспаривающую вѣрность записи. Къ тому же, подобная достовѣрность была бы лишена основанія въ виду упомянутаго уже отсутствія гарантій правильности отмѣтки.

Отмѣтка, такимъ образомъ, не признается достовѣрною и не можетъ привести къ безповоротному пріобрѣтенію обезпечиваемаго ею права. Но она, проявляясь въ смыслѣ выраженія германскаго права, оглашаетъ существующее вотчинное право и простираетъ на него гласность вотчинной книги, благодаря чему, согласно ст. 6, и въ этомъ отношеніи не допускается ссылка на невѣдѣніе содержанія книги <sup>1)</sup>). Если же отмѣтка обезпечиваетъ обязательственное право на установленіе вотчиннаго права, то одно оглашеніе его не могло бы привести къ цѣли, такъ какъ знаніе о существованіи обязательственнаго права не нарушаетъ доброй вѣры пріо-

1) Этотъ выводъ логически неизбеженъ, хотя и слѣдуетъ отмѣтить, что при буквальномъ толкованіи ст. 6 могутъ возникнуть сомнѣнія, благодаря неопредѣленной терминологіи проекта. Объ этомъ см. ниже.

брѣтателя и, слѣдовательно, не препятствуетъ наступленію безповоротности. Но, такъ какъ, по проекту, подобный результатъ наступаетъ, то необходимо признать, что отмѣткою создается, какъ было изложено выше, въ связи съ изложеніемъ нормъ германскаго права, особое вещное обезпечительное право. Однако это право, будучи строго акцессорнымъ, не придаетъ главному праву никакихъ свойствъ, какихъ оно не имѣетъ само по себѣ. Оно лишь защищаетъ его противъ публичной вѣры вотчинной книги. Въ этомъ и заключается его сущность: отмѣтка создаетъ особое обезпечительное право и, вмѣстѣ съ тѣмъ, оглашаетъ его. И, благодаря именно этому, устраняется дѣйствіе публичной вѣры вотчинной книги.

Если отмѣтка охраняетъ, такимъ образомъ, обезпечиваемое право, то она, вмѣстѣ съ тѣмъ, должна охранять за нимъ также и опредѣленное старшинство. Это выводъ логически неизбѣжный, такъ какъ вотчинное право *an und für sich*, независимо отъ опредѣленнаго старшинства, существовать не можетъ. Значеніе и цѣнность вотчинныхъ правъ опредѣляются, напротивъ, именно старшинствомъ, и охрана ихъ имѣетъ смыслъ лишь при условіи охраненія одновременно и старшинства. Это и признается особо ст. 13,2.

Иное приходится сказать только по отношенію къ праву собственности. Какъ право абсолютное, оно не только въ старшинствѣ не нуждается, но и не можетъ быть приведено съ нимъ въ связь. Но право собственности, со своей стороны, поражается всякимъ вотчиннымъ правомъ, устанавливаемымъ въ той же недвижимости. Слѣдовательно, охрана права собственности должна приводить къ отраженію внесенія вотчинныхъ правъ въ данной недвижимости. Этотъ выводъ и признается ст. 13,1.

Слѣдуетъ прибавить, что проектъ ВУ. изъ функцій отмѣтки имѣлъ въ виду, прежде всего, функцію сохраненія старшинства, такъ какъ лишь о ней упоминается особо.

Дѣйствительно, можно признать, что эта функція является практически наиболѣе важною: обезпечиваемое право охраняется и охраняется съ опредѣленнымъ старшинствомъ.

Извѣстныя затрудненія представляетъ собой другой вопросъ. Внесенныя въ вотчинную книгу права, согласно ст. 8, не утрачиваются силою давности. Естественно возникаетъ вопросъ, относится ли это постановленіе также и къ правамъ, внесеннымъ въ видѣ отмѣтки. Съ чисто теоретической точки зрѣнія этотъ вопросъ можетъ рѣшаться и отрицательно и положительно, и, дѣйствительно, новѣйшіе кодексы разошлись въ его рѣшеніи <sup>1)</sup>.

Однако, въ пользу отрицательнаго рѣшенія, кажется, говорить все же болѣе вѣскіе аргументы. А именно, изыятіе внесенныхъ посредствомъ записи правъ отъ дѣйствія давности признается въ виду необходимости сосредоточить въ вотчинной книгѣ всѣ свѣдѣнія о правовомъ положеніи недвижимости. Между тѣмъ, отмѣтки касаются, именно, правъ

1) ZGB. не содержитъ по этому вопросу особаго постановленія. И такъ какъ по ZGB. 873 изыятіе внесенныхъ въ книгу правъ вообще не имѣетъ самостоятельнаго значенія, а вытекаетъ лишь изъ публичной вѣры вотчинной книги, и такъ какъ защитой таковой пользуются лишь записи, а не отмѣтки, то необходимо притти къ заключенію, что для правъ отмѣченныхъ не существуетъ исключенія изъ общей нормы. BGB., напротивъ, постановляетъ въ ст. 902, что права, записанныя въ книгу, дѣйствію давности не подлежатъ и что права, обезпеченныя возраженіемъ, приравниваются, въ этомъ отношеніи, къ правамъ записаннымъ. Это постановленіе мотивируется указаніемъ на то, что права, обезпеченныя возраженіемъ, пользуются тою же гласностью, какъ права записанныя, что они, далѣе, отличаются отъ нихъ только тѣмъ, что они доказаны еще не вполнѣ, и что они, наконецъ, въ случаѣ окончательнаго внесенія, пользуются старшинствомъ по моменту внесенія возраженія — Mot. III, S. 254. Нельзя сказать, чтобы эти аргументы были убѣдительны. Кромѣ того, необходимо обратить вниманіе на то, что права, обезпеченныя отмѣткой въ тѣсномъ смыслѣ слова, отъ дѣйствія давности не изыаты. Это вытекаетъ непосредственно изъ ст. 902, говорящей только о правахъ, обезпеченныхъ возраженіемъ. Ср. также Prot. III, S. 117. Во всякомъ случаѣ, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ чисто положительной нормой, отнюдь не вытекающей изъ существа вотчинной системы и, въ частности, изъ существа института отмѣтки.

или не внесенныхъ, или не подлежащихъ даже внесенію въ видѣ записи. Ихъ внѣкнижное прекращеніе нисколько не противорѣчитъ интересамъ вотчиннаго оборота и никоимъ образомъ не можетъ нарушать публичной вѣры вотчинной книги. Напротивъ, слѣдуетъ даже сказать, что подчиненіе дѣйствию давности не внесенныхъ посредствомъ записи правъ вполне отвѣчаетъ интересамъ вотчиннаго оборота, такъ какъ, благодаря отмѣткѣ, создается неопредѣленность положенія, которая весьма часто фактически однозначуца съ закрытіемъ вотчинной книги. Ясно, что продленіе такого положенія не можетъ считаться желательнымъ.

Слѣдуетъ прибавить, что отмѣтка, по самому своему назначенію, должна быть средствомъ противъ опасности публичной вѣры вотчинной книги. Погасительная же давность дѣйствуетъ совершенно независимо отъ публичной вѣры и даже не имѣетъ прямой связи съ нею. Слѣдовательно, и нельзя приписывать отмѣткѣ задачу охранять обезпечиваемое право отъ дѣйствія давности. Иначе пришлось бы видѣть въ отмѣткѣ не то, чѣмъ она является теперь, а средство для приданія не внесеннымъ правамъ, въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ, силы правъ внесенныхъ. Но этимъ, очевидно, обезцѣнивалось бы и подрывалось значеніе вотчинной системы и, въ частности, принципа внесенія.

Какъ же рѣшается этотъ вопросъ въ проектѣ ВУ.?

Прямого отвѣта мы въ немъ не находимъ. И нельзя не отмѣтить, что общая невыдержанность терминологіи проекта отзывается по этому вопросу особенно сильно. Дѣло въ томъ, что совершенно не выяснено, что такое разумѣть проектъ вообще, а въ частности въ ст. 8, подъ правами внесенными. Изъ ст. 5 можно сдѣлать выводъ, что внесеніе является родовымъ понятіемъ, обнимающимъ какъ внесеніе записи, такъ и внесеніе отмѣтки. Это вытекаетъ, по крайней мѣрѣ, изъ первыхъ двухъ фразъ статьи. Въ третьей фразѣ той же статьи, напротивъ, говорится объ охраненіи

возражений противъ правъ внесенныхъ, т. е. внесенныхъ посредствомъ записи. Такое же видовое значеніе придается этому термину и въ ст. 13. Далѣе же, постановленіе ст. 6 о гласности правъ, называемыхъ опять таки внесенными, по необходимости должно быть отнесено, какъ было изложено выше, и къ правамъ отмѣченнымъ, между тѣмъ какъ ст. 7, провозглашающая принципъ достовѣрности для правъ внесенныхъ, по существу дѣла, можетъ быть отнесена только къ правамъ записаннымъ.

Эта невыдержанность терминологіи является сама по себѣ значительнымъ недостаткомъ. Притомъ она могла бы быть устранена безъ затрудненій: стоило бы только послѣдовательно провести тотъ намекъ, который имѣется въ ст. 5 и говорить, съ одной стороны, о внесенныхъ правахъ, какъ понятіи общемъ, а съ другой — о правахъ отмѣченныхъ или записанныхъ.

Во всякомъ же случаѣ, послѣдствіемъ этой шаткости терминологіи является необходимость рѣшать и вопросъ объ изъятіи отъ дѣйствія давности отмѣченныхъ правъ на основаніи общихъ соображеній. А это обстоятельство даетъ возможность сдѣлать тѣ выводы, которые болѣе всего отвѣчаютъ какъ общему характеру института отмѣтки, такъ и практическимъ потребностямъ. Другими словами, въ виду молчанія проекта, можно съ полнымъ правомъ утверждать, что права, обеспеченныя отмѣткой, независимо отъ того, обладаютъ ли они характеромъ вотчиннымъ или обязательственнымъ, отъ дѣйствія давности не изъяты.

Въ конечномъ результатѣ можно сказать, такимъ образомъ, что постановленія проекта о функціяхъ отмѣтки даютъ, несмотря на свою неполноту, возможность притти къ удовлетворительнымъ результатамъ. Но, тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ подчеркнуть, что и ученіе о нихъ нуждается, какъ вообще все ученіе объ отмѣткахъ, въ самой серьезной и тщательной переработкѣ.

## IV. Второстепенные принципы.

### § 26. Специальность.

Уже въ введеніи къ настоящей главѣ было указано, что такъ называемая специальность не является особымъ самостоятельнымъ принципомъ, а лишь второстепеннымъ и вспомогательнымъ, непосредственно вытекающимъ, къ тому же, изъ принциповъ внесенія и публичной вѣры вотчинной книги. Можно даже сказать, что, въ извѣстномъ смыслѣ, специальность представляетъ собой лишь техническое правило.

Но, какъ бы то ни было, специальность проявляется въ двухъ направленіяхъ: во-первыхъ, необходимо, чтобы каждое вносимое въ книгу право относилось къ одной опредѣленной недвижимости, и, во-вторыхъ, чтобы каждое право имѣло исполнѣ опредѣленный объемъ и опредѣленное содержаніе. Обосновывать эти правила нѣтъ необходимости. Совершенно ясно, что лишь при соблюденіи ихъ вотчинная книга можетъ являться той твердой опорой для вотчиннаго оборота, какою она должна быть для достиженія цѣлей вотчинной системы. Слѣдуетъ прибавить, что эти правила настолько разумѣются сами собой, что ихъ, быть можетъ, и не выставляли бы особо, если бы они не были формулированы, первоначально, въ цѣляхъ противодѣйствія нормамъ римскаго права, въ частности столь пагубной для поземельнаго кредита системѣ генеральныхъ ипотекъ<sup>1)</sup>.

Въ виду такого возникновенія ихъ, главное значеніе они имѣютъ по отношенію къ залоговому праву. Но все же они не лишены значенія и для всей вотчинной системы. Это проявляется, въ проектѣ ВУ., во-первыхъ, въ постановленіи ст. 2, относящейся ко всѣмъ вотчиннымъ правамъ и глася-

1) См. объ этомъ курсы и учебники германскаго права. Ср. также Объясненія 1893 г. I, стр. 85 сл., 1896 г. I, стр. 93 сл., Ж. О. К., стр. 43 сл., Записка, стр. 28 сл.

щей, что „для каждаго имѣнія, сельскаго или городскаго, ведется особая вотчинная книга“<sup>1)</sup>. Въ связи съ принципомъ внесенія, отсюда явствуетъ, что по проекту ВУ., такъ же, какъ по другимъ новѣйшимъ кодексамъ<sup>2)</sup>, проводится мысль, что вотчинныя права должны относиться къ одной опредѣленной недвижимости.

Что же касается опредѣленности самаго права, то соответствующее правило выставляется прямо только по отношенію къ залогу. А именно, въ ст. 48 сказано, что „залогъ можетъ быть установленъ только въ опредѣленной суммѣ“. Относительно же другихъ правъ аналогичнаго правила нѣтъ въ проектѣ. Но тѣмъ не менѣе, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что оно безусловно признается. Это вытекаетъ изъ того, что проектъ сталъ на точку зрѣнія такъ наз. *numerus clausus* вотчинныхъ правъ, т. е. онъ признаетъ лишь опредѣленныя категоріи ихъ съ опредѣленнымъ содержаніемъ, какъ и указано въ ст. 1 и 24. Само собой разумѣется, что можно спорить противъ подобнаго ограниченія воли сторонъ. Можно утверждать, что неправильно отказывать во внесеніи вотчинныхъ правъ, не предусмотрѣнныхъ закономъ, но вырабатываемыхъ самой жизнью<sup>3)</sup>. Но, съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что отказъ отъ принципа *numerus clau-*

1) Въ связи съ этой статьей находится и извѣстный споръ о возможности введенія у насъ вотчинной системы, несмотря на отсутствіе кадастра. Литература по этому вопросу указана выше, § 1. Этой же статьей устанавливается, между прочимъ, дѣлопроизводственный принципъ веденія вотчинныхъ книгъ по такъ наз. *Realfolien*.

2) Нѣкоторыя затрудненія вызываетъ въ этомъ отношеніи лишь допускаемая германскимъ правомъ совокупная ипотека — ср. *BGB.* 1132. Она предусматривалась также и въ проектѣ ВУ. 1893 г. — см. ст. 52 и Объясненія I, стр. 311 сл. Въ проектѣ 1896 г. ея, напротивъ, уже нѣтъ въ отдѣлѣ, посвященномъ матеріальному праву, ср. ст. 49 и 54 и Объясненія I, стр. 325. Нѣтъ ея и въ раздѣлѣ I проекта 1907 г. Но см. ВУ. 209 и 210, согласно которымъ совокупная ипотека устанавливается вслѣдствіе дробленія участка. Ср. объ этомъ вопросѣ ниже, т. II, § 66.

3) Ср. *Gierke, Der Entwurf eines BGB.*, S. 280, гдѣ и указаны прочіе противники этого принципа. Ср., съ другой стороны, *BGB. Mot.* III, S. 3,

является однозначущь съ отказомъ отъ принципа спеціальности. При полной свободѣ частныхъ лицъ придавать вотчинный характеръ какимъ угодно правоотношеніямъ нельзя ожидать, чтобы соблюдалось требованіе строгой опредѣленности по содержанію и объему вносимыхъ правъ<sup>1)</sup>. А въ результатѣ вотчинная книга была бы обезцѣнена въ значительной степени.

Можно, такимъ образомъ, установить, что принципъ спеціальности проводится проектомъ вполне удовлетворительно.

### § 27. Старшинство.

Неизбѣжность установленія опредѣленнаго старшинства между внесенными въ вотчинную книгу правами не можетъ подлежать спору. Она непосредственно вытекаетъ изъ признанія принциповъ внесенія и публичной вѣры вотчинной книги, и нѣтъ, поэтому, законодательства, опирающагося на вотчинную систему, которое отрицало бы необходимость соблюденія старшинства между вотчинными правами<sup>2)</sup>.

На такую же почву сталъ и нашъ проектъ ВУ. Исходной точкой служить ему, при этомъ, ст. 10, гласящая, что „обремененіе имѣнія залогомъ или инымъ вотчиннымъ правомъ не служитъ препятствіемъ ни къ отчужденію имѣнія, ни къ дальнѣйшему обремененію его вотчинными правами“.

Статья эта разсматривается въ матеріалахъ къ проекту

1) Нѣкоторое отступленіе отъ принципа *numerus clausus* имѣется лишь въ томъ отношеніи, что содержаніе отдѣльныхъ сервитутовъ не предопредѣляется закономъ — ср. ВУ. 24, 3, гдѣ дается только примѣрное перечисленіе сервитутовъ. Однако, такое отступленіе неизбѣжно и имѣется также въ другихъ кодексахъ — см. BGB. 1018, ZGB. 730. Ср. ниже, § 35.

2) И матеріалы къ проекту, высказывающіеся, въ общемъ, далеко не законично о „главныхъ основаніяхъ проекта ВУ.“, ограничиваются адѣсь, въ виду ясности вопроса, немногими сравнительно словами — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 87 сл., 1896 г. I, стр. 95 сл., Ж. О. К., стр. 44, Записка, стр. 29.

въ связи съ послѣдующими ст. 11 и 12<sup>1)</sup>) и признается въ нихъ одной изъ нормъ, регулирующихъ, именно, дѣйствіе принципа старшинства. Между тѣмъ, она въ сущности къ этому принципу вовсе не относится. Напротивъ, она создаетъ лишь возможность примѣненія его — ибо, если бы вотчинная книга закрывалась благодаря установленію какого либо обремененія, то ни о какомъ старшинствѣ не могло бы быть рѣчи. Вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя, однако, не сомнѣваться въ желательности помѣщенія въ проектъ этой статьи. Ея содержаніе чисто дидактическое, а по отношенію къ дѣйствующему праву и полемическое. Между тѣмъ, едва ли необходимо особо оговаривать подобное отступленіе отъ дѣйствующаго права, тѣмъ болѣе, что оно непосредственно вытекаетъ изъ принциповъ вотчинной реформы. Практическихъ же недоразумѣній отъ исключенія ст. 10 бояться нечего, такъ какъ уже одинъ фактъ нормировки института старшинства не оставляетъ сомнѣнія въ возрѣніяхъ проекта ВУ. на дальнѣйшее обремененіе недвижимости<sup>2)</sup>).

Если же ст. 10 является ненужною, то слѣдующая затѣмъ ст. 11,1 въ состояніи вызвать даже серьезныя недомѣнія. На первый взглядъ она можетъ произвести впечатлѣніе, будто ею устанавливается безповоротность приобретенныхъ вотчинныхъ правъ по отношенію къ новому собственнику недвижимости, являющемуся преемникомъ установителя данныхъ правъ<sup>3)</sup>). На дѣлѣ, однако, объ этомъ и рѣчи быть не можетъ. И изъ матеріаловъ къ проекту<sup>4)</sup>) вытекаетъ съ полною ясностью, что составители проекта желали устано-

1) Ср. мѣста, указанныя въ предыдущемъ примѣчаніи, и, кромѣ того, Объясненія 1893 г. I, стр. 128 сл., 1896 г. I, стр. 140 сл.

2) На ненужность ст. 10 указано уже въ Св. Зам., № 93.

3) Такъ именно ст. 11, 1 была понята г. Сарандо, Проектъ ВУ., Ж. М. Ю. 1900, 2, стр. 1 сл. Ср., впрочемъ, и Св. Зам., № 95.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 128 сл., 1896 г. I, стр. 140 сл., Ж. О. К., стр. 71.

вить въ ст. 11,1 лишь норму, согласно коей права, которыя записаны до внесенія новаго собственника, обязательны для послѣдняго до того момента, когда онъ, опираясь на ст. 15, докажетъ, что они недѣйствительны. Другими словами, авторы проекта желали примѣнить принципъ старшинства также и къ отношеніямъ между собственникомъ и носителями вотчинныхъ правъ, обременяющихъ его недвижимость.

Однако, не говоря даже о возможности недоразумѣній вслѣдствіе неудачной формулировки этой статьи, она и сама по себѣ покоится на неправильной или неточной мысли. Дѣло въ томъ, что причиной, по которой внесенныя въ книгу права обязательны для каждаго собственника, является вовсе не принципъ старшинства, а вотчинный характеръ этихъ правъ. Достаточно извѣстно, что этотъ характеръ проявляется именно въ томъ, что устанавливается непосредственное отношеніе между носителемъ права и вещью, независимо отъ личности собственника. Это — элементарная истина, не нуждающаяся въ особомъ выраженіи въ законѣ. Принципъ же старшинства примѣняется только къ правамъ въ чужой вещи, въ обширномъ смыслѣ слова, для опредѣленія существующаго между ними взаимоотношенія. Слѣдовательно, ст. 11,1 даже съ чисто логической точки зрѣнія не можетъ служить исходной точкой для нормировки старшинства. Она не нужна и вредна и потому должна быть уничтожена при окончательной формулировкѣ проекта.

Такимъ образомъ, остается лишь ст. 12,1, дѣйствительно регулирующая принципъ старшинства. Этотъ принципъ высказывается въ ней съ полною ясностью и опредѣленностью, но, къ сожалѣнію, не съ достаточной полнотой. Дѣло въ томъ, что отдѣлъ „Общихъ положеній“ долженъ, очевидно, содержать именно тѣ нормы, которыя имѣютъ одинаковое значеніе для всѣхъ институтовъ, разсматриваемыхъ затѣмъ въ специальной части. Въ данномъ случаѣ, слѣдовательно, институтъ старшинства, имѣющій одинаковое значеніе для

правъ въ чужой недвижимости и для залогового права, долженъ получить нормировку непременно въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“. Между тѣмъ, ст. 12,1 содержитъ лишь общій тезисъ, а развивается онъ дальше не только въ томъ же самомъ духѣ, но и одними и тѣми же словами въ двухъ статьяхъ специальной части: ст. 12 высказываетъ принципъ, по которому удовлетвореніе по внесеннымъ правамъ происходитъ „въ порядкѣ старшинства, опредѣляемомъ временемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу“. Ст. же 28 и 63 объявляютъ, первая для правъ въ чужомъ имѣніи, вторая — для ипотеки, во-первыхъ, что старшинство пріобрѣтается независимо отъ того, вносится ли право первоначально въ видѣ записи или отмѣтки, а во-вторыхъ, что старшинство правъ, внесенныхъ въ одинъ день, опредѣляется послѣдовательностью внесенія.

Эта погрѣшность противъ законодательной экономіи могла бы быть устранена безъ затрудненій путемъ перенесенія въ ст. 12,1 содержанія второй части ст. 28 и 63<sup>1)</sup>. Первая же часть обѣихъ статей могла бы вообще отпасть, такъ какъ въ ней лишь повторяется уже сказанное ясно и опредѣленно въ ст. 13,2, трактующей о значеніи отмѣтокъ. И, такъ какъ въ ст. 28,1 и 63,1 рѣчь идетъ, въ сущности, не о старшинствѣ какъ таковомъ, а, напротивъ, о значеніи отмѣтокъ для пріобрѣтенія старшинства, то, очевидно, это правило и должно быть помѣщено въ статьѣ, говорящей *ex professo* объ отмѣткахъ. Въ результатѣ получилось бы не только улучшение системы проекта, но также довольно значительное сокращеніе<sup>2)</sup>.

Но ст. 12,1 нуждается не только въ такомъ дополненіи. Недостаткомъ является и то, что въ ней не предусмотрена возможность уступки старшинства и сохраненія старшинства

1) Ср. Св. Зам., № 119. Ср. ниже, § 31 и т. II, § 69.

2) При соответствующей формулировкѣ ст. 12, 1 могла бы отпасть также ст. 66, постановляющая, что по принципу старшинства разрѣшаются и столкновенія между правами третьяго и четвертаго отдѣловъ.

для внесенія вотчиннаго права, которое должно, по соглашенію сторонъ, пользоваться старшинствомъ передъ правомъ, вносимымъ раньше его. И то и другое предусматривается только для ипотеки<sup>1)</sup>. Между тѣмъ, практическая потребность въ этомъ можетъ встрѣтиться также и для вотчинныхъ правъ другого рода, въ частности, напр., для вотчинныхъ выдачъ. Законодатель же не имѣетъ никакой причины не удовлетворять этой потребности. А при молчаніи ВУ., практика, вѣроятно, не допуститъ распространительнаго толкованія нормъ, выставленныхъ только для ипотеки<sup>2) 3)</sup>.

Наконецъ, слѣдуетъ еще замѣтить, что нѣсколько особымъ характеромъ отличаются ст. 11,2 и 12,2, трактующія объ отвѣтственности новаго собственника за казенныя и другія публично-правовыя недоимки и о старшинствѣ ихъ. Этимъ статьямъ, въ сущности, не мѣсто въ проектѣ, регулирующемъ гражданско-правовыя отношенія. Редакціонная комиссія, помѣщая ихъ, руководилась, быть можетъ, мыслью, что видимая абсолютность вотчинной системы могла бы привести, въ противномъ случаѣ, къ недоразумѣніямъ<sup>4)</sup>. Но вѣдь и

1) Ст. 65 и 68 сл. — ВУ. 67 допускаетъ, впрочемъ, уступку старшинства вотчиннымъ вѣрителемъ въ пользу вотчиннаго права въ чужомъ имѣніи, но не наоборотъ и не въ отношеніи между двумя правами въ чужомъ имѣніи. Къ тому же, проектъ не пользуется, по этому случаю, терминомъ „уступка старшинства“. Ср. ниже, т. II, § 69.

2) Ср. BGB. 880, 881. Напротивъ, ZGB. 813 предусматриваетъ сохраненіе старшинства только для ипотекъ, но см. объ уравниеніи съ ними вотчинныхъ выдачъ Wieland, Sachenrecht ad 782, P. 4. Объ уступкѣ старшинства ZGB. вообще не содержитъ особыхъ правилъ, но допустимость ея по отношенію не только къ ипотекамъ, но и къ правамъ въ чужой вещи не подлежитъ сомнѣнію — ср. Ostertag, Sachenrecht ad 963, P. 36, ad 965, P. 22.

3) О желательности дальнѣйшаго дополненія правилъ о старшинствѣ, касающагося просроченныхъ платежей по внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ, сказано ниже въ § 28.

4) Изъ матеріаловъ — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 129 сл., 1896 г. I, стр. 140 сл., Ж. О. К., стр. 72 сл., ср. также Св. Зам., № 136 (авторомъ этого замѣчанія, вступающимъ за интересы казны, является юрисконсультъ министерства земледѣлія и государственныхъ имуществъ); от-

о другихъ аналогичныхъ вопросахъ, напр., о публично-правовыхъ ограниченіяхъ права собственности, въ современныхъ гражданскихъ кодексахъ не упоминается<sup>1)</sup>. А что касается, въ частности, старшинства недоимокъ, то о нихъ умѣстно говорить въ ППВ., въ отдѣлѣ о распредѣленіи цѣны, вырученной публичной продажей<sup>2)</sup>.

Въ виду этого, было бы желательно, чтобы при окончательной редакціи ВУ. совершенно отказались отъ помѣщенія въ немъ подобныхъ правилъ. А если это будетъ сочтено невозможнымъ, то было бы, пожалуй, наиболѣе цѣлесообразно отвести имъ особую статью и выдѣлить ихъ, такимъ образомъ, изъ состава цивилистическихъ нормъ.

### § 28. Изъятіе отъ дѣйствія давности.

Изъ самой сущности вотчинной системы неизбѣжно вытекаетъ требованіе, чтобы внесенныя въ книгу права были изъяты отъ дѣйствія давности. Иначе создалась бы вторая, внѣкнижная система вотчинныхъ правъ, которая устраняла бы дѣйствіе принциповъ внесенія и публичной вѣры.

Обоснованность этого положенія была вполне сознаваема составителями нашего проекта<sup>3)</sup>, и въ ст. 8 былъ ясно выраженъ общій принципъ, господствующій въ этомъ отношеніи. Однако, предположенія редакціонной комиссіи были встрѣчены отчасти живою и даже рѣзкою оппозиціею. Было выставлено требованіе сохраненія, въ частности, приобрѣта-

---

завъ министра финансовъ, стр. 91 сл. — получается впечатлѣніе, что наибольшее вниманіе по поводу этого вопроса было посвящено охранѣ фискальныхъ интересовъ, между тѣмъ какъ цивилистическая точка зрѣнія даже не затрогивается.

1) Къ принудительной ипотека, вносимой для обезпеченія публично-правовыхъ требованій, это, разумѣется, не относится, такъ какъ она является вполнѣ институтомъ гражданского права.

2) Ср. проектъ ППВ. 197.

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 95 сл., 1896 г. I, стр. 103 сл., Ж. О. К., стр. 59 сл., Записка, стр. 29.

тельной давности, при чемъ были выдвинуты какъ общіе аргументы въ пользу этого института, такъ и доводы, опирающіеся на нѣкоторыя особенности русской жизни<sup>1)</sup>.

Аргументы первой категоріи получили наиболѣе рѣзкое выраженіе въ указаніи на невозможность „противопоставить бумажное производство, какимъ является запись въ вотчинную книгу“, фактическому отношенію лица въ вещи, на каковомъ покоится институтъ давности.

Само собой разумѣется, однако, что это утвержденіе можетъ быть устранено простымъ указаніемъ на то, что главная функція давности заключается въ окончательномъ установленіи ясныхъ и опредѣленныхъ правоотношеній. При господствѣ же вотчинной системы, эта функція переходитъ къ вотчиннымъ книгамъ. И опытъ западно-европейскихъ государствъ доказываетъ, что такимъ путемъ вполне достигается желанная цѣль. Насколько же въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ вотчинныя книги не могутъ выполнить этой задачи, настолько и остается въ силѣ внѣкнижная давность. Но ея роль уже исключительно дополнительная и служебная, и она никоимъ образомъ не можетъ вступать въ соперничество съ вотчинными книгами.

Гораздо болѣе вѣса имѣютъ тѣ аргументы, которые ссылаются на особыя условія землевладѣнія въ Россіи, въ частности, на отсутствіе точныхъ границъ<sup>2)</sup>. Благодаря послѣднему обстоятельству, объекты внесенныхъ въ книгу правъ не могутъ быть вполне опредѣленными. А въ случаѣ спора, границы могутъ быть выяснены, по мнѣнію противниковъ устраненія давности, только ссылкой на давность.

Кажется, что вопросъ этотъ поставленъ не совсѣмъ пра-

1) Св. Зам., №№ 90, 91, отзывъ министра внутреннихъ дѣлъ, стр. 9 сл., Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права I, стр. 304 сл., Вербловскій, Проектъ ВУ., Сборникъ Правовѣдѣнія 1895, 4, стр. 215 сл.

2) Нѣкоторыя другія возраженія покоятся на неправильномъ пониманіи тѣхъ рамокъ, въ которыхъ отмѣняется дѣйствіе давности. См. объ этомъ Объясненія 1893 г. I, стр. 99 сл., 1896 г. I, стр. 107 сл.

вильно. Слѣдуетъ имѣть въ виду то основное положеніе, что достовѣрность вотчинной книги относится исключительно къ сообщаемымъ ею юридическимъ свѣдѣніямъ. При такихъ условіяхъ, вопросъ о границахъ сводится къ вопросу о томъ, въ составъ какого участка входитъ спорная полоса земли. А это вопросъ совершенно иного порядка, никакого отношенія къ вотчинной книгѣ не имѣющей. И если нельзя разрѣшить его на основаніи межевыхъ плановъ, то его приходится рѣшать на основаніи общихъ принциповъ гражданскаго процесса <sup>1) 2)</sup>).

1) На такой способъ рѣшенія было указано уже въ опредѣленіи II Департамента Правительствующаго Сената отъ 6 ноября 1887 г. за № 4437, цитированномъ на стр. 10 отзыва министра внутреннихъ дѣлъ. Если же онъ оказался, по утвержденію отзыва, негоднымъ, то причину тому слѣдуетъ видѣть лишь въ неправильномъ пониманіи его судебными мѣстами. Разумѣется, мыслимо, что „представляется совершенно невозможнымъ установить, въ чемъ дѣйствительномъ владѣніи находится тотъ или другой мелкій участокъ земли, часто въ нѣсколько квадратныхъ сажень, нѣсколько десятковъ лѣтъ тому назадъ“. Однако, не въ этомъ вѣдь дѣло. Обязанность доказыванія лежитъ, какъ извѣстно, на невладѣющемъ истцѣ. Если ему не удается доказать своего права на спорный участокъ, то послѣдній остается, очевидно, за отвѣтчикомъ — тѣмъ и рѣшается весь споръ. Допущеніе же давностнаго завладѣнія не измѣнило бы, вопреки мнѣнію отзыва, положенія дѣлъ. Ср., впрочемъ, по этому поводу Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht I, S. 238 flg. — Вопросъ о неопредѣленности границъ побудилъ большинство особой комиссіи предложить такую формулировку ст. 8, по которой отъ дѣйствія давности изъются показанныя въ планѣ границы — Ж. О. К., стр. 65. Но министр юстиціи, — Записка, стр. 33 сл. — на основаніи вполне убѣдительныхъ аргументовъ, присоединился къ мнѣнію меньшинства, изложенному въ Ж. О. К., стр. 61 сл. — Мало удовлетворительнымъ является рѣшеніе, предложенное г. Вербловскимъ, I. с.: онъ предлагаетъ признать дѣйствіе давности между сторонами съ тѣмъ, чтобы она дѣйствовала по отношенію къ третьимъ приобретателямъ лишь послѣ внесенія приобретенныхъ по давности правъ въ вотчинную книгу. Такимъ путемъ была бы создана совершенно нежелательная двойственность вотчинныхъ правъ, хотя и нельзя отрицать, что относительность принципа внесенія дѣлаетъ такой порядокъ возможнымъ.

2) Приведенныя соображенія направлены противъ устраненія ириобрѣтательной давности. Противъ устраненія погасительной давности имѣется лишь одно возраженіе — Св. Зам., № 91. Ср., по этому поводу, Объясненія 1893 г. I, стр. 103 сл., 1896 г. I, стр. 110 сл.

Если, такимъ образомъ, исходной точкой служить принципиальное изъятіе внесенныхъ правъ отъ дѣйствія давности, то, съ другой стороны, не можетъ подлежать сомнѣнію, что это изъятіе абсолютнымъ быть не должно. Напротивъ, нѣкоторая роль сохраняется за давностью и при вотчинной системѣ, но, какъ было уже указано, роль лишь дополнительная и служебная. А именно, насколько вотчинныя книги, въ силу фактически создающихся отношеній, не въ состояніи установить ту опредѣленность правоотношеній, къ которой стремится законодательство, настолько и отводится извѣстный просторъ институту давности. Это признается западными кодексами<sup>1)</sup>, на этой же точкѣ зрѣнія стоитъ принципиально и нашъ проектъ.

Правда, изъятія изъ общаго принципа, выставленнаго въ ст. 8, помѣщены не въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“, а въ специальной части проекта. По отношенію къ одному изъ нихъ, такое распредѣленіе является вполне подходящимъ, такъ какъ оно касается лишь права собственности<sup>2)</sup>. Остальныя же два постановленія, содержащія, по мнѣнію составителей проекта, исключенія изъ принципа ст. 8, относятся ко всѣмъ вообще вотчиннымъ правамъ и должны быть, поэтому, помѣщены въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“, — если только они вообще должны быть оговорены особо<sup>3)</sup>.

Дѣло въ томъ, что, согласно ст. 22, право собственности, присужденное по судебному рѣшенію или приобрѣтенное на другомъ, кромѣ договора, основаніи и не внесенное въ книгу, утрачивается силою давности. Это правило, съ одной стороны, должно, очевидно, имѣть значеніе не только для права собственности, но также и для правъ въ чужой недвижимости. Съ другой же стороны, нельзя не замѣтить, что оно вовсе не является исключеніемъ изъ общаго правила ст. 8,

1) Ср. BGB. 902, 900, 901, ZGB. 973, 661, 662, 731,3, 807.

2) ВУ. 23.

3) Ср. ниже, § 32.

такъ какъ ст. 22 говорить вѣдь о правахъ не внесенныхъ. На нихъ, слѣдовательно, дѣйствіе ст. 8 распространяться вовсе не можетъ, и по отношенію къ нимъ остаются въ силѣ нормы общаго гражданскаго права. Особое же упоминаніе объ этомъ является совершенно излишнимъ<sup>1)</sup>.

То же самое приходится сказать о ст. 31. Согласно ей, платежи по вотчиннымъ выдачамъ, просроченные болѣе чѣмъ за два года и не внесенные въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги, подлежатъ дѣйствію давности. По ст. 33, однако, это правило простирается также и на другіе періодическіе платежи, внесенные въ третій отдѣлъ вотчинной книги. Аналогичное постановленіе о процентахъ по залоговымъ требованіямъ имѣется въ ст. 64 и 77 п. 2. Слѣдовательно, высказанное по отношенію къ платежамъ по вотчиннымъ выдачамъ правило относится ко всѣмъ вообще періодическимъ платежамъ по внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ. А поэтому слѣдовало бы формулировать соответствующее общее правило и помѣстить его въ отдѣлъ „Общихъ положеній“.

Однако, съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что и тутъ нѣтъ исключенія изъ общаго правила ст. 8. Напротивъ, періодическіе платежи, какъ таковые, въ книгу не вносятся и должны поэтому подлежать, въ силу общихъ принциповъ, дѣйствію давности. Если же просроченные за послѣдніе два года платежи изъемяются отъ дѣйствія давности, то это является послѣдствіемъ положительной нормы, признающей за ними старшинство главнаго права<sup>2)</sup> и выраженной особо для вотчинныхъ выдачъ въ ст. 30, а для ипотекъ въ ст. 64 и 77 п. 2 и распространенной ст. 33 на другіе періодическіе платежи. Слѣдовательно, въ особомъ выраженіи нуждается не правило о подчиненіи дѣйствію давности просроченныхъ платежей, а, напротивъ, лишь правило о распро-

1) Ср. Св. Зам., №№ 114, 115. См., однако, BGB. 901, 2.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 206 сл., 387 сл., 1896 г. I, стр. 228 сл., 394 сл. Ср., впрочемъ, по этому вопросу, сказанное ниже, § 30, т. II, § 69.

страненіи на нѣкоторые изъ нихъ старшинства главнаго права.

Такое правило, дѣйствительно, должно быть помѣщено въ проектъ и притомъ, именно, въ видѣ общаго правила, касающагося періодическихъ платежей по всѣмъ внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ. Но оно будетъ относиться уже не къ правиламъ о дѣйствіи давности, а къ правиламъ о старшинствѣ вотчинныхъ правъ.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, слѣдуетъ, однако, указать на желательность введенія въ проектъ одной новой статьи, относящейся къ вопросу о давности. Необходимо считаться, по примѣру новѣйшихъ западныхъ кодексовъ<sup>1)</sup>, съ возможностью, что внесенное въ вотчинную книгу право окажется не дѣйствительнымъ вслѣдствіе какихъ либо недостатковъ сдѣлки. Тогда данное право не возникаетъ или не переходитъ къ дестинатару, несмотря на то, что оно фактически осуществляется имъ. Дѣйствительность же оно можетъ приобрести лишь благодаря переходу къ третьему добросовѣстному приобретателю. Между тѣмъ, очевидно, необходимо создать, кромѣ того, еще путь къ исцѣленію присущихъ данному праву недостатковъ и на тотъ случай, когда не послѣдуетъ дальнѣйшаго отчужденія его. А это возможно только посредствомъ признанія положенія, что лицо, въ пользу коего неправильно внесено вотчинное право, приобретаетъ таковое путемъ осуществленія его въ теченіе давностнаго срока.

По отношенію къ праву собственности это правило можетъ быть выведено изъ общихъ принциповъ: если, именно, право собственника въ смыслѣ матеріальнаго права не внесено въ вотчинную книгу, то нѣтъ препятствій къ приобретенію его другимъ лицомъ. И то обстоятельство, что это другое лицо само внесено въ книгу, не является тому препят-

1) BGB. 900, ZGB. 661 упоминаетъ только о правѣ собственности. Но допустимость аналогичнаго примѣненія этой нормы и къ правамъ въ чужой вещи находится внѣ сомнѣнія.

ствіемъ. Но по отношенію къ правамъ въ чужой вещи, давность, какъ извѣстно, дѣйствующимъ правомъ не признается способомъ пріобрѣтенія ихъ, и проектъ ВУ. по этому вопросу ничего не измѣняетъ. Между тѣмъ, безспорно желательнo, чтобы и по отношенію къ нимъ былъ установленъ способъ, коимъ устранялся бы разладъ между вотчинной книгой и матеріальнымъ правоположеніемъ<sup>1) 2)</sup>. Слѣдовательно, здѣсь давность будетъ исполнять именно ту служебную и вспомогательную по отношенію къ вотчинной книгѣ роль, которая должна возлагаться на нее при дѣйствіи вотчинной системы.

Дѣйствіе давности при господствѣ вотчинной системы регулировалось бы, такимъ образомъ, въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“ проекта ВУ. одною статьею, выражающей общій принципъ изъятія внесенныхъ правъ отъ дѣйствія давности, и одною дальнѣйшею статьею, признающей дѣйствіе общей внѣкнижной давности въ цѣляхъ согласованія книги съ матеріальнымъ правомъ.

1) При этомъ слѣдовало бы особо упомянуть о томъ, что старшинство права опредѣляется по моменту первоначальнаго внесенія, какъ то и дѣлаетъ BGB. — Впрочемъ, если и слѣдовало отмѣтить, по этому поводу, что предлагаемая въ текстѣ норма находилась бы въ противорѣчій съ дѣйствующимъ правомъ, не признающимъ пріобрѣтенія сервитутовъ посредствомъ давностнаго владѣнія, то, съ другой стороны, необходимо имѣть въ виду, что тутъ дѣло идетъ о давности особаго рода, потребность въ признаніи которой вызывается особенностями вотчинной системы, въ виду чего ее и обозначаютъ въ германской литературѣ терминомъ „Tabularersitzung“.

2) Кажется умѣстнымъ указать, по этому поводу, что невозможно выставить сколько нибудь опредѣленные правила, имѣющія силу разъ на всегда, для рѣшенія вопроса о томъ, является ли какая либо норма излишней въ виду того, что она можетъ быть выведена изъ общихъ принциповъ или слѣдуетъ высказывать ее особо. Рѣшающее значеніе, въ этомъ отношеніи, должно быть признано за тактомъ законодателя, т. е. за моментомъ исполнѣ субъективнымъ. Понятно, что, въ виду этого, и критика законопроекта не можетъ быть свободна отъ того же субъективнаго элемента. А далѣе, отсюда вытекаетъ, что нѣтъ налицо противорѣчій, если въ одномъ случаѣ рекомендуется дѣлать частные выводы въ самомъ законѣ, а въ другомъ — предоставлять ихъ наукѣ и практикѣ.

# Право собственности и права въ чужомъ имѣніи.

## І. О редакціи гл. І и ІІ.

### § 29. Предварительныя замѣчанія.

Главы І и ІІ раздѣла І проекта ВУ., посвященныя праву собственности и правамъ въ чужой недвижимости, или, какъ выражается проектъ, согласно принятой имъ терминологіи, правамъ въ чужомъ имѣніи, не преслѣдуютъ цѣли внести измѣненія въ матеріальное гражданское право. Авторамъ проекта совершенно чужда мысль придать этимъ институтамъ иной объемъ или иное содержаніе, чѣмъ они имѣютъ по дѣйствующему праву. Все сводится къ приспособленію къ вотчинной системѣ институтовъ, регулируемыхъ съ матеріально-правовой стороны дѣйствующими Гражданскими законами, путемъ установленія порядка и условій записки ихъ въ вотчинную книгу.

Что редакціонная комиссія поставила себѣ именно такую ограниченную задачу, прямо высказывается только по отношенію къ правамъ въ чужой недвижимости<sup>1)</sup>. Но по всему характеру входящихъ въ гл. І нормъ очевидно, что то же самое приходится сказать и по отношенію къ праву

---

1) Объясненія 1893 г. І, стр. 173 сл., ср. стр. 50 сл. и 267 сл., 1896 г. І, стр. 196 сл., ср. стр. 63 сл. и 285 сл. См. также Ж. О. К., стр. 117.

собственности. Можно, впрочем, прибавить, что редакционная комиссия руководствовалась при этом, повидимому, примѣромъ составителей прусскаго закона о пріобрѣтеніи права собственности 5 мая 1872 г., преслѣдовавшаго, въ общемъ, тѣ же самыя цѣли, какъ и нашъ проектъ ВУ. и оказавшаго, какъ извѣстно, вообще не малое вліяніе на нашъ проектъ.

Почти излишне говорить, что, при такой постановкѣ задачи, разсматриваемыя главы проекта, по сравненію съ остальными отдѣлами его, должны производить нѣсколько своеобразное впечатлѣніе. Въ то время, какъ „Введеніе“ къ проекту, содержащее „общія положенія“, даетъ болѣе или менѣе стройное изложеніе основныхъ началъ вотчинной системы, а гл. IV старается нормировать съ возможною полнотою залоговое право, эти двѣ главы даютъ лишь отрывочныя постановленія, касающіяся, къ тому же, лишь одной стороны затрагиваемыхъ институтовъ. Извѣстное сходство онѣ имѣютъ только съ гл. III. Ибо въ послѣдней, трактующей о правахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ, также нѣтъ исчерпывающей нормировки указанныхъ правъ. Но эти права все же разсматриваются съ матеріально-правовой точки зрѣнія. Признавая, въ частности, возможность внесенія ихъ въ вотчинную книгу, гл. III устанавливаетъ и послѣдствія внесенія, чѣмъ, въ сущности, создаетъ и нормируетъ новый для русскаго права институтъ. Главы I и II, напротивъ, стараются избѣжать по возможности всякихъ вторженій въ область матеріальнаго права, благодаря чему онѣ и производятъ впечатлѣніе отрывочности и неполноты.

Изъ проявленнаго редакціонною комиссіей отношенія къ этому вопросу нельзя не вывести заключенія, что редакціонная комиссія считала вполне примиримымъ съ вотчинной системой дѣйствующее импобиліарное право, за исключеніемъ лишь права залогового. А такъ какъ на комиссію была возложена задача составлять не вотчинное право,

а именно вотчинный уставъ, то, съ этой точки зрѣнія, не приходится винить ее за неполноту и отрывочность нормъ о правѣ собственности и правахъ въ чужомъ имѣніи. Слѣдуетъ, напротивъ, признать, что эти кажущіеся недостатки являются, при такихъ условіяхъ, плодомъ законодательной экономіи, безусловно заслуживающей похвалы.

Другой вопросъ, разумѣется, — насколько эта исходная точка редакціонной комиссіи правильна<sup>1)</sup>. Кажется, однако, что съ нею можно, въ общемъ, согласиться. Несмотря на безспорную неудовлетворительность нашихъ Гражданскихъ законовъ, проявляющуюся, какъ извѣстно, и въ области имобилиарнаго права, все же нѣтъ основанія предполагать, что возникнуть затрудненія именно на этой почвѣ. Правда, нѣкоторые недостатки дѣйствующаго матеріальнаго права сохранятся и послѣ вступленія въ силу ВУ.<sup>2)</sup> Но это никоимъ образомъ не свидѣтельствуетъ о невозможности введенія вотчинной системы при частичномъ сохраненіи дѣйствующихъ матеріально-правовыхъ нормъ.

Однако, если и признать правильность исходной точки, избранной редакціонною комиссіей, то все же необходимо выставить рядъ возраженій противъ выработанныхъ комиссіей нормъ именно съ методологической точки зрѣнія. И какъ это ни неожиданно въ виду безспорной отрывочности и кажущейся неполноты разсматриваемыхъ главъ, возраженія эти сводятся, прежде всего, къ тому, что въ эти главы вошло немалое число нормъ, которыя являются отчасти неумѣстными въ данномъ отдѣлѣ проекта, отчасти же вообще излишними. Другими словами, приходится требовать исключенія ряда статей, хотя, при исполненіи этого требованія,

1) Нельзя не высказать сожалѣнія по поводу того, что редакціонная комиссія не сочла нужнымъ обосновать ближе эту исходную точку. Сказаннаго по этому поводу въ Объясненіяхъ — см. приведенныя въ предыдущемъ примѣчаніи мѣста — едва ли достаточно.

2) Ср., въ частности, сказанное ниже по поводу ст. 24, п. 3 и 25.

своеобразно отрывочный и неполный характер гл. I и II, съ вѣшней стороны, будетъ бросаться еще болѣе въ глаза, чѣмъ нынѣ.

При такихъ условіяхъ, необходимо выдѣлить сначала тѣ статьи, которыя должны быть устранены. Только послѣ этого окажется возможнымъ приступить къ изложенію и къ оцѣнкѣ содержанія нашихъ главъ.

Дѣло въ томъ, что редакціонная комиссія ввела въ гл. I и II рядъ постановленій, которыя никоимъ образомъ не могутъ быть признаны умѣстными въ спеціальной части проекта, такъ какъ онѣ содержатъ ничто иное, какъ примѣненіе общихъ принциповъ вотчинной системы къ отдѣльнымъ вотчиннымъ правамъ. Притомъ эти принципы, даже въ приданной имъ прикладной формѣ, имѣютъ значеніе не только для одного изъ разсматриваемыхъ въ спеціальной части правъ. А въ виду этого ясно, что подобныя нормы должны быть перенесены въ общую часть проекта, въ такъ наз. „Введеніе“<sup>1)</sup>.

### § 30. Ст. 20, 21 и 27.

Только что сказанное относится, прежде всего, къ ст. 20 и 21 съ одной стороны, къ ст. 27 съ другой.

Въ первыхъ двухъ высказывается принципъ, что право собственности въ случаѣ добровольнаго отчужденія пріобрѣтается со времени внесенія пріобрѣтателя въ вотчинную книгу, между тѣмъ какъ во всѣхъ прочихъ случаяхъ пріобрѣтеніе совершается независимо отъ внесенія. И то же начало, согласно послѣдней изъ указанныхъ статей, примѣняется аналогично къ установленію и отчужденію правъ въ чужомъ имѣніи.

Нельзя не замѣтить, что въ этихъ статьяхъ выражаются не нормы, касающіяся права собственности или правъ въ

1) На это обстоятельство вкратцѣ указано уже выше въ §§ 27 и 28.

чужомъ имѣніи въ особенности, а, напротивъ, выражается общій принципъ относительной силы внесенія въ вотчинную книгу, принципъ, легшій въ основаніе всей системы проекта ВУ. <sup>1)</sup>

Въ самомъ дѣлѣ, какъ извѣстно, этотъ принципъ устанавливается въ общей формѣ въ ст. 3 ВУ. Правда, сказаннаго тутъ было бы далеко недостаточно для выясненія затронутого вопроса, и для устраненія всякихъ сомнѣній необходимо ближайшее изложеніе избраннаго начала. Но это изложеніе безспорно должно быть дано именно въ общей части. Разъ въ современныхъ законодательствахъ вообще признается не только полезность, но даже необходимость подобной общей части <sup>2)</sup>, и разъ редакціонная комиссія стала на эту же точку зрѣнія, то не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что общія начала не должны помѣщаться въ специальныхъ частяхъ закона.

Нельзя упускать изъ виду и желательность возможнаго сокращенія закона. А эта цѣль, очевидно, не достигается, если нормы, которыя должны быть выведены за скобки и помѣщены одинъ разъ въ общей части, формулируются въ примѣненіи къ частнымъ случаямъ и помѣщаются нѣсколько разъ въ различныхъ отдѣлахъ части специальной. Въ данномъ же случаѣ нельзя возражать противъ этого утвержденія и указаніемъ на то, что принципъ относительной силы внесенія къ залоговому праву не относится <sup>3)</sup>. Это лишь исключеніе, которое можетъ быть оговорено тотчасъ же въ общей части. Но оно можетъ быть упомянуто, разумѣется, также и въ главѣ, посвященной залоговому праву.

1) Ср. выше, § 11.

2) ZGB., какъ извѣстно, общей части не имѣетъ. Но это объясняется, съ одной стороны, исторіей его возникновенія, между тѣмъ какъ, съ другой стороны, надо имѣть въ виду, что въ немъ имѣется особый отдѣлъ о лицахъ. Ср. Rümelin, Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen ZGB., S. 4.

3) ВУ. 47.

Въ виду изложеннаго нельзя не высказать пожеланія, чтобы ст. 20, 21 и 27, насколько ими выражается общій принципъ относительной силы внесенія въ вотчинную книгу, были исключены изъ I раздѣла проекта и включены въ составъ ст. 3. Благодаря этому, отпала бы и необходимость въ двухъ нормахъ второстепеннаго значенія, высказываемыхъ въ третьемъ абзацѣ ст. 21 и во второмъ абзацѣ ст. 27<sup>1)</sup>. Ибо если въ ст. 21,3 сказано, что „распоряжаться имѣніемъ по вотчинной книгѣ собственникъ можетъ лишь со времени внесенія его въ вотчинную книгу“, то это является лишь повтореніемъ того, что сказано уже въ ст. 9. И если подобное повтореніе еще можетъ быть оправдываемо при помѣщеніи ст. 21 въ спеціальной части проекта, то всякая необходимость въ немъ уже окончательно отпадаетъ при правильномъ распредѣленіи нормъ по отдѣламъ ВУ. И то же самое придется сказать по поводу постановленія ст. 27,2, согласно которому въ случаѣ пріобрѣтенія права въ чужомъ имѣніи „въ отношеніи третьихъ лицъ, пріобрѣвшихъ права по вотчинной книгѣ, оно (т. е. право въ чужомъ имѣніи) до внесенія имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ, если во время установленія ихъ правъ было имъ извѣстно“. Ибо это постановленіе вытекаетъ безспорно изъ нормъ общей части о значеніи добросовѣстности при пріобрѣтеніи вотчинныхъ правъ.

Въ связи съ этимъ слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что разсматриваемыя статьи не вполне безупречны и съ редакціонной точки зрѣнія.

Это относится, во-первыхъ, къ ст. 21. Дѣло въ томъ, что редакціонная комиссія вообще питала нѣкоторое пристрастіе къ установленію перечней. Въ проектѣ ГУ. можно указать цѣлый рядъ статей, въ которыхъ дается не научное

1) О нормѣ, выраженной въ послѣдней фразѣ ст. 27,2 будетъ сказано ниже, въ § 37.

опредѣленіе понятія, а замѣчается, напротивъ, попытка къ выясненію его путемъ каталогизаціи всѣхъ, по возможности, подвидовъ даннаго понятія<sup>1)</sup>. То же самое пристрастіе, хотя, въ общемъ, на проектѣ ВУ. оно и отразилось въ гораздо меньшей мѣрѣ, все же проявляется въ ст. 21, дающей перечень основанийъ приобрѣтенія права собственности, кромѣ добровольнаго отчужденія. При этомъ, какъ видно изъ формулировки этой статьи въ проектѣ 1893 и 1896 гг., редакціонная комиссія стремилась дать исчерпывающій перечень. Примѣрный характеръ перечень получилъ лишь благодаря поправкамъ особой комиссіи, вставившей слова „какъ то“ и „и т. п.“<sup>2)</sup>. Но въ сущности, отъ этого дѣло не выиграло, ибо, строго говоря, примѣрному перечню мѣсто въ законѣ еще менѣе, чѣмъ исчерпывающему. Послѣдній, правда, является болѣе опаснымъ, но съ формальной точки зрѣнія онъ все же болѣе удовлетворителенъ и не вноситъ въ законъ, подобно примѣрному, неумѣстнаго дидактическаго элемента.

Неудовлетворительна, во-вторыхъ, и ст. 20, въ которой приводится рядъ примѣровъ для выясненія понятія добровольнаго отчужденія. Правда, кромѣ того, тутъ упоминается еще и объ общемъ понятіи. Но именно благодаря этому, указанные въ проектѣ примѣры окончательно приобрѣтаютъ дидактическій характеръ.

Неудовлетворительность съ редакціонной точки зрѣнія этихъ двухъ статей бросается въ глаза тѣмъ болѣе, что совершенно аналогичныя нормы въ ст. 27 комиссіи удалось формулировать, не прибѣгая ни къ какимъ примѣрамъ, про-

1) Ср. напр. ГУ. 31 сл. Въ этомъ сказалось, очевидно, вліяніе дѣйствующихъ Гражданскихъ законовъ, страдающихъ, какъ извѣстно, тѣмъ же недостаткомъ обобщеній.

2) См. Ж. О. К., стр. 97. Особая Комиссія, правда, утверждаетъ, что и редакціонная комиссія желала дать лишь примѣрный перечень. Однако, изъ Объясненій нельзя усмотрѣть доказательствъ въ пользу этого мнѣнія, а формулировка самаго проекта рѣзко противорѣчитъ такому предположенію.

стымъ упоминаніемъ объ установленіи или отчужденіи правъ „по договору“ и „по другому, кромѣ договора, основанію“.

Однако, нельзя умолчать и о томъ, что, съ другой стороны, въ ст. 27 допущенъ одинъ промахъ, который въ ст. 21, хотя и имѣлся по первымъ двумъ редакціямъ, но былъ исправленъ особою комиссіей, между тѣмъ какъ въ ст. 27 онъ былъ сохраненъ. Дѣло въ томъ, что первоначально въ обѣихъ статьяхъ говорилось о приобрѣтеніи правъ „до внесенія въ вотчинную книгу“. Особая же комиссія обратила вниманіе на неточность этого выраженія<sup>1)</sup> и предложила поставить на его мѣсто слова „независимо отъ внесенія“, что, разумѣется, болѣе удовлетворительно. Однако, разсматривая ст. 27, комиссія очевидно проглядѣла, что въ ней имѣется то же неточное выраженіе, которое, благодаря этому, и было сохранено.

Наконецъ, слѣдуетъ указать еще и на неудовлетворительность, съ редакціонной точки зрѣнія, одного оборота, которымъ проектъ пользуется какъ въ ст. 20, такъ и въ ст. 27. Онъ говоритъ, что право собственности и права съ чужой недвижимости приобрѣтаются „со времени внесенія приобрѣтателя въ вотчинную книгу“. Благодаря этому остается недоговореннымъ, въ силу какого собственно юридическаго факта происходитъ приобрѣтеніе. Было бы, несомнѣнно, правильнѣе утверждать, что оно совершается „въ силу“ или „вслѣдствіе“ внесенія. Правда, возникновенія на этой почвѣ практическихъ недоразумѣній не приходится опасаться. Но требованія *elegantiae juris* тутъ, очевидно, не соблюдены. А кромѣ того, предлагаемая формулировка явно способствуетъ воззрѣнію, противъ котораго, уже по другому поводу, сама редакціонная комиссія протестуетъ довольно энергично, говоря<sup>2)</sup>, что „подъ внесеніемъ залога слѣдуетъ

1) Ж. О. К., стр. 97 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 277, 1896 г. I, стр. 294.

понимать не простое лишь оглашение права, уже возникшаго ранѣе, не укрѣпленіе права“, а именно, „необходимое условіе его возникновенія“<sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, слѣдовало бы не только перенести въ общую часть ст. 20, 21 и 27, но кромѣ того, подвергнуть ихъ тщательному редакціонному пересмотру.

### § 31. Ст. 28 и 30.

Нельзя, далѣе, не выставить возраженій и противъ ст. 28, гласящей, что старшинство правъ въ чужомъ имѣніи опредѣляется днемъ ихъ внесенія въ вотчинную книгу, причемъ безразлично, происходитъ ли внесеніе въ видѣ записи или отмѣтки, обращенной впоследствии въ запись. А далѣе сказано въ этой же статьѣ, что при внесеніи правъ въ одинъ и тотъ же день, старшинство ихъ опредѣляется послѣдовательностью внесенія, если только не оговорено противное.

Уже выше<sup>2)</sup> было указано на то, что слѣдовало бы использовать норму, содержащуюся во второй части ст. 28, для болѣе полного и точнаго изложенія принципа старшинства, нынѣ далеко недостаточно нормируемаго въ ст. 12, 1. Но совершенно независимо отъ этого, слѣдуетъ сказать, что и вообще ст. 28 не мѣсто въ спеціальной части. Правила о старшинствѣ имѣютъ значеніе не только для правъ въ чужомъ имѣніи въ тѣсномъ смыслѣ слова, но также и для залога. Къ тому же, такъ наз. принципъ старшинства вотчинныхъ правъ является однимъ изъ руководящихъ началъ всей вотчинной системы. И хотя онъ и не имѣетъ самостоятельнаго значенія, вытекаая непосредственно изъ принциповъ внесенія и публичной вѣры вотчинной книги, тѣмъ не менѣе безъ него вотчинная система не можетъ быть осуществ-

1) Ср. также формулировку ст. 47 и сказанное по этому поводу ниже, т. II, § 56.

2) Ср. § 27.

лена. Благодаря этому, необходимо нормировать его въ общей части, или, по терминологіи проекта ВУ., въ „Введеніи“.

Но кромѣ того, нельзя не обратить вниманія и въ этомъ параграфѣ на то, что первый абзацъ ст. 28 въ сущности вовсе не трактуеть о старшинствѣ, а напротивъ устанавливаетъ лишь равноцѣнность записи и отмѣтки, съ точки зрѣнія старшинства. Онъ, слѣдовательно, повторяетъ лишь правило ст. 13, о которомъ даже излишне говорить, что оно ни при какихъ условіяхъ не можетъ быть отнесено къ спеціальной части.

Первый абзацъ ст. 28 можетъ, такимъ образомъ, совершенно отпасть, между тѣмъ какъ второй долженъ быть отнесенъ къ ст. 12, ex professo трактующей о старшинствѣ, тѣмъ болѣе, что ст. 12 въ своей нынѣшней редакціи далеко не удовлетворительна. При этомъ опять таки приходится подчеркнуть, что отъ этого не только выиграла бы система проекта, но получила бы также экономія мѣста.

Затѣмъ слѣдуетъ обратить вниманіе еще на оговорку, имѣющуюся въ ст. 28, 2: „если въ вотчинной книгѣ не будетъ оговорено, что они имѣютъ равное старшинство“. При настоящемъ положеніи дѣла эта оговорка дѣйствительно необходима, такъ какъ въ области вотчиннаго права свобода договоровъ не признается и благодаря этому, при отсутствіи оговорки, соглашенія о старшинствѣ были бы недопустимы. Но такая необходимость вызвана, именно, лишь упомянутымъ уже въ своемъ мѣстѣ пробѣломъ проекта: нѣтъ постановленія, допускающаго въ принципѣ уступку старшинства по отношенію ко всѣмъ вообще правамъ въ чужомъ имѣніи. Слѣдовательно, при желательномъ вообще восполненіи этого пробѣла, могла бы отпасть и указанная оговорка.

Вопросу о старшинствѣ правъ въ чужомъ имѣніи посвящена также и ст. 30 въ первой своей части, затронутая въ другой связи уже выше<sup>1)</sup>. Она гласитъ, что

1) См. § 28.

старшинство, присвоенное вотчинной выдачѣ, распространяется и на просроченные платежи за послѣдніе два года. А во второй фразѣ той же статьи сказано, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи пользуются, если они будутъ внесены, съ согласія собственника имѣнія или по постановленію суда, въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги, старшинствомъ со времени этого внесенія.

Съ этой статьёй необходимо сопоставить ст. 64 проекта ВУ.<sup>1)</sup>), содержащую вполне аналогичное постановленіе о процентахъ по обеспеченнымъ ипотекой требованіямъ. По этому поводу уже было указано въ своемъ мѣстѣ на желательность объединенія этихъ нормъ въ одной статьѣ, которая должна бы быть помѣщена въ общей части.

Въ самомъ дѣлѣ, установленіе такого общаго правила для всѣхъ періодическихъ платежей<sup>2)</sup> по внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ настоятельно требуется соображеніями цѣлесообразности. Съ одной стороны, необходимо дать вѣрителю извѣстную гарантію въ томъ, что онъ не понесетъ ущерба отъ того, что не прибѣгнетъ немедленно къ понудительному взысканію, лишь только должникъ допустить просрочку. Ибо нельзя не поощрять снисходительнаго, до извѣстной степени, отношенія вѣрителя къ должнику въ интересахъ народнаго хозяйства, а въ частности землевладѣнія, не говоря уже объ этической точкѣ зрѣнія. Съ другой же стороны, необходимо поставить въ опредѣленные рамки гарантію, даваемую вѣрителю въ этомъ отношеніи, такъ какъ иначе могутъ потерпѣть ущербъ послѣдующіе кредиторы. Поэтому старшинствомъ должны пользоваться просроченные платежи лишь за опредѣленный, не слишкомъ продолжительный періодъ, дабы послѣдующіе вѣрители имѣли полную возможность учесть тотъ рискъ, которому они подвергаются. При этомъ, однако, само собой разумѣется, что

1) Ср. также ст. 77.

2) Ср. также ст. 33.

опредѣленіе льготнаго для просроченныхъ платежей срока можетъ быть сдѣлано только положительнымъ законодательствомъ. Если же швейцарское право опредѣляетъ его въ три года <sup>1)</sup>, а германское <sup>2)</sup> въ два и если проектъ ВУ. слѣдуетъ примѣру послѣдняго, то о предпочтительности того или другого постановленія спорить едва ли возможно <sup>3)</sup>.

Съ другой стороны слѣдуетъ, однако, отмѣтить, что требованіе помѣщенія этой нормы въ общей части материально-правового закона не можетъ опираться на примѣръ современныхъ кодексовъ. Такъ, швейцарское уложеніе высказываетъ относящуюся сюда норму отдѣльно для вотчинной выдачи и для ипотечныхъ процентовъ <sup>4)</sup>. Но оно поступило такъ, повидимому, потому, что въ немъ вообще нѣтъ общей части къ вотчинному праву, которая содержала бы нормы матеріальнаго права. Что же касается германскаго права, то оно имѣетъ одну общую для всѣхъ видовъ періодическихъ платежей норму. Но ее помѣстили не въ уложеніи, а въ положеніи о порядкѣ взысканія. Причиной тому послужило, вѣроятно, то соображеніе, что разсматриваемая норма проявляетъ свое дѣйствіе, именно, при публичной продажѣ.

Кажется, однако, что съ этимъ трудно согласиться. Можно сказать, что принципъ старшинства вообще проявляется практически лишь при публичной продажѣ. Тѣмъ не менѣе, онъ, безспорно, имѣетъ матеріальное значеніе. Поэтому слѣдуетъ признать, что германское законодательство поступило вполне правильно, посвящая ему рядъ статей въ отдѣлѣ „общихъ положеній о правахъ въ недвижимости“ въ гражданскомъ уложеніи <sup>5)</sup>. И нѣтъ никакой причины,

1) ZGB. 790, 791.

2) ZwVG. 10, P. 4.

3) Объ исчисленіи этого двухгодичнаго срока см. ниже, т. II, § 79.

4) ZGB. 790, 791, 818.

5) BGB. 873 flg.

почему бы здѣсь же не могла быть помѣщена и норма о старшинствѣ просроченныхъ платежей. Правда, въ защиту точки зрѣнія германскаго законодательства можно было бы привести еще и то соображеніе, что кредиторъ, въ интересахъ сохраненія признаваемой за нимъ льготы, обязанъ заявить о недоимкѣ въ опредѣленный срокъ. Иначе просроченные платежи лишаются старшинства<sup>1)</sup>. Такимъ образомъ, будто бы устанавливается тѣснѣйшая связь между старшинствомъ и публичной продажей. Однако, такое утвержденіе едва ли могло бы быть признано убѣдительнымъ. Дѣло въ томъ, что обязанность заявленія возлагается на вѣрителя въ чисто практическихъ цѣляхъ, на что и указываютъ Объясненія къ проекту ППВ.<sup>2)</sup> послѣдовавшему въ этомъ отношеніи примѣру германскаго права<sup>3)</sup>: фактъ просрочки платежей не можетъ быть усмотрѣнъ изъ вотчинной книги и предположеніе о ней не можетъ быть выставлено. Между тѣмъ необходимо выяснить, имѣются ли недоимки, такъ какъ иначе нельзя установить низшую цѣну, за которую можетъ быть продана недвижимость. Слѣдовательно, обязанность заявленія нисколько не затрагиваетъ матеріально-правового характера нормы о старшинствѣ просроченныхъ платежей.

Въ результатъ, такимъ образомъ, нельзя не признать, что составители проекта поступили вполне правильно, помѣщая рассматриваемую норму въ отдѣлѣ, посвященномъ матеріальному праву — въ противоположность германскому законодательству. Но такъ какъ въ проектѣ — въ противоположность вотчинному праву швейцарскаго уложенія — имѣется общая часть, то именно въ ней слѣдовало помѣстить и эту норму. И тогда, разумѣется, она имѣла бы отношеніе уже не къ однѣмъ вотчиннымъ выдачамъ, но также

1) ZwVG. 45.

2) Объясненія 1893 г., стр. 52 сл., 1896 г., стр. 60 сл.

3) Ср. ст. 103, 104, 114, 115, 200, 201, 204, 205.

и къ процентамъ по ипотечнымъ долгамъ, другими словами, ко всѣмъ періодическимъ платежамъ, вытекающимъ изъ внесеннаго въ вотчинную книгу по третьему или четвертому отдѣлу права<sup>1)</sup> 2).

Въ связи съ этимъ нельзя, впрочемъ, не указать еще и на то, что вторая фраза ст. 30, равно какъ и вторая фраза ст. 64 не только совершенно излишняя, но даже и неумѣстна. Излишняя она потому, что никакому сомнѣнію не подлежитъ и не можетъ подлежать, что „платежи, просроченные болѣе чѣмъ за два года“, если они „будутъ, съ согласія собственника имѣнія или по постановленію суда, внесены въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги“ — „пользуются старшинствомъ со времени этого внесенія“. Въдѣ здѣсь высказывается лишь элементарное положеніе залогового права. Неумѣстность же этой фразы заключается въ томъ, что она, въ сущности, вовсе не выставляетъ юридической нормы, а лишь даетъ сторонамъ или даже одному вѣрителю, совѣтъ, который, кромѣ ст. 30 и 64, повторяется, впрочемъ, еще и въ ст. 37 и 42 по отношенію къ наемнымъ деньгамъ, уплаченнымъ болѣе чѣмъ за годъ впередъ или ранѣе назначеннаго въ договорѣ срока и по отношенію къ досрочнымъ платежамъ по договорамъ продажи лѣса на срубъ. Между тѣмъ, дѣло идетъ о самомъ обыкновенномъ и весьма распространенномъ на практикѣ

1) На первый взглядъ, было бы мыслимо возраженіе, что при отсутствіи конструктивной тождественности между платежами по вотчиннымъ выдачамъ и процентами по ипотечнымъ долгамъ предлагаемое въ текстѣ сліяніе нормъ, касающихся этихъ институтовъ, является принципиально недопустимымъ. Однако, это возраженіе было бы неосновательно, такъ какъ при конструкціи вотчинной выдачи, принятой проектомъ ВУ., эта тождественность имѣется налицо. Ср. объ этомъ ниже, § 36.

2) Ст. 64 приписываетъ равное съ капитальной суммой старшинство не только процентамъ за послѣдніе два года, но, кромѣ того, еще издержкамъ высканія. Ср. также ст. 77,3 и проектъ ППВ. 103. Не вполне понятно, отчего эта льгота не распространяется также и на вѣрителя по вотчинной выдачѣ.

способъ обезпеченія вѣрителя путемъ установленія залога въ обезпеченіе обновленнаго обязательства. И если проектъ, согласно ст. 202, предполагаетъ обставить внесеніе подобнаго залога нѣсколько упрощенными формами, то вполне достаточно упомянуть объ этомъ въ той части проекта, которая посвящена формальному праву. Съ точки зрѣнія же матеріальнаго права отсюда не вытекаетъ необходимости ни выдѣлять этотъ залогъ въ особый видъ, ни особо обращать вниманіе сторонъ на возможность его установленія.

Въ виду этого нельзя даже высказать пожеланіе, чтобы это правило, повторяемое въ проектѣ не менѣе четырехъ разъ, получивъ болѣе общую формулировку, было перенесено въ общую часть ВУ. Напротивъ, единственно цѣлесообразнымъ является полное его исключеніе.

### § 32. Ст. 22 и 31.

Если, такимъ образомъ, слѣдуетъ совершенно отбросить постановленіе второй части ст. 30 и перенести въ общую часть ст. 28 и 30,1, развивающія общій для всѣхъ вотчинныхъ правъ принципъ старшинста, то нельзя согласиться на введеніе въ специальную часть проекта также и двухъ дальнѣйшихъ статей, говорящихъ о примѣненіи къ отдѣльнымъ случаямъ принципа изъятія отъ дѣйствія давности внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ. Строго говоря, объ эти статьи трактуютъ даже не о примѣненіи указаннаго принципа къ внесеннымъ правамъ, а о непримѣненіи его къ правамъ не внесеннымъ, т. е. говорятъ нѣчто, само собой разумѣющееся.

Рѣчь идетъ о ст. 22 и 31. Ихъ ненадобность въ достаточной степени выяснилась уже выше: совершенно понятно, что подъ защитой ст. 8 не могутъ находиться ни право собственности, приобрѣтенное внѣ книги и въ книгу не внесенное, ни платежи по вотчиннымъ выдачамъ, просроченные болѣе чѣмъ за два года и не внесенные въ вотчинную книгу.

въ видѣ особой статьи. Поэтому остается лишь добавить одно соображеніе.

Если бы, именно, законодатель, опасаясь могущихъ возникнуть на практикѣ недоразумѣній, пожелалъ формулировать норму, подобную ст. 22, несмотря на очевидную ея ненадобность, то онъ не долженъ былъ отнести ее исключительно къ праву собственности. По проекту, именно, и права въ чужомъ имѣніи могутъ быть приобретаемы внѣ книги. Слѣдовательно, и они могутъ подлежать дѣйствию давности, если не будутъ внесены въ вотчинную книгу. И возможность недоразумѣній по отношенію къ нимъ ничуть не меньшая, чѣмъ по отношенію къ праву собственности. Въ виду этого, въ случаѣ сохраненія ст. 22, слѣдовало бы придать ей болѣе общую формулировку и вмѣстѣ съ тѣмъ перенести ее въ общую часть, т. е. въ „Введение“.

То же самое приходится сказать и о ст. 31: въ случаѣ сохраненія выраженной въ ней нормы, слѣдовало бы отнести ее не только къ платежамъ по вотчиннымъ выдачамъ, но и къ другому еще виду періодическихъ платежей, вытекающихъ изъ внесеннаго въ книгу права, т. е. къ процентамъ по ипотечному долгу. И въ такомъ случаѣ также было бы необходимо перенесеніе ея въ общую часть.

Впрочемъ, съ редакціонной точки зрѣнія, слѣдуетъ признать крайне неумѣстными вставленныя въ ст. 31 слова: „и не внесенные въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги въ видѣ лежащаго на имѣніи долга“. Вѣдь просроченный платежъ по вотчинной выдачѣ, внесенный въ четвертый отдѣлъ книги, уже утратилъ характеръ просроченнаго платежа и обратился въ ипотечный долгъ. Онъ находится поэтому всецѣло подъ дѣйствиемъ ст. 8 и изъять отъ дѣйствія давности. Но это разумѣется само собой и никоимъ образомъ не нуждается въ особомъ упоминаніи.

Этимъ можетъ быть закончено разсмотрѣніе гл. I и II съ чисто редакціонной точки зрѣнія. Въ результатъ его

получается необходимость требовать исключения изъ гл. I ст. 20, 21, 22, а изъ гл. II ст. 27, 28, 30 и 31, такъ какъ въ нихъ предписывается лишь примѣненіе къ частнымъ случаямъ основныхъ началъ вотчинной системы. Поэтому, онѣ должны быть перенесены въ общую часть, при чемъ слѣдовало бы придать имъ иную и болѣе общую формулировку. Ст. же 22, 30, 2 и 31 могли бы быть исключены вовсе.

Послѣ подобной расчистки можно обратиться уже къ изложенію и разбору остальныхъ нормъ по существу.

## II.

### § 33. Право собственности.

Гл. I, тракующая о правѣ собственности, благодаря исключенію изъ ея состава ст. 20, 21 и 22, получила бы еще болѣе неполный и отрывочный видъ, чѣмъ она имѣетъ въ настоящее время. Однако, какъ было указано уже выше, это обстоятельство не можетъ имѣть существеннаго значенія въ виду вполне опредѣленныхъ цѣлей, которыя преслѣдуются этою главой.

Такимъ образомъ, изъ предполагаемыхъ нынѣшнимъ проектомъ ВУ. статей, въ составѣ гл. I остается всего лишь одна ст. 23, гласящая, что право собственности въ недвижимости можетъ быть приобрѣтаемо по давности владѣнія послѣ того, какъ умеръ внесенный въ книгу собственникъ.

Правда, оставаясь на почвѣ строгой послѣдовательности, можно было бы утверждать, что и ст. 23 излишня. Какъ было указано уже прежними критиками проекта<sup>1)</sup> и какъ упомянуто даже самою редакціонной комиссіей<sup>2)</sup>, нѣтъ основанія примѣнять въ данномъ случаѣ постановленіе ст. 8 объ изъятіи отъ дѣйствія давности внесенныхъ

1) Св. Зам., №№ 114, 115, 116.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 171, 1896 г. I, стр. 194.

въ вотчинную книгу правъ. Дѣло въ томъ, что со смертью собственника отпадаетъ прежній субъектъ права. Если же наслѣдники не будутъ внесены въ вотчинную книгу, то, очевидно, о наличности внесеннаго права говорить не приходится. При этомъ, разумѣется, совершенно безразлично, создастся ли такое положеніе за неимѣніемъ наслѣдниковъ, за фактической неявкой ихъ или за нежеланіемъ ихъ принять необходимыя для внесенія ихъ въ вотчинную книгу мѣры. Во всякомъ случаѣ, недвижимость будетъ подлежать дѣйствию давности.

Какъ видно, такое рѣшеніе вытекаетъ изъ самаго существа вопроса. Тѣмъ не менѣе, трудно согласиться съ требованіемъ исключенія также и этой статьи, такъ какъ за отсутствіемъ ея могутъ возникнуть на практикѣ затрудненія. Едва ли можно быть увѣреннымъ въ томъ, что вотчинныя установленія и суды всегда придутъ къ правильному рѣшенію вопроса и не будутъ введены въ заблужденіе тѣмъ обстоятельствомъ, что право умершаго собственника продолжаетъ значиться въ вотчинной книгѣ. А результатомъ этого, съ точки зрѣнія права, было бы то, что данная недвижимость будетъ изъята изъ оборота, между тѣмъ какъ фактически кто либо завладѣетъ ею въ цѣломъ или въ части, не имѣя, однако, возможности быть внесеннымъ въ книгу и распоряжаться недвижимостью по книгѣ.

Въ поддержку такого воззрѣнія можно, впрочемъ, сослаться и на примѣръ западныхъ законодательствъ. Какъ германское уложеніе<sup>1)</sup>, такъ и швейцарское<sup>2)</sup> содержатъ норму, вполне аналогичную ст. 22. И тутъ, слѣдовательно, опасались практическихъ осложненій, несмотря на то, что западно-европейскіе юристы въ значительной своей части были знакомы съ вотчинной системой еще до вступленія въ силу BGB. и ZGB.

1) BGB. 927.

2) ZGB. 662.

Въ виду этого, требованіе исключенія ст. 22 кажется чрезмѣрнымъ ригоризмомъ и остается лишь указать на то, что къ смерти въ этомъ отношеніи слѣдовало бы приравнять и другія явленія, обыкновенно приравниваемыя ей закономъ, какъ то: безвѣстное отсутствіе, поступленіе въ монашество и лишеніе всѣхъ правъ состоянія. На это, хотя и тщетно, было указываемо уже раньше<sup>1)</sup>. Редакціонная же коммиссія<sup>2)</sup> сочла умѣстнымъ умолчать объ этихъ явленіяхъ, такъ какъ значеніе ихъ подлежитъ выясненію въ законодательныхъ актахъ, изданіе которыхъ должно послѣдовать въ будущемъ. Позволительно, однако, сомнѣваться въ правильности такой точки зрѣнія, въ результатѣ которой получается явный пробѣлъ въ законѣ, восполнять который поневолѣ придется практикѣ.

Вотъ, въ сущности, и все, что приходится сказать о правѣ собственности съ точки зрѣнія будущаго ВУ. Остается развѣ упомянуть и здѣсь о предложенной выше<sup>3)</sup> рецепці постановленій германскаго и швейцарскаго уложеній<sup>4)</sup>, касающихся давностнаго приобрѣтенія по вотчинной книгѣ, такъ наз. *Tabularersatzung*. Но соответствующую статью все же слѣдовало бы помѣстить въ отдѣлѣ „Общихъ положеній“, хотя она и имѣла бы значеніе, главнымъ образомъ, для права собственности.

Гл. I должна была бы состоять, такимъ образомъ, всего изъ одной статьи, касающейся вопроса о давностномъ владѣніи, какъ средствѣ приобрѣтенія права собственности. Во всѣхъ же прочихъ отношеніяхъ право собственности въ недвижимости регулировалось бы на основаніи, съ одной стороны, общей части ВУ., съ другой, — дѣйствующихъ Законовъ гражданскихъ.

1) Св. Зам., № 90, 1.

2) Объясненія 1896 г. I, стр. 194.

3) § 28.

4) BGB. 900, ZGB. 661.

### III. Права въ чужомъ имѣніи.

#### § 34. Предварительныя замѣчанія.

Гораздо болѣе полный, чѣмъ глава о правѣ собственности, видъ будетъ имѣть, даже по исключеніи излишнихъ и неумѣстныхъ статей, гл. II, посвященная правамъ въ чужомъ имѣніи. Въ ней сохранится, прежде всего, ст. 24. Затѣмъ, до сихъ поръ не приходилось возражать противъ слѣдующихъ пяти статей: 25, 26, 29, 32 и 33. Кромѣ того, должна быть принята во вниманіе еще послѣдняя фраза ст. 27.

Однако, предварительно необходимо обратить вниманіе на неудачную надпись, данную редакціонной комиссіей главѣ II. Надпись эта гласитъ „о правахъ въ чужомъ имѣніи или объ ограниченіяхъ права собственности“. Даже излишне говорить, сколь неумѣстно такое сопоставленіе — тѣмъ болѣе, что уже въ Замѣчаніяхъ на проектъ 1893 г. было указано на это<sup>1)</sup>. Однако, редакціонная комиссія при составленіи проекта 1896 г. сочла возможнымъ сохранить прежнее заглавіе, хотя ей и не удалось обосновать свое рѣшеніе сколько нибудь убѣдительными аргументами<sup>2)</sup>. А особая комиссія на этотъ вопросъ не обратила даже вниманія.

Остается только пожелать, чтобы этотъ промахъ былъ исправленъ въ окончательной редакціи ВУ.

Сюда же относится упрекъ<sup>3)</sup>, выставленный противъ проекта въ томъ, что въ число правъ въ чужомъ имѣніи не включено право залога, которое, напротивъ, ставится рядомъ съ ними какъ самостоятельная категория. Однако, этому упреку едва ли слѣдуетъ придавать значеніе. Даже если оставить въ сторонѣ вопросъ о томъ, является ли со-

1) Св. Зам., № 73 (стр. 90).

2) Объясненія 1896 г. I, стр. 198 сл., ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 174 сл.

3) Св. Зам., № 73 (стр. 89).

временное право залога правомъ въ чужой вещи или же абсолютнымъ правомъ на цѣнность вещи<sup>1)</sup>, кажется вполне допустимымъ понимать терминъ „права въ чужомъ имѣніи“ также и въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, при чемъ право залога не входитъ въ это понятіе. И это тѣмъ болѣе, что на этой почвѣ не можетъ возникать никакихъ недоразумѣній<sup>2)</sup>.

### § 35. Права въ чужомъ имѣніи.

Если, обратиться, затѣмъ, къ содержанію гл. II, то слѣдуетъ сказать, что прежде всего большой интересъ представляетъ ст. 24. При этомъ необходимо отмѣтить, въ первую голову, что она, взятая вмѣстѣ со ст. 1 ВУ., косвенно выражаетъ извѣстный принципъ современнаго вотчиннаго права, согласно которому свобода договоровъ не признается въ области имобилиарнаго права, а допускаются ко внесенію лишь строго опредѣленныя закономъ по своему содержанію вотчинныя права, т. е. такъ наз. принципъ *numeri clausi*<sup>3)</sup> 4). Но если даже оставить въ сторонѣ этотъ вопросъ, не имѣющій непосредственнаго отношенія къ темъ настоящаго параграфа<sup>5)</sup>, то все же слѣдуетъ сказать, что ст. 24 даетъ богатый матеріалъ и притомъ не только съ точки зрѣнія при-

1) Ср. ниже, т. II, §§ 48 сл.

2) Очень можетъ быть, впрочемъ, что редакціонная коммиссія послѣдовала въ этомъ отношеніи примѣру прусскаго закона о приобрѣтеніи права собственности 1872 г., устанавливающаго слѣдующія подраздѣленія: *Von dem Erwerb des Eigentums an Grundstücken. Von den dinglichen Rechten an Grundstücken. Von dem Recht der Hypothek und der Grundschuld. Von dem Bergwerkseigentum und selbständigen Gerechtigkeiten. Allgemeine Bestimmungen.*

3) Ср. выше, § 26.

4) По этому поводу слѣдуетъ, впрочемъ, указать на то, что этотъ принципъ нарушается въ проектѣ ГУ.: ст. 1774 упоминаетъ о внесеніи въ вотчинную книгу права преимущественной покупки, о каковомъ не говорится въ ст. 917 ГУ., тождественной по содержанію со ст. 24 ВУ. и выступающей, слѣдовательно, также принципъ *numeri clausi*.

5) Ср., однако, сказанное ниже, въ § 38.

способленія дѣйствующаго права къ вотчинной системѣ. Именно, сопоставляя въ этой статьѣ признаваемые нашимъ дѣйствующимъ правомъ права въ чужой недвижимости, редакціонная комиссія должна была поневолѣ совершить извѣстное вторженіе въ область матеріальнаго права, такъ какъ иначе не было бы возможности вообще подвести подъ дѣйствіе вотчинной системы эту далеко недостаточно регулируемую дѣйствующимъ правомъ область.

Правда, редакціонная комиссія соблюдала при этомъ крайнюю осторожность и искала опоры для матеріальнаго содержанія ст. 24 въ цѣломъ рядѣ постановленій дѣйствующаго права, а также въ данныхъ практики, извлеченныхъ изъ нотаріальныхъ архивовъ. Но ей все же пришлось, хотя бы съ внѣшней стороны, привести къ одному знаменателю разсѣяныя по всему Своду Законовъ постановленія о правахъ въ чужой недвижимости. И само собой разумѣется, что со стремленіемъ комиссіи къ такой цѣли можно только согласиться.

Большія въ этомъ отношеніи затрудненія представляетъ собой уже поставленное комиссіей во главѣ ст. 24 „право отдѣльнаго владѣнія, вѣчнаго, пожизненнаго или срочнаго“. Какъ явствуетъ изъ Объясненій<sup>1)</sup>, комиссія вполне сознавала, что дѣйствующее право не знаетъ такого владѣнія, какъ цѣльнаго и самостоятельнаго института. Она констатируетъ даже, что извѣстные нашимъ законамъ отдѣльные виды такого владѣнія „не составляютъ законченной формы вотчинныхъ правъ, а скорѣе являются способомъ хозяйственнаго управленія и извлеченія доходовъ изъ недвижимыхъ имуществъ разными вѣдомствами, состоящими на особыхъ и исключительныхъ правахъ, или же имѣютъ значеніе особаго способа поземельнаго устройства цѣлыхъ разрядовъ народонаселенія, какъ, напр., бывшихъ крѣпостныхъ крестьянъ

1) 1893 г. I, стр. 176 сл., 1896 г. I, стр. 199 сл.

Закавказья, единовѣрцевъ и старообрядцевъ въ сѣверо-западныхъ и бѣлорусскихъ губерніяхъ“, и т. д. Однако, на ряду съ этимъ, существуютъ, по мнѣнію редакціонной комиссіи, безспорно и виды вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія на гражданско-правовомъ основаніи, какъ, напр., чиншевое право и вообще правоотношенія, возникающія на практикѣ на основаніи ст. 514 т. X ч. 1. Свѣдѣнія о цѣломъ рядѣ случаевъ именно такого отдѣльнаго владѣнія и приводятся въ Объясненіяхъ, черпавшихъ данныя изъ нотаріальныхъ архивовъ<sup>1)</sup>. Само собой разумѣется при этомъ, что нормировка этихъ весьма разнообразныхъ по своему содержанію правоотношеній не входила въ задачи редакціонной комиссіи, а должна была быть предоставлена будущему ГУ.<sup>2)</sup> Но уже одно упоминаніе объ этомъ институтѣ, дѣлаемое въ такой формѣ, не можетъ не оказать извѣстнаго вліянія и на матеріальное право и не увеличить значенія этого института на практикѣ.

Однако, подъ отдѣльнымъ владѣніемъ проектъ разумѣть не только институты упомянутого до сихъ поръ типа, а вводитъ сюда и „право пожизненнаго или срочнаго владѣнія“, совпадающее съ понятіемъ пользовладѣнія. Такая классификація можетъ показаться, на первый взглядъ, мало удовлетворительной. Согласно схемѣ, выработанной римскимъ правомъ и принятой также и новѣйшими кодексами<sup>3)</sup>, мы привыкли причислять пользовладѣніе къ сервитутамъ.

Здѣсь, разумѣется, не мѣсто для изслѣдованія причинъ, по которымъ римское право придерживалось именно такой классификаціи. Но онѣ безспорно вытекаютъ изъ особенностей историческаго развитія и носятъ чисто положительный характеръ. Идейной же необходимости въ такой классификаціи, во всякомъ случаѣ, не существуетъ. И если доктрина римскаго права въ группѣ *jura in re* прово-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 181 сл., 1896 г. I, стр. 204 сл.

2) Ср. ст. 927 сл.

3) Ср. BGB., 3 Buch, 5 Abschnitt, ZGB. 21 Titel, 2 Abschnitt.

дять грань между сервитутами, съ одной стороны, эмфитевзисомъ и суперфициэсомъ, — съ другой, то ясно, что критеріемъ при этомъ служить, прежде всего, объемъ правомочій, признаваемыхъ за носителемъ права. А если вообще признавать эту точку зрѣнія, то трудно спорить и противъ воззрѣнія, что пользовладѣніе стоитъ ближе къ эмфитевзису и суперфициэсу, чѣмъ къ сервитутамъ.

Слѣдовательно, едва ли приходится возражать противъ точки зрѣнія, принятой нашимъ проектомъ, тѣмъ болѣе, что въ ея пользу говоритъ и терминологія дѣйствующаго права, не знающая пользовладѣнія, а лишь пожизненное владѣніе <sup>1)</sup>.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо указать на желательность нѣкотораго дополненія п. 1 ст. 24. Во-первыхъ, послѣ изданія закона 23 іюня 1912 г. слѣдуетъ внести сюда также и право застройки, которое по всему своему характеру относится къ правамъ въ чужой вещи и въ частности, ближе всего подходитъ къ понятію отдѣльнаго владѣнія.

Во-вторыхъ, слѣдуетъ, допустить возможность заведенія особой вотчинной книги для права отдѣльнаго владѣнія. Правда, на практикѣ этою возможностью будутъ пользоваться лишь для нѣкоторыхъ его видовъ. Критеріемъ при этомъ будутъ служить соображенія экономическаго характера. Но если данный видъ права отдѣльнаго владѣнія по характеру своему можетъ быть обременяемъ другими правами и если такое обремененіе является желательнымъ, то законодательство должно, очевидно, способствовать удовлетворенію имѣющейся потребности. Въ частности, можно указать на потребность лицъ, пользующихся правомъ отдѣльнаго владѣнія или правомъ застройки, въ ипотечномъ кредитѣ. Мыслима, впрочемъ, и желательность установленія другихъ правъ, какъ, напр., сервитутовъ <sup>2)</sup>.

1) X т. I ч., ст. 116, 118, 533, 1 сл., 1070, 1141, 1148 прим., 1157.

2) Открытіе для права застройки особаго листа въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, а также обремененіе этого права залогомъ и другими

Заведеніе въ такомъ случаѣ особой вотчинной книги необходимо потому, что объектомъ обремененія является, именно, право отдѣльнаго владѣнія или право застройки. Слѣдовательно, данныя обремененія и не могутъ быть вносимы въ ту вотчинную книгу, которая посвящена самой недвижимости. Это сознавалось, впрочемъ, самими составителями проекта ВУ., и поэтому они въ отдѣлъ проекта, посвященный формальному праву, ввели особый раздѣлъ V: „о вотчинныхъ книгахъ на принадлежащія казнѣ или городу участки, состоящія въ вѣчномъ отдѣльномъ владѣніи постороннихъ лицъ“.

Это самъ по себѣ фактъ, безспорно отрадный, тѣмъ болѣе, что содержаніе особой вотчинной книги нормируется исполнѣ удовлетворительно: во второй отдѣлъ книги, вмѣсто свѣдѣній о правѣ собственности, вносятся свѣдѣнія о правѣ отдѣльнаго владѣнія, въ третій — ограниченія сего права, размѣръ оброковъ и т. д., въ четвертый — залоговыя требованія, обременяющія право вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не указать на то, что постановленія раздѣла V страдаютъ однимъ серьезнымъ недостаткомъ.

Этотъ недостатокъ заключается въ томъ, что постановленія проекта рассчитаны на слишкомъ узкій кругъ явленій. Въ особой вотчинной книгѣ могутъ нуждаться не только вѣчные, но и срочные отдѣльные владѣльцы и притомъ не только такіе, которые приобрѣли свое право отъ казны или города. Эти условія, слѣдовательно, должны были бы отпасть и заведеніе особой вотчинной книги должно быть признано допустимымъ въ пользу всѣхъ управомоченныхъ по п. 1 ст. 24 ВУ. лицъ. Опасаться какихъ либо вредныхъ по-

---

вещными правами предусматривается закономъ 23 іюня 1912 г. въ ст. 26 и 2. Ср., впрочемъ, о затрудненіяхъ, связанныхъ съ вторымъ изъ этихъ вопросовъ Гойхбаргъ, Законъ о правѣ застройки, стр. 38 сл., прим., Выдринъ и Виленкинъ, Законъ о правѣ застройки, стр. 18 сл., бар. Симонинъ, Право застройки, Вѣстн. Гр. Пр. 1913, 7, стр. 36 сл.

слѣдствій отъ этого не приходится, такъ какъ характеръ права, подлежащій обремененію, явствуетъ изъ вотчинной книги. Если же данное право въ отдѣльномъ случаѣ не будетъ являться подходящимъ объектомъ для обремененія<sup>1)</sup>, то, съ одной стороны, управомоченный не будетъ просить о заведеніи особой книги, а съ другой, онъ не найдетъ желающихъ приобрѣтать права въ его правѣ<sup>2)</sup>.

Болѣе спеціальный характеръ носить упоминаемое въ п. 2 ст. 24 право на разработку нѣдръ земли<sup>3)</sup>. Однако, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что и тутъ имѣется налицо право въ чужой вещи<sup>4)</sup>. Безспорно и оно нуждается въ нормировкѣ съ цивилистической точки зрѣнія, но и тутъ эта задача должна быть предоставлена будущему уложенію<sup>5)</sup>.

Напротивъ, большой интересъ съ точки зрѣнія гражданского права представляетъ слѣдующій затѣмъ пунктъ ст. 24, причисляющій къ правамъ въ чужомъ имѣніи сервитуты и тутъ же, въ поясненіе этого, не встрѣчающагося, какъ извѣстно, въ X т., термина прибавляющій: „то есть право участія частнаго, право угодій и вообще вотчинныя права,

1) Таковымъ окажется, напр., въ большинствѣ случаевъ право пожизненнаго пользованія, благодаря неопредѣленности момента его прекращенія.

2) Германское право предусматриваетъ возможность заведенія особой вотчинной книги для права застройки (Erbbaurecht) — ср. BGB. 1012 flg., GBO. 7. Ср. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht I, S. 604 flg., II, S. 692, гдѣ имѣется и образецъ вотчинной книги, заведенной для права застройки.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 183 сл., 1896 г. I, стр. 205 сл.

4) Таковымъ оно является, безъ сомнѣнія, по отношенію къ разрабатываемому участку. Вопросъ же о характерѣ права на самыя ископаемыя, какъ вещнаго права присвоенія ср. Stobbe-Lehmann, Handbuch, II, 1, S. 80, 532 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 493 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 629 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 312 flg., а въ русской литературѣ Удинцевъ, Русское горноземельное право, стр. 37 сл., Вормсъ и Ельяшевичъ, Комментарій, вып. II, стр. 300 — этимъ не затрагивается. Ср. также Удинцевъ, Право на разработку нѣдръ земли, Юр. Изв. 1913, 1, 2.

5) Ср. ГУ. 952 сл.

устанавливаемая въ одномъ имѣніи для другого имѣнія или въ пользу извѣстнаго лица и учрежденія“.

Нельзя не отмѣтить, что здѣсь имѣется несомнѣнное вторженіе проекта ВУ. въ область матеріальнаго права. Но вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ признать, что по этому вопросу комиссія находилась въ крайне затруднительномъ положеніи и что избранный ею выходъ является вполне удачнымъ. Правда, на первый взглядъ, можетъ показаться и излишней и неправильной попытка опредѣлить обходнымъ путемъ столь твердо установленный въ доктринѣ институтъ, каковымъ является сервитутъ. Къ тому же, едва ли можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что право участія частнаго и право угодій считаются нашимъ законодательствомъ институтами далеко не совпадающими. Подъ понятіе сервитута подходит, какъ извѣстно, лишь второй изъ нихъ, между тѣмъ какъ первый, по легальному опредѣленію, совпадаетъ съ понятіемъ законнаго ограниченія собственности<sup>1)</sup>. Это признается и литературой<sup>2)</sup>, хотя, вмѣстѣ съ тѣмъ, ею и отмѣчается, что вся эта область регулирована далеко неудовлетворительно, что исходная точка не выдерживается самимъ закономъ и что, кромѣ того, принятая закономъ терминологія весьма неудачна. Однако, нельзя не принять, при этомъ, въ соображеніе и того, что подъ правомъ участія частнаго практика весьма нерѣдко разумѣетъ не ограниченіе права собственности, а, напротивъ, субъективное право, установленіемъ котораго устраняется законное ограниченіе, т. е. такое право, которое по своему характеру и является, именно, сервитутомъ<sup>3)</sup>. Къ

1) Ср. X т. 1 ч., стт. 432, 433, 442 сл., 452 сл.

2) Ср., напр., Анненковъ, Система II, стр. 348 сл., Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права I, стр. 458 сл., Мейеръ, Русское гражд. право, стр. 255 сл., Шершеневичъ, Учебникъ (8 изд.), стр. 258 сл., Кассо, Русское поземельное право, стр. 76 сл., 202 сл.

3) Ср. Гуляевъ, Право участія частнаго въ практикѣ Гражд. Касс. Деп. Прав. Сената, Вопросы Права 1912, II, стр. 1 сл.

тому же и самъ законъ подъ правомъ участія частнаго, несомнѣнно, подчасъ разумѣеть сервитутное право<sup>1)</sup>.

При такомъ положеніи дѣла, дѣйствительно, кажется наиболѣе подходящимъ для проекта отказаться отъ запутанной терминологіи дѣйствующаго права и избрать новую исходную точку, согласную съ требованіями юридической доктрины. Правда, такимъ образомъ создается нѣкоторое противорѣчіе между дѣйствующими Гражданскими законами и проектомъ ВУ. Однако, вся эта область и въ настоящее время полна противорѣчій, вызванныхъ неудачными постановленіями закона. Предположенія же проекта ничуть не увеличиваютъ ихъ числа, а, напротивъ, являются первымъ шагомъ къ устраненію всей имѣющейся путаницы.

Въ виду этого нельзя не привѣтствовать рѣшенія редакціонной комиссіи, благодаря которому въ наше право, наконецъ, вводится вполнѣ ясное понятіе сервитута съ рѣзкимъ противопоставленіемъ ему понятія законнаго ограниченія права собственности. Притомъ въ понятіи сервитута, согласно указанію п. 3 ст. 24, объединяются какъ право участія частнаго, насколько оно имѣетъ сервитутный характеръ, такъ и право угодій и встрѣчающіяся, кромѣ того, на практикѣ многочисленныя сервитутныя права, указываемыя въ матеріалахъ къ проекту на основаніи данныхъ, извлеченныхъ изъ нотаріальныхъ архивовъ<sup>2)</sup>.

Въ виду того особаго положенія дѣла, съ которымъ по этому вопросу приходилось считаться редакціонной комиссіи, необходимо отказаться и отъ тѣхъ возраженій, съ редакціонной точки зрѣнія, которыя при иныхъ условіяхъ пришлось бы выставить противъ формулировки п. 3. Замѣчаемое вообще пристрастіе комиссіи къ установленію перечней вмѣсто выставленія общихъ понятій въ данномъ

1) X т. 1 ч., ст. 575, 576, 606.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 190 сл., 1896 г. I, стр. 212 сл.

случаѣ вполне умѣстно. вполне умѣстно и то, что приводятся, въ качествѣ примѣровъ, отдѣльные сервитуты. Возражать приходится развѣ противъ даваемой тутъ же характеристики реального сервитута, какъ права, устанавливаемого въ одномъ имѣніи „для другого имѣнія“. Благодаря этому можетъ получиться впечатлѣніе, будто комиссія признаетъ субъектомъ такого сервитута самый господствующій участокъ. Само собой разумѣется, что дѣло лишь въ неточности выраженія. Однако, столь же ясно, что эта неточность должна быть исправлена въ окончательной редакціи ВУ.<sup>1)</sup> Впрочемъ, исправленію подлежитъ еще и другая неточность, касающаяся также обозначенія управомоченнаго по сервитуту: сопоставленіе лица, подъ каковымъ, очевидно, разумѣется, лицо физическое, съ учрежденіемъ неудовлетворительно, такъ какъ послѣднее выраженіе, по довольно твердо установившейся терминологіи, охватываетъ лишь одинъ изъ видовъ юридическихъ лицъ. Было бы вполне достаточно говорить здѣсь просто о лицѣ.

### § 36. Въ частности, вотчинныя выдачи.

Среди перечисленныхъ въ ст. 24 правъ въ чужой недвижимости особый интересъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, особая затрудненія представляетъ институтъ вотчинныхъ выдачъ, ко-

---

1) Нельзя, впрочемъ, не отмѣтить еще разъ по этому поводу, сколь неудачно заглавіе, данное комиссіей главѣ II. Если комиссія рѣшилась внести, съ матеріальной точки зрѣнія, ясность въ эту область даже вопреки дѣйствующему праву, то тѣмъ менѣе понятно, отчего она снова сама затемняетъ терминологически тотъ же вопросъ, отождествляя права въ чужомъ имѣніи и ограниченія права собственности.

Что касается, впрочемъ, терминологіи проекта, то, пожалуй, небезинтересенъ фактъ, что редакціонная комиссія первоначально желала избѣгать иностраннаго термина „сервитутъ“ и предпочла говорить въ проектѣ 1893 г. о „вотчинныхъ повинностяхъ“. Однако, возраженія, выставленныя противъ такой терминологіи въ Св. Зам., — №№ 73 (стр. 89), 76, 77 — очевидно, убѣдили комиссію въ непригодности ея и въ проектѣ 1896 г. термина „вотчинныя повинности“ уже нѣтъ.

торый до сихъ поръ въ нашемъ гражданскомъ законодательствѣ упоминался только мимоходомъ<sup>1)</sup>, но встрѣчался на практикѣ далеко не рѣдко, какъ явствуетъ изъ свѣдѣній, извлеченныхъ редакціонною комиссіей изъ нотаріальныхъ архивовъ<sup>2)</sup>. Поэтому и нельзя не привѣтствовать, что комиссія упомянула о немъ особо и тѣмъ создала почву для дальнѣйшаго его развитія.

Правда, вмѣстѣ съ тѣмъ неизбежно возникаетъ вопросъ о конструкціи этого института. Это вопросъ въ высшей степени спорный въ литературѣ германскаго права, въ которомъ онъ играетъ, какъ извѣстно, несравненно большую роль, чѣмъ у насъ<sup>3)</sup>. Однако, нельзя не признать, что понятіе вотчинной выдачи какъ таковое далеко не связано съ одною опредѣленною конструкціей. Если, согласно задачамъ настоящаго изслѣдованія, оставить въ сторонѣ исторію института и обратиться къ праву лишь двухъ новѣйшихъ кодексовъ, то оказывается, что и здѣсь онъ получилъ конструкцію далеко не одинаковую.

Дѣло въ томъ, что германское уложеніе признаетъ вотчинную выдачу реальнымъ обремененіемъ недвижимости<sup>4)</sup>. При этомъ, однако, за отсутствіемъ условія о противномъ, собственникъ отвѣчаетъ лично за отдѣльные платежи<sup>5)</sup>. Слѣдовательно, отдѣльные платежи являются личнымъ долгомъ собственника, снабженнымъ вещнымъ обезпеченіемъ. Правда, по идеѣ самаго института, на первомъ планѣ стоитъ именно это вещное обезпеченіе или, говоря точнѣе, обремененіе недвижимости<sup>6)</sup>. Но результатъ остается однимъ и

1) См. X т. ч., ст. 1069, 1086, 1328, 1388.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 197 сл., 1896 г. I, стр. 219 сл.

3) Ср. объ этомъ вопросѣ Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 2, S. 49 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 703 flg. и указанную у нихъ литературу.

4) BGB. 1105. — Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 710 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 650 flg., Crome, System III, S. 609 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 430 flg., Kober, Sachenrecht, S. 648 flg.

5) BGB. 1108.

6) Это подчеркиваетъ съ особою рѣзкостью Gierke, I. с.

тѣмъ же, тѣмъ болѣе, что въ случаѣ просрочки болѣе чѣмъ за два года, отдѣльные платежи совершенно утрачиваютъ характеръ реального обремененія и принимаютъ уже исключительно характеръ личнаго долга<sup>1)</sup>.

Иную исходную точку избрало уложеніе швейцарское<sup>2)</sup>. Правда, оно также считаетъ вотчинную выдачу, какъ такую, реальнымъ обремененіемъ недвижимости. Но оно не признаетъ личной отвѣтственности собственника за отдѣльные платежи, и вѣритель можетъ искать удовлетворенія также и за нихъ исключительно изъ недвижимости<sup>3)</sup>. Однако, отдѣльный платежъ, просроченный болѣе чѣмъ за три года, превращается въ личный долгъ собственника, лишенный всякой связи съ недвижимостью<sup>4)</sup>.

Если, затѣмъ, поднять вопросъ о предпочительности одной изъ этихъ конструкций, то слѣдуетъ, кажется, высказаться за конструкцію германскаго права. Она основывается на послѣдовательномъ и вполне логическомъ развитіи, заключающемся въ постепенномъ ослабленіи обеспеченности отдѣльнаго платежа. По швейцарскому уложенію, напротивъ, имѣется рѣзкое измѣненіе правъ вѣрителя по вотчинной выдачѣ. Кредиторъ можетъ требовать удовлетворенія первоначально только изъ недвижимости и не имѣетъ никакого личнаго права противъ собственника. Съ момента же истеченія опредѣленнаго срока, его строго реальное право превращается въ чисто личное.

Съ цивильно-политической точки зрѣнія такая нормировка можетъ быть оправдываема: ея смыслъ заключается въ избѣжаніи накопленія недоимокъ на недвижимости, существованіе которыхъ, съ одной стороны, не можетъ быть усмо-

1) ZwVG. 10.

2) Ср. Tuor, Das neue Recht, S. 439 flg., Wieland, Sachenrecht, S. 200 flg., 273 flg.

3) ZGB. 791,1.

4) ZGB. 791,2.

трѣно изъ вотчинной книги, а съ другой стороны, противорѣчило бы интересамъ другихъ вещно-управомоченныхъ. Но та же цѣль могла бы быть достигнута, съ сохраненіемъ строго реального характера обремененія, путемъ признанія сокращенной давности, благодаря которой права вѣрителя погашались бы совершенно, хотя бы послѣ истеченія только трехъ лѣтъ.

Однако, трудно отрицать, что подобная норма не отвѣчала бы экономическимъ интересамъ обѣихъ заинтересованныхъ сторонъ. Но въ такомъ случаѣ слѣдовало, кажется, отказаться отъ строго реального характера института и принять конструкцію германскаго уложенія, вмѣсто того, чтобы признать превращеніе реального права въ личное, благодаря одному истеченію времени. Такимъ путемъ, правда, достигается та двоякая цѣль, къ которой стремились, повидимому, редакторы швейцарскаго уложенія: сохраняется конструкція вотчинной выдачи, какъ строго реального права и осуществляется опредѣленный хозяйственный результатъ. Но отъ этого, безъ сомнѣнія, страдаетъ *elegantia jūris* и страдаетъ безъ достаточныхъ основаній. Какъ показываетъ примѣръ германскаго уложенія, существуетъ полная возможность поставить институтъ вотчинной выдачи на нѣсколько иную, но столь же твердую и исторически равно обоснованную почву, не насилуя при этомъ юридической логики и все же достигая тѣхъ же экономическихъ результатовъ. Къ тому же нельзя не прибавить, что едва ли существуютъ сколько нибудь вѣскіе аргументы противъ личной отвѣтственности собственника также и за не просроченные платежи.

Какъ же рѣшенъ этотъ вопросъ нашимъ правомъ?

Дѣйствующее право вовсе не обращаетъ на него вниманія. Точно также нельзя найти на него отвѣта и въ данныхъ практики, сообщаемыхъ редакціонною комиссіей. Между тѣмъ, проектъ ВУ., несмотря на ограниченность своихъ задачъ, не могъ обойти полнымъ молчаніемъ этотъ во-

прось. Иначе оказалось бы невозможным приспособить этот институт къ вотчинной системѣ. Ибо отъ принятія той или иной конструкціи зависитъ, понятнымъ образомъ, и отношеніе къ цѣлому ряду отдѣльныхъ вопросовъ, нормировка которыхъ является необходимостью уже съ чисто практической точки зрѣнія. Естественно, что одно то обстоятельство, что редакціонной комиссіи въ п. 4 ст. 24 приходилось фиксировать понятіе вотчинной выдачи и объяснить его съ цѣлью избѣжанія на практикѣ недоразумѣній, заставило ее принять въ этомъ отношеніи опредѣленную точку зрѣнія.

Изъ п. 4 ст. 24 можно усмотрѣть, что вотчинныя выдачи признаются лежащими на имѣнннхъ выдачахъ деньгами или натурою въ пользу извѣстнаго лица или учрежденія.

Съ редакціонной точки зрѣнія приходится, по этому поводу, отмѣтить, прежде всего, что имѣющеея и тутъ, такъ же, какъ въ п. 3 ст. 24, сопоставленіе лица съ учрежденіемъ неудачно. Но кромѣ того, слѣдовало бы указать и на то, что управомоченнымъ можетъ быть — на практикѣ это встрѣчается далеко нерѣдко и предусматривается самимъ проектомъ ВУ. въ ст. 33 — не только „извѣстное лицо“, какъ таковое, а также собственникъ извѣстной недвижимости<sup>1)</sup>). Иначе, при узкомъ толкованіи ВУ. практикой, могутъ получиться весьма нежелательныя послѣдствія.

Но важнѣе этихъ редакціонныхъ недостатковъ, разумѣется, то, что въ указанныхъ словахъ проекта, дѣйствительно, заключается, хотя и неполное, опредѣленіе разсматриваемаго института. А именно, вотчинныя выдачи признаются обремененіемъ недвижимости, каковымъ онѣ являются и по праву новѣйшихъ кодексовъ. Однако, само собой разумѣется, что одного этого недостаточно, такъ какъ вопросъ о характерѣ платежей или, выражаясь точнѣе, о ха-

1) Ср. ZGB. 782, 2.

ракетръ права на отдѣльные платежи по вотчинной выдачѣ остается совершенно открытымъ. Правда, изъ п. 4 можно было бы сдѣлать заключеніе, что мы имѣемъ дѣло со строго реальною обязанностью и что, слѣдовательно, не признается личной отвѣтственности собственника. Но такой выводъ, былъ бы, очевидно, слишкомъ поспѣшнымъ. Слѣдуетъ, напротивъ, привлечь для выясненія характера нашего института и дальнѣйшія отдѣльныя постановленія проекта — тѣмъ болѣе, что и легальное опредѣленіе германскаго уложенія, имѣющееся въ ст. 1105, выясняетъ лишь одну сторону вопроса.

Въ самомъ дѣлѣ, изъ разсматривавшихся уже выше ст. 30,1 и 31 явствуетъ, что вещнымъ обремененіемъ имѣнія являются только платежи, просроченные не болѣе чѣмъ за два года. Просроченные же за большій срокъ перестаютъ тяготѣть на недвижимости. При этомъ слѣдуетъ подчеркнуть два момента, во-первыхъ, тотъ, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи лишаются не только старшинства основного права, но лишаются и всякаго вещнаго обезпеченія. Если, именно, обращать вниманіе только на ст. 30,1, то можно было бы притти также и къ противоположному выводу. Однако, такой выводъ привелъ бы, прежде всего, къ непреодолимымъ затрудненіямъ. Возникаетъ вопросъ, какимъ же старшинствомъ, въ такомъ случаѣ, должны пользоваться эти платежи? А затѣмъ, такой выводъ опровергался бы, во-первыхъ, ст. 30,2, правда, совершенно ненужной, но все же предусматривающей внесеніе просроченныхъ платежей въ виду особой статьи и доставленіе имъ, такимъ путемъ, вещнаго обезпеченія и опредѣленнаго старшинства, во-вторыхъ, ст. 31, явно признающею просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи невнесенными въ вотчинную книгу, и наконецъ, ст. 200 проекта ППВ., окончательно устраняющею всякія сомнѣнія. Тутъ, именно, говорится, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи удовлетворяются наравнѣ съ требованіями личныхъ вѣрителей. Слѣдовательно, вполне ясно,

что указанные платежи совершенно утрачивают характер обременения недвижимости.

Второй же моментъ, имѣющій значеніе для даннаго вопроса, заключается въ томъ, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи являются личнымъ долгомъ просрочившагося собственника. Это явствуетъ не только изъ указаннаго только что постановленія ППВ., но также и изъ ст. 31 ВУ. Именно, если бы мы имѣли дѣло здѣсь съ сокращенною давностью — что теоретически было бы вполне допустимо — то должна была бы отпасть не только ст. 200 ППВ., но также и ст. 31 ВУ., такъ какъ и послѣдняя рассчитана, очевидно, на признаніе просроченныхъ платежей личнымъ долгомъ собственника.

Однако, все это не рѣшаетъ основного вопроса и, въ частности, не рѣшаетъ вопроса о характерѣ платежей не просроченныхъ или просроченныхъ не болѣе чѣмъ за два года. Какъ показываетъ примѣръ швейцарскаго уложенія, признаніе просроченныхъ платежей личнымъ долгомъ собственника не исключаетъ возможности признанія не просроченныхъ платежей строго реальнымъ обремененіемъ, соединеннаго съ отрицаніемъ личной отвѣтственности собственника.

Отрицательное отношеніе къ такой конструкціи, хотя, къ сожалѣнію, и не достаточно рѣшительное, проявляется уже въ ст. 32,1 ВУ. Согласно этой статьѣ сингулярный преемникъ собственника отвѣчаетъ за просроченные при его предшественникахъ платежи только за послѣдніе два года, между тѣмъ какъ универсальный преемникъ отвѣчаетъ за всѣ вообще платежи.

Второе изъ этихъ постановленій содержитъ, съ одной стороны, лишнее подтвержденіе нормы, что просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи являются личнымъ долгомъ собственника, а съ другой стороны, оно не отводитъ особаго мѣста платежамъ, просроченнымъ не болѣе чѣмъ за два года. Слѣдовательно, и они призна-

ются личнымъ долгомъ наследниковъ, а поэтому и самого просрочившагого собственника. Что же касается первой фразы ст. 32,1, то и тутъ возлагается личная отвѣтственность за платежи, просроченные не болѣе чѣмъ за два года, на сингулярнаго преемника просрочившагого собственника. Нѣтъ, очевидно, никакихъ основаній предполагать, что проектъ желаетъ возложить на преемника такую отвѣтственность, какая не лежала на самомъ просрочившемъ. Слѣдовательно, отсюда нельзя не сдѣлать вывода, что собственникъ недвижимости, обремененной вотчинною выдачей, отвѣчаетъ лично также и за просроченныя не болѣе чѣмъ за два года выдачи.

Правда, въ проектѣ это прямо не говорится и если привлечь къ выясненію смысла ст. 32,1 матеріалы, то получается впечатлѣніе, что составители проекта вопроса о личной отвѣтственности собственника вовсе въ виду не имѣли<sup>1)</sup> и что съ этой точки зрѣнія, формулировка разсматриваемой статьи имѣетъ болѣе или менѣе случайный характеръ. Поэтому было бы, пожалуй, недостаточно осторожно по сравнительно важному вопросу основываться лишь на этой формулировкѣ. Слѣдуетъ, напротивъ, искать другихъ болѣе вѣскихъ доказательствъ.

Но таковыхъ изъ текста ВУ., къ сожалѣнію, почерпнуть невозможно. Тѣмъ не менѣе нельзя не выставить предположенія, что проектъ признаетъ личную отвѣтственность собственника за всѣ вообще платежи по вотчиннымъ выдачамъ. Дѣло въ томъ, что нѣтъ никакого основанія

1) Ср. Объясненіе 1893 г. I, стр., 210 сл., 1896 г., I, стр., 232. Тутъ, послѣ ссылки на ст. 30, говорится, что „новый собственникъ имѣнія обязанъ отвѣчать за просроченные при его предшественникахъ платежи по вотчиннымъ выдачамъ только за послѣдніе два года“. А цитированныя тутъ же статьи мѣстнаго прибалтійскаго права и саксонскаго и германскаго уложеній ровно ничего не выясняютъ, такъ какъ онѣ между собой расходятся, при чемъ, въ частности, германское уложеніе возлагаетъ на собственника личную отвѣтственность исключительно за просроченные имъ самимъ платежи.

предполагать, что проект избралъ изъ двухъ возможныхъ конструкций ту, которая, очевидно, менѣе удачна и, вмѣстѣ съ тѣмъ, болѣе искусственна. И разъ проектъ признаетъ личную отвѣтственность собственника за платежи, просроченные болѣе чѣмъ за два года, то, до доказательства противнаго, необходимо предполагать, что такая же отвѣтственность признается и по отношенію къ платежамъ не просроченнымъ. Иначе оставался бы открытымъ, также какъ по швейцарскому праву, вопросъ о томъ, какимъ образомъ строго реальное право, благодаря истеченію времени, можетъ превратиться въ право личное.

Въ виду этого нельзя не предполагать, что наша редакціонная комиссія приняла ту же конструкцію института вотчинной выдачи, которая признается германскимъ уложеніемъ. Другими словами, и по проекту ВУ. вотчинная выдача является такимъ обремененіемъ недвижимости, въ силу котораго управомоченное лицо можетъ требовать произведенія ему опредѣленныхъ періодическихъ выдачъ деньгами или натурою. За указанныя періодическія выдачи отвѣчаетъ собственникъ лично, а по просрочкѣ болѣе чѣмъ за два года право на полученіе ихъ лишается реального характера и превращается въ личное требованіе противъ собственника.

Для полноты изложенія и для избѣжанія недоразумѣній можно еще добавить, что право не на отдѣльные платежи или выдачи, а на вотчинную выдачу, какъ таковую, является правомъ строго реальнымъ. Это положеніе пріобрѣтаетъ практическое значеніе тогда, когда обремененное имѣніе поступаетъ въ публичную продажу и когда вырученною цѣною не покрывается самое право вотчинной выдачи<sup>1)</sup>. Въ такомъ случаѣ управомоченный долженъ удовольствоваться тѣмъ, что приходится на его долю, и не

1) Ср. проектъ ППВ. 206.

имѣть права взыскивать недостатокъ съ прежняго собственника <sup>1)</sup>. Правда, и это не высказывается прямо въ проектѣ ВУ. Но это вытекаетъ изъ поясненія института вотчинныхъ выдачъ, даваемого въ ст. 24 п. 4, ибо въ иномъ смыслѣ нельзя понимать утвержденія проекта, что выдачи „лежатъ на имѣннѣ“. А затѣмъ, нельзя не обратить вниманія на то, что только такая конструкція согласна съ понятіемъ объ этомъ институтѣ, выработаннымъ наукою <sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, проектъ даетъ возможность конструировать институтъ вотчинныхъ выдачъ, несмотря на то, что редакціонная комиссія избѣжала формулировать прямо свое воззрѣніе на него. И хотя, въ сущности, и тутъ полу-

1) Напротивъ, недополученное вѣрителемъ по просроченнымъ не болѣе чѣмъ за два года платежамъ можетъ быть взыскано путемъ личнаго иска, на основаніи личной отвѣтственности собственника и несмотря на то, что и по этимъ платежамъ отвѣчаетъ недвижимость. Слѣдуетъ указать, впрочемъ, и на то, что по проекту ВУ. не можетъ быть рѣшенъ вопросъ, имѣетъ ли личная отвѣтственность вѣрителя лишь дополнительный характеръ или стоитъ она на одной доскѣ съ реальною отвѣтственностью недвижимости. По всему характеру института вотчинной выдачи, какъ реального обремененія, слѣдовало бы скорѣе предполагать первое, причемъ можно указать также и на аналогію съ постановленіемъ ст. 101 ВУ. — ср. ниже, т. II, §§ 82, 88 сл. Въ этомъ же смыслѣ вопросъ рѣшается и проектомъ ГУ., ст. 1030 котораго гласить: „За выдачи, просроченныя собственникомъ во время принадлежности ему обремененнаго имѣнія, онъ отвѣчаетъ этимъ имѣніемъ, а при недостаточности такового — всѣмъ своимъ имуществомъ“.

2) Правильность изложенной конструкціи вотчинной выдачи подтверждается, до известной степени, постановленіями проекта ГУ. Это касается, въ частности, вопроса о личной отвѣтственности собственника. Здѣсь въ ст. 1029 уже прямо сказано, что „собственникъ имѣнія, обремененнаго вотчинной выдачей, обязанъ производить опредѣленныя временныя выдачи“. Ср. также упомянутую въ предыдущемъ примѣчаніи ст. 1030. Трудно предположить, чтобы редакціонная комиссія желала установить въ одномъ изъ выработанныхъ ею проектовъ одно понятіе института, а въ другомъ другое. Нежеланіе же комиссії измѣнять въ ВУ. матеріальное право — чѣмъ мотивировалось бы расхожденіе между двумя проектами — по отношенію къ вотчинной выдачѣ едва ли могло сыграть какой либо ролю, въ виду упомянутаго выше въ текстѣ обстоятельства, что правовая природа этого института дѣйствующимъ правомъ во все не устанавливается.

чается вторженіе въ область матеріальнаго права, все же винить за это редакціонную комиссію не приходится, такъ какъ она иначе не могла достигнуть и своей непосредственной цѣли.

Однако, нельзя не высказать, вмѣстѣ съ тѣмъ, даже того, что редакціонной комиссіи слѣдовало пойти въ этомъ направленіи нѣсколько дальше. Дѣло въ томъ, что она, какъ было изложено, становится по отношенію къ разсматриваемому институту на вполнѣ опредѣленную точку зрѣнія. Но какова эта точка, приходится выяснить по косвеннымъ указаніямъ проекта. Въ проектѣ, именно, введены нормы, которыя регулируютъ нѣсколько отдѣльныхъ конкретныхъ вопросовъ, могущихъ возникнуть на практикѣ. Тѣ же самыя вопросы, однако, разрѣшались бы гораздо проще, если бы было установлено принципиальное воззрѣніе проекта на весь институтъ. А кромѣ того, на практикѣ можетъ возникнуть еще цѣлый рядъ подобныхъ вопросовъ, не предусмотрѣнныхъ редакціонною комиссіей. Ихъ пришлось бы рѣшать обходнымъ путемъ, извлекая сначала изъ детальнаго нормъ проекта общее начало и затѣмъ лишь примѣняя послѣднее къ отдѣльному случаю. Даже если отказаться, по этому поводу, отъ аргументаціи съ точки зрѣнія научнаго достоинства проекта и принять въ соображеніе лишь практическія моменты, то всетаки приходится сказать, что редакціонная комиссія напрасно избѣгала столь тщательно прямого установленія конструкціи разсматриваемаго института. Разъ она, въ сущности, все же устанавливаетъ таковую, то было бы, очевидно, гораздо цѣлесообразнѣе дать прямо разрѣшеніе возникающихъ принципиальныхъ вопросовъ. А то обстоятельство, что задачи ВУ. состоятъ лишь въ приспособленіи дѣйствующаго права къ вотчинной системѣ, не должно было являться помѣхой. Ибо безъ болѣе точнаго выясненія существа института, примѣняемаго на практикѣ, но почти не затронутого законодательствомъ, не-

возможно его существованіе при дѣйствиі вотчинной системы.

Все сказанное относится, прежде всего, къ вопросу о характерѣ права на отдѣльныя выдачи. Проектъ даетъ о немъ, какъ мы видѣли, нѣсколько детальныя постановленій, но онъ не выясняетъ его характера. Между тѣмъ, если бы было выражено прямо, что по отдѣльнымъ выдачамъ признается личная отвѣтственность собственника и что по просроченнымъ болѣе чѣмъ за два года платежамъ существуетъ исключительно личная отвѣтственность, то не было бы ни малѣйшей необходимости въ изложенныхъ въ проектѣ детальныя постановленія.

При такомъ положеніи дѣла, было бы уже совершенно ясно, что нѣтъ рѣшительно никакой причины, по которой слѣдовало бы помѣщать въ проектѣ ст. 30,2 и 31<sup>1)</sup>. Ибо если просроченные болѣе чѣмъ за два года платежи являются личнымъ долгомъ собственника, то, съ одной стороны, не подлежитъ ни малѣйшему сомнѣнію, что подобный долгъ можетъ быть обезпеченъ залогомъ и будетъ пользоваться, въ такомъ случаѣ, старшинствомъ со времени внесенія въ четвертый отдѣлъ книги. Съ другой же стороны, не стоитъ даже упоминать о томъ, что чисто личное право вѣрителя по вотчинной выдачѣ подлежитъ дѣйствию давности и никоимъ образомъ не можетъ быть подчинено дѣйствию ст. 8 ВУ., трактующей объ изыятіи отъ дѣйствія давности внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ.

Напротивъ, лишь отчасти излишней оказалась бы ст. 32,1. А именно, если характеръ права на отдѣльныя платежи будетъ выясненъ, то вторая ея фраза можетъ отпасть безъ всякаго вреда для дѣла. Ибо отвѣтственность наследниковъ просрочившаго собственника является естественнымъ послѣдствіемъ личной отвѣтственности послѣдняго. Лич-

1) Ср. выше, § 34.

ная же отвѣтственность сингулярнаго преемника за платежи, просроченные не болѣе чѣмъ за два года, разумѣтся, должна быть особо оговорена, такъ какъ она вытѣкаетъ изъ нормы, имѣющей чисто положительный характеръ. Можно, впрочемъ, прибавить, что она является, съ точки зрѣнія цѣлесообразности, вполнѣ удачною, такъ какъ ею значительно облегчается положеніе управомоченнаго, между тѣмъ какъ интересы обязаннаго отъ этого едва ли могутъ серьезно пострадать<sup>1)</sup>.

Затѣмъ, независимо отъ этого, слѣдуетъ требовать исключенія также и ст. 32,2 и 33.

Дѣло въ томъ, что ст. 32,2 освобождаетъ отъ отвѣтственности за просроченные платежи приобретателя недвижимости по публичной продажѣ и по принудительному отчужденію недвижимости. Что касается перваго, то слѣдуетъ сказать, что его свобода отъ отвѣтственности вытекаетъ изъ самой сущности его положенія: на удовлетвореніе долговъ и недоимокъ должна итти сумма, вырученная при публичной продажѣ. И если даже не можетъ возникнуть мысль возложить на приобретателя отвѣтственность за капитальные долги, не покрытые покупною цѣною, то столь же ясно, что не можетъ быть такой отвѣтственности и по отношенію къ недоимкамъ по періодическимъ платежамъ. Ибо не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что приобретатель по публичной продажѣ обязанъ исключительно ко внесенію предложенной имъ на торгѣ цѣны<sup>2)</sup>. Къ тому же, проектъ

1) Этимъ, разумѣтся, не затрагивается ни право вѣрителя по вотчинной выдачѣ обращаться съ личнымъ искомъ къ самому просрочившему собственнику, ни, тѣмъ болѣе, право приобретателя обремененной недвижимости требовать возмѣщенія уплаченной суммы отъ него же на основаніи существующихъ между ними договорныхъ отношеній. Правда, при признаніи лишь дополнительнаго характера личной отвѣтственности, вѣритель по вотчинной выдачѣ и въ этомъ случаѣ сможетъ предъявить личный искъ къ прежнему собственнику лишь дополнительно, т. е. при недостаточности имѣнія.

2) Особое упоминаніе по этому случаю объ оставляемыхъ на имѣніи долгахъ кажется излишнимъ. Ср., впрочемъ, текстъ къ слѣдующему примѣчанію.

ПІВ. прямо говорить, що „по оставленнымъ на имѣніи долгамъ и вотчиннымъ выдачамъ покупщикъ обязанъ платить проценты и производить выдачи за время со дня постановленія опредѣленія объ утвержденіи имѣнія“<sup>1)</sup>.

Не можетъ быть сомнѣнія и въ томъ, что совершенно аналогичное положеніе возникаетъ при принудительномъ отчужденіи, хотя дѣйствующіе Гражданскіе законы объ этомъ и не упоминають<sup>2)</sup>. Поэтому вполнѣ понятно, что особая комиссія<sup>3)</sup> пожелала подвести подъ одну норму оба случая. Это желаніе вытекаетъ, слѣдовательно, изъ вполнѣ правильной мысли. Но оно привело, тѣмъ не менѣе, лишь къ прибавленію еще одного лишняго постановленія. И если слѣдуетъ отбросить ст. 32,2 въ формулировкѣ редакціонной комиссіи, въ которой говорится только о приобрѣтателѣ по публичной продажѣ, то то же самое приходится сказать о ней въ томъ видѣ, который она получила благодаря дополненію, введенному особою комиссіей.

Наконецъ, послѣдняя статья гл. II, ст. 33, оказывается уже совершенно излишней. Она гласить, что періодическіе платежи, установленные въ видѣ вознагражденія за пользованіе реальными сервитутами, вносятся въ третій отдѣлъ вотчинной книги господствующаго участка. Нельзя не сказать, что въ этомъ постановленіи нѣтъ никакой необходимости, такъ какъ съ перваго взгляда ясно, что здѣсь имѣется типичный случай вотчинной выдачи. Въ самомъ дѣлѣ, если въ интересахъ одного имѣнія устанавливаются сервитуты въ другомъ и если въ вознагражденіе за это устанавливаются періодическіе платежи, то, за исключеніемъ самыхъ рѣдкихъ случаевъ, обусловливаемыхъ какими нибудь индивидуальными особенностями, стороны всегда пожелаютъ обременить этими платежами господствующій участокъ, такъ какъ они,

1) Ст. 177.

2) Ср., впрочемъ, X т. 1 ч., ст. 589, п. 2.

3) Ж. О. К., стр. 105 сл.

именно, и являются эквивалентомъ выгодъ, доставляемыхъ участку путемъ установленія сервитута<sup>1)</sup>. А разъ имѣется налицо это намѣреніе, то оно можетъ быть осуществляемо только путемъ установленія вотчинной выдачи, вносимой въ третій отдѣлъ вотчинной книги. Слѣдовательно, и нѣтъ никакой причины упоминать объ этомъ особо въ законѣ, тѣмъ болѣе, что выставляемое проектомъ ВУ. понятіе вотчинной выдачи вполне подходитъ и для даннаго случая.

Правда, предусматриваемые въ ст. 33 случаи не имѣются въ перечнѣ встрѣчающихся на практикѣ вотчинныхъ выдачъ, даваемыхъ въ Объясненіяхъ<sup>2)</sup>. Но вѣдь этотъ перечень, помѣщенный не въ самомъ законопроектѣ, а въ матеріалахъ къ нему, не могъ бы имѣть въ этомъ отношеніи никакого значенія, даже тогда, когда онъ былъ бы исчерпывающимъ — каковымъ онъ на дѣлѣ не является.

Столь же необѣдительно было бы указаніе на то, что въ ст. 33 говорится отчасти о выдачахъ, являющихся эквивалентомъ за такіе сервитуты, которые регулируются не Законами гражданскими, а Уставомъ сельскаго хозяйства<sup>3)</sup>, при чемъ можно было бы еще прибавить, что эти сервитуты обладаютъ нѣсколько аномальнымъ характеромъ въ виду возможности установленія ихъ помимо согласія собственника служащаго участка<sup>4)</sup>. Однако, даже излишне говорить, что характеръ правового института не опредѣляется помѣщеніемъ его въ томъ или другомъ отдѣлѣ законодательства и что подобный аргументъ особенно необѣдителенъ для нашего права, кодификація котораго, какъ извѣстно, далеко не отличается выдержанностью и послѣдовательностью. Во всякомъ же случаѣ, указанные въ ст. 33 сервитуты неоспо-

1) Въ виду возраженій, выставленныхъ выше противъ редакціи ст. 24 п. 3, кажется не лишнимъ подчеркнуть, что олицетвореніе участка допускается здѣсь исключительно ради удобства изложенія.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 197 сл., 1896 г. I, стр. 219 сл.

3) Ст. 236 сл.

4) Объ этомъ ср. ниже.

римо являются именно сервитутами и вознаграждение за установление их не может не быть признаваемо вотчинной выдачей. Слѣдовательно, и нѣтъ никакой необходимости въ особомъ разрѣшеніи со стороны закона вносить эти платежи въ вотчинную книгу. Если же составители проекта опасались возникновенія на практикѣ недоразумѣній, то представлялась полная возможность упомянуть объ этой категоріи вотчинныхъ выдачъ въ инструкціи вотчиннымъ учрежденіямъ, а въ крайнемъ случаѣ, въ дѣлопроизводственныхъ правилахъ самого ВУ. Но помѣщать эту норму въ отдѣлѣ, посвященномъ матеріальному праву, ни въ коемъ случаѣ не слѣдовало.

Тѣмъ менѣе имѣлась необходимость особо оговорить, какъ то дѣлается во второй фразѣ ст. 33, что „означенные періодическіе платежи подлежатъ дѣйствию правилъ о вотчинныхъ выдачахъ“. Разъ эти платежи вносятся въ третій отдѣлъ вотчинной книги, то они, даже независимо отъ приведенныхъ только что соображеній, ничѣмъ инымъ не могутъ считаться, какъ, именно, вотчинными выдачами, и никакимъ инымъ правиламъ, кромѣ правилъ о вотчинныхъ выдачахъ, подлежатъ не могутъ. Слѣдовательно, это замѣчаніе проекта опять таки совершенно излишне. Къ тому же, оно поневолѣ вызываетъ представленіе, будто здѣсь налицо законная фикція и будто проектъ не считаетъ этихъ платежей настоящими вотчинными выдачами, а лишь подчиняетъ ихъ тѣмъ же правиламъ<sup>1)</sup>.

То же самое приходится сказать и объ упоминаемыхъ особо въ ст. 33 „ежегодныхъ взносахъ въ пользу казны или

1) Въ матеріалахъ къ проекту не имѣется никакихъ соображеній, касающихся этой статьи и поэтому невозможно выяснить, чѣмъ руководились, при формулировкѣ ея, составители проекта. Въ проектахъ 1893 и 1896 гг. ея вовсе нѣтъ. Она появляется лишь въ редакціи 1906 г., т. е. въ проектѣ, составленномъ особой комиссіей. Можно лишь предполагать, что ст. 33 была введена въ дополненіе ст. 26, составленной также особой комиссіей — объ этомъ см. ниже, § 37.

города за право вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія“. Эти взносы, правда, въ одномъ отношеніи отличаются отъ основного вида вотчинныхъ выдачъ: ими обременяется не самый участокъ, а право вѣчнаго отдѣльнаго владѣнія<sup>1)</sup>. Но такъ какъ это право, въ случаѣ заведенія для него особой вотчинной книги, уподобляется недвижимости<sup>2)</sup>, то и тутъ никакихъ сомнѣній быть не можетъ и особое постановленіе о томъ, что указанные взносы записываются въ третьемъ отдѣлѣ книги и „подлежать дѣйствию правилъ о вотчинныхъ выдачахъ“, является, поэтому, совершенно излишнимъ.

Въ виду всего этого, нельзя не высказаться за исключеніе изъ проекта ст. 33.

### § 37. Ст. 25, 26, 27,3 и 29.

Остается рассмотреть еще неподвергнутыя до сихъ поръ разбору статьи 25, 26 и 29, а также послѣднюю фразу ст. 27.

Всѣ эти постановленія касаются такихъ институтовъ, которые авторами проекта считались законными ограниченіями права собственности или же законными сервитутами. При этомъ, они объявляются отчасти подлежащими, отчасти неподлежащими внесенію въ вотчинную книгу. Во всякомъ же случаѣ, они пользуются старшинствомъ передъ прочими правами, обременяющими данную недвижимость.

Однако, если ознакомиться ближе съ содержаніемъ указанныхъ статей, то возникаетъ рядъ сомнѣній, вызываемыхъ, прежде всего, тѣмъ обстоятельствомъ, что исходная точка авторовъ проекта не можетъ быть признана правильной, другими словами, что цѣлая группа регулируемыхъ тутъ сервитутовъ не можетъ быть, вопреки мнѣнію состави-

1) Ср. сказанное выше, въ § 35, по поводу п. 1 ст. 24.

2) Въ BGB. 1017 прямо сказано: „Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften“. Но необходимости въ особомъ постановленіи такого рода не имѣется.

телей проекта, отнесена къ категории законныхъ. Кромѣ того, одинъ институтъ, признаваемый законнымъ ограниченіемъ права собственности, таковымъ ни въ коемъ случаѣ не является.

Первая изъ указанныхъ статей постановляетъ, что законныя ограниченія права собственности и лежащія на имѣніи казенные и общественные сборы въ вотчинную книгу не вносятся.

Это принципъ, проводимый также и другими современными законодательствами, хотя и не всегда высказываемый <sup>1)</sup>. И говоря строго, слѣдуетъ сказать, что умолчаніе о немъ даже болѣе правильно. Вѣдь, въ сущности, такъ наз. ограниченія права собственности являются ничѣмъ инымъ, какъ имманентными границами права собственности <sup>2)</sup>. Слѣдовательно, и нѣтъ необходимости вносить ихъ. При этомъ, однако, публичность вотчинной книги нисколько не страдаетъ, такъ какъ знаніе законныхъ границъ права должно быть предполагаемо настолько же, какъ знаніе содержанія права — въ противномъ случаѣ приходилось бы вносить въ книгу также и опредѣленіе послѣдняго <sup>3)</sup>. Въ виду этого соображенія слѣдовало бы, пожалуй, высказаться за исключеніе ст. 25. Но при новизнѣ у насъ вотчиннаго дѣла можно признать допустимымъ и ея сохраненіе <sup>4)</sup>.

1) ZGB. 680 прямо высказываетъ этотъ принципъ, при чемъ, однако, предусматривается и возможность исключеній, оправдываемыхъ практическими соображеніями. BGB., напротивъ, этого вопроса совершенно не касается.

2) Ср. Crome, System III, S. 268.

3) Ср. также замѣчаніе Дернбурга, Preuss. Hypothekenrecht I, S. 135: „Über der Publizität der Grundbücher steht die Publizität des Gesetzes“, высказанное, правда, по нѣсколько иному поводу. Ср. также Св. Зам., № 73 (стр. 90), гдѣ высказывается предположеніе, что необходимость въ ст. 25 вызвана лишь неточнымъ заглавіемъ гл. II, смѣшивающимъ права въ чужомъ имѣніи и ограниченія права собственности.

4) Интересно отмѣтить, что въ ст. 25 право участія частнаго считается ограниченіемъ права собственности, между тѣмъ какъ оно въ п. 3 ст. 24 признается сервитутомъ. Этимъ лишній разъ иллюстрируется путаница, господствующая въ этой области.

Болѣ серьезныя сомнѣнія вызываетъ ст. 26. Первая ея фраза, вставленная по настоянію министра земледѣлія и государственныхъ имуществъ<sup>1)</sup>, требуетъ внесенія въ вотчинную книгу постановленія лѣсоохранительнаго комитета, возлагающаго на собственника обязанность возобновить истребленный въ имѣніи лѣсъ. Особая комиссія нашла возможнымъ согласиться съ этимъ пожеланіемъ<sup>2)</sup>. Она, правда, полагала, что ограниченія, касающіяся пользованія лѣсами, являются законными ограниченіями права собственности и поэтому не подлежатъ внесенію. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, она приняла въ соображеніе то, что пріобрѣтателю можетъ не быть извѣстно о постановленіи лѣсоохранительнаго комитета, и согласилась, поэтому, съ предположеніемъ отзыва.

Аргументація эта не вполне правильна. Дѣло въ томъ, что обязанность возобновленія истребленнаго лѣса, правда, вытекаетъ изъ законнаго ограниченія права собственности. Но она сама таковою не является и вообще не имѣетъ частно-правового характера. Она представляетъ собою, напротивъ, публично-правовую обязанность<sup>3)</sup>, возложенную, къ тому же, на собственника не непосредственно закономъ, а постановленіемъ государственнаго учрежденія. Съ другой стороны, однако, трудно не согласиться съ конечнымъ выводомъ особой комиссіи, такъ какъ дѣйствительно серьезныя соображенія практическаго характера говорятъ въ пользу внесенія этой обязанности въ вотчинную книгу.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не сказать, что открытымъ остается вопросъ, въ какой отдѣлъ вотчинной книги

1) Отзывъ, стр. 6.

2) Ж. О. К., стр. 98 сл.

3) Ее слѣдовало бы отнести къ вотчиннымъ повинностямъ публичнаго права (Reallasten des öffentlichen Rechts — ср. Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 2, S. 42 flg., Gierke, Privatrecht II, S. 700 flg.).

должна вноситься соответствующая статья. Проект имѣть въ виду, очевидно, третій отдѣлъ, такъ какъ въ гл. II разсматриваются относящіяся именно сюда права и обязанности. Между тѣмъ, согласно ст. 120 ВУ., сюда вносятся „ограниченія права собственности (права въ чужомъ имѣніи) и права по договорамъ найма имѣнія и продажи лѣса на срубъ“<sup>1)</sup>. Обязанность же возобновленія лѣса ни подъ одно изъ этихъ понятій не подходитъ. И нельзя даже сказать, чтобы она представляла, по своему характеру, аналогію одному изъ нихъ. Но, съ другой стороны, слѣдуетъ признать, что трудно подыскать для ея внесенія болѣе подходящій отдѣлъ вотчинной книги. Въ виду этого можно было бы примириться со внесеніемъ обязанности возобновленія лѣса именно въ третій отдѣлъ — но съ тѣмъ условіемъ, чтобы въ ст. 120 было особо оговорено, что сюда вносится, кромѣ упомянутыхъ статей, еще и статья о возобновленіи лѣса. Это имѣло бы, разумѣется, лишь формальное значеніе. Но все же такимъ путемъ былъ бы устраненъ несомнѣнный недостатокъ проекта.

Нѣчто иное приходится сказать о второй фразѣ ст. 26: ею предписывается внесеніе въ книгу сервитутовъ, установленныхъ для государственной или общественной пользы путемъ принудительнаго отчужденія<sup>2)</sup>, а также сервитутовъ, установленныхъ съ цѣлью „устройства на чужой землѣ канавъ и другихъ водопроводныхъ сооруженій для осушительныхъ, оросительныхъ или обводнительныхъ цѣлей“, согласно закону 20 мая 1902 г.<sup>3)</sup>. Особая коммиссія выставила эту норму по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ она формулировала первую фразу этой же статьи<sup>4)</sup>. Она

1) Не лишне указать на то, что и здѣсь повторяется то же смѣшеніе понятій ограниченія права собственности и права въ чужомъ имѣніи.

2) Зак. гражд., ст. 575, 576, 606.

3) Уст. сельскаго хозяйства, ст. 236 сл.

4) Ж. О. К., стр. 99 сл.

исходила, при этомъ, изъ мысли, что здѣсь имѣются налицо законные сервитуты, которые, въ сущности, не подлежатъ внесенію. Но такъ какъ внесеніе ихъ является желательнымъ по практическимъ соображеніямъ, то это должно быть особо оговорено въ законѣ.

Однако, эта мысль ошибочна, такъ какъ тутъ нѣтъ вовсе законныхъ сервитутовъ. Вѣдь подъ законнымъ сервитутомъ разумѣютъ сервитутъ, возникающій непосредственно въ силу закона. Упоминаемые же въ ст. 26 сервитуты отнюдь не возникаютъ такимъ путемъ, а устанавливаются или въ порядкѣ верховнаго управленія или же по постановленію государственнаго учрежденія <sup>1)</sup>. Ихъ, слѣдовательно, можно уподобить лишь судебнымъ сервитутамъ <sup>2)</sup>. И такой способъ возникновенія никоимъ образомъ не придаетъ имъ особаго характера. Въ частности же, не приходится говорить о необходимости изъятія ихъ отъ внесенія въ вотчинную книгу или же, въ данномъ случаѣ, о необходимости особой оговорки, если внесеніе ихъ считается желательнымъ. Слѣдовательно, вся вторая фраза ст. 26 лишена содержанія и должна быть исключена.

Къ сожалѣнію, приходится, однако, сказать, что неправильное воззрѣніе особой комиссіи на характеръ только что разсмотрѣнныхъ обремененій отразилось не только на второй фразѣ ст. 26, но привело и къ крайне неудачной формулировкѣ двухъ дальнѣйшихъ постановленій. А именно, въ послѣдней фразѣ ст. 27 сказано: „Сервитуты и ограниченія, установленные въ имѣніи въ силу закона,

1) Ср., съ одной стороны, ст. 576 Зак. гражд. и ст. 11 Зак. осн., а съ другой ст. 236 сл., въ особенности 260 сл., 275 сл. Уст. сельскаго хозяйства.

2) Особая комиссія была введена въ заблужденіе, очевидно, тѣмъ обстоятельствомъ, что указанные сервитуты устанавливаются помимо воли собственника служащаго участка. Въ Ж. О. К., стр. 99 имѣется, по крайней мѣрѣ, намекъ на то, будто она отождествляла установленіе сервитута въ силу закона и установленіе его помимо воли собственника.

признаются обязательными въ отношеніи каждаго собственника и другихъ лицъ, имѣющихъ права на имѣніе, хотя бы сіи сервитуты и ограниченія не были внесены въ вотчинную книгу“, а ст. 29 постановляетъ, что указанные сервитуты „пользуются старшинствомъ передъ всѣми внесенными въ вотчинную книгу правами, хотя бы послѣднія были записаны или обезпечены по вотчинной книгѣ ранѣе внесенія въ нее означенныхъ сервитутовъ“.

Соображенія, изложенныя въ Журналѣ Особой Комиссіи<sup>1)</sup>, не оставляютъ никакихъ сомнѣній въ томъ, что оба эти постановленія рассчитаны, именно, на обязанность возобновленія лѣса, на сервитуты, установленные путемъ принудительнаго отчужденія и на водопроводные сервитуты. Если оставить, при этомъ, въ сторонѣ даже то обстоятельство, что обязанность возобновленія лѣса уже никоимъ образомъ не подходитъ подъ понятіе сервитута и что, слѣдовательно, ст. 29, вопреки волѣ особой комиссіи, не можетъ быть примѣнена къ ней, то всетаки достиженіе цѣлей, преслѣдуемыхъ проектомъ, поставлено въ прямую зависимость отъ усвоенія практикой того же неправильнаго взгляда, какимъ руководилась особая комиссія<sup>2)</sup>. Если же практикой будетъ выяснено, что тутъ нѣтъ вовсе законныхъ сервитутовъ, то прямымъ послѣдствіемъ будетъ лишеніе двухъ разсматриваемыхъ нормъ всякаго значенія. Между тѣмъ, объ этомъ приходилось бы серьезно жалѣть. Ибо матеріальное содержаніе ихъ безусловно заслуживаетъ одобренія: указанные обремененія служатъ непосредственно общественнымъ интересамъ. Относительно обязанности во-

1) Ж. О. К., стр. 99 сл.

2) Между тѣмъ, соображенія составителей законопроекта или даже самого законодателя, не выраженные въ законѣ, не имѣютъ, какъ извѣстно, обязательной силы для толкованія закона. Въ виду же трудности раздобыть матеріалы къ проекту ВУ., можно предсказать съ полною увѣренностью, что соображенія редакціонной и особой комиссіей едва ли окажутъ большое вліяніе на нашу практику, если только литература не будетъ придавать имъ преувеличеннаго значенія.

зобновленія лѣса и предусмотрѣнныхъ ст. 575, 576 и 606 т. X ч. 1 обремененій это ясно безъ дальнѣйшихъ поясненій. Но то же самое можно сказать и о водопроводныхъ сервитутахъ, хотя они и устанавливаются въ непосредственныхъ интересахъ собственника господствующаго участка, т. е. частнаго лица. Но рѣшающую роль и тутъ играютъ интересы общественныя. Ибо согласно закону, устройство водопроводныхъ сооружений, помимо согласія собственника, допускается лишь тогда, когда этого настоятельно требуютъ интересы агрикультуры. А въ виду этого можно вполнѣ согласиться съ желаніемъ проекта придать имъ силу и безъ внесенія въ вотчинную книгу<sup>1)</sup> и присвоить имъ старшинство передъ прочими правами<sup>2)</sup>. Но иная, болѣе правильная формулировка обѣихъ нормъ является настоятельною необходимостью.

Въ результатѣ послѣднихъ трехъ параграфовъ приходится, слѣдовательно, сказать, что и гл. II должна быть подвержена переработкѣ. Необходимо не только исключеніе

1) На первый взглядъ, правильность этого утвержденія можетъ показаться сомнительной. Если, именно, ст. 26 допускаетъ внесеніе опредѣленныхъ обремененій, то, казалось бы, за ними слѣдовало бы признать силу и лишь въ зависимости отъ внесенія или отъ знанія о нихъ пріобрѣтателя. Однако, особый характеръ этихъ обремененій оправдываетъ подобное исключеніе, при чемъ, разумѣется, за добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ обремененной недвижимости сохраняется право требовать отъ своего контрагента возмѣщенія повесенныхъ убытковъ. Въмѣстѣ съ тѣмъ, правда, придется признать, что внесеніе имѣетъ въ данномъ случаѣ сингулярный характеръ. Не имѣя рѣшительно никакого юридическаго значенія, оно совершается исключительно въ виду практической цѣлесообразности. Впрочемъ, если придерживаться буквального смысла разсматриваемыхъ постановленій, то можно было бы притти и къ выводу, что данныя обремененія, правда, имѣютъ силу независимо отъ внесенія, но что преимущественное старшинство пріобрѣтается ими лишь благодаря внесенію. Но такое толкованіе было бы, очевидно, слишкомъ искусственнымъ.

2) Практическое значеніе эта норма пріобрѣтаетъ, какъ указывается и особой комиссіей, лишь въ случаѣ публичной продажи при возникновеніи, на основаніи ст. 105 ППВ., вопроса объ уничтоженіи даннаго обремененія.

статей, повторяющихъ и развивающихъ лишь основные принципы вотчинной системы. Кромѣ того, должны быть исключены, какъ излишнія, ст. 32, съ сохраненіемъ, однако, первой ея фразы, и 33, при чемъ, правда, должно быть высказано пожеланіе, чтобы была введена новая статья, ясно опредѣляющая характеръ права на отдѣльные платежи по вотчиннымъ выдачамъ. Равно должна отпасть ст. 26, 2. Остающіяся же засимъ статьи 24, 25, 26, 1, 27, 3 и 29 нуждаются въ тщательной переработкѣ.

### § 38. „Засореніе права собственности“.

Появившіяся до сихъ поръ въ печати и упомянутыя въ предыдущихъ параграфахъ критическія замѣчанія, направленные противъ гл. I и II раздѣла I ВУ., касаются формальныхъ или матеріальныхъ недостатковъ отдѣльных постановленій, вошедшихъ въ эти главы. Однако, можно встрѣтиться также и съ воззрѣніемъ, что эти главы, а въ частности гл. II, должны быть всецѣло отклонены по принципиальнымъ соображеніямъ.

Такое воззрѣніе защищается въ отзывѣ на проектъ ВУ. министра финансовъ<sup>1)</sup>, при чемъ какъ само это воззрѣніе, такъ и аргументы въ пользу его почерпнуты изъ двухъ рѣчей, сказанныхъ П. П. Цитовичемъ въ засѣданіи Особого совѣщанія, учрежденнаго въ 1898 г. при министерствѣ финансовъ для разсмотрѣнія проекта ВУ.<sup>2)</sup> Правда, министръ финансовъ отказался въ послѣдствіи отъ принципиальныхъ возраженій, выставленныхъ имъ противъ проекта<sup>3)</sup>. Можно предполагать, что этотъ отказъ простирается и на только что указанныя возраженія. Но съ объективной точки зрѣнія, онѣ сохраняютъ, тѣмъ не менѣе, свое значеніе.

1) Стр. 79 сл.

2) Стенографическій отчетъ, стр. 99 сл. и 107 сл. О соотношеніи между отзывомъ министра финансовъ и отчетомъ особаго совѣщанія см. выше, § 7.

3) Ж. О. К., стр. 35.

Министръ финансовъ исходитъ изъ двухъ положеній. По его мнѣнію, слѣдуетъ признать, во-первыхъ, что „недвижимость есть собственность особаго рода и потому каждая страна имѣетъ опредѣленный режимъ недвижимой собственности, допускающій лишь опредѣленныя права и сдѣлки по недвижимости“. Проектъ ВУ., напротивъ, усвоилъ точку зрѣнія, что „при посредствѣ вотчинныхъ установленій всякій можетъ дѣлать со своей недвижимостью, что ему заблагоразсудится“.

Благодаря этому, говорится далѣе въ отзывѣ, открыва-ется просторъ „засоренію права собственности“ т. е. допускается возможность установленія цѣлаго ряда вотчинныхъ правъ, изъ которыхъ однѣ, какъ, напр., вѣчное отдѣльное владѣніе, приводятъ къ раздвоенію права собственности, между тѣмъ какъ другія закрѣпощаютъ землю и связываютъ собственника. Притомъ сервитуты, въ частности, создаютъ нежелательную сложность отношеній, а вотчинныя выдачи увеличиваютъ задолженность недвижимости. Нецѣлесообразность же подобнаго засоренія права собственности доказана опытомъ Западной Европы. Во Франціи было ликвидировано закрѣпощеніе земли разомъ, благодаря революціи, Германія же до сихъ поръ занята этой операціей. Въ противоположность этому, „римское право завѣщало Европѣ чистое полное право собственности и лишь только въ Византійской имперіи, во время упадка мелкаго землевладѣнія, появилось раздвоеніе права на землю“.

Второй тезисъ отзыва сводится, такимъ образомъ, къ требованію, чтобы законодательство не допускало дробленія и раздвоенія права собственности, между тѣмъ какъ первый тезисъ заключаетъ въ себѣ требованіе выставленія такъ называемаго *pignus clausus* вотчинныхъ правъ. Въ полемическихъ видахъ можно было бы утверждать, что оба эти требованія противорѣчатъ другъ другу: признаніе правъ въ чужой недвижимости, хотя бы и въ ограниченномъ числѣ, неми-

нуемо приводить къ „засоренію“ права собственности. Устраненіе же возможности подобнаго засоренія однозначно съ непризнаніемъ правъ въ чужой недвижимости вообще и, слѣдовательно, съ устраненіемъ даже *numeri clausi* такихъ правъ.

Однако, ясно, что не въ этомъ заключается мнѣніе министра финансовъ. Ему представляется, напротивъ, желательнымъ, во-первыхъ, установленіе *numeri clausi* вотчинныхъ правъ, а во-вторыхъ, возможное суженіе круга допускаемыхъ ко внесенію въ вотчинную книгу правъ въ чужой недвижимости.

Оба эти требованія, очевидно, не совпадаютъ и, въ частности, вполне мыслимо исполнить первое изъ нихъ, не исполняя при томъ второго — что доказывается, впрочемъ, и примѣромъ проекта ВУ. Между тѣмъ, особая комиссія, разсматривая отзывъ министра финансовъ<sup>1)</sup>, обратила вниманіе лишь на первое требованіе, при чемъ, въ частности, выдвигался вопросъ о возможности устанавливать, опираясь на ст. 24 ВУ., такія вотчинныя права, которыя нашими законами или признаются нежелательными или даже прямо воспрепятствуются. И по этому, именно, вопросу мнѣнія раздѣлились въ комиссіи. Меньшинство предлагало внести оговорку, согласно которой „права въ чужомъ имѣніи подлежатъ внесенію въ вотчинную книгу, лишь насколько установленіе ихъ допускается закономъ“. Большинство, напротивъ, ссылалось на то, что по ст. 128 проекта ВУ.<sup>2)</sup> внесеніе статей противозаконныхъ вообще не допускается. Предлагаемая же меньшинствомъ оговорка могла бы быть, по мнѣнію большинства, понята практикой въ такомъ смыслѣ, будто не допускается внесеніе сервитутовъ, закономъ прямо не предусмотрѣнныхъ. А это привело бы къ крайне нежелательнымъ результатамъ

1) Ж. О. К., стр. 102 сл.

2) По проекту 1907 г. — ст. 129.

въ виду невозможности прямо указать въ законѣ всѣ сервитуты, въ которыхъ можетъ появиться практическая потребность.

Къ мнѣнію большинства особой комиссіи присоединился министр юстиціи, въ запискѣ котораго и воспроизводятся аргументы большинства<sup>1)</sup>.

Изложенные только что аргументы страдают, очевидно, тѣмъ же недостаткомъ, который проявляется и въ отзывѣ министра финансовъ: два затронутыхъ вопроса разграничены не съ достаточною строгостью. Но все же возможно извлечь изъ аргументовъ большинства комиссіи вполнѣ правильное утвержденіе, что принципъ *numeri clausi* вотчинныхъ правъ соблюдается проектомъ, несмотря на отсутствіе особой оговорки. Единственное отъ него отступленіе допускается по отношенію къ сервитутамъ, да и то въ виду практической невозможности поступать иначе. Можно, впрочемъ, прибавить, что и тутъ, въ сущности, нѣтъ даже отступленія отъ принципа: все зависитъ отъ того, какъ понимать принципъ *numeri clausi*. Вѣдь понятіе сервитута само по себѣ вполнѣ опредѣленное и этимъ понятіемъ, въ свою очередь, опредѣляются отдѣльные сервитуты. А далѣе, можно указать на то, что и другія современныя законодательства раздѣляютъ точку зрѣнія проекта<sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, приходится сказать, что выставленный въ отзывѣ министра финансовъ противъ проекта упрекъ, будто по его нормамъ „при посредствѣ вотчинныхъ установленій, всякій можетъ дѣлать съ своей недвижимостью, что ему заблагодарасудится“, лишень основанія.

Что же касается второго и болѣе важнаго упрека, сводящагося къ тому, что ВУ. способствуетъ засоренію права собственности, то противъ него особою комиссіей выставля-

1) Стр. 36 сл.

2) Ср. BGB. 1018, ZGB. 730, ср. BGB. Mot. III, S. 2 flg., ZGB. Erläuterungen III, S. 16 flg.

ется лишь мимоходомъ чисто формальное возраженіе <sup>1)</sup>, что „проектъ вотчиннаго устава имѣеть цѣлью лишь опредѣленіе способовъ укрѣпленія правъ въ чужомъ имѣніи, а отнюдь не расширеніе области этихъ правъ, опредѣленіе которой относится къ предмету общихъ гражданскихъ законовъ“.

Этотъ аргументъ, разумѣется, не опровергаетъ соображеній отзыва. Во-первыхъ, при рассмотрѣніи гл. I и II раздѣла I проекта ВУ. приходилось убѣждаться неоднократно въ томъ, что проектъ въ случаѣ необходимости допускаетъ вторженіе въ область матеріальнаго права. А во-вторыхъ, нельзя не предполагать, что практика будетъ допускать, въ силу п. 1 ст. 24, установленіе права отдѣльнаго владѣнія въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ нынѣ. И то же самое произойдетъ, вѣроятно, съ вотчинными выдачами. Если же засореніе права собственности, о которомъ говоритъ отзывъ, является серьезнымъ зломъ, то противъ него можно и должно было принять мѣры уже въ проектѣ ВУ., не дожидаясь изданія ГУ.

Правда, въ Журналѣ Особой Комиссіи имѣются намеки на то, что комиссія не считаетъ зломъ установленіе сервитутовъ. Но сервитуты во всемъ этомъ вопросѣ играютъ лишь второстепенную роль. Поэтому подобныя указанія не могутъ опровергнуть основного тезиса отзыва и, въ частности, они не въ состояніи обезсилить сказанное въ отзывѣ о вредѣ „раздвоенія“ права собственности и о нежелательности вотчинныхъ выдачъ.

Само собой разумѣется, что пространная полемика противъ высказываемыхъ министромъ финансовъ воззрѣній не можетъ входить въ задачи настоящаго изслѣдованія. Но все же слѣдуетъ замѣтить, хотя бы вкратцѣ <sup>2)</sup>, что выста-

1) Ж. О. К., стр. 103.

2) Ср. для слѣдующаго Объясненія къ проекту вотчиннаго права ред. 1902 г. II, стр. 14 сл., а изъ весьма обширной иностранной литера-

вляемый въ отзывѣ идеаль „чистаго полнаго права собственности“ есть идеаль времени мэнчестерскаго духа и, что онъ, въ частности, не отвѣчаетъ условіямъ жизни современной Россіи. Если же отзывъ ссылается на примѣръ Западной Европы, то нельзя не возразить, что аграрныя отношенія Франціи слишкомъ разнятся отъ нашихъ и что поэтому ссылка на нихъ не обладаетъ убѣдительностью. Что же касается Германіи, то извѣстно, что тамъ уже нѣсколько десятилѣтій тому назадъ отказались отъ идеала чистаго полнаго права собственности. Свидѣтельствомъ тому является законодательство цѣлаго ряда союзныхъ государствъ и притомъ именно тѣхъ, которыя стоятъ болѣе близко къ намъ по экономическимъ условіямъ. Они возстановили подъ различными названіями то раздвоеніе и засореніе права собственности, противъ котораго полемизируетъ министръ финансовъ. Достаточно указать, по этому поводу, на наслѣдственную аренду въ Мекленбургѣ и на рентныя имѣнія въ Пруссіи<sup>1)</sup>. А что касается имперскаго законодательства, то оно, съ одной стороны, предоставляетъ союзнымъ государствамъ полную свободу въ области аграрныхъ правоотношеній<sup>2)</sup>, а съ другой — признаетъ не только сервитуты, но

---

туры Buchenberger, Agrarwesen und Agrarpolitik I, S. 156 flg., 521 flg. и Schriften des Vereins für Sozialpolitik XXII, XXIII, XXIV, XXXII. См. также сказанное по вопросу о „засореніи права собственности“ въ статьѣ г. Цвингмана, Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 34 сл.

1) Съ экономической точки зрѣнія институты наслѣдственной аренды и рентныхъ имѣній преслѣдуютъ совершенно одинаковыя цѣли. Они отличаются другъ отъ друга, въ сущности, только юридической конструкціей, согласно которой наслѣдственный арендаторъ имѣетъ лишь право въ чужой вещи, между тѣмъ, какъ собственникъ получаетъ ренту. Напротивъ, при рентномъ имѣніи рентополучатель имѣетъ лишь право въ чужой вещи, а собственникомъ признается непосредственный обладатель недвижимостью. Съ точки же зрѣнія отзыва министра финансовъ, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ имѣется на лицо засореніе права собственности.

2) BGB. EG. 62 flg.

также и право застройки, вотчинныя выдачи, рентный долгъ и вещное право преимущественной покупки <sup>1)</sup>).

Менѣе далеко заходить въ этомъ отношеніи швейцарское уложеніе. Но все же и оно признаетъ вотчинныя выдачи <sup>2)</sup>, которыя министръ финансовъ называетъ лишь новымъ средствомъ къ увеличенію задолженности. Между тѣмъ слѣдуетъ сказать, именно, по поводу вотчинныхъ выдать, что онѣ, правда, безспорно являются, съ экономической точки зрѣнія, одной изъ формъ обремененія недвижимости, но вмѣстѣ съ тѣмъ, наиболѣе сносной для землевладѣнія формой. Извѣстно, что идеаломъ экономистовъ представляется обремененіе недвижимости лишь рентой, а не капиталомъ, въ виду того, что земля производитъ только первую, а не производитъ послѣдняго. Этотъ же идеаль достигается, до извѣстной степени, посредствомъ вотчинной выдачи <sup>3)</sup>. И пока не удастся устранить причинъ задолженности землевладѣнія, до тѣхъ поръ и не приходится возражать противъ института вотчинной выдачи.

Слѣдовательно, установленіе вотчинныхъ выдать, признаваемыхъ также уложеніями германскимъ и швейцарскимъ, не можетъ считаться засореніемъ права собственности. Съ другой же стороны, тотъ фактъ, что по вопросу о „раздвоеніи и дробленіи права собственности“, эти два

1) BGB. 1018 flg., 1012 flg., 1105 flg., 1199 flg., 1094 flg.

2) ZGB. 782 flg.

3) Тѣми же преимуществами обладаетъ, впрочемъ, и институтъ рентнаго долга, съ тѣмъ лишь различіемъ, что вотчинныя выдачи могутъ производиться натурою, т. е. непосредственно продуктами недвижимости, что, разумѣется, еще болѣе отвѣчаетъ интересамъ землевладѣнія. При этомъ слѣдуетъ особо подчеркнуть, что принципиально возможенъ выкупъ вотчинной выдачи только по волѣ собственника, а не по требованію управномоченнаго. На эту точку зрѣнія сталъ и проектъ ГУ. въ ст. 1037, чѣмъ, разумѣется, еще болѣе улучшается положеніе землевладѣльца. Германское уложеніе предоставляетъ рѣшеніе этого вопроса партикулярному законодательству — BGB. EG. 113. ZGB. 787, 788, напротивъ, допускаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ востребованіе со стороны управомоченнаго.

уложенія расходятся, представляет съ точки зрѣнія русскаго законодательства особый интересъ. И изъ него можно черпать наиболѣе убѣдительный аргументъ въ пользу сохранения у насъ института отдѣльнаго владѣнія.

Дѣло въ томъ, что, какъ извѣстно, въ Швейцаріи далеко преобладаетъ мелкая поземельная собственность, между тѣмъ, какъ въ нѣкоторыхъ германскихъ областяхъ, по преимуществу сѣверо-восточныхъ, сильно распространена крупная собственность. Это обстоятельство и вызываетъ необходимость создавать для обезпеченія земледѣльческаго населенія землю суррогатъ права собственности, каковымъ въ сущности и является вѣчное отдѣльное владѣніе въ видѣ, напр., наслѣдственной аренды. Въ Швейцаріи, напротивъ, подобной потребности не существуетъ и благодаря этому, швейцарскому праву неизвѣстны соотвѣтствующіе институты гражданскаго права.

Если, слѣдовательно, „раздвоеніе права собственности“ служить, именно, цѣли созданія суррогата права собственности, то, очевидно, для Россіи нельзя отрицать необходимости сохранения и созданія подобныхъ институтовъ въ виду той роли, которую играетъ въ ней въ настоящее время крупное землевладѣніе. И въ сущности, нельзя не замѣтить, что самый отзывъ министра финансовъ подошелъ очень близко къ этой же мысли, указывая на то, что „лишь только въ Византійской имперіи, во время упадка мелкаго землевладѣнія, появилось раздвоеніе права на землю“. Ясно, что упадокъ мелкаго землевладѣнія имѣетъ по этому вопросу то же самое значеніе, какое имѣетъ недостаточное его развитіе или, выражаясь иначе, какое имѣетъ значительная сконцентрированность земли въ рукахъ крупныхъ землевладѣльцевъ.

Слѣдуетъ подчеркнуть еще разъ, что эти краткія замѣчанія не претендуютъ и не могутъ претендовать на разрѣшеніе затронутой въ отзывѣ министра сложной и обшир-

ной проблемы, тѣмъ болѣе, что попытка такого рода была бы неумѣстна въ настоящемъ изслѣдованіи. Однако, все же было необходимо указать, хотя бы вкратцѣ, на то, что возраженія, направленныя противъ самихъ основъ разсматриваемаго отдѣла проекта ВУ. неубѣдительны и что именно эти основы вполне выдерживаютъ критику и даже заслуживаютъ безусловнаго одобренія, хотя бы отдѣльныя постановленія, вошедшія въ данный отдѣлъ, и нуждались въ тщательной переработкѣ, какъ съ внѣшней стороны, такъ и со стороны ихъ матеріальнаго содержанія.

---

## Договоры найма и продажи лѣса на срубъ.

### § 39. „Kauf bricht nicht Miete“.

Редакціонная коммисія, работая надъ проектомъ ВУ., сочла нужнымъ не ограничиться регулированіемъ исключительно правъ вещныхъ или вотчинныхъ, а нормировать также два случая столкновенія между носителями правъ вотчинныхъ, съ одной стороны, и правъ обязательственныхъ, съ другой. Въ виду этого она создала главу III раздѣла I проекта ВУ., трактующую „о правахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ“.

Главное вниманіе удѣлено, при этомъ, первому изъ названныхъ договоровъ, между тѣмъ какъ второму посвящаются всего двѣ статьи, содержащія, главнымъ образомъ, ссылки на постановленія, касающіяся договора найма. Такое отношеніе къ дѣлу, впрочемъ, вполне понятно. Договоръ продажи лѣса на срубъ не можетъ сравняться по своему социальному и экономическому значенію съ договоромъ найма. Достаточно извѣстно, какую роль играетъ послѣдній въ жизни всѣхъ цивилизованныхъ странъ и какъ много зависитъ отъ правильнаго рѣшенія связанныхъ съ нимъ юридическихъ проблемъ. Столь же извѣстно, что законодательство и наука не мало трудились надъ рѣшеніемъ, въ особенности, одного вопроса, относящагося сюда, а именно, вопроса объ обяза-

тельности договора найма недвижимости для новаго пріобрѣтателя ея, т. е. для лица, не связаннаго договоромъ съ нанимателемъ. Рѣшенію этого вопроса и посвящаются, прежде всего, статьи, входящія въ разсматриваемую главу проекта ВУ.

Сущность проблемы заключается въ слѣдующемъ. Если придерживаться римско-правовыхъ понятій, на которыхъ строится, въ значительной степени, все наше юридическое мышленіе, то никакихъ сомнѣній быть не можетъ. Новый собственникъ недвижимости ничѣмъ не связанъ передъ нанимателемъ. Онъ можетъ, слѣдовательно, осуществлять свое вещное право, не обращая никакого вниманія на послѣдняго. Но даже если бы онъ принялъ на себя, въ этомъ отношеніи, какія либо обязанности по договору съ отчуждателемъ, то нарушеніе ихъ можетъ привести только къ отвѣтственности по личному иску и притомъ по иску, предъявляемому отчуждателемъ, какъ контрагентомъ пріобрѣтателя, а не нанимателемъ<sup>1)</sup>.

Такое положеніе дѣлъ вытекаетъ изъ сущности тѣхъ правъ, которыми обладаютъ причастныя къ дѣлу лица. Но тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ имѣть въ виду, что столь неудовлетворительное правовое положеніе нанимателя не можетъ быть обосновано исключительно конструктивными моментами. Напротивъ, рѣшающая роль должна быть признана за социальными и экономическими условіями римской жизни<sup>2)</sup>.

1) Ср. о богатой литературѣ, посвященной этому вопросу, Fischer, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz „Kauf bricht Miete“ u. s. w., Verhandlungen des XIX Deutschen Juristentages II, S. 312 flg., гдѣ на стр. 330—354 дается обзоръ высказанныхъ въ литературѣ мнѣній. Ср. также Sohм, Der Begriff des Forderungsrechts, Grünhuts Zeitschrift IV, S. 457 flg., гдѣ бесиліе обязательственнаго права при столкновеніи съ вещнымъ подчеркивается съ особенною рѣзкостью. О положеніи нанимателя см., въ частности, тамъ же, стр. 459 сл.

2) Ср. Pernice, Labeo I, S. 454, 467, Ihering, Grund des Besitzschutzes, S. 119 flg., 364 flg., Eck, Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz „Kauf bricht Miete“ u. s. w., Verhandlungen des XIX Deutschen Juristentages II, S. 236 flg., Fischer, l. c., S. 312 flg. и авторовъ, цитированныхъ Фишеромъ въ указанномъ мѣстѣ.

Если бы эти условія сложились иначе, то, безъ сомнѣнія, была бы найдена другая, соотвѣтствующая имъ конструкція, при которой наниматель былъ бы обезпеченъ лучше. А такъ какъ эти условія являются чѣмъ то специфически римскимъ, то нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что древнегерманское право, сложившееся при иныхъ экономическихъ и социальныхъ условіяхъ, относилось къ вопросу о правахъ нанимателя совершенно иначе, чѣмъ римское. Правда, не все въ этой области окончательно выяснено и трудно отрицать, что древнегерманское право знало, на ряду съ вещно-правовымъ, также и чисто обязательственный наемъ недвижимости. Но если бы послѣдній даже появился не подъ влияніемъ римскаго права, то, во всякомъ случаѣ, безспорно, что арендаторъ, въ противоположность нанимателю въ тѣсномъ смыслѣ слова, пользовался, по общему правилу, правомъ вещнымъ<sup>1)</sup>. Само собой разумѣется, при этомъ, что и это не можетъ быть объяснено чисто формальнымъ указаніемъ на общій принципъ германскаго права, по которому каждое лицо, обладающее недвижимостью и пользующееся ею, имѣетъ *Gewere*. Напротивъ, ясно, что и здѣсь рѣшающую роль сыграли социальные и экономическія условія.

Спорить противъ этого едва ли возможно. Права нанимателя, а въ особенности, права арендатора могутъ быть конструированы, равнымъ образомъ, какъ обязательственныя и какъ вещныя. Правда, вопросъ о сущности вещныхъ правъ

1) См. изреченія источниковъ, собранныя Фишеромъ, I, с., S. 358 flg. и *Verhandl. des XX Deutschen Juristentages II*, S. 325 flg. Ср., кромѣ того, Heusler, *Institutionen I*, § 76, II, §§ 110, 111, *Gewere*, § 3, Stobbe-Lehmann, *Handbuch II*, I, S. 85 flg., Fischer, *XIX Juristentag II*, S. 355 flg., въ особенности, стр. 358, v. Meibom, *Gutachten über die Frage: Soll der Grundsatz „Kauf bricht Miete“ u. s. w.*, *Verhandlungen des XIX Deutschen Juristentages II*, S. 14. Ср. также Brunner, *Verhandlungen des XIX Deutschen Juristentages III*, S. 39, гдѣ указывается на то, что наемъ принимаетъ обязательственный характеръ въ Германіи тогда, когда имѣются налицо приблизительно тѣ же социальные и экономическія условія, которыя привели къ тому же результату въ Римѣ.

въ противоположность обязательственнымъ является, до сихъ поръ, до извѣстной степени спорнымъ. Само собою разумѣется, что здѣсь не можетъ быть сдѣлано даже попытки рѣшенія этой проблемы. Но въ этомъ и нѣтъ необходимости. Если, именно, оставить въ сторонѣ теоріи, выставленныя отдѣльными писателями и не оказавшія вліянія на дальнѣйшее развитіе юридической мысли, и если обратить вниманіе лишь на тѣ мнѣнія, которыя привлекли къ себѣ болѣе или менѣе значительное число приверженцевъ, то оказывается, что споръ сводится, въ сущности, къ вопросу о предпочтительности той или другой формы мышленія<sup>1)</sup>. Ибо одно изъ двухъ главныхъ теченій выставляетъ на первый планъ воспретительныя полномочія субъекта права по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ, другое, напротивъ, — положительныя его полномочія, заключающіяся въ господствѣ надъ вещью по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ. Сущность же вещнаго права усматривается въ одномъ и томъ же, независимо отъ избранія той или другой точки зрѣнія и вопросъ о классификаціи опредѣленнаго права всегда будетъ рѣшаться одинаково. Что же касается предпочтительности каждой изъ этихъ точекъ зрѣнія, то рѣшеніе этого вопроса зависитъ, безъ сомнѣнія, отъ нѣкоторыхъ личныхъ и субъективныхъ условій, въ частности, отъ большей или меньшей склонности къ абстрактному или къ болѣе жизненному и наглядному воззрѣнію на правовые институты — ибо о болѣе правильности какого нибудь изъ нихъ говорить не приходится. А если предпочесть второе — что дѣлаетъ, кажется, и господствующее мнѣніе — то необходимо видѣть сущность вещныхъ правъ, именно, во власти или господствѣ субъекта права надъ самою вещью. И съ этой точки зрѣнія вопросъ о конструкціи правъ по договору найма сводится къ во-

1) Ср. удачныя объ этомъ замѣчанія Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 258 flg.

просу о томъ, имѣеть ли наниматель непосредственную власть надъ вещью или онъ имѣеть лишь право требовать отъ собственника предоставленія ему вещи, съ тѣмъ, чтобы отношеніе его къ вещи и въ дальнѣйшемъ не имѣло непосредственнаго характера, а покоилось исключительно на волѣ собственника.

Если признать правильности такого взгляда, то законодатель имѣеть, очевидно, выборъ между той и иной конструкціей. Соображаясь съ потребностями жизни, онъ можетъ поставить нанимателя въ то же положеніе, которое признается за нимъ римскимъ правомъ. Но онъ можетъ, равнымъ образомъ, послѣдовать и примѣру германскаго права и признать за нанимателемъ вещное право<sup>1)</sup>. Однако,

1) Нельзя, впрочемъ, сказать, чтобы такое воззрѣніе было вполне чуждо и римскому праву. Въдъ съ экономической точки зрѣнія институтъ эмфитевзиса мало чѣмъ отличается отъ долгосрочной аренды. Въ частности, едва ли можно установить различіе между отношеніемъ къ недвижимости съ одной стороны, арендатора, съ другой — эмфитевты. Оба обладаютъ и пользуются ею, воздѣлываютъ ее и собираютъ съ нея плоды. Съ экономической точки зрѣнія, несомнѣнно, въ обоихъ случаяхъ имѣется совершенно одинаковое господство надъ недвижимостью — если только оставить въ сторонѣ вопросъ о распоряженіи ею. Ср., впрочемъ, по этому поводу, мѣткое замѣчаніе Фишера, XIX Juristentag II, S. 338: „Es ist hundert gegen eins zu wetten, dass man auch nicht einem einzigen deutschen Bauern oder Handwerksmann diese Anschauung plausibel machen wird, da sie nichts als eine Karrikatur der realen Verhältnisse ist. Kartoffeln pflanzt auch der Pächter auf dem Acker und nicht auf dem Willen des Verpächters“. Ср. и цитированное тамъ же замѣчаніе Геллера о римской конструкціи правъ по договору найма: „So stellt auch die obige Lehre die Zumutung an uns, dass wir uns den konkreten Erscheinungen verschliessen, dass wir das tatsächlich bestehende Machtverhältnis des Mieters zur Sache ignorieren, dass wir uns die unmittelbare Fruchtziehung des Pächters als ein Entgegennehmen derselben aus der Hand des Verpächters denken, dass wir das Wohnen der Mietspartei im Hause in ein fortwährendes Anliegen um Gestattung der Wohnung einerseits und ein fortwährendes Gewähren derselben andererseits zerlegen, dass wir mit einem Wort nicht unsere Begriffe den Tatsachen, sondern diese unsern Begriffen akkomodieren“. — Въ связи съ этимъ можно, впрочемъ, напомнить и о томъ, что римское право иногда ставило и нанимателя въ болѣе выгодное положеніе — см. l. 50 D. 49, 14. Правда, какъ видно изъ этого же фрагмента, рѣшающую роль сыгралъ здѣсь не интересъ нанимателя, а интересъ фиска.

какъ показываетъ примѣръ нѣкоторыхъ современныхъ законодательствъ <sup>1)</sup>, мыслимъ и третій путь: такъ какъ, съ практической точки зрѣнія, важнымъ, прежде всего, является нормированіе отношеній между нанимателемъ недвижимости и третьимъ приобрѣтателемъ ея, то возможно и признаніе правъ по договору найма обязательственными съ тѣмъ, однако, чтобы новый приобрѣтатель былъ связанъ правами нанимателя.

Съ этой практической точки зрѣнія приходится, слѣдовательно, выбирать между двумя принципами, которые формулируются обыкновенно, хотя и не вполне точно <sup>2)</sup>, поговорками „Kauf bricht Miete“ и „Kauf bricht nicht Miete“. А въ случаѣ, если окажется, что болѣе вѣскія соображенія говорятъ въ пользу второго изъ этихъ принциповъ, то придется сдѣлать выборъ между только что указанными двумя возможными конструкціями.

Впрочемъ, при выборѣ того или другого принципа необходимо имѣть въ виду, что въ этомъ вопросѣ скрещиваются интересы не только нанимателя и приобрѣтателя недвижимости, но также и интересы ипотечныхъ кредиторовъ. Кроме того, слѣдуетъ принять во вниманіе и то обстоятельство, что положеніе дѣла измѣняется въ зависимости отъ того, происходитъ ли отчужденіе отданной въ наемъ недвижимости добровольно или путемъ публичной продажи <sup>3)</sup>.

1) Объ этомъ см. ниже.

2) Поговорки эти не точны въ томъ смыслѣ, что купля-продажа, разумѣется, никоимъ образомъ не можетъ уничтожить договора найма. Напротивъ, контрагенты остаются связанными имъ. Но такъ какъ новый собственникъ не связанъ имъ и можетъ изгнать нанимателя, не имѣющаго, однако, со своей стороны, права отказа, то въ результатѣ наемъ, какъ экономическое явленіе, можетъ прекратиться вслѣдствіе купли-продажи.

3) Цивильно-политическая сторона вопроса затрогивается лишь вскользь въ матеріалахъ къ проекту ВУ. — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 212 сл., 1896 г. I, стр. 233 сл., Ж. О. К., стр. 106 сл. Весьма пространно и тщательно она разсматривается, напротивъ, въ отзывахъ п де-

Исходной точкой должно служить, безъ сомнѣнія, положеніе, что въ общемъ желательнo сохраненіе силы за договоромъ найма. При помощи этого договора разрѣшается въ настоящее время жилищный вопросъ для широкихъ слоевъ населенія, въ частности, для подавляющаго большинства городскихъ жителей. Достаточно извѣстно, что, благодаря условіямъ современной жизни, образовалась естественная монополія домовладѣльцевъ, вслѣдствіе чего положеніе нанимателей является въ немалой степени зависимымъ. Признаніе же за пріобрѣтателемъ застроенной жилищными строениями недвижимости права расторгнуть заключенные его предшественникомъ договоры найма усугубляетъ, безъ сомнѣнія, эту зависимость. Другими словами, оно еще усиливаетъ, вопреки справедливымъ тенденціямъ современнаго гражданскаго права, позицію той изъ сторонъ, которая и безъ того является экономически болѣе сильной. Къ тому же слѣдуетъ сказать, что въ признаніи за пріобрѣтателемъ такого права заинтересованы, за исключеніемъ рѣдкихъ особыхъ случаевъ, лишь представители спекуляціи на домахъ. Солидный капиталистъ, пріобрѣтая домъ, назначенный для отдачи въ наемъ, весьма далекъ отъ желанія расторгнуть договоры, дающіе ему вѣрный доходъ. Спекулянтъ, напротивъ, стремится къ надбавкѣ наемной платы съ тѣмъ, чтобы продать только что пріобрѣтенный домъ съ барышомъ. А что спекуляція въ этой области не заслуживаетъ поддержки со стороны законодательства, объ этомъ излишне распространяться.

Такое положеніе дѣла заслуживаетъ вниманія тѣмъ болѣе, что на сторонѣ нанимателей отъ господства принципа „Kauf bricht Miete“ страдаютъ какъ экономическіе, такъ и нравственные интересы. Непроизводительныя издержки, свя-

---

батахъ XIX и XX съѣздовъ нѣмецкихъ юристовъ, см. XIX Juristentag II, S. 3 flg., 229 flg., 312 flg., III, S. 35 flg., 300 flg., XX Juristentag II, S. 263 flg., 312 flg., IV, S. 205 flg., 426 flg.

занныя съ перемѣной квартиры, представляютъ собою такое же серьезное зло, какъ то чувство бездомности, которое является послѣдствіемъ признанія указаннаго принципа. И нельзя не упомянуть особо о заключаемыхъ нерѣдко, особенно въ большихъ городахъ, договорахъ найма торговыхъ помѣщеній, которые рассчитаны на продолжительные сроки и съ сохраненіемъ которыхъ связаны значительные интересы нанимателей, нарушение которыхъ приводитъ къ гибели большихъ экономическихъ цѣнностей.

Сказанное до сихъ поръ относилось къ договору найма въ тѣсномъ смыслѣ слова. Но то же самое приходится сказать, хотя и съ нѣсколько иной мотивировкой, о договорѣ аренды. Слѣдуетъ обратить, въ частности, вниманіе на то, что тщательное веденіе хозяйства и производство амеліорацій возможны только при долгосрочныхъ договорахъ, между тѣмъ, какъ краткосрочные приводятъ неминуемо къ детеріоризации имѣнія. При господствѣ же правила „Kauf bricht Miete“ заключеніе долгосрочныхъ договоровъ легко можетъ стать бесполезнымъ или, по крайней мѣрѣ, рискованнымъ. Ибо для избѣжанія убытковъ арендаторъ будетъ вынужденъ вести себя такъ же, какъ при краткосрочной арендѣ. Если же онъ будетъ придержививаться иной тактики, то онъ отъ этого можетъ жестоко пострадать.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія социальной и экономической необходимо признать желательность сохраненія силы за договоромъ найма въ случаѣ перехода права собственности по договору<sup>1)</sup>. Единственное же возраженіе, ко-

1) Нельзя не обратить вниманія на характерный фактъ, что при обсужденіи этого вопроса на XIX съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ за противоположный принципъ высказался одинъ лишь ораторъ — Verhandlungen III, S. 61 flg., между тѣмъ, какъ резолюція въ пользу принципа „Kauf bricht nicht Miete“ была принята какъ въ отдѣленіи, такъ и въ общемъ собраніи съ замѣчательнымъ единодушіемъ — Verhandlungen III, S. 74 flg., 305. Ср. также приведенныя въ Verhandlungen des XX Ju-

торое можетъ быть сдѣлано противъ такой нормировки вопроса, заключается въ томъ, что пріобрѣтатель, со своей стороны, можетъ понести ущербъ, благодаря тому, что ему при заключеніи договора купли-продажи можетъ быть не извѣстно о существованіи договора найма.

Съ этимъ возраженіемъ, дѣйствительно, надо считаться. Было бы несправедливо отсылать покупателя къ личному иску противъ продавца. Напротивъ, его интересы должны быть приняты въ соображеніе столь же тщательно, какъ интересы нанимателя. Въ виду этого и необходимо ввести одну оговорку: договоръ найма долженъ быть распознаваемъ. При этомъ мыслимо примѣненіе одного изъ двухъ средствъ. А именно, можно требовать, во-первыхъ, чтобы исполненіе по договору уже началось, другими словами, чтобы недвижимость уже перешла въ обладаніе нанимателя. Этимъ въ большинствѣ случаевъ создается распознаваемость, а кромѣ того, только послѣ перехода недвижимости къ нанимателю его матеріальные и нравственные интересы связаны въ значительной степени съ сохраненіемъ силы договора. Въ прочихъ же случаяхъ вполне допустимо отсылать нанимателя къ личному иску противъ своего контрагента.

Но мыслимъ и другой путь. Можно требовать внесенія договора найма въ вотчинныя книги, благодаря чему создается полная его гласность и обезпеченными являются въ равной мѣрѣ и интересы пріобрѣтателя недвижимости, и интересы нанимателя. Съ формальной же точки зрѣнія слѣдуетъ прибавить, что внесеніе въ книгу можетъ совершаться или посредствомъ записи или посредствомъ отмѣтки.

Въ рамкахъ этихъ возможностей и оперируютъ современные законодательства. Если привлечь наиболѣе выдающіяся изъ нихъ, то приходится установить, что лишь одно

---

ristentages II, S. 322 flg. заявленія Германскаго Сельскохозяйственнаго Совѣта и Центральнаго Союза Домовладѣльцевъ, въ которыхъ отвергается принципъ „Kauf bricht Miete“.

изъ нихъ, швейцарское, принципиально сохранило правило, по которому купля-продажа уничтожаетъ наемъ. Но и оно смягчаетъ его, требуя, чтобы пріобрѣтатель объявилъ нанимателю о прекращеніи договора къ первому законному сроку. Въ противномъ случаѣ онъ признается связаннымъ договоромъ. Но кромѣ того, швейцарское право даетъ возможность сохранить силу за договоромъ найма путемъ внесенія въ вотчинную книгу отмѣтки<sup>1)</sup>.

Въ противоположность этому, германское право рѣшительно выставляетъ принципъ: „Kauf bricht nicht Miete“ и связываетъ пріобрѣтателя, лишь только недвижимость перешла въ обладаніе нанимателя<sup>2)</sup>.

По болѣе сложному пути пошло законодательство французское<sup>3)</sup>. Оно, именно, признаетъ обязательность найма для пріобрѣтателя недвижимости при соблюденіи нѣкоторыхъ условій: продажа не затрогиваетъ найма, если договоръ совершенъ въ формѣ публичнаго акта или если онъ имѣетъ достовѣрное число совершенія. Но если договоръ найма заключенъ на срокъ свыше 18 лѣтъ, то онъ подлежитъ транскрипціи. Въ противномъ случаѣ, за время свыше 18 лѣтъ онъ не имѣетъ обязательной силы противъ третьяго пріобрѣтателя<sup>4)</sup>.

Несмотря, однако, на различіе въ средствахъ, которыми пользуются всѣ упомянутыя законодательства, они все же сходятся въ одномъ: всѣ они оставляютъ не затронутымъ обязательственный характеръ правъ по договору найма<sup>5)</sup>.

1) Obl.-R. 259, 281, 260, 282, ZGB. 959.

2) BGB. 571 flg.

3) Привлеченіе французскаго права по рассматриваемому вопросу необходимо, такъ какъ составители проекта находились въ немалой мѣрѣ подъ его вліяніемъ, насколько дѣло идетъ о нормировкѣ найма.

4) Code civil 1743 suiv., loi du 23. III. 1855, art. 2 suiv.

5) Нельзя не отмѣтить, что есть приверженцы и противоположнаго взгляда. Но см. о господствующемъ мнѣніи для права BGB. — Crome, Die juristische Natur der Miete nach dem deutschen BGB., Iherings Jahrbücher 1897, I, S. 1 flg., ср. также Dernburg, Bürgerliches Recht II, § 215, IV.

Напротивъ, въ исторіи западныхъ законодательствъ встрѣчаются и попытки придать правамъ по договору найма вещный характеръ. Такъ, именно, поступило прусское Земское право. Исходя изъ своей теоріи о „Recht zur Sache“<sup>1)</sup>, оно признаетъ, что передача вещи приводитъ къ возникновенію вещнаго права за нанимателемъ. При томъ же возрѣніи осталось и законодательство 5 мая 1872 г., освободившее, въ противорѣчіе своимъ основнымъ принципамъ, право по найму отъ внесенія въ вотчинную книгу<sup>2)</sup>.

Все сказанное до сихъ поръ относится къ добровольной продажѣ. Нѣсколько иначе обстоитъ дѣло при публичной продажѣ. Здѣсь также необходимо исходить изъ положенія, что сохраненіе силы за договорами найма является принципиально желательнымъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя упускать изъ виду той цѣли, которая преслѣдуется институтомъ публичной продажи, а именно, удовлетворенія взыскателя и ипотечныхъ вѣрителей путемъ выручки возможно большей цѣны. Эта же цѣль можетъ быть достигнута только тогда, когда, во-первыхъ, пріобрѣтатель будетъ обезпеченъ отъ предъявленія къ нему требованій на основаніи договоровъ, оставшихся ему неизвѣстными, и когда, во-вторыхъ,

---

Для французскаго права — см. Zachariae-Crome, Handbuch II, § 343, I, § 162, Laurent, Cours élémentaire III, p. 475 suiv., Плянюль, Курсъ французскаго гражд. права II, стр. 664 сл. (Цит. по переводу В. Ю. Гартмана.) Что касается швейцарскаго права, то тутъ спора быть не можетъ. Достаточно обратить вниманіе на текстъ закона, а въ частности, на характеръ отмѣтки въ вотчинной книгѣ, которою обезпечивается дѣйствительность найма по отношенію къ третьему пріобрѣтателю. См., впрочемъ, Wieland, Sachenrecht ad 959, Ostertag, Sachenrecht ad 959, P. 10, Tuor, Das neue Recht, S. 348, Biermann, Widerspruch und Vormerkung, S. 167 flg.

1) ALR. I, 2 § 135, I, 10 § 25, I, 19 § 5, I, 21 §§ 2 flg., ср. Dernburg, Preuss. Privatrecht I, §§ 38, 184.

2) ALR. I, 21, §§ 258 flg. (ср. въ особенности § 358), Pr. EEG. § 12. — Стоитъ, впрочемъ, отмѣтить, что австрійское право, считая въ общемъ права по договору найма обязательственными, допускаетъ ихъ внесеніе въ ипотечныя книги и признаетъ ихъ въ такомъ случаѣ вещными — Allg. BGB. 1905. Ср. также Сводъ гражд. узак. губ. Прибалтійскихъ 4045, 4126 сл.

будетъ налицо возможность уничтоженія такихъ договоровъ найма, которыми уменьшается цѣнность имѣнія. Слѣдовательно, здѣсь задача, подлежащая рѣшенію законодателя, значительно усложняется.

При такихъ условіяхъ мыслимъ цѣлый рядъ различныхъ комбинацій, въ зависимости отъ того, чьи интересы признаются даннымъ законодательствомъ заслуживающими наибольшаго вниманія, интересы ли взыскателей или интересы нанимателей.

Само собой разумѣется, однако, что современныя законодательства стараются найти среднюю линію и обезпечить, по возможности, и тѣхъ и другихъ. При этомъ получаются, прежде всего, двѣ системы и даже трудно сказать, которая изъ нихъ благопріятствуетъ болѣе взыскателю, которая — нанимателю. Германское право, именно, исходитъ изъ положенія, что пріобрѣтатель по публичному торгу связанъ всеми договорами найма, если только исполненіе по договору уже началось. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, за нимъ признается право расторгнуть эти договоры къ первому законному сроку<sup>1)</sup>. Такимъ образомъ, на первый планъ принципіально выдвигаются интересы нанимателей, практически же соблюдаются, прежде всего, интересы взыскателей съ тѣмъ однако, что за нанимателями во всякомъ случаѣ обезпечивается нѣкоторый срокъ для ликвидаціи своихъ дѣлъ.

Иначе рѣшается тотъ же вопросъ французскимъ правомъ. Дѣло въ томъ, что для публичной продажи дѣйствуютъ тѣ же правила, какъ для добровольной, т. е. договоръ найма сохраняетъ силу, если при его заключеніи были соблюдены извѣстныя формальности, въ частности, если онъ, при срокѣ свыше 18 лѣтъ, былъ внесенъ въ ипотечную книгу<sup>2)</sup>.

1) ZwVG. 57, ср. BGB. 565.

2) См. приведенныя выше статьи, а также code de proc. 673 suiv.

Среднее между германскимъ и французскимъ правомъ положеніе занимаетъ по этому вопросу право швейцарское<sup>1)</sup>: въ случаѣ публичной продажи отмѣтка о наймѣ недвижимости, въ общемъ, сохраняетъ силу<sup>2)</sup>. Но по требованію предыдущаго вѣрителя, недвижимость можетъ быть предложена къ продажѣ какъ съ сохраненіемъ отмѣтки, такъ и безъ нея. Если, при этомъ, предложеніе, сдѣланное съ условіемъ сохраненія отмѣтки, не покрываетъ требованія вѣрителя, а предложеніе безъ этого условія оказывается для него болѣе выгоднымъ, то онъ въ правѣ требовать погашенія отмѣтки.

Наконецъ, слѣдуетъ упомянуть еще о томъ, что прусское Земское право въ случаѣ публичной продажи не считается съ вещнымъ характеромъ правъ нанимателя. Здѣсь, напротивъ, признается полная сила за принципомъ: „Kauf bricht Miete“<sup>3)</sup>.

Въ результатѣ получается, слѣдовательно, такая картина: современные законодательства стремятся, въ общемъ, исполнѣ сознательно къ обезпеченію правъ нанимателя. Въ случаѣ добровольнаго отчужденія недвижимости они его гарантируютъ отъ изгнанія, при чемъ эта гарантія ставится иногда въ зависимость отъ исполненія извѣстныхъ формальностей или отъ внесенія въ ипотечную или вотчинную книгу; иногда же она дается независимо отъ подобныхъ условій, съ тѣмъ однако, чтобы недвижимость уже перешла въ обладаніе нанимателя. Что же касается публичной продажи, то тенденція къ защитѣ правъ нанимателя проявляется здѣсь значительно слабѣе. Французское право, правда, становится на ту же точку зрѣнія, какъ при отчужденіи добровольномъ,

1) ср. Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, 141 Anm., vgl. 140.

2) Само собой разумѣется, что договоръ найма, не обезпеченный отмѣткой въ вотчинной книгѣ, связываетъ столь же мало покупателя по публичной продажѣ, какъ покупателя по частному соглашенію.

3) ALR. I, 21, § 350. Въ такомъ случаѣ, однако, отказъ долженъ быть заявленъ своевременно — *ibid.* §§ 351 flg.

но германское право безусловно признает за приобретателем право отказа, между тѣмъ какъ право швейцарское ставить защиту правъ нанимателя въ зависимость отъ интересовъ ипотечныхъ вѣрителей<sup>1)</sup>.

Какъ же разрѣшаются эти вопросы проектомъ ВУ?

#### § 40. Положеніе нанимателя по проекту.

Редакціонная коммисія пожелала остаться, въ общемъ, на почвѣ дѣйствующаго права, въ томъ видѣ, какъ оно сложилось благодаря практикѣ сената<sup>2)</sup>. Она, слѣдовательно, желала принципиально признать силу за договорами найма какъ на случай добровольной, такъ и на случай публичной продажи, если только къ моменту продажи исполненіе по договору уже началось. При этомъ, однако, приобретатель по публичной продажѣ долженъ имѣть, при извѣстныхъ условіяхъ, право требовать уничтоженія договора<sup>3)</sup>.

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, коммисія нашла, что при такомъ порядкѣ права другихъ заинтересованныхъ лицъ недостаточно обезпечены, благодаря, главнымъ образомъ, отсутствію гласности. Могутъ пострадать какъ интересы приобретателя, такъ и интересы ипотечныхъ вѣрителей. Въ виду этого коммисія предлагаетъ нѣсколько измѣнить дѣйствующее право и привести въ связь договоры найма недвижимости съ вотчинной книгой. Благодаря этому, въ результатѣ получается слѣдующая система.

Договоры найма недвижимости, въ случаѣ перехода послѣдней къ новому собственнику вслѣдствіе доброволь-

1) Цивильно-политическая оцѣнка этихъ системъ завела бы слишкомъ далеко. Ср., однако, косвенную оцѣнку, данную ниже, въ слѣдующемъ параграфѣ, по поводу разсмотрѣнія системы, принятой проектомъ ВУ.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 222, сл., 1896 г. I, стр. 242 сл.

3) Дѣйствующее право излагается подробно, съ приведеніемъ каскаціонныхъ рѣшеній, въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 219 сл., 1896 г. I, стр. 240 сл.

наго возмезднаго отчужденія, обязательны для пріобрѣтателя, если только исполненіе по договору уже началось и если срокъ договора не простирается далѣе трехъ лѣтъ со дня внесенія въ вотчинную книгу новаго собственника. При болѣшемъ срокѣ, напротивъ, пріобрѣтатель въ правѣ прекратить договоръ по истеченіи трехъ лѣтъ. Но о намѣреніи осуществить это право онъ долженъ заявить нанимателю до истеченія года со времени внесенія его права въ вотчинную книгу или до истеченія мѣсяца со дня полученія имъ соотвѣтствующаго запроса нанимателя <sup>1)</sup>).

Однако, редакціонная коммиссія желала признать также и возможность установленія долгосрочныхъ договоровъ, обязательныхъ для пріобрѣтателя. Для достиженія этой цѣли она предоставляетъ сторонамъ условиться о внесеніи договора найма въ III отдѣлъ вотчинной книги. Въ такомъ случаѣ пріобрѣтатель уже безусловно связанъ договоромъ и не имѣетъ права требовать его расторженія <sup>2)</sup>).

Нѣсколько болѣе сложное положеніе, чѣмъ при добровольной продажѣ, создается при продажѣ публичной, хотя основной принципъ остается тѣмъ же. А именно, по отношенію къ договорамъ не внесеннымъ въ книгу, соблюдаются правила дѣйствующаго законодательства съ введеніемъ одного лишь измѣненія: договоры найма остаются въ силѣ до истеченія срока, при чемъ, однако, за пріобрѣтателемъ признается такое же право отказа отъ договора за время, превышающее три года, какое онъ имѣетъ въ случаѣ добровольной продажи <sup>3)</sup>).

1) ВУ. 35, 36. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 227 сл., 1896 г. I, стр. 247 сл., Ж. О. К., стр. 108.

2) ВУ. 34. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 225 сл., 1896 г. I, стр. 245 сл.

3) ВУ. 35, 36, ППВ. 22, ср. Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 87 сл., 1896 г., стр. 100 сл. — Вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимо обратить вниманіе на слѣдующее. Какъ будетъ наложено ниже въ текстѣ, кредиторъ, залоговое требованіе котораго пользуется старшинствомъ передъ какою либо записью или отмѣткою третьяго отдѣла, можетъ тре-

Особое положеніе создается, при этомъ, для договоровъ, заключенныхъ послѣ внесенія записи объ обращеніи взыскапія на недвижимость. А именно, согласно ст. 21 проекта ППВ., собственникъ лишается, послѣ этого момента, права заключать договоры найма на срокъ свыше года. Заключенные же вопреки этому постановленію договоры признаются необязательными для пріобрѣтателя. Напротивъ, при соблюденіи его, пріобрѣтатель можетъ требовать расторженія договоровъ лишь тогда, когда они клонятся къ обезцѣненію имѣнія<sup>1)</sup>.

бывать по ст. 105, 131, 133, 179 ППВ., чтобы имѣніе было предложено къ продажѣ также и подъ условіемъ погашенія каждой изъ этихъ записей или отмѣтокъ. При этомъ, однако, договоры найма сохраняютъ силу до истеченія трехъ лѣтъ со дня торга. Здѣсь говорится только о договорахъ внесенныхъ. Между тѣмъ, было бы вполне цѣлесообразнымъ, если бы то же правило примѣнялось и къ договорамъ не внесеннымъ, срокъ которымъ истекаетъ черезъ болѣе чѣмъ три года послѣ торга. Правда, пріобрѣтатель имѣетъ и безъ того право требовать ихъ прекращенія по истеченіи трехъ лѣтъ. Но заблаговременное выясненіе этой возможности, улучшая положеніе пріобрѣтателя, отвѣчаетъ интересамъ вѣрителей, не нарушая притомъ интересовъ нанIMATEЛЕЙ. И такъ какъ договоры не внесенные не должны, по мысли проекта, пользоваться большей защитой, чѣмъ договоры внесенные, то признаніе за кредиторами означеннаго права не должно встрѣтить препятствій. Но такъ какъ нельзя быть увѣреннымъ въ томъ, что такое распространительное толкованіе будетъ принято практикой, то внесеніе въ проектъ особой объ этомъ оговорки можетъ показаться цѣлесообразнымъ.

1) Дѣйствующее нынѣ правило ст. 1100 У. Гр. С. измѣняется, такимъ образомъ, въ пользу пріобрѣтателя. Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 29 сл., 1896 г., стр. 34 сл. мотивируютъ это вполне убѣдительно тѣмъ, что предвидѣніе процесса и, въ частности, невозможность опредѣлить, къ какому сроку онъ будетъ доведенъ до конца, не говоря даже о неизвѣстности его исхода, должны вліять невыгодно на предложенія по публичной продажѣ, а слѣдовательно, должны вредить справедливымъ интересамъ кредиторовъ. Неяснымъ остается здѣсь, впрочемъ, одинъ вопросъ: признаются ли безусловно необязательными для пріобрѣтателя договоры, заключенные вопреки ст. 21 ППВ. на сроки свыше одного года или же сокращается срокъ ихъ дѣйствія до одного года? По дословному смыслу ст. 21 слѣдовало бы предполагать первое. Но въ этомъ заключалось бы, съ одной стороны, какъ бы наказаніе контрагентовъ за несоблюденіе гражданско-правовой нормы. А съ другой стороны, это противорѣчило бы общей тенденціи проектовъ сохранять, хотя бы въ извѣстныхъ

Что касается, затѣмъ, договоровъ найма, внесенныхъ въ вотчинную книгу, то вопросъ о нихъ разрѣшается сравнительно просто. По общему правилу, они сохраняютъ свою силу. Но кредиторъ по залогу, пользующемуся старшинствомъ передъ внесеннымъ договоромъ, имѣетъ право требовать, въ цѣляхъ достиженія высшаго предложенія, чтобы недвижимость была предложена къ продажѣ также и подъ условіемъ сохраненія за договоромъ силы лишь на три года, другими словами, подъ условіемъ лишенія его той силы, которая ему была придана внесеніемъ и низведенія его на ступень договора не внесеннаго. При этомъ, однако, погашеніе статьи о договорѣ найма производится только тогда, когда цѣна, предложенная подъ этимъ условіемъ, превышаетъ высшую цѣну, предложенную подъ условіемъ сохраненія ея<sup>1) 2)</sup>.

предѣлахъ, силу договоровъ найма настолько, насколько они не причиняютъ явнаго вреда причастнымъ лицамъ. Слѣдовательно, было бы болѣе правильно предоставить пріобрѣтателю право требовать не уничтоженія договора, а лишь сведенія его къ годичному сроку. Но и это должно было бы быть высказано прямо въ законѣ.

1) ППВ. 105, 131, 133, 179. Ср. Объясненія 1893 г., стр. 39 сл., 160 сл., 221, 1896 г., стр. 45 сл., 177 сл., 241. — Ст. 106 (ср. 153) постановляетъ, кромѣ того, что этимъ правомъ пользуется кредиторъ, не состоящій взыскателемъ, лишь въ томъ случаѣ, когда сумма оцѣнки не покрываетъ его требованія. Это предписаніе въ состояніи вызвать нѣкоторыя сомнѣнія. Цѣлью его является, очевидно, устраненіе кредиторовъ, не заинтересованныхъ въ уничтоженіи договора. Между тѣмъ, въ этомъ отношеніи сумма оцѣнки не играетъ роли. Ибо какъ при первомъ, такъ и при второмъ торгѣ имѣніе ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть продано за цѣну, не превышающую суммы издержекъ, недоимокъ, платежей и долговъ, пользующихся старшинствомъ передъ всѣми обращенными на имѣніе взысканіями (ППВ. 115, 146, 162). Слѣдовательно, кредиторы, пользующіеся старшинствомъ передъ взыскателемъ, во всякомъ случаѣ обезпечены, совершенно независимо отъ того, покрываются ли ихъ требованія оцѣнкой или нѣтъ. Въ виду этого и нѣтъ необходимости предоставлять имъ право требовать уничтоженія договора найма. Въ признаніи за ними этого права дѣйствительно заинтересованы только тѣ кредиторы, требованія которыхъ не покрываются суммой оцѣнки, и которые, кромѣ того, не пользуются старшинствомъ передъ взыскателемъ. Лишь введеніемъ еще этого второго признака будетъ обезпечено достиженіе той цѣли, къ которой стремятся проекты — сохраненіе въ силѣ до-

Получается, такимъ образомъ, результатъ, что договоръ найма недвижимости охраняется тщательно отъ невыгодныхъ послѣдствій, могущихъ получиться отъ продажи какъ добровольной, такъ и публичной. Не внесенный договоръ остается въ силѣ всегда до истеченія, по крайней мѣрѣ, трехъ лѣтъ со дня внесенія въ вотчинную книгу новаго собственника. Внесенный же договоръ сохраняетъ силу до истеченія срока, установленнаго въ договорѣ, если только при публичной продажѣ его уничтоженіе не окажется необходимымъ въ интересахъ взыскателей. Исключеніемъ являются только договоры, заключенные должникомъ-собственникомъ уже послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія на имѣніе на срокъ болѣе одного года или же заключенные во вредъ имѣнію.

Слѣдуетъ, впрочемъ, добавить, что уничтоженія договора можетъ требовать также, въ силу ст. 81 ВУ., всякій вотчинный кредиторъ, независимо отъ публичной продажи или наступленія срока его требованію, „если по этимъ договорамъ обусловлена несоразмѣрно низкая цѣна“<sup>1)</sup>.

Въ заключеніе настоящаго параграфа необходимо отмѣтить еще и то, что проектъ ставить въ ст. 36 на одну доску съ переходомъ недвижимости въ другія руки вслѣдствіе продажи ея переходъ въ силу отсужденія.

#### § 41. Критика постановленій проекта.

Если сопоставить всѣ эти нормы, то получается, въ общемъ, исполнѣ благоприятное впечатлѣніе, насколько дѣло

говорить, не вредящихъ ни чьимъ справедливымъ интересамъ. Слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что на практикѣ вѣрители, не пользующіеся старшинствомъ передъ взыскателемъ, почти всегда будутъ присоединяться къ взысканію на основаніи ст. 23 ППВ. — Для избѣжанія недоразумѣній, можетъ быть, не лишне отмѣтить, что во всякомъ случаѣ ст. 106 рассчитана только на такихъ вѣрителей, требованія которыхъ пользуются старшинствомъ передъ записью о договорѣ найма.

2) Основной принципъ, проводимый по этому вопросу проектомъ, совпадаетъ, слѣдовательно, съ принципомъ швейцарскаго права.

1) См. объ этомъ ниже, т. II, § 79.

касается тенденцій проекта. Покоящіеся на толкованіи сената принципы дѣйствующаго права не только сохранены, но получили и дальнѣйшее развитіе, при чемъ замѣчается также стремленіе къ огражденію интересовъ третьихъ лицъ. Однако, осуществленіе этихъ тенденцій вызываетъ, тѣмъ не менѣе, рядъ возраженій.

Прежде всего необходимо отмѣтить, что сомнѣнія возбуждаетъ принятое проектомъ дѣленіе договоровъ на долгосрочные и краткосрочные. Мѣриломъ служитъ при этомъ продолжительность больше или меньше трехъ лѣтъ. Объясненія указываютъ <sup>1)</sup>, по этому поводу, на то, что такимъ образомъ будутъ вполне обеспечены всѣ наниматели по краткосрочнымъ наймамъ, заключаемымъ, въ большинствѣ случаевъ, на годъ или на два года. Кромѣ того, сюда подойдетъ большинство крестьянскихъ арендныхъ договоровъ, простирающихся обыкновенно на три года, примѣнительно къ трехпольному сѣвообороту <sup>2)</sup>.

Что касается найма въ тѣсномъ смыслѣ слова, то замѣчаніе редакціонной комиссіи, безъ сомнѣнія, правильно. Наемъ жилыхъ помѣщеній въ городахъ, дѣйствительно, лишь въ рѣдкихъ случаяхъ заключается на время больше трехъ лѣтъ и масса городскихъ обывателей будетъ, поэтому, вполне обеспечена, если предположенія проекта получатъ

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 227 сл., 1896 г. I, стр. 247 сл.

2) Мимоходомъ слѣдуетъ указать, впрочемъ, на то, что нельзя считать справедливымъ постановленіе ст. 36 ВУ., по которому „требованіе о прекращеніи найма должно быть заявлено нанимателю... не позже мѣсяца со времени полученія собственникомъ запроса нанимателя о томъ, согласенъ ли собственникъ оставить договоръ въ силѣ“. Установленный здѣсь срокъ слишкомъ коротокъ. Собственникъ, только что принявшій имѣніе, въ особенности крупное, не долженъ быть принужденъ рѣшать столь важные вопросы прежде, чѣмъ онъ успѣлъ вникнуть въ экономическое положеніе имѣнія, въ выгодность или невыгодность договоровъ и т. д. Къ тому же, нѣтъ вовсе надобности въ подобной поспѣшности. Если договоръ все равно не можетъ быть прекращенъ раньше истеченія трехъ лѣтъ, то отчего же рѣшеніе о томъ должно быть принято „не позже мѣсяца“ ?

силу закона. Сомнѣнія, напротивъ, вызываютъ тѣ же нормы, насколько дѣло касается аренды.

Проектъ какъ бы считается съ тѣмъ, что архаичная уже въ настоящее время трехпольная система сохранится и въ дальнѣйшемъ будущемъ. Это, очевидно, нераціонально, тѣмъ болѣе, что время вступленія въ силу ВУ. еще неизвѣстно. Вѣдь можно, во всякомъ случаѣ, надѣяться на то, что трехполье со временемъ исчезнетъ и изъ крестьянскаго хозяйства. Съ другой стороны, правда, трудно предвидѣть, какая система займетъ его мѣсто и какой срокъ тогда будетъ обычнымъ при арендѣ мелкихъ участковъ. Но какова бы она ни была, постановленія ВУ. будутъ имѣть, во всякомъ случаѣ, нежелательныя послѣдствія. Они могутъ привести, во-первыхъ, къ тому, что весьма часто аренда мелкихъ недвижимостей и впредь будетъ заключаться лишь на краткіе сроки. А это, какъ общепризнано, не желательно въ интересахъ народнаго хозяйства. Но возможно, во-вторыхъ, и то, что оборотъ не будетъ считаться настолько съ постановленіями ВУ. и что арендные договоры будутъ заключаться на сроки, отвѣчающіе той системѣ сѣвооборота, которая будетъ господствовать тогда. Въ такомъ случаѣ результаты будутъ малоотрадными. Ибо необходимость ликвидировать въ теченіе трехъ лѣтъ хозяйство безъ доведенія до конца сѣвооборота или причинить арендатору ничѣмъ не оправдываемый ущербъ, или же она побудитъ его извлечь наскоро все изъ недвижимости, разоряя тѣмъ хозяйство на продолжительное время.

Если же принять въ соображеніе случай публичной продажи, то надо сказать, что, съ точки зрѣнія пріобрѣтателя недвижимости и кредиторовъ, трехлѣтній срокъ аренды вовсе не является чѣмъ то неважнымъ, какъ то утверждаютъ Объясненія, указывающіяся<sup>1)</sup>, что „интересы третьихъ лицъ, вотчинныхъ кредиторовъ и пріобрѣтателей,

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 228, 1896 г. I, стр. 248.

не потерпятъ ущерба отъ такихъ договоровъ, такъ какъ они вслѣдствіе незначительной продолжительности срока, на который ими ограничивается свобода пріобрѣтателя въ распоряженіи имѣніемъ, могутъ видоизмѣнить продажную цѣну имѣнія лишь въ незначительной степени“.

Съ этимъ нельзя согласиться. Слѣдуетъ сказать, напротивъ, что немедленное уничтоженіе договора можетъ быть даже весьма желательнымъ по двумъ причинамъ: или договоръ является невыгоднымъ, хотя онъ и не подходитъ подь дѣйствіе ст. 81 ВУ. или ст. 1100 У. Гр. С., или же пріобрѣтатель желаетъ вести хозяйство самъ. Въ случаѣ добровольной продажи это, разумѣется, не играетъ роли. Въ такомъ случаѣ покупатель или зналъ о существованіи договора или же онъ былъ введенъ въ заблужденіе продавцомъ. Въ послѣднемъ же случаѣ онъ имѣетъ возможность предъявить искъ къ своему контрагенту. Но совершенно иначе обстоитъ дѣло при публичной продажѣ. Здѣсь знаніе о договорѣ можетъ привести къ отказу отъ участія въ торгѣ — а число возможныхъ покупателей будетъ ограниченнымъ весьма нерѣдко, въ особенности, если дѣло идетъ о крупной недвижимости. Слѣдовательно, будетъ причиненъ ущербъ взыскателю и ипотечнымъ кредиторамъ. Въ случаѣ же неизвѣстности договора, ущербъ падаетъ всею тяжестью на пріобрѣтателя — при чемъ необходимо, впрочемъ, считается и съ тѣмъ, что предвидѣніе такой возможности опять таки устранить участниковъ торга и, слѣдовательно, посодѣйствуетъ пониженію предложеній.

Насколько дѣло идетъ о договорахъ аренды не внесенныхъ, получается, такимъ образомъ, результатъ, что срокъ сохраненія силы договора слишкомъ кратокъ при добровольной продажѣ, между тѣмъ какъ при продажѣ публичной онъ можетъ оказаться слишкомъ продолжительнымъ. Вслѣдствіе этого является желательнымъ удлиненіе срока въ первомъ случаѣ, при чемъ необходимо, впро-

чемъ, поднять слѣдующій вопросъ: нельзя ли вообще отказаться отъ установленія опредѣленнаго числа лѣтъ и постановить, что договоръ аренды остается въ силѣ до окончанія сѣвооборота<sup>1)</sup>? А что касается публичной продажи, то слѣдовало бы создать возможность уничтоженія договоровъ также и ранѣ истеченія трехлѣтняго срока, установленнаго въ проектѣ. При этомъ право требовать уничтоженія должно было бы быть признано, прежде всего, за взыскателемъ и кредиторами, а если существованіе договоровъ аренды обнаружится лишь впоследствии — то и за приобретателемъ съ тѣмъ, однако, чтобы арендатору въ обоихъ случаяхъ предоставлялся извѣстный срокъ для ликвидаціи своихъ дѣлъ, хотя бы по примѣру германскаго права<sup>2)</sup> или до окончанія экономическаго года.

Аналогичное постановленіе было бы, впрочемъ, умѣстно также и для договора найма въ тѣсномъ смыслѣ слова. Ибо интересы кредиторовъ и взыскателя здѣсь совершенно тѣ же, какъ при публичной продажѣ сельско-хозяйственной недвижимости.

1) Отъ этого едва ли получились бы практическія затрудненія, такъ какъ система сѣвооборота весьма часто устанавливается въ договорѣ аренды, а въ случаѣ спора можетъ быть установлена свѣдущими лицами. Во всякомъ случаѣ, предложенная въ текстѣ норма была бы болѣе цѣлесообразна, чѣмъ предусмотрѣнная въ проектѣ. Достаточно указанія на то, что трехлѣтній срокъ, исчисляемый вѣдь не съ момента заключенія договора, а съ момента перехода права собственности, и при трехпольной системѣ можетъ вовсе не совпадать съ моментомъ окончанія сѣвооборота. Онъ, слѣдовательно, въ такихъ случаяхъ нисколько не отвѣчаетъ интересамъ сельскаго хозяйства, а сводится, въ сущности, лишь къ ликвидаціонному сроку, установленному въ личныхъ интересахъ арендатора. Но съ этой точки зрѣнія онъ, очевидно, слишкомъ продолжителенъ. Съ другой стороны, правда, подобный механическій срокъ долженъ быть сохраненъ для такихъ случаевъ, когда имѣется налицо аренда, осуществляемая не путемъ опредѣленнаго сѣвооборота, какъ то бываетъ, напр., при арендѣ земли подъ огородъ. Но принятіе во вниманіе закономъ и этого случая едва ли являлось бы особенно затруднительнымъ.

2) ZwVG. 57, ср. BGB. 565.

Такое разрѣшеніе вопроса въ случаѣ публичной продажи, разумѣется, менѣе выгодно для арендатора, чѣмъ то, которое предполагается проектомъ. Но оно болѣе справедливо и цѣлесообразно, такъ какъ нельзя не признать за ипотечными кредиторами лучшаго права на удовлетвореніе, чѣмъ за арендаторомъ. Насколько же рѣчь идетъ о столкновеніи между арендаторомъ и пріобрѣтателемъ, то, во-первыхъ, и здѣсь замѣшаны интересы кредиторовъ, а во-вторыхъ, нѣтъ причины признавать привилегированное положеніе за арендаторомъ, утаившимъ фактъ существованія договора<sup>1)</sup>. Но само собою разумѣется, при этомъ, что договоръ, имѣвшійся въ виду при публичной продажѣ и не уничтоженный по требованію кредиторовъ, является обязательнымъ для пріобрѣтателя.

Необходимо обратить, при этомъ, вниманіе на то обстоятельство, что предлагаемое правило вовсе не однозначуще съ правиломъ, по которому договоръ аренды прекращается въ силу одного факта публичной продажи. По всей вѣроятности, нерѣдко не будетъ предложено большей цѣны при условіи уничтоженія договора, чѣмъ при условіи сохраненія его. А тогда онъ, разумѣется, остается въ полной силѣ.

По отношенію къ найму жилыхъ помѣщеній предположенія проекта заслуживаютъ, такимъ образомъ, одобренія, насколько они касаются добровольной продажи и нуждаются въ незначительномъ дополненіи лишь на случай публичной продажи. Что же касается договора аренды, то необходимы нѣкоторыя измѣненія какъ на случай добровольной продажи, такъ и на случай публичной продажи. Благодаря этому

---

1) Можно поднять вопросъ, не слѣдовало ли бы требовать заявленія до начала торговъ о всѣхъ существующихъ договорахъ найма по данному имѣнію съ тѣмъ, чтобы остальные, о которыхъ не было заявлено, считались необязательными для пріобрѣтателя? Подобное предложеніе было сдѣлано и на сѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ — ср. Verhandlungen des XX. Juristentages IV, S. 209 flg., 429 flg.

создалась бы, правда, бóльшая сложность нормировки. Но затрогиваемые вопросы настолько важны, что за однимъ этимъ обстоятельствомъ не можетъ быть признано рѣшающаго значенія.

Однако, если приходится поднимать лишь отдѣльныя возраженія противъ нормъ, регулирующихъ положеніе нанимателя въ случаѣ продажи добровольной или публичной, то необходимо возражать уже протівъ принципиальной точки зрѣнія проекта, насколько дѣло касается случая перехода недвижимости къ другому лицу вслѣдствіе отсужденія. Какъ было упомянуто выше, договоръ найма сохраняетъ, согласно ст. 35 и 36, силу и въ такомъ случаѣ.

Между тѣмъ, такое правило едва ли можетъ быть оправдываемо, такъ какъ оно сводится, въ сущности, къ признанію какой то своеобразной безповоротности внѣ вотчинной книги. Для этого нѣтъ, однако, никакихъ основаній, такъ какъ не существуетъ никакой объективной связи между внесеннымъ договоромъ и показаніями вотчинной книги. Если наниматель справлялся въ книгѣ и полагался на нее, то это является чисто субъективнымъ моментомъ, который закономъ не можетъ быть принятъ въ соображеніе. Ибо такое положеніе дѣлъ нисколько не отличается отъ того, которое создается тогда, когда лицо, желающее вступить съ внесеннымъ въ книгу собственникомъ недвижимости въ какія либо иныя дѣловые отношенія, придаетъ рѣшающее значеніе именно тому факту, что будущій его контрагентъ является землевладѣльцемъ. Если въ такомъ случаѣ впоследствии окажется, что показанія книги были невѣрны и если кредиторъ терпитъ, благодаря этому, ущербъ, то онъ, очевидно, не можетъ ссылаться на публичную вѣру книги.

Равнымъ образомъ, наниматель по не внесенному договору не можетъ, по самому существу дѣла, ссылаться на показанія книги. И нельзя не замѣтить, что другія современныя законодательства не знаютъ подобнаго постановленія, которое

можетъ быть оправдываемо исключительно чисто субъективнымъ желаніемъ улучшить положеніе нанимателя, хотя такое желаніе въ этомъ случаѣ ничѣмъ не можетъ быть обосновано. Здѣсь нѣтъ ни малѣйшей аналогіи и съ случаемъ продажи. Ибо договоръ найма былъ заключенъ не съ собственникомъ, а съ лицомъ, которое наниматель ошибочно считалъ собственникомъ. А далѣе, здѣсь не выставляется даже требованія доброй вѣры нанимателя. Какъ быть, если онъ зналъ, что лицо, внесенное въ книгу, на дѣлѣ не собственникъ? При отсутствіи объективной связи между книгой и не внесеннымъ договоромъ нельзя, очевидно, сослаться на общій принципъ, выраженный въ п. 2 ст. 18 ВУ., по которому безповоротность наступаетъ лишь въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя. А такъ какъ особой оговорки не дѣлается, то въ результатѣ устанавливается своеобразная безповоротность въ пользу нанимателя по не внесенному договору, внѣ зависимости отъ книги и внѣ зависимости отъ его доброй вѣры. Такая безповоротность, очевидно, не отвѣчаетъ интересамъ оборота. Между тѣмъ, весь институтъ безповоротности, создающій противорѣчіе между правомъ матеріальнымъ и правомъ формальнымъ, существуетъ, безспорно, исключительно въ интересахъ оборота.

Нельзя не высказать, такимъ образомъ, пожеланія, чтобы это постановленіе проекта не получило силы закона и чтобы сохраненіе за не внесеннымъ договоромъ найма силы въ случаѣ перехода недвижимости въ другія руки ограничилось случаями добровольнаго отчужденія<sup>1)</sup> и публичной продажи ея.

1) Проектъ говоритъ исключительно о переходѣ имѣнія вслѣдствіе добровольнаго „возмезднаго“ отчужденія. Случай же безвозмезднаго отчужденія не принимается въ соображеніе. Съ нимъ не считаются и матеріалы къ проекту. Въ самомъ дѣлѣ, не приходится отрицать, что онъ, съ практической точки зрѣнія, имѣетъ несравненно меньшее значеніе. Но тѣмъ не менѣе, едва ли правильно совершенно игнорировать его, какъ то дѣлаетъ проектъ, который, какъ извѣстно, въ общемъ придаетъ даже

Сказанное до сихъ поръ относилось къ договорамъ краткосрочнымъ и не внесеннымъ въ вотчинную книгу. Нѣчто иное приходится сказать о договорахъ внесенныхъ.

Нельзя не высказать, прежде всего, нѣкоторыя сомнѣнія насчетъ практическаго значенія внесенія договоровъ. Необходимо считаться, во-первыхъ, съ тѣмъ, что собственники недвижимостей согласятся только въ исключительныхъ случаяхъ на внесеніе, а во-вторыхъ, — съ тратой денегъ и времени, связанной съ совершеніемъ этой формальности. Ни обыкновенный наемъ квартиръ, ни аренда сельско-хозяйственныхъ имѣній не будутъ вноситься въ вотчинную книгу, если не будетъ налицо особыхъ условій. Возможностью внесенія будутъ пользоваться лишь тогда, когда дѣло будетъ итти объ очень продолжительномъ срокѣ и объ объектѣ большой цѣнности, т. е. напр., о большихъ торговыхъ помѣщеніяхъ, о домахъ-особнякахъ, о крупныхъ имѣніяхъ. Благодаря этому отпадаетъ одно возраженіе, которое выставлялось въ свое время противъ допущенія внесенія договора найма въ вотчинную книгу — возраженіе, указывавшее на возможное переполненіе книгъ, ведущее къ утратѣ наглядности<sup>1)</sup>. Но зато поднимается вопросъ, позволяютъ ли правила благоразумной законодательной экономіи создавать такой институтъ для нуждъ весьма органическаго круга населенія?

Въ настоящее время недостаетъ, повидимому, данныхъ для сужденія о томъ, имѣется ли въ сколько нибудь серьез-

---

слишкомъ большое значеніе безвозмезднымъ сдѣлкамъ о недвижимостяхъ — ср. выше, § 21. Въ виду этого, было бы, очевидно, болѣе правильно распространить дѣйствіе ст. 35 сл. также и на случай безвозмезднаго отчужденія. Въ пользу именно такого рѣшенія говорятъ тѣ же самыя соображенія, которыми руководствовались авторы проекта при составленіи рассматриваемой главы. Съ редакціонной же точки зрѣнія эта цѣль можетъ быть достигнута чрезвычайно просто путемъ исключенія слова „возмезднаго“.

1) Ср. Werner, Die preussischen Grundbuch- und Hypothekengesetze II, S. 20, Motive zum EEG. 12, BGB., Motive II, S. 384.

ныхъ размѣрахъ потребность въ подобномъ институтѣ. Но съ теоретической точки зрѣнія все же можно сказать, что имъ охранялись бы значительные экономическіе интересы, хотя бы онъ примѣнялся и сравнительно рѣдко. И если, при обыкновенныхъ обстоятельствахъ, и слѣдовало бы признать болѣе цѣлесообразнымъ рѣшеніе не создавать новаго института, пока не выяснилось, что онъ отвѣчаетъ потребностямъ жизни, то всетаки при новой нормировкѣ цѣлой обширной области, кажется позволительнымъ предусматривать и подобные случаи.

Но какъ бы то ни было, проектъ ВУ. во всякомъ случаѣ выдвигаетъ этотъ институтъ и критикѣ приходится считаться съ нимъ, въ частности, ей приходится дать цивильно-политическую его оцѣнку. Съ этой же точки зрѣнія приходится сказать, что о необходимости сохраненія внесенныхъ договоровъ найма на случай добровольной продажи не можетъ быть спора — иначе внесеніе было бы лишено всякаго смысла. Что же касается продажи публичной, то принципиально и здѣсь сохраненіе договоровъ является необходимымъ. Но въ томъ случаѣ, въ которомъ проекты ВУ. и ППВ. допускаютъ уничтоженіе внесеннаго договора по требованію кредиторовъ, такое уничтоженіе должно было бы допускаться немедленно съ предоставленіемъ арендатору только льготнаго срока для ликвидаціи своихъ дѣлъ — по тѣмъ же соображеніямъ, по которымъ такое же уничтоженіе должно быть допущено по отношенію къ договорамъ не внесеннымъ.

Съ цивильно-политической точки зрѣнія необходимо требовать, такимъ образомъ, нѣкоторыхъ измѣненій предположеній проекта. Но основныя его мысли остаются не затронутыми, при чемъ, можетъ быть, не лишне отмѣтить, что эти мысли почти совершенно совпадаютъ съ тѣми принципами, на которыхъ строится французское законодательство. Можно, слѣдовательно, признать, что оно въ этой области

не опережено болѣ новыми кодексами, въ частности уложеніями германскимъ и швейцарскимъ. Лишь возможность расторженія договора къ ближайшему законному сроку въ случаѣ публичной продажи должна была бы быть заимствована изъ BGB., хотя бы и при болѣ тщательной охранѣ правъ нанимателя. Что же касается уложенія швейцарскаго, то оно въ этой области не можетъ служить образцомъ. Лишь съ конструктивной точки зрѣнія можно будетъ воспользоваться его примѣромъ. Дѣло въ томъ, что теперь уже приходится поставить оставленный до сихъ поръ въ сторонѣ вопросъ о юридической конструкціи, которую пользуется проектъ ВУ. Чѣмъ, въ сущности, является, по проекту ВУ., внесенный въ вотчинную книгу договоръ найма и какимъ характеромъ обладаютъ вытекающія изъ него права <sup>1)</sup>?

#### § 42. Конструкція правъ по внесенному договору найма.

Излишне говорить, сколь большое значеніе какъ съ теоретической, такъ и съ практической точки зрѣнія должно имѣть рѣшеніе только что поставленнаго вопроса. Между тѣмъ приходится сказать, что имъ до сихъ поръ почти вовсе не интересовались. Матеріалы къ проекту затрогиваютъ его лишь мимоходомъ. А что касается литературы, то тутъ только въ одной статьѣ обращено на него вниманіе.

Объясненія къ проекту какъ редакціи 1893 г., такъ и редакціи 1896 г. посвящаютъ, по своему обыкновенію, глав-

1) Вопросъ о конструкціи правъ по договору не внесенному сюда не относится, такъ какъ въ настоящемъ изслѣдованіи разсматривается исключительно право проекта ВУ. и дополнительныхъ къ нему законопроектвъ. Если же договоръ не внесенный разсматривался, тѣмъ не менѣе, съ точки зрѣнія цивильно-политической, то это было необходимо въ виду того, что договоръ внесенный съ этой же точки зрѣнія является лишь частью одного цѣлага вмѣстѣ съ договоромъ не внесеннымъ. Съ конструктивной точки зрѣнія, напротивъ, такой связи не существуетъ и договоръ не внесенный сохраняетъ ту же конструкцію, какую онъ имѣетъ въ нынѣ дѣйствующемъ правѣ.

ное свое вниманіе экономической сторонѣ вопроса, а въ связи съ этимъ пространно излагаютъ постановленія западныхъ законодательствъ. Затѣмъ они обращаются къ дѣйствующему русскому праву и въ результатѣ получается тезисъ, что наши законы, по толкованію сената, „присваиваютъ найму недвижимыхъ имѣній извѣстныя послѣдствія чисто вотчиннаго характера“<sup>1)</sup>. Каковъ, однако, въ сущности, характеръ правъ по договору найма, регулируемаго такимъ образомъ, — въ этотъ вопросъ Объясненія не вникаютъ.

Столь же мало они затрогиваютъ тотъ же вопросъ по отношенію къ предлагаемой въ проектѣ нормировкѣ найма недвижимости. Но такъ какъ редакціонная комиссія желала оставаться на почвѣ дѣйствующаго права и предполагала ввести лишь нѣкоторыя улучшенія, носящія, въ извѣстномъ смыслѣ, скорѣе всего характеръ технической<sup>2)</sup>, то слѣдуетъ предполагать, что она видѣла въ правахъ по договору найма недвижимости и по проекту ВУ.; такъ же, какъ по дѣйствующему праву, права обязательственныя, снабженныя „извѣстными вотчинными послѣдствіями“. Комиссія, во всякомъ случаѣ, не сдѣлала попытки выяснить, насколько подобная конструкція является вообще допустимой и насколько она совместима съ современной вотчинной системой.

По примѣру редакціонной комиссіи, оставило въ сторонѣ конструктивный вопросъ и подавляющее большинство критиковъ проекта. Изъ всѣхъ замѣчаній, официально опубликованныхъ, лишь одинъ отзывъ юридическаго факультета Московскаго университета обратилъ на него вниманіе. Всѣ прочіе же высказываются лишь объ экономической сторонѣ критикуемыхъ институтовъ или же полемизируютъ противъ предположеній проекта съ точки зрѣнія законодательной техники. Къ нѣкоторымъ изъ этихъ критическихъ замѣ-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 221, 1896 г. I, стр. 242.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 222 сл., 1896 г. I, стр. 242 сл.

чаній нельзя не присоединиться, но къ разсматриваемому въ настоящую минуту вопросу они не имѣютъ отношенія.

Что же касается отзыва юридическаго факультета Московскаго университета<sup>1)</sup>, то и въ немъ не имѣется изслѣдованія этого вопроса, нѣтъ и рѣшенія его. Авторы отзыва исходятъ, напротивъ, изъ того предположенія, что вопросъ о конструкціи рѣшенъ уже самимъ проектомъ и рѣшенъ въ томъ смыслѣ, что права по внесенному въ вотчинную книгу договору найма суть права вещныя. На этомъ основаніи ведется полемика противъ вторженія законодательства въ область, отведенную наукѣ, такъ какъ нѣтъ, по мнѣнію авторовъ отзыва, достаточнаго основанія для признанія этихъ правъ вещными. Къ тому же, вопросъ объ основныхъ признакахъ вещныхъ правъ является, по ихъ утверженію, спорнымъ.

Однако, слѣдуетъ сказать, что отзывъ юридическаго факультета Московскаго университета исходитъ изъ положенія, съ которымъ нельзя, очевидно, согласиться: ни самъ проектъ ВУ., ни Объясненія къ нему не высказываются въ пользу приписываемой имъ конструкціи. Нигдѣ не сказано, что права по договору, внесенному въ вотчинную книгу, признаются правами вещными. Напротивъ, какъ самъ проектъ, такъ и Объясненія тщательно воздерживаются отъ выставленія какой бы то ни было конструкціи и ограничиваются указаніемъ на отдѣльныя „вотчинныя послѣдствія“, связанныя съ правами по договору найма. Слѣдовательно, о вторженіи законодателя въ область, отведенную наукѣ, едва ли приходится говорить. А доказательства тому, что указанныя права являются, независимо отъ точки зрѣнія, занимаемой редакціонной комиссіей, вещными, въ отзывѣ не имѣется.

Въ виду этого необходимо признать, что критика пер-

1) Св. Зам., № 126 (стр. 161 сл).

ваго проекта не даетъ рѣшенія поставленнаго вопроса. Что же касается критическихъ замѣчаній, не вошедшихъ въ официальный сборникъ, то лишь одна статья г. Вербловскаго<sup>1)</sup> касается вообще III главы I раздѣла ВУ. Однако, и въ ней конструктивный вопросъ не разрабатывается самостоятельно. Авторъ предполагаетъ, что права по внесеннымъ договорамъ имѣютъ вещный характеръ и, считаясь съ этимъ, какъ съ чѣмъ то даннымъ, не выставляетъ никакихъ возраженій.

Столь же мало даютъ официальные отзывы вѣдомствъ на проектъ 1896 г. Наиболѣе пространно занимается постановленіями главы III раздѣла I отзывъ министра финансовъ<sup>2)</sup>. Но здѣсь обращено вниманіе исключительно на экономическую сторону вопроса, въ частности же на то явленіе, которое въ отзывѣ называется „засореніемъ права собственности“ и на затрудненія, могущія возникнуть отсюда для земельныхъ банковъ<sup>3)</sup>. Въ отзывѣ министра юстиціи<sup>4)</sup> дѣлается только одно замѣчаніе редакціоннаго характера и лишь въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ<sup>5)</sup> имѣется намекъ на конструктивную сторону вопроса. Правда, этотъ намекъ настолько неопредѣленный, что изъ него можно вывести лишь то заключеніе, что министръ сомнѣвался въ правильности признанія вотчиннаго характера за правами по внесеннымъ въ книгу договорамъ. Прочіе же отзывы этой главы проекта вовсе не касаются.

Нѣсколько болѣе даетъ Журналъ Особой Комиссіи<sup>6)</sup>. Правда, и онъ не разрѣшаетъ нашей проблемы. Но онъ все же позволяетъ выяснить субъективную точку зрѣнія, занимаемую той комиссіей, которая придала проекту окон-

1) Новѣйшій проектъ ВУ., Сборникъ правовѣднія 1895, 4, стр. 217 сл.

2) Стр. 87 сл.

3) Ср., по этому поводу, сказанное выше, въ § 7, объ общемъ характерѣ отзыва министра финансовъ.

4) Стр. 6 сл.

5) Стр. 16.

6) Стр. 106 сл.

чательную формулировку. При этомъ оказывается, что это та же самая точка зрѣнія, которую занимала, по всей вѣроятности, и редакціонная комиссія. Различіе заключается лишь въ томъ, что особая комиссія высказывается объ этомъ прямо, между тѣмъ какъ редакціонная этого не дѣлаетъ, а оставляетъ мѣсто догадкамъ.

Эта точка зрѣнія сводится къ тому, что права по внесению въ вотчинную книгу договору найма признаются правами обязательственными, при чемъ имъ, однако, придается „извѣстныя вотчинныя послѣдствія“. Что особая комиссія смотритъ именно такъ на указанныя права, явствуетъ изъ слѣдующаго: комиссія противопоставляетъ другъ другу договоры найма и продажи лѣса на срубъ съ одной, вотчинныя права съ другой стороны и утверждаетъ, что внесеніе въ вотчинную книгу лишь вторыхъ оставляло бы въ неизвѣстности договоры, которые, между тѣмъ, могутъ вліять весьма замѣтно на стоимость имѣнія. Затѣмъ, комиссія устанавливаетъ, что внесеніе имѣетъ, по системѣ проекта ВУ., „двойное значеніе: 1) какъ необходимое условіе приобрѣтенія права и 2) какъ оглашеніе права по книгѣ для приданія ему извѣстныхъ вотчинныхъ послѣдствій“. Рассматриваемыхъ же договоровъ начало внесенія касается, именно, во второмъ своемъ значеніи. А что оно „въ первомъ своемъ значеніи не можетъ имѣть примѣненія къ правамъ обязательственнымъ, какимъ по существу являются права по договору найма“, это „разумѣется само собой“.

Въ этой аргументаціи поражаетъ, прежде всего, одно обстоятельство. Особая комиссія говоритъ о двойномъ значеніи внесенія какъ о чемъ то, съ одной стороны, не подлежащемъ спору, а съ другой стороны — ясно опредѣляющемъ характеръ даннаго права. Между тѣмъ, общая часть ВУ., какъ извѣстно, вовсе не упоминаетъ о такомъ двойномъ значеніи внесенія, а дальнѣйшія его главы проводятъ грань между двумя категоріями внесенія въ совершенно иномъ

смыслѣ. А именно, какъ было изложено въ своемъ мѣстѣ<sup>1)</sup>, въ нѣкоторыхъ случаяхъ внесеніе является условіемъ пріобрѣтенія даннаго вотчиннаго права, въ другихъ, напротивъ, право пріобрѣтается независимо отъ внесенія и послѣднее необходимо лишь для того, чтобы управомоченное лицо могло распоряжаться своимъ правомъ. Напротивъ, проектъ ВУ. нигдѣ не говоритъ о такомъ внесеніи, которымъ преслѣдовалась бы цѣль придать опредѣленному праву лишь извѣстныя вотчинныя послѣдствія.

Предположимъ, однако, что внесеніе договора найма преслѣдуетъ эту цѣль. Но тогда должно быть высказано, что именно для этого договора, а равно для договора продажи лѣса на срубъ создается особая категорія внесеній. И если дѣло обстоитъ такъ, то значеніе этихъ внесеній опредѣляется этою цѣлью, т. е. сводится къ приданію опредѣленнымъ обязательственнымъ правамъ извѣстныхъ вотчинныхъ послѣдствій. Но въ такомъ случаѣ, очевидно, не приходится уже говорить о томъ, что особымъ характеромъ внесенія опредѣляется характеръ этихъ правъ. Это было бы логическимъ промахомъ. Между тѣмъ, особая комиссія допускаетъ, именно, этотъ промахъ. Она выставляетъ новую и какъ бы самостоятельную категорію внесеній и опредѣляетъ въ зависимости отъ нея характеръ разсматриваемыхъ правъ.

Однако, какъ бы то ни было, субъективная точка зрѣнія особой комиссіи во всякомъ случаѣ ясна. Но вопросъ о конструкціи правъ по внесенному договору найма остается, тѣмъ не менѣе, нерѣшеннымъ. Ибо соображенія комиссіи не могутъ быть признаны достаточнымъ отвѣтомъ даже въ томъ случаѣ, если они находятъ ограженіе въ постановленіяхъ самаго проекта. Благодаря этому остается открытымъ вопросъ, чѣмъ же является, въ сущности, обязатель-

---

1) Ср. выше, § 11.

ственное право, которому приданы „извѣстныя вотчинныя послѣдствія“ и о какихъ „вотчинныхъ послѣдствіяхъ“ идетъ рѣчь <sup>1)</sup>)?

Что же говорить по этому поводу самъ проектъ ВУ.?

Во всей главѣ III только одна статья 34 можетъ дать въ этомъ направленіи нѣкоторыя указанія. Но и она говоритъ лишь то, что право нанимателя недвижимости, внесенное въ вотчинную книгу, обязательно для всѣхъ третьихъ лицъ, приобрѣвшихъ въ послѣдствіи права по имѣнію. Во второмъ же абзацѣ той же статьи сказано, кромѣ того, что „къ внесеннымъ въ вотчинную книгу правамъ нанимателя... примѣняются правила о старшинствѣ внесенныхъ въ вотчинную книгу правъ въ чужомъ имѣніи“.

Самаго характера правъ нанимателя эти постановленія, такимъ образомъ, не касаются. Обязательными для третьихъ лицъ являются, какъ извѣстно, и не внесенныя права по найму и разница въ этомъ отношеніи сводится къ разницѣ въ срокъ обязательности. Что же касается ст. 34,2, то, въ сущности, въ этомъ постановленіи нѣтъ никакой необходимости. Если права нанимателя обязательны для третьихъ лицъ, приобрѣвшихъ права по данному имѣнію, то рѣчь можетъ идти, очевидно, лишь о лицахъ, приобрѣвшихъ такія права послѣ установленія правъ нанимателя. Вслѣдствіе того, какъ было упомянуто уже выше, проектъ ППВ. и признаетъ право требовать уничтоженія договора найма только за тѣми кредиторами, требованія которыхъ пользуются старшинствомъ передъ правами нанимателя. Младшіе кредиторы, напротивъ, связаны этими правами. Иначе это и быть не можетъ, такъ какъ принципъ старшинства вытекаетъ непосредственно изъ сущности вотчинной системы. Въ противномъ случаѣ внесеніе правъ нанимателя или было бы ли-

---

1) Ради полноты изложенія слѣдуетъ отмѣтить, что записка министра юстиціи вовсе не затрагиваетъ гл. III.

шено всякаго смысла или же нарушало бы права старшія и тѣмъ обезцѣнивало бы весь институтъ вотчинной книги.

Но если, такимъ образомъ, ст. 34,2 лишена содержанія и должна быть исключена при окончательной редакціи проекта, то она все же представляетъ извѣстный интересъ благодаря своей формулировкѣ: если бы права нанимателя признавались правами вотчинными, то не приходилось бы говорить о томъ, что къ нимъ „примѣняются“ правила о старшинствѣ. Этотъ оборотъ былъ бы въ такомъ случаѣ совершенно не подходящимъ и въ крайнемъ случаѣ было бы достаточно ссылки на ст. 12, въ которой устанавливается общій принципъ старшинства для всѣхъ вотчинныхъ правъ.

Съ другой стороны, необходимо указать и на то, что согласно ст. 1 ВУ., „вотчинныя книги устанавливаются для внесенія вотчинныхъ правъ на недвижимыя имѣнія“, внесеніе же правъ не вотчинныхъ не предусматривается. Сюда же относится и тотъ фактъ, что ст. 19 проекта ППВ. лишаетъ собственника-должника, послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія, права „обременять имѣніе залогомъ или другими вотчинными правами“. О лишеніи же должника права заключать подлежащей внесенію въ вотчинную книгу договоръ найма особо не упоминается. Между тѣмъ, и это ограниченіе должно быть подразумѣваемо какъ по самому смыслу внесенія записи объ обращеніи взысканія, такъ и по ст. 21 того же ППВ., воспреещающей заключеніе договоровъ найма на срокъ свыше года. А договоры внесенные разсчитаны, какъ извѣстно, вообще лишь на сроки свыше трехъ лѣтъ.

Такимъ образомъ, получается впечатлѣніе, будто ст. 1 ВУ. и ст. 19 ППВ. признають права нанимателя вещными. Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не замѣтить, что права нанимателя, въ случаѣ признанія ихъ правами вотчинными, могли бы быть классифицированы только какъ права въ чужомъ имѣніи. Между тѣмъ, ВУ. посвящаетъ имъ особую главу, на ряду съ главами о правѣ собственности, о правахъ въ

чужомъ имѣніи и о залоговомъ правѣ. Онъ, слѣдовательно, не причисляетъ ихъ ни къ одной изъ этихъ категорій, а въ частности, не признаетъ ихъ правами въ чужомъ имѣніи. И такъ какъ раздѣлъ I, въ который входятъ всѣ эти главы, носитъ заглавіе „О правахъ, вносимыхъ въ вотчинныя книги“, — каковыя права, при этомъ, не называются вотчинными — то въ результатѣ нельзя не признать, что ст. 1 ВУ. и ст. 19 ППВ. лишены въ этомъ отношеніи значенія и что дѣло лишь въ неудачной редакціи.

Такимъ образомъ, слѣдуетъ констатировать, что и въ самомъ проектѣ ВУ. нѣтъ, съ внѣшней стороны, ничего, что противорѣчило бы принятой редакціонною и особою комиссіями конструкціи правъ нанимателя какъ правъ обязательственныхъ. Грань между ними и правами вотчинными проводится вполне послѣдовательно, если не считать двухъ редакціонныхъ промаховъ.

Однако, и этимъ не рѣшается разсматриваемый вопросъ. Ибо только что произведенное изслѣдованіе нормъ ВУ. собственно подтвердило лишь результаты разсмотрѣнія матеріаловъ къ проекту и показало лишній разъ, что комиссіи старались создать обязательственное право съ нѣкоторыми вотчинными послѣдствіями. Но сущность этого понятія осталась не выясненной и, въ частности, осталось не выясненнымъ, какими „вотчинными послѣдствіями“ снабжено внесенное въ книгу обязательственное право.

ВУ., какъ мы видѣли, предусматриваетъ только два такихъ послѣдствія: обязательность права для третьихъ лицъ и подчиненіе его правиламъ о старшинствѣ. И весьма вѣроятно, что авторы проекта желали ограничить именно этимъ „вотчинныя послѣдствія“ внесенія правъ нанимателя. Однако, нельзя не поставить вопроса, возможно ли такое ограниченіе безъ нарушенія всей вотчинной системы и, далѣе, не погрѣшили ли сами авторы противъ выставленнаго ими принципа?

Что касается перваго изъ этихъ двухъ вопросовъ, то отвѣтъ можетъ быть найденъ лучше всего, если вспомнить значеніе внесенія въ книгу для тѣхъ правъ, вотчинный характеръ которыхъ находится внѣ сомнѣнія и подчиненіе которыхъ всѣмъ принципамъ вотчинной системы неоспоримо.

Однимъ изъ двухъ основныхъ принциповъ, на которыхъ построена вотчинная система, является, какъ извѣстно, принципъ внесенія. Онъ заключается въ томъ, что вотчинныя права, въ случаѣ установленія или перенесенія ихъ на основаніи добровольнаго соглашенія, приобрѣтаются лишь посредствомъ внесенія въ вотчинную книгу. Само собой разумѣется, однако, что права нанимателя подчиняются этому принципу въ нѣсколько иномъ смыслѣ: они приобрѣтаются независимо отъ внесенія, но „вотчинныя послѣдствія“ приобщаются имъ лишь благодаря внесенію въ книгу.

Гораздо болѣе затруднительнымъ является вопросъ о значеніи, которое имѣеть для правъ нанимателя второй изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы, т. е. принципъ публичной вѣры вотчинной книги.

Проектъ самъ объ этомъ не высказывается, даже болѣе, онъ не дѣлаетъ никакихъ намековъ на свое отношеніе къ этому вопросу. Вслѣдствіе этого кажется вполне позволительнымъ предположить, что комиссія этимъ вопросомъ вовсе не задавалась, а считали, напротивъ, дѣло рѣшеннымъ благодаря постановленіямъ ст. 34 ВУ. Но даже излишне повторять, что такой взглядъ членовъ комиссій не имѣеть никакой обязательной силы. Если же приступить къ рѣшенію поставленнаго вопроса независимо отъ него, то приходится сказать, что принципъ публичной вѣры не можетъ не быть примѣненъ и къ правамъ нанимателя, хотя бы это и противорѣчило видамъ авторовъ проекта.

Неизбѣжность такого отвѣта вытекаетъ изъ самой сущности вотчинной системы. Вотчинная книга потеряла бы всякое значеніе и даже всякій смыслъ, если бы принципъ

публичности не примѣнялся ко всѣмъ безъ исключенія статьямъ, вносимымъ въ нее. Въ виду этого, ст. 6, говоря о гласности книгъ, и не дѣлаеть никакого исключенія въ пользу какихъ бы то ни было правъ. А слѣдовательно ясно, что ссылка на невѣдѣніе содержанія книги не можетъ быть допускаема совершенно независимо отъ характера даннаго права. Одного факта его внесенія въ книгу должно быть достаточно.

Далѣе отсюда вытекаетъ, что и ст. 7 должна быть примѣнена къ правамъ по договору найма, т. е. они должны признаваться достовѣрными, а въ частности, къ нимъ должно быть примѣнено и то дальнѣйшее послѣдствіе принципа публичной вѣры, которое называется Объясненіями принципомъ безповоротности. Другими словами, договоръ найма остается въ силѣ, если въ послѣдствіи окажется, что контрагентъ нанимателя не былъ собственникомъ недвижимости. И во вторыхъ, лицо, приобрѣвшее добросовѣстно и возмездно права по договору найма отъ внесеннаго въ книгу нанимателя, сохраняетъ ихъ, хотя бы въ послѣдствіи оказалось, что внесенное въ книгу лицо не было нанимателемъ<sup>1)</sup>.

Уже выше было указано на то, что эти выводы, по всей вѣроятности, не отвѣчаютъ намѣреніямъ авторовъ проекта. Однако, ихъ желаніе придать опредѣленный характеръ правамъ по внесеннымъ договорамъ не можетъ имѣть значенія: если данныя права вносятся въ книгу, то они, очевидно, не могутъ быть изъяты отъ дѣйствія основныхъ принциповъ вотчинной системы, такъ какъ они въ противномъ случаѣ подорвали бы всю эту систему. Въ частности же, отказъ отъ примѣненія къ правамъ по договору принципа публичной вѣры имѣлъ бы, именно, такія послѣдствія<sup>2)</sup>.

1) Ср. выше, § 19.

2) Кажется умѣстнымъ прибавить указаніе на то, что ВУ. знаетъ лишь одинъ случай, въ которомъ внесенное въ книгу право не пользуется безповоротностью. Это изъятіе устанавливается въ ст. 59 для прину-

Слѣдуетъ, однако, добавить, что необходимо признать распространеніе безповоротности на права нанимателя также и съ точки зрѣнія матеріальной справедливости. Если показанія книги признаются достовѣрными въ пользу всѣхъ другихъ лицъ, приобретающихъ права въ имѣніи, то нѣтъ основанія сдѣлать исключеніе по отношенію къ нанимателю. Онъ, правда, по конструкціи редакціонной комиссіи, не приобретаетъ права въ имѣніи. Но онъ, тѣмъ не менѣе, заключаетъ договоръ и вноситъ его въ книгу, довѣряясь показаніямъ той же самой книги. Здѣсь имѣется несомнѣнная связь между показаніями книги и заключеніемъ сдѣлки, и притомъ связь вполне объективная <sup>1)</sup>. Къ тому же, нельзя не обратить вниманія и на то, что безповоротность признается, какъ было указано выше, въ извѣстномъ смыслѣ, самимъ ВУ. даже для договоровъ найма, не внесенныхъ въ вотчинную книгу. И хотя это постановленіе проекта и заслуживаетъ осужденія, то все же, именно съ точки зрѣнія составителей проекта, нѣтъ никакихъ основаній, по которымъ договоръ не внесенный долженъ былъ бы пользоваться большой защитой, чѣмъ договоръ внесенный. Что же касается лица, приобретшаго права по перенайму, то и оно

---

длительнаго залога — ср. ниже, т. II, § 64. Характерно при этомъ то, что этотъ случай, во-первыхъ, оговаривается особо, а во-вторыхъ, что это изъятіе мотивируется тѣмъ, что при принудительномъ залогѣ вѣра въ показанія книги не играетъ роли и не нуждается, поэтому, въ защитѣ. Кредиторъ можетъ устанавливать право залога даже при заявленіи должника, что онъ не есть собственникъ, ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 347 сл., 1896 г. I, стр. 353 сл., Ж. О. К., стр. 145 сл. По отношенію же къ внесенному договору найма нѣтъ подобной особой оговорки и приведенная мотивировка къ нему не подходитъ.

1) Связь лишь субъективная и не принимаемая, поэтому, въ соображеніе правомъ имѣется налицо тогда, когда контрагентъ внесеннаго въ книгу собственника заключаетъ съ послѣднимъ какой либо другой обязательственный договоръ, не имѣющий прямого отношенія къ недвижимости и не вносимый въ вотчинную книгу — хотя бы данный контрагентъ и справлялся въ книгѣ и вывелъ изъ нея показаній заключенія о кредитоспособности другой стороны. Ср., впрочемъ, сказанное по этому поводу въ предыдущемъ параграфѣ.

положилось на показанія книги и должно пользоваться, по этому, защитой. Ибо здѣсь имѣется налицо та же объективная связь между книгой и сдѣлкой.

Такимъ образомъ, не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что принципъ публичной вѣры примѣняется въ полномъ объемѣ также и къ правамъ по договору найма, внѣ всякой зависимости отъ характера этихъ правъ, а благодаря одному тому факту, что они вносятся въ вотчинную книгу. Если же къ этимъ правамъ примѣняются принципы внесения и публичной вѣры, то неизбѣжнымъ является также и подчиненіе ихъ второстепеннымъ принципамъ, вытекающимъ изъ основныхъ началъ вотчинной системы. Въ частности, права нанимателя по внесенному договору должны быть изъяты отъ дѣйствія давности согласно ст. 8 ВУ. Правда, редакціонная комиссія признавала тутъ наличность особаго, болѣе или менѣе самостоятельнаго принципа <sup>1)</sup>, который, слѣдовательно, могъ бы и не примѣняться къ правамъ нанимателя. Но не говоря даже о неправильности такого взгляда комиссії, слѣдуетъ сказать, что изъятіе ихъ отъ дѣйствія давности совершенно необходимо въ цѣляхъ поддержанія значенія вотчинныхъ книгъ — это значеніе было бы, очевидно, сильно подорвано, если бы какія бы то ни было внесенныя права погашались давностью независимо отъ вотчинной книги.

Остается упомянуть еще о принципѣ спеціальности.

Здѣсь даже излишне считается съ возрѣніемъ комиссії на него какъ на особый самостоятельный принципъ. Будь онъ таковымъ или чисто техническимъ вспомогательнымъ началомъ <sup>2)</sup>, обусловленнымъ основными принципами внесения и публичной вѣры, — во всякомъ случаѣ несоблюденіе его по отношенію къ правамъ нанимателя совершенно немислимо.

1) Ср. выше, § 10.

2) Ср. выше, § 10.

И въ результатѣ получается, такимъ образомъ, выводъ, что внесенныя въ книгу права нанимателя подчиняются всѣмъ безъ исключенія принципамъ вотчинной системы.

Но кромѣ того, необходимо отмѣтить также и то, что проектъ ППВ. признаетъ за внесеннымъ нанимателемъ еще одно право, которое равно можетъ быть названо „вотчиннымъ послѣдствіемъ“: послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія на недвижимость взыскиваемая съ имѣнія сумма можетъ быть, независимо отъ согласія должника и взыскателя, уплачена послѣднему, наряду съ лицами, имѣющими вещныя права, также и внесеннымъ нанимателемъ <sup>1)</sup>. За послѣднимъ, слѣдовательно, признается *jus offerendi et succedendi*, которое, въ общемъ, считается также правомъ, принадлежащимъ только лицу, обладающему вещнымъ правомъ <sup>2)</sup>.

Въ конечномъ выводѣ оказывается, слѣдовательно, что внесенный въ вотчинную книгу договоръ найма недвижимости создаетъ право въ высшей степени сложное и своеобразное. Оно является правомъ обязательственнымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ имѣетъ силу противъ всѣхъ третьихъ лицъ, приобретающихъ права по данной недвижимости. Оно подчинено всѣмъ принципамъ вотчинной системы и пользуется, въ частности, безповоротностью и изъятіемъ отъ дѣйствія давности. Оно наконецъ, связано съ *jus offerendi et succedendi* <sup>4)</sup>.

Такова конструція, принятая авторами проекта ВУ., и выраженная также въ самомъ проектѣ. Даже невольно

1) - Ст. 33, 18.

2) Нельзя, однако, не замѣтить, что изъ современныхъ кодексовъ германское уложеніе въ ст. 268 признаетъ *jus offerendi* также и за всякимъ владѣльцемъ вещи, каковымъ, согласно ст. 868 того же уложенія, являются и лица, имѣющія по отношенію къ данной вещи лишь обязательственныя права. Оно признается въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ можетъ лишиться вслѣдствіе публичной продажи владѣнія вещи. Слѣдовательно, въ виду *ZwVG. 57*, и наниматель имѣетъ *jus offerendi et succedendi*. Ср., впрочемъ, и проектъ ГУ. 1615. Швейцарское право, напротивъ, признаетъ *jus offerendi et succedendi* только за лицомъ, имѣющимъ вещное право въ данной вещи — См. O.-R. 110.

возникаетъ вопросъ, можно ли ее признать удовлетворительной, не слѣдуетъ ли требовать въ интересахъ научнаго достоинства ВУ., чтобы она была замѣнена другою?

### § 43. Критика принятой проектомъ конструкціи.

Конструкцію правъ по договору найма, принятую проектомъ, можно, безъ сомнѣнія, защищать при помощи діалектическихъ приѣмовъ. Можно утверждать, что и въ римскомъ правѣ имѣются параллели для признанія за обязательствомъ силы не только противъ контрагента, но также противъ третьихъ лицъ, вступающихъ въ опредѣленные отношенія, что подчиненіе правъ нанимателя вотчиннымъ принципамъ является лишь послѣдствіемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу, что, наконецъ, признаніе за нанимателемъ *jus offerendi et succedendi* лишено въ этомъ отношеніи значенія, въ виду той роли, которая отводится ему и въ BGB. и въ проектѣ ГУ. Можно указывать, далѣе, на то, что права по внесенному договору найма остаются, несмотря ни на что, правами личными, такъ какъ всѣ указанные только что моменты не даютъ нанимателю господства надъ самою вещью. Можно, наконецъ, утверждать, что въ настоящее время вообще римско-правовыя категоріи оказываются недостаточными въ немаломъ числѣ случаевъ и что, благодаря этому, современное право вынуждено создавать самостоятельныя конструкціи, не извѣстныя римскому праву.

Однако, всѣ эти аргументы не имѣютъ убѣдительной силы. Прежде всего, созданіе новыхъ категорій можетъ быть допущено, понятнымъ образомъ, только тогда, когда категоріи римскаго права оказываются, дѣйствительно, недостаточными, причемъ слѣдуетъ, впрочемъ, отмѣтить, что принятая проектомъ конструкція не укладывается въ категоріи именно современнаго права. Затѣмъ, сомнительно не только то, имѣется ли въ настоящемъ случаѣ подобная надобность, но и въ томъ, создана ли здѣсь новая категорія.

Ибо выдвинутое авторами проекта понятіе обязательственнаго права съ вотчинными послѣдствіями отдаеть скорѣе неясностью, чѣмъ новизной. И нельзя не указать, въ частности, на то, что благодаря этому понятію на практикѣ создастся, вѣроятно, цѣлый рядъ затрудненій. При теоретическомъ разсмотрѣніи вопроса трудно или даже невозможно предвидѣть, въ какихъ отдѣльныхъ случаяхъ это проявится. Но что въ нихъ не будетъ недостатка, въ этомъ сомнѣваться нельзя. Неопредѣленность основнаго понятія слишкомъ уже велика.

Но важнѣе всего то, что никакой необходимости въ созданіи такого понятія нѣтъ. Достаточно указанія на фактъ разрѣшенія тѣхъ же гражданско-политическихъ вопросовъ другими законодательствами при сохраненіи римско-правовыхъ категорій. Правда, и они были вынуждены отступить отъ римскаго права. Но эти отступленія сводятся, въ сущности, къ тому, что договоръ найма получаетъ силу по отношенію къ третьему пріобрѣтателю недвижимости. А это, очевидно, далеко не то, что имѣется въ нашемъ проектѣ. Лишь одна французская система стоитъ довольно близко къ системѣ проекта — не только съ гражданско-политической точки зрѣнія, что было отмѣчено уже выше, но также по конструкціи правъ нанимателя. Однако, и здѣсь имѣется значительное различіе.

Различіе это является неминуемымъ послѣдствіемъ различія, существующаго между французской транскрипціонной и инскрипціонной системой, съ одной, и современной вотчинной системой, съ другой стороны. Въ частности, слѣдуетъ, при этомъ, обратить вниманіе на то обстоятельство, что внесеніе въ вотчинную книгу не измѣняетъ, по французской системѣ, матеріальныхъ правоотношеній между частными лицами, другими словами, что французской системѣ чуждо понятіе публичной вѣры вотчинной книги, а слѣдовательно чуждо и понятіе безповоротности. Она построена,

какъ извѣстно, на мысли, что внесеніе придаетъ праву силу по отношенію къ третьимъ лицамъ, между тѣмъ какъ правоотношенія между контрагентами не находятся въ зависимости отъ него. И хотя это правило и относится принципиально лишь къ правамъ вещнымъ, все же получается извѣстная параллель также и по отношенію къ правамъ по договору найма: для собственника-контрагента договоръ обязателенъ независимо отъ внесенія, собственникъ - неконтрагентъ, напротивъ, связанъ только тогда, когда договоръ внесенъ въ книгу. Правда, этотъ параллелизмъ не вполне выдержанъ, такъ какъ внесеніе требуется, какъ извѣстно, только при извѣстной продолжительности договора.

Очень вѣроятно, что наша редакціонная комиссія соблазнилась стройностью этого параллелизма<sup>1)</sup> и рѣшилась послѣдовать примѣру французской системы, несмотря на ея общеизвѣстные недостатки, именно, въ виду этой стройности. Но если это предположеніе правильно, то необходимо замѣтить, что комиссія упустила изъ виду не только различіе между французскою ипотечною и современною вотчинною системою, но также, въ частности, различіе между системою приобрѣтенія вещныхъ правъ по первой и по второй. А благодаря этому второму различію исчезаетъ тотъ параллелизмъ, который наблюдается въ французскомъ правѣ и который какъ бы оправдываетъ принятую имъ нормировку. И на первый планъ выступаютъ уже всѣ тѣ затрудненія, которыя неминуемо вытекаютъ изъ внесенія въ вотчинную книгу обязательственныхъ правъ.

Но если, какъ было изложено выше, принятая проектомъ нормировка является, съ гражданско-политической точки зрѣнія, въ общемъ, удовлетворительной, то необходимо спросить, нельзя ли достигнуть тѣхъ же результатовъ инымъ

---

1) Въ матеріалахъ къ проекту, правда, нельзя найти подтвержденія этому предположенію.

путемъ, который являлся бы болѣе удовлетворительнымъ именно, съ конструктивной точки зрѣнія.

Если французская система оказывается неудовлетворительной въ конструктивномъ отношеніи, то система германскаго уложенія, со своей стороны, неприемлема съ цивильно-политической точки зрѣнія. Она, съ одной стороны, въ случаѣ добровольнаго отчужденія, не достаточно гарантируетъ приобрѣтателя, благодаря отсутствію гласности, а съ другой, въ случаѣ публичной продажи, практически лишаетъ силы договоръ найма.

Неудовлетворительной является и система швейцарская, благодаря господству въ ней принципа „Kauf bricht Miete“ — ибо возможность внесенія въ вотчинную книгу отмѣтки лишена практическаго значенія въ тѣхъ наиболѣе многочисленныхъ случаяхъ, въ которыхъ наниматель является экономически болѣе слабой стороной. Но съ конструктивной точки зрѣнія этотъ способъ обезпеченія договора найма заслуживаетъ, тѣмъ не менѣе, вниманія.

Дѣло въ томъ, что при его примѣненіи обязательственный характеръ найма остается неприкосновеннымъ, такъ какъ отмѣтки преслѣдуютъ цѣль обезпеченія, именно, обязательственныхъ правъ. Являясь особой категоріей вносимыхъ въ вотчинную книгу статей, онѣ, по предположеніямъ редакторовъ швейцарскаго уложенія<sup>1)</sup>, не должны измѣнять ничего въ характерѣ обезпечиваемыхъ правъ. Послѣднія остаются, напротивъ, правами обязательственными и отличаются отъ правъ не внесенныхъ исключительно тѣмъ, что связываютъ также и третьихъ приобрѣтателей недвижимости. Ни о какихъ другихъ „вотчинныхъ послѣдствіяхъ“ здѣсь нѣтъ рѣчи и, въ частности, публичная вѣра книги не играетъ по отношенію къ отмѣткамъ о наймѣ никакой роли<sup>2)</sup>. Она не дѣйствуетъ въ пользу нанимателя въ слу-

1) Erläuterungen III, S. 384 flg.

2) Согласно ZGB. 973 публичная вѣра книги дѣйствуетъ только въ

чаѣ отсужденія недвижимости у внесеннаго собственника. И преемникъ нанимателя по перенайму не можетъ ссылаться на нее, такъ какъ нѣтъ въ книгѣ никакой записи о правѣ, на которую могла бы опираться его добрая вѣра. Есть только отмѣтка, обращающая вниманіе пріобрѣтателя недвижимости на существованіе связывающаго его обязательства.

Нашъ проектъ подобныхъ отмѣтокъ для обезпеченія обязательственныхъ правъ, какъ извѣстно, не признаетъ<sup>1)</sup>. Благодаря этому онъ и не могъ выработать системы, аналогичной системѣ швейцарской. Но именно этимъ онъ лишилъ себя возможности одновременно сохранить обязательственный характеръ правъ по договору найма и воспользоваться для обезпеченія ихъ вотчинной книгой. Правда, принципъ, по которому вотчинная книга предназначена исключительно для внесенія правъ вотчинныхъ, пострадалъ бы и при этомъ. Но все же отступленіе отъ него было бы несравненно меньше, чѣмъ то, которое получилось въ проектѣ. А важнѣе этого то, что въ случаѣ, если бы ВУ. послѣдовалъ въ этомъ отношеніи примѣру швейцарскаго уложенія, то получилась бы конструкція простая и ясная съ теоретической точки зрѣнія и не порождающая затрудненій съ точки зрѣнія практической.

Однако, существуетъ еще и другой выходъ. Онъ заключается въ признаніи вотчиннаго права за нанимателемъ по внесенному въ вотчинную книгу договору. И если ZGB. показываетъ возможность достиженія цивильно-политическихъ цѣлей, которыя поставилъ себѣ ВУ., при помощи конструкціи правъ нанимателя какъ правъ обязательственныхъ, то возможность достиженія тѣхъ же цѣлей путемъ при-

---

пользу лицъ, пріобрѣвшихъ вещныя права. Внесеніе же отмѣтки вещнаго права не создаетъ — см. ZGB. 959. Ср. Wieland, Sachenrecht ad 959, P. 1, 2, 5 b, ср. 974, P. 4 b, Ostertag, Sachenrecht ad 959, I, P. 1 flg., 48 flg., Tuor, Das neue Recht, S. 348 flg. Ср. выше, § 23.

1) Ср. выше, § 24.

знанія этихъ правъ правами вещными вытекаетъ изъ слѣдующихъ соображеній.

Какъ было изложено уже выше, признаніе за нанимателемъ недвижимости права вещнаго или обязательственнаго зависитъ не столько отъ характера его права, сколько отъ извѣстныхъ соціальныхъ и экономическихъ условій. Въ настоящее время господствуетъ, неоспоримо, тенденція упрочить и улучшить положеніе нанимателя. Если же вникнуть въ имѣющіяся по этому вопросу въ проектѣ ВУ. постановленія, то трудно отрицать, что экономическое господство нанимателя надъ нанятой недвижимостью, въ сущности, уже превратилось въ господство юридическое. Недостаетъ только формальнаго признанія этого факта, сводящагося къ тому, чтобы „обязательственное право съ вотчинными послѣдствіями“ прямо было названо правомъ вотчиннымъ. Практически же отъ этого ничего не измѣнилось бы. И даже принципиально вытекающая отсюда замѣна подсудности личной подсудностью вещной была бы лишена значенія, такъ какъ и нынѣ иски изъ договора найма недвижимости должны предъявляться мѣстному, по договору найма, суду<sup>1)</sup>.

Въ виду всего этого можно сказать, что нѣтъ причины создавать совершенно неудовлетворительную категорію обязательственныхъ правъ съ вотчинными послѣдствіями. И если, съ одной стороны, задачей законодательства является защита интересовъ въ такой, именно, формѣ, какая лучше всего отвѣчаетъ ихъ сущности, и если, съ другой стороны, права по внесенному договору найма обладаютъ всѣми признаками правъ вещныхъ, то и слѣдуетъ признавать ихъ открыто таковыми<sup>2) 3)</sup>.

1) Ср. У. Гр. С. 203, 209, 212.

2) Можно было бы, впрочемъ, защищать мнѣніе, что, въ сущности, неправильныя воззрѣнія авторовъ проекта отразились лишь на термино-

Нельзя, правда, не обратить вниманія на одно возможное возраженіе. Оно заключается въ томъ, что, при такомъ рѣшеніи вопроса, права нанимателя были бы или обязательственными или вещными въ зависимости отъ внесенія, а между тѣмъ характеръ правъ въ томъ и въ другомъ случаѣ одинаковъ. Но такое утверженіе не было бы правильно. Дѣло въ томъ, что, несмотря на обязательность для третьяго приобретателя правъ также и нанимателя не внесеннаго, все же положеніе внесеннаго нанимателя значительно отличалось бы отъ него. Не внесенный наемъ не обладалъ бы всѣмъ тѣмъ, что особая комиссія называетъ „вотчинными послѣдствіями“ и онъ отличался бы отъ другихъ обязательственныхъ правъ только своею обязательностью для третьихъ лицъ. Признавать же и его правомъ вещнымъ не допускаетъ господство принципа внесенія. А требовать внесенія для всѣхъ безъ исключенія договоровъ найма является

логія проекта, между тѣмъ какъ проектъ по существу признаетъ уже нынѣ вотчинный характеръ правъ нанимателя.

3) Jaeskel, XX Juristentag II, S. 282 flg. утверждаетъ, что принципъ абстрактнаго вещнаго договора, господствующій въ BGB, не допускаетъ признанія правъ по договору найма правами вещными. Это не убѣдительно само по себѣ. Но даже если бы это утверженіе было правильнымъ, то оно не имѣло бы значенія для ВУ., которому этотъ принципъ чуждъ. Больше вѣса имѣютъ нѣкоторыя соображенія, которыя выставляются въ Erläuterungen III, S. 386 flg. Здѣсь указывается на то, что допущеніе внесенія въ вотчинную книгу обязательственныхъ правъ нарушаетъ ясность и опредѣленность книги. Внесенныя права собственности, сервитута, залога имѣютъ ясное и разъ навсегда опредѣленное содержаніе, чего нельзя сказать о правахъ обязательственныхъ. Это, безъ сомнѣнія, правильно, но лишь до извѣстной степени. При принятой проектомъ ВУ. системѣ матеріальнаго вещнаго договора, содержаніе также и обязательственнаго договора явствуетъ изъ вотчинной книги и если бы въ нѣкоторыхъ случаяхъ оказалась необходимой справка въ вотчинныхъ дѣлахъ — ср. УВУ. 17 — то это, разумѣется, было бы неудобствомъ, однако, неудобствомъ сноснымъ. Впрочемъ, и сами авторы швейцарскаго уложенія пользуются приведеннымъ аргументомъ лишь для того, чтобы мотивировать, почему они не допускаютъ неограниченнаго внесенія отмѣтокъ для обезпеченія обязательственныхъ правъ. Для договора же найма и нѣкоторыхъ другихъ они допускаютъ, какъ извѣстно, внесеніе отмѣтки.

невозможнымъ по практическимъ соображеніямъ: съ одной стороны, пострадала бы наглядность вотчинной книги, съ другой, издержки внесенія были бы слишкомъ значительны<sup>1)</sup>. Кромѣ того, желательное обезпеченіе нанимателя можетъ быть достигнуто при краткосрочномъ наймѣ и безъ внесенія.

Иное дѣло съ наймомъ долгосрочнымъ. Здѣсь внесеніе — при господствѣ принципа „Kauf bricht nicht Miete“ — является желательнымъ не столько въ интересахъ нанимателя, сколько въ интересахъ пріобрѣтателя недвижимости и субъектовъ вещныхъ правъ, другими словами, въ интересахъ вотчиннаго оборота. А что касается возраженія, что благодаря этому создаются два рода найма, одинъ вещный, другой обязательственный, то не слѣдуетъ придавать этому слишкомъ большого значенія. Если возможна конструкція правъ по договору найма и какъ вещныхъ, и какъ обязательственныхъ правъ, и если, далѣе, серьезные экономическіе интересы могутъ быть удовлетворены только созданиемъ и той, и иной формы, то законодательство должно, очевидно, считаться съ этимъ. Съ чисто конструктивной же точки зрѣнія можно сказать, что, по воззрѣнію проекта ВУ., права по договору найма являются, сами по себѣ, обязательственными. По соглашенію же между сторонами они могутъ превратиться, путемъ внесенія въ книгу, въ права вещныя. Другими словами, съ согласія собственника за нанимателемъ можетъ быть признано вмѣсто права требованія, обращеннаго къ собственнику, непосредственное господство надъ недвижимостью<sup>2)</sup>.

1) Кажется умѣстнымъ напомнить о томъ, что Preuss. EEG. 12 откаывается отъ внесенія правъ по найму по практическимъ соображеніямъ, но всетаки признаетъ за ними, согласно системѣ ALR., вотчинный характеръ. Онъ пожертвовалъ, такимъ образомъ, принципомъ внесенія. Но слѣдуетъ имѣть въ виду, что EEG. былъ связанъ матеріальнымъ правомъ ALR. Для проекта же ВУ. этотъ моментъ не играетъ роли или, во всякомъ случаѣ, при его свободномъ отношеніи къ дѣйствующему праву, не играетъ рѣшающей роли. Слѣдовательно, нѣтъ и необходимости приносить въ жертву столь важный принципъ.

2) Ср., впрочемъ, Св. гражд. узак. губ. Прибалт., ст. 4131 сл., въ

Такая конструкція будетъ, дѣйствительно, отвѣчать сущности дѣла, между тѣмъ какъ сложная и искусственная конструкція, принятая редакціонною комиссіей, едва ли можетъ быть признана цѣлесообразной. Но столь же удовлетворительная и, притомъ, болѣе простая конструкція получается, съ тѣми же гражданско-политическими результатами, если принять систему охранительныхъ отмѣтокъ. Тогда права по найму остаются, во всякомъ случаѣ, обязательственными. Но если при этомъ будетъ признано господство принципа „Kauf bricht nicht Miete“ и если обязательность договора для пріобрѣтателя будетъ поставлена въ зависимость отъ внесенія отмѣтки лишь настолько, насколько онъ превышаетъ срокомъ три года, то будутъ достигнуты именно тѣ цѣли, къ которымъ стремится проектъ ВУ. И хотя для примѣненія такой нормировки оказалось бы необходимымъ дополнить систему ВУ. введеніемъ отмѣтокъ для обезпеченія обязательственныхъ правъ<sup>1)</sup>, то все же кажется, что такое рѣшеніе вопроса было бы наиболѣе подходящимъ.

#### § 44. Договоръ продажи лѣса на срубъ.

Постановленія проекта ВУ. о договорѣ найма являются, такимъ образомъ, неудачными съ конструктивной точки зрѣнія. Но гражданско-политическія цѣли, преслѣдуемыя ими, заслуживаютъ, въ общемъ, одобренія. Совершенно иное приходится сказать о второмъ обязательственномъ договорѣ, который принимается въ соображеніе проектомъ ВУ., — о договорѣ продажи лѣса на срубъ. Здѣсь приходится относиться отрицательно не только къ конструкціи, данной проектомъ правамъ по этому договору, но и къ гражданско-по-

особенности, ст. 4133: „Внесеніе договора наследственной аренды въ публичныя судебныя книги присволяетъ арендатору вещное право пользоваться недвижимостью какъ собственнику....“

1) Но, разумѣется, по примѣру ZGB., лишь нѣкоторыхъ изъ нихъ и, притомъ, строго определенныхъ. Ср. выше, стр. 188 сл.

литическимъ цѣлямъ, которымъ долженъ служить этотъ договоръ.

Ст. 41 проекта постановляетъ, что договоръ продажи лѣса на срубъ связываетъ третьяго приобрѣтателя по добровольной или публичной продажѣ, а равно лицо, коему присуждено имѣніе, въ томъ случаѣ, когда договоръ былъ внесенъ въ вотчинную книгу.

Объясненія говорятъ по этому поводу<sup>1)</sup>, что дѣйствующее законодательство не разрѣшаетъ прямо вопроса о силѣ договора продажи лѣса на срубъ для новыхъ собственниковъ или другихъ лицъ, приобрѣвшихъ впоследствии какія либо вещныя права на имѣніе. Кассационная же практика сената признаетъ, что лѣсъ, проданный на срубъ, остается принадлежностью имѣнія до вырубки его. Благодаря этому, покупатель не имѣетъ вещнаго права и можетъ требовать лишь допущенія его къ рубкѣ. Его права должны, слѣдовательно, уступить правамъ вотчиннымъ, въ частности, праву новаго приобрѣтателя. Съ другой стороны, однако, сенатъ указалъ на возможность воспользоваться ст. 159 п. 3 нот. пол. для наложенія на имѣніе воспрещенія въ пользу покупателя лѣса. Въ такомъ случаѣ сдѣлка приобрѣтаетъ, по мнѣнію сената, вещный характеръ и дѣлается обязательной для третьихъ лицъ, приобрѣтающихъ вещныя права на данное имѣніе. Далѣе, по указанію сената, эти договоры обязательны для покупателя имѣнія съ публичныхъ торговъ, если были заключены до полученія повѣстки объ исполненіи и если они имѣлись въ виду при публичной продажѣ.

Проектъ хочетъ оставаться также и по этому вопросу на почвѣ дѣйствующаго права. Но желая содѣйствовать „оглашенію правового положенія имѣній“ и „обезпечить твердымъ образомъ справедливые интересы какъ лѣсопромышлен-

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 237 сл., 1896 г. I, стр. 256 сл., ср. Ж. О. К., стр. 106 сл.

никовъ, такъ и новыхъ собственниковъ имѣнія“, проектъ считаетъ права покупателя лѣса на срубъ сами по себѣ необязательными для третьихъ лицъ. Но онъ даетъ сторонамъ возможность присвоить имъ такую обязательность путемъ внесенія ихъ въ книгу<sup>1)</sup>. Другими словами, проектъ видоизмѣняетъ дѣйствующее право лишь формально, путемъ согласованія его съ принципами вотчиннаго права. И въ полномъ соотвѣтствіи съ этимъ находится и постановленіе, согласно которому договоры продажи лѣса на срубъ, заключенные послѣ внесенія записи объ обращеніи взысканія на имѣніе, признаются безусловно недѣйствительными<sup>2)</sup>.

Такимъ образомъ, нормировка этихъ договоровъ нѣсколько отличается отъ нормировки, предполагаемой для договора найма. Тѣмъ не менѣе, ею возбуждаются тѣ же самые конструктивные вопросы. А именно, путемъ внесенія и здѣсь создается „обязательственное право съ вотчинными послѣдствіями“, т. е. правовое понятіе, въ высшей степени неудовлетворительное какъ съ теоретической, такъ и съ практической точки зрѣнія.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, необходимо сказать, что положеніе дѣла, несмотря на подобное сходство, въ нѣкоторыхъ другихъ отношеніяхъ, имѣющихъ, притомъ, рѣшающее значеніе, рѣзко отличается отъ положенія, создающагося благодаря внесенію договора найма. Ибо насколько дѣло касается послѣдняго, то, въ сущности, можно вѣдь говорить даже о наличности лишь неудачной терминологіи: имѣется возможность признать права по договору найма правами вещными и тогда получается результатъ, до извѣстной степени,

1) Ср. проектъ ГУ. 1729, согласно которому одно знаніе пріобрѣтателя о существованіи договора придаетъ ему обязательную силу. Ясно, что это постановленіе не заслуживаетъ одобренія, такъ какъ знаніе объ обязательственныхъ правахъ третьихъ лицъ въ вотчинномъ оборотѣ не принимается во вниманіе — ср. выше, § 20.

2) Проектъ ППВ 21.

удовлетворительный. Но такого исхода нѣтъ по отношенію къ договору продажи лѣса на срубъ. Здѣсь никоимъ образомъ нельзя говорить о господствѣ покупателя лѣса надъ недвижимостью<sup>1)</sup>. Такого господства нѣтъ даже съ экономической точки зрѣнія: покупатель совершаетъ лишь одно опредѣленное дѣйствіе — онъ вырубаетъ лѣсъ. А затѣмъ его право сосредоточивается на получившемся, такимъ путемъ, движимомъ имуществѣ и къ недвижимости онъ не имѣетъ уже никакого отношенія<sup>2)</sup>. Съ юридической же точки зрѣнія это проявляется еще болѣе рѣзко. Покупщикъ требуетъ не предоставленія ему лѣсного участка для веденія въ немъ хозяйства на болѣе или менѣе продолжительный срокъ. Онъ можетъ требовать лишь, чтобы его допустили къ рубкѣ<sup>3)</sup>.

Слѣдовательно, здѣсь не можетъ быть рѣчи о вотчинномъ правѣ, которое нуждалось бы лишь въ законодательномъ признаніи. И если конструкція, принятая проектомъ, должна быть признана неудачной, то она и не можетъ быть исправлена любымъ изъ двухъ способовъ, примѣнимыхъ по отношенію къ договору найма. Напротивъ, здѣсь единственнымъ исходомъ являлась бы рецепція системы охранительныхъ отмѣтокъ по примѣру ZGB., съ тѣмъ, чтобы внесеніе отмѣтки допускалось, именно, въ обезпеченіе правъ покупателя лѣса на срубъ.

---

1) На это было указано уже въ Св. Зам., № 126 (стр. 163 сл.). Авторы указаннаго замѣчанія, исходятъ, однако, и здѣсь (ср. выше, стр. 299) изъ неправильнаго предположенія, что проектъ признаетъ за покупщикомъ лѣса на срубъ вещное право и протестуютъ, въ частности, противъ того, чтобы это право „называлось“ вещнымъ. Между тѣмъ, такого „названія“ нѣтъ и по существу редакціонная коммиссія считаетъ, какъ изложено въ текстѣ, право покупателя обязательственнымъ правомъ съ вотчинными послѣдствіями.

2) Возлагаемая обыкновенно на покупателя лѣса на срубъ обязанность чистки лѣсного участка, очевидно, столь же мало создаетъ господство.

3) Слѣдовательно, и древнегерманское право не было бы въ состояніи признать здѣсь наличность *Gewere*.

Однако, прежде чѣмъ рекомендовать такой исходъ, необходимо поставить другой вопросъ. Это — вопросъ о цѣлесообразности и желательности института договора продажи лѣса на срубъ, внесеннаго въ вотчинную книгу, съ гражданско-политической точки зрѣнія.

Редакціонная комиссія обратила сравнительно очень мало вниманія на эту точку зрѣнія. Она указываетъ <sup>1)</sup> лишь въ самыхъ общихъ чертахъ на то, что въ интересахъ третьихъ лицъ должна быть установлена возможность выяснить путемъ справки въ вотчинной книгѣ существованіе договоровъ какъ найма, такъ и продажи лѣса на срубъ. А далѣе упоминается о томъ, что продажа лѣса на срубъ „составляетъ въ многихъ мѣстностяхъ Россіи обыкновенный способъ извлеченія дохода изъ имѣнія“. Этимъ путемъ, правда, изымается значительная стоимость изъ имѣнія. А поэтому, съ другой стороны, появляется необходимость оградить интересы третьихъ лицъ, „хотя и нѣтъ основанія стѣснять собственниковъ въ ихъ правѣ свободнаго пользованія и извлеченія доходовъ изъ лѣсныхъ имѣній“.

Вотъ и все, что сказано по этому поводу. Здѣсь нѣтъ ничего невѣрнаго. Но тѣмъ не менѣе, на сущность дѣла не обращено вниманія.

Достаточно извѣстно, что истребленіе лѣсовъ въ Россіи является, съ народно-хозяйственной точки зрѣнія, величайшимъ зломъ. Правда, законодательство приняло противъ него мѣры. Но само собой разумѣется, что онѣ успѣха имѣть не могутъ, пока лѣсовладѣльцы не будутъ сознавать, что лѣсъ не долженъ разсматриваться какъ любой объектъ, являющійся прежде всего носителемъ денежной цѣнности, а что, напротивъ, они, именно какъ лѣсовладѣльцы, связаны извѣстными социальными обязанностями, что они не имѣютъ

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 212 сл., 237 сл., 1896 г. I, стр. 233 сл., 256 сл.

нравственнаго права разрушать большія и незамѣнимыя цѣнности, которыя, правда, находятся въ ихъ собственности, но все же являются частью народнаго достоянія <sup>1)</sup>. Подобное сознание, разумѣется, не можетъ быть вызвано отдѣльными законодательными мѣрами. Оно можетъ быть только результатомъ планомѣрнаго, простирающагося на поколѣнія воспитанія. И тутъ гражданскому законодательству отведена, можетъ быть, наименьшая, по сравненію съ другими факторами, роль. Но на немъ лежитъ, во всякомъ случаѣ, обязанность не препятствовать процессу образованія такого сознанія. Между тѣмъ, оно поступаетъ именно такъ, когда само ирпзнаетъ за лѣсовладѣльцами право неограниченнаго распоряженія лѣсными богатствами. Само собой разумѣется, что эти слова не относятся къ приведенной выше цитатѣ изъ Объясненій, говорящей, что „нѣтъ основанія стѣснять собственниковъ въ ихъ правѣ свободнаго пользованія и извлеченія доходовъ изъ лѣсныхъ имѣній“. Они относятся, напротивъ, къ тому облегченію лѣсоторговлѣ и, притомъ, именно, легкомысленной, съ точки зрѣнія лѣсовладѣльца, торговлѣ, каковое содержится въ постановленіяхъ проекта ВУ.

Дѣло въ томъ, что продажа лѣса на срубъ является, безъ сомнѣнія, обычнымъ способомъ извлеченія доходовъ изъ лѣсныхъ имѣній. И противъ ея допущенія возражать не приходится. Но проектъ регулируетъ, въ сущности, не продажу лѣса на срубъ, а напротивъ, продажу лѣсовъ на опустошеніе. Ибо если бы дѣло шло о рациональномъ лѣсномъ хозяйствѣ, то правила проекта были бы совершенно ненужны. Тогда приходилось бы считаться лишь съ тѣмъ, что изъ года въ годъ повторяется, независимо отъ перемѣны собственника, продажа ежегодно тѣхъ только участковъ, которые должны быть вырублены согласно плану хозяйства. Про-

---

1) Ср. изрѣченіе Дервбурга, Sachenrecht, S. 246: „Der Wald . . . ist in gewissem Sinn noch heute ein Fideikommiss der Nation“.

ектъ, напротивъ, считается съ тѣмъ, что лѣсовладѣлецъ продаетъ сразу цѣлую площадь лѣса, которая подлежитъ рубкѣ въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго періода — иначе не приходилось бы заботиться о внесеніи договора въ вотчинную книгу.

Подобная продажа, однако, рѣзко противорѣчитъ правиламъ рациональнаго лѣсоводства и противорѣчитъ, слѣдовательно, интересамъ народнаго хозяйства. Выгоды, которыя связаны съ продолжительностью аренднаго договора, не играютъ здѣсь никакой роли. Въ частности, не приходится говорить о томъ, что продолжительный срокъ даетъ возможность къ проведенію амеліораціи. Напротивъ, все сводится къ тому, что лѣсъ переходитъ въ распоряженіе лѣсопромышленника, который не можетъ въ немъ видѣть ничего, кромѣ объекта эксплуатаціи. Отъ лѣсопромышленника нельзя даже требовать, чтобы онъ соображался съ правилами лѣсоводства, выставленными въ интересахъ будущихъ поколѣній собственниковъ. Такое требованіе находилось бы въ противорѣчій со всѣми законами психологіи. А съ другой стороны ясно, что лѣсовладѣлецъ не будетъ въ состояніи воспрепятствовать хищнической эксплуатаціи лѣса путемъ введенія въ договоръ соотвѣтствующихъ условій. Причина тому очень простая: лѣсовладѣльцы рѣшаются на подобную продажу или вслѣдствіе крайняго легкомыслія, или вслѣдствіе серьезныхъ денежныхъ затрудненій. Они, слѣдовательно, являются экономически болѣе слабой стороной и не имѣютъ никакой возможности производить давленіе на лѣсопромышленниковъ<sup>1)</sup>.

---

1) Возраженіе, что контроль лѣсныхъ комитетовъ и безъ того не допускаетъ неограниченнаго хозяйничанья въ купленномъ лѣсѣ, не заслуживаетъ вниманія. Всякому, кто интересовался этимъ вопросомъ, достаточно извѣстно, что на практикѣ роль этихъ комитетовъ довольно незначительна и что ихъ дѣятельность можетъ проявляться только при самыхъ вопіющихъ злоупотребленіяхъ.

При такихъ условіяхъ, нельзя не назвать неудачными предположенія проекта, касающіяся договора продажи лѣса на срубъ. Ибо если у законодательства и нѣтъ возможности прямо противодѣйствовать заключенію такихъ договоровъ на продолжительный срокъ, то оно, во всякомъ случаѣ, не должно содѣйствовать ему путемъ созданія формъ, необходимыхъ для обезпеченія за ними силы. Правда, первымъ виновникомъ является, въ этомъ отношеніи, не редакціонная комиссія, а сенатъ, признавшій возможнымъ использовать по этому вопросу постановленія нотаріальнаго положенія. Но редакціонная комиссія пошла дальше по тому же пути и старается увѣковѣчить ошибку сената, вмѣсто того, чтобы исправить ее.

Напротивъ, если бы редакціонная комиссія рѣшилась игнорировать долгосрочные договоры продажи лѣса на срубъ и если бы они, благодаря этому, признавались необязательными для новыхъ пріобрѣтателей имѣній, то, послѣ вступленія въ силу ВУ., подобные договоры заключались бы, очевидно, менѣе часто и темпъ процесса уничтоженія лѣсовъ въ Россіи былъ бы замедленъ, а во всякомъ случаѣ не ускоренъ — насколько этотъ темпъ зависитъ отъ гражданскаго законодательства. Но даже если этотъ результатъ не будетъ достигнутъ, то, во всякомъ случаѣ, законодатель не будетъ нести отвѣтственности за экономически крайне вредное явленіе. Такую, именно, отвѣтственность возлагаетъ на себя редакціонная комиссія, предлагая законодательной власти установить норму, содержащуюся въ ст. 41 ВУ.

Нельзя возражать противъ только что сказаннаго ссылкой на то, что проектъ желаетъ обезпечить своими постановленіями интересы третьихъ пріобрѣтателей имѣній. Эти интересы тутъ ни при чемъ. Если, именно, договоръ продажи лѣса на срубъ самъ по себѣ необязателенъ для новаго собственника, то развѣ положеніе послѣдняго улучшается признаніемъ средства, при помощи котораго онъ можетъ

быть связанъ подобнымъ договоромъ? Объ улучшеніи, очевидно, говорить не приходится, хотя, съ другой стороны, нѣтъ налицо и ухудшенія, такъ какъ онъ, благодаря внесенію договора въ книгу, знаетъ обремененія, лежащія на приобретаемомъ имъ имѣніи. Исключеніемъ является, въ этомъ отношеніи, только случай присужденія имѣнія настоящему собственнику: въ такомъ случаѣ положеніе послѣдняго безспорно ухудшается благодаря предположеніямъ проекта, лишеннымъ, въ этомъ отношеніи, всякаго основанія<sup>1)</sup>. Но въ общемъ, какъ уже было отмѣчено, интересы третьихъ приобретателей тутъ не замѣшаны.

Столь же мало затронуты и интересы населенія, обслуживаемаго лѣсопромышленниками, интересы, которые, съ болѣе узкой точки зрѣнія, могутъ находиться въ противорѣчій къ интересамъ лѣсовладѣльцевъ. Но, во-первыхъ, какъ нынѣ дѣйствующее право, такъ и предположенія проекта должны быть отвергнуты, въ первую голову, не въ интересахъ лѣсовладѣльцевъ, а въ интересахъ народного хозяйства, которые, разумѣется, совпадаютъ, хотя бы и лишь съ болѣе общей точки зрѣнія, съ интересами населенія. Во-вторыхъ же, отрицательное отношеніе законодательства къ долгосрочнымъ договорамъ продажи лѣса на срубъ едва ли отразится вредно на понимаемыхъ даже въ самомъ узкомъ смыслѣ непосредственныхъ интересахъ населенія. Ибо заключенію договоровъ продажи лѣса не будетъ поставлено никакихъ препятствій. Уменьшена будетъ лишь возможность использованія лѣсопромышленниками затруднительнаго положенія или легкомыслія лѣсовладѣльцевъ и лишь вредные, съ точки зрѣнія народного хозяйства, договоры на болѣе продолжительные періоды будутъ обставлены меньшими гарантіями, чѣмъ нынѣ. А рыночныя цѣны лѣса будутъ опредѣляться и впредь соотношеніемъ спроса и предложенія и упадетъ только ни-

1) Ср. выше, § 41.

чѣмъ не оправдываемое средство обогащенія лѣсопромышленниковъ.

А затѣмъ, нельзя не указать еще и на слѣдующее обстоятельство. Дальнѣйшія постановленія проекта ВУ., относящіяся сюда, будутъ рассмотрѣны въ слѣдующемъ параграфѣ. Но необходимо упомянуть тотчасъ же о томъ, что сама редакціонная комиссія не могла не сознавать, что она занимается выработкой защитительныхъ мѣръ для нежелательныхъ договоровъ. Ибо чуть ли не наибольшая часть главы III, говорящей „о правахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ“, посвящена вопросу о платежахъ, произведенныхъ ранѣ назначеннаго въ договорѣ срока или о платежахъ, произведенныхъ болѣе чѣмъ за годъ впередъ. Почти излишне говорить, что подобные платежи являются въ высшей степени нежелательными и нехозяйственными и что они ясно указываютъ на затруднительность экономического положенія стороны, получающей ихъ, причемъ подобная затруднительность непременно учитывается другою стороною. А этотъ учетъ не можетъ не отражаться вредно на интересахъ получателя и не можетъ не придавать, въ нерѣдкихъ случаяхъ, всей сдѣлкѣ ростовщическаго характера.

Въ результатѣ приходится сказать, такимъ образомъ, что статьи, посвященныя проектомъ договору продажи лѣса на срубъ, являются совершенно неудачными. Конструкція правъ по этому договору неудовлетворительна и должна была бы быть замѣнена другою. Единственнымъ исходомъ являлось бы, при этомъ, признаніе, по примѣру ZGB., института охранительныхъ отмѣтокъ для обезпеченія обязательственныхъ правъ и допущеніе внесенія такихъ отмѣтокъ именно въ данномъ случаѣ. Но такъ какъ внесеніе договоровъ продажи лѣса на срубъ является, съ цивильно-политической точки зрѣнія, въ высшей степени нежелательнымъ, то лучше всего было бы, если бы проектъ ВУ. вообще отказался отъ нормировки этого вопроса и со-

вершено игнорировать указанный договоръ. Естественнымъ послѣдствіемъ этого было бы то, что, благодаря принципамъ вотчинной системы, права покупателя лѣса уже не считались бы обязательными для третьихъ приобрѣтателей. Вслѣдствіе этого на практикѣ перестали бы заключать подобные договоры на болѣе продолжительные сроки — а это было бы фактомъ, въ высшей степени отпаднымъ. Но если даже этотъ результатъ не будетъ достигнутъ, если, можетъ быть, дѣльцами будутъ найдены формы обхода закона <sup>1)</sup>, то законодатель, по крайней мѣрѣ, не будетъ нести нравственной отвѣтственности за неблагопріятныя для народнаго хозяйства послѣдствія этихъ договоровъ.

#### § 45. Дополнительные постановленія проекта.

На ряду съ только что разсмотрѣнными постановленіями, проектъ ВУ. содержитъ въ главѣ III раздѣла I еще рядъ правилъ, которыя относятся къ двумъ вопросамъ. Во-первыхъ, затрогиваются нѣкоторыя отношенія, возникающія между причастными лицами на основаніи договоровъ найма и продажи лѣса на срубъ, не внесенныхъ въ вотчинную книгу. Во-вторыхъ, рассматривается случай, когда нанимателемъ или покупщикомъ лѣса были произведены досрочные платежи.

Въ сущности, и тѣмъ и другимъ правиламъ не мѣсто въ проектѣ ВУ. Они или относятся всецѣло къ области не вотчиннаго, а обязательственнаго права, или же они содержатъ не юридическія нормы, а, напротивъ, совершенно необязательные, а отчасти даже неумѣстные совѣты по адресу заинтересованныхъ лицъ.

Само собой разумѣется, что статьи, относящіяся ко второй изъ этихъ категорій, должны быть исключены изъ проекта. Что же касается статей первой категоріи, то, при строгомъ соблюденіи системы, слѣдовало бы отказаться и

1) Хотя бы путемъ установленія обезпечительной ипотеки, предусматриваемой ст. 45 ВУ.

отъ ихъ помѣщенія въ проектѣ. Однако, своеобразный характеръ ВУ., особенно же то обстоятельство, что онъ долженъ вступить въ силу, по предположенію редакціонной комиссіи, еще во время дѣйствія ч. 1 т. X, дѣлають отчасти извинительнымъ такое отступленіе. И если бы относящіяся сюда статьи были безупречны по своему содержанію, то можно было бы помириться съ ними, несмотря на то, что имъ, въ сущности, не мѣсто въ проектѣ ВУ.

Отношенія между причастными лицами, насколько дѣло идетъ не о досрочныхъ платежахъ, регулируются ст. 36,2 и 43—45. Въ нихъ идетъ рѣчь, съ одной стороны, объ обязательности не внесеннаго договора найма для новаго собственника, при извѣстныхъ условіяхъ, также и на срокъ болѣе, чѣмъ на три года, а съ другой, — объ отвѣтственности собственника-контрагента передъ нанимателемъ или покупщикомъ лѣса на срубъ за преждевременное прекращеніе договора, а также передъ приобрѣтателемъ за убытки, понесенные имъ вслѣдствіе обязательности договоровъ, которые ему не были извѣстны при приобрѣтеніи имѣнія.

Нѣкоторыя сомнѣнія должна вызвать ст. 36,2. Она гласить, что не внесенный договоръ найма не теряетъ, въ противорѣчіе общему правилу ст. 36,1, силы по истеченіи трехъ лѣтъ тогда, „когда новый собственникъ при приобрѣтеніи имѣнія принялъ на себя исполненіе договора найма“. По этому поводу надо замѣтить, прежде всего, что послѣдовательность требуетъ примѣненія этого правила также и къ договорамъ продажи лѣса на срубъ, разумѣется, съ соотвѣтствующимъ измѣненіемъ. Если, именно, договоры найма остаются въ силѣ, въ такомъ случаѣ, на сроки болѣе трехъ лѣтъ, то договоры продажи лѣса должны оставаться, очевидно, въ силѣ независимо отъ срока. Противъ такого дополненія пришлось бы, правда, возражать въ интересахъ народнаго хозяйства, такъ какъ оно являлось бы лишнимъ средствомъ къ сохраненію въ силѣ этихъ договоровъ, кото-

рые сами по себѣ нежелательны. Но съ точки зрѣнія, занимаемой редакціонной комиссіей, оно является необходимымъ.

Однако, независимо отъ этого дополненія, слѣдуетъ обратить вниманіе на матеріальное содержаніе ст. 36,2. Оно сводится къ тому, что новый собственникъ связанъ договоромъ найма, если онъ принялъ на себя его исполненіе. Такимъ образомъ, за нанимателемъ признается право требовать исполненія договора, заключеннаго въ его пользу, но безъ его участія. Дѣйствующее право, какъ извѣстно, не содержитъ постановленій о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, сенатъ же призналъ<sup>1)</sup>, что третьи лица приобрѣтаютъ, на ихъ основаніи, право требованія. Согласно этому, проектъ ГУ. и избралъ позицію въ извѣстномъ спорѣ, существующемъ по этому вопросу. А именно, по ст. 1589 сл.<sup>2)</sup>, третье лицо приобрѣтаетъ право требованія по такому договору, благодаря одному факту его заключенія.

Такое рѣшеніе вопроса можетъ показаться нѣсколько радикальнымъ и можетъ иногда не отвѣчать намѣреніямъ контрагентовъ. Въ виду этого слѣдуетъ замѣтить, что рѣшеніе, принятое по вопросу о послѣдствіяхъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ германскимъ уложеніемъ<sup>3)</sup> и швейцарскимъ обязательственнымъ правомъ<sup>4)</sup>, кажется болѣе цѣлесообразнымъ и осторожнымъ: и то и другое ставятъ признаніе за третьимъ лицомъ самостоятельнаго права требованія въ зависимость отъ воли контрагентовъ. Правда, въ частномъ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 36,2 ВУ., швейцарское право предполагаетъ желаніе контрагентовъ дать третьему лицу, т.е. нанимателю, самостоятельное право требо-

1) Ср. кассационныя рѣшенія, указанныя у Тютрюмова, Законы гражданскіе къ ст. 1528, № 58.

2) Ст. 54 сл. кн. V проекта ГУ. 1913 г.

3) BGB. 533.

4) O.-R. 112.

ванія<sup>1)</sup>. И для даннаго, именно, случая это должно быть признано правильнымъ. Иначе могутъ возникнуть практическія затрудненія, въ созданіи которыхъ, къ тому же, никто не заинтересованъ.

Если статья на эту точку зрѣнія, то нельзя не признать постановленія ст. 36,2 вполне удачнымъ — хотя это удачное рѣшеніе частнаго вопроса и вытекаетъ изъ недостаточно обоснованнаго общаго принципа. Слѣдовательно, противъ матеріальнаго содержанія ст. 36,2 возражать не приходится. Съ другой стороны, уже ранѣе было отмѣчено вполне правильно цѣлымъ рядомъ критиковъ проекта<sup>2)</sup>, что этому постановленію, содержащему чисто обязательно-правовую норму, не мѣсто въ ВУ. Однако, ст. 36,2 все же санкціонируетъ сенатскую практику по вопросу, весьма спорному въ наукѣ и можетъ, кромѣ того, оказаться полезной для предотвращенія недоразумѣній, могущихъ возникнуть на основаніи расширительнаго толкованія ст. 36,1.

Необходимо согласиться и съ матеріальнымъ содержаніемъ ст. 43 и 44. По первой изъ нихъ прежній собственникъ отвѣчаетъ передъ пріобрѣтателемъ за убытки, понесенные послѣднимъ вслѣдствіе обязательности для него договора найма, который не былъ внесенъ въ книгу и не былъ извѣстенъ пріобрѣтателю. По второй же изъ указанныхъ статей прежній собственникъ отвѣчаетъ, въ случаѣ необязательности для новаго собственника договора найма или продажи лѣса на срубъ, передъ своимъ контрагентомъ за всѣ понесенные послѣднимъ убытки.

Несмотря на полную обоснованность этихъ постановленій, причины, по которымъ они вводятся въ проектъ, не вполне понятны. Они содержатъ правила, которыя всецѣло относятся къ праву обязательственному и которыя, къ тому же,

1) О.-Р. 259.

2) Св. Зам., №№ 71, 73 (стр. 87), 127, 130, 132.

безспорно признаются, если не Законами гражданскими, то кассационною практикой<sup>1)</sup>. А кромѣ того, ст. 44 выражаетъ одну изъ самыхъ элементарныхъ истинъ, которая относится къ общей части обязательственнаго права и которой ни въ коемъ случаѣ не мѣсто въ законѣ, затрагивающемъ лишь нѣкоторыя отдѣльныя обязательства. Объясненія оправдываютъ<sup>2)</sup> введеніе въ проектъ этихъ статей желаніемъ „не заставлятъ судебную практику трудиться надъ установленіемъ подобныхъ правилъ на основаніи общихъ началъ обязательственнаго права“. Но вѣдь въ задачи законодателя не входитъ высказывать, въ цѣляхъ облегченія работы судовъ, всѣ частныя выводы, получающіеся изъ общихъ принциповъ. Если же редакціонная комиссія не была увѣрена въ томъ, что судебная практика справится съ этимъ „трудомъ“, то вообще не стоило создавать проектъ ВУ. Ибо столь неспособная судебная практика не сумѣла бы вообще примѣнять установленныя въ немъ нормы.

Правда, ст. 43 и 44 ущерба не причиняютъ. Но въ видахъ научнаго достоинства ВУ. нельзя не присоединиться къ высказанному уже раньше пожеланію<sup>3)</sup>, чтобы онѣ были исключены изъ проекта. При этомъ нельзя не отмѣтить, что ихъ помѣщеніе въ проектъ можетъ быть оправдано еще менѣе, чѣмъ помѣщеніе ст. 36,2 — послѣдняя касается вопроса, всетаки спорнаго въ наукѣ, между тѣмъ какъ ст. 43 и 44 проповѣдуютъ совершенно безспорныя истины.

Нѣсколько инымъ характеромъ отличается ст. 45. Она къ обязательственному праву не относится, но зато она уже совершенно лишена законодательнаго содержанія. Все ея содержаніе сводится не то къ совѣту, преподанному сторонамъ,

1) См. кассационныя рѣшенія, приведенныя у Тютрюмова, Законы гражданскіе, къ ст. 1427 и ст. 570.

2) 1893 г. I, стр. 240, 1896 г. I, стр. 259.

3) Св. Зам., №№ 139, 140.

не то къ инструкціи чинамъ вотчинныхъ установленій. И, разумѣтся, ни тому, ни другому не мѣсто въ законѣ.

А именно, указаніе на то, что сумма, въ предѣлахъ которой имѣніе должно служить обезпеченіемъ вознагражденія за убытки на случай досрочнаго прекращенія договора при продажѣ имѣнія, вносится въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги, ни въ коемъ случаѣ не является законодательной нормой. Ибо иначе и быть не можетъ. Если имѣніе по волѣ сторонъ должно служить обезпеченіемъ могущаго возникнуть въ будущемъ требованія объ убыткахъ, то стороны желаютъ, очевидно, установить въ пользу нанимателя или покупщика лѣса залогъ для обезпеченія обязательства, могущаго возникнуть въ будущемъ. Для того, чтобы придать этому праву силу, при господствѣ вотчинной системы, необходимо, разумѣтся, внести его въ книгу. А залогъ, какъ извѣстно, можетъ быть внесенъ только въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги. Почему же проектъ особо упоминаетъ объ этомъ?

Объясненія говорятъ<sup>1)</sup>, по этому поводу, что ст. 45 „дозволяетъ договаривающимся сторонамъ ...установить кредитный залогъ“ и далѣе, что „представляется полезнымъ указать сторонамъ возможность обезпеченія такихъ убытковъ самимъ имѣніемъ“. Но ни въ какомъ дозволеніи стороны не нуждаются при распоряженіи своимъ имуществомъ, а давать полезныя указанія ни въ коемъ случаѣ не является задачей законодателя.

Что касается, затѣмъ, послѣднихъ словъ статьи 45: „къ этому обезпеченію примѣняются правила о кредитномъ залогѣ“, то и они содержатъ нѣчто совершенно излишнее. Дѣло идетъ, какъ уже было указано, объ обезпеченіи будущаго долга. А согласно ст. 53 ВУ.<sup>2)</sup>, такой залогъ, на

1) 1893 г. I, стр. 242, 1896 г. I, стр. 261.

2) Ср. ниже, т. II, § 65.

ряду съ залогомъ въ обезпеченіе требованія, не опредѣленнаго по суммѣ, и является залогомъ кредитнымъ. И если, далѣе, обратить вниманіе на характеръ кредитнаго залога какъ залога обезпечительнаго въ противоположность основной формѣ залога, каковою является залогъ оборотный, то совершенно ясно, что предусмотрѣнный въ ст. 45 залогъ въ обезпеченіе требованія нанимателя или покупателя лѣса на срубъ инымъ быть просто не можетъ. Слѣдовательно, и послѣдняя часть ст. 45 совершенно излишня и вся ст. 45 должна быть исключена изъ ВУ.

#### § 46. Въ частности, о досрочныхъ платежахъ.

Остается разсмотрѣть статьи проекта, посвященныя вопросу о досрочныхъ платежахъ по договорамъ найма и продажи лѣса на срубъ.

Исходной точкой является мысль, не выраженная, впрочемъ, прямо въ проектѣ, что платежи, произведенные преждемъ собственнику не болѣе чѣмъ за годъ впередъ и притомъ не ранѣе срока, назначеннаго въ договорѣ, во всякомъ случаѣ обязательны для пріобрѣтателя. Напротивъ, необязательными почитаются платежи, учиненные, во-первыхъ, ранѣе срока, а во-вторыхъ, хотя бы и въ срокъ, но болѣе чѣмъ за годъ впередъ. Въ этомъ второмъ случаѣ платежъ признается необязательнымъ „въ той части, которая причитается за время послѣ перехода права собственности къ пріобрѣтателю или послѣ исполненія рѣшенія объ отсужденіи имѣнія и превышаетъ годовой размѣръ наемной платы“. Однако, и такіе платежи признаются обязательными для новаго собственника, когда о производствѣ платежа было сдѣлано внесеніе въ вотчинную книгу ранѣе внесенія отмѣтки или записи въ пользу будущаго собственника или истца по иску о правѣ собственности. То же дѣйствіе, какъ внесеніе въ книгу, имѣетъ, впрочемъ, знаніе

приобрѣтателя о производствѣ платежа<sup>1)</sup>. Но эти исключенія относятся только къ случаямъ добровольной продажи или отсужденія недвижимости, къ публичной продажѣ они, напротивъ, не относятся.

Только что изложенныя правила содержатся въ ст. 38 и 39 и касаются только договора найма. Кромѣ того, въ ст. 37 сказано, что платежи, учиненные ранѣ срока, или болѣе чѣмъ за годъ впередъ, могутъ быть, по соглашенію сторонъ, внесены въ вотчинную книгу. Ст. 40 же предусматриваетъ послѣдствія необязательности такихъ платежей. Затѣмъ, въ ст. 42 указывается, что правила ст. 37, 38,1, 39 и 40 о досрочныхъ платежахъ примѣняются также и къ договору продажи лѣса на срубъ, когда исполненіе этого договора является, вслѣдствіе внесенія его въ вотчинную книгу, обязательнымъ для новаго собственника.

Съ догматической точки зрѣнія противъ изложенныхъ только что правилъ возражать не приходится. Слѣдуетъ сказать развѣ то, что въ сущности, только ст. 38,2 имѣетъ право на существованіе. Ибо ею высказывается, что законодатель или, точнѣе, редакціонная коммиссія, признаетъ предѣльнымъ нормальнымъ срокомъ, за который допускается распоряженіе напередъ платежами по договору, одинъ годъ. Этотъ срокъ долженъ быть установленъ законодателемъ, такъ какъ онъ никоимъ образомъ не вытекаетъ изъ существа вопроса, а носить строго положительный характеръ. Всѣ остальные постановленія проекта, напротивъ, вытекаютъ прямо изъ общихъ принциповъ и въ изложеніи, собственно, не нуждаются. Это относится даже къ ст. 38,1. Ибо ясно, что уплата, совершенная ранѣ срока, который наступаетъ притомъ только послѣ перехода собственности къ новому

---

1) Нельзя не отмѣтить также и по этому поводу, что надѣленіе момента знанія такимъ значеніемъ противорѣчитъ принципамъ вотчинной системы — ср. выше, § 20.

приобрѣтателю, касается такихъ доходовъ съ имущества, которые принадлежатъ уже новому собственнику.

Столь же ясно, что внесенные въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги платежи, если только они внесены въ надлежащее время, имѣютъ силу для новаго приобретателя. Правда, надо замѣтить вмѣстѣ съ тѣмъ, что проектъ выражается въ этомъ отношеніи довольно неточно. Ибо послѣ внесенія, въ сущности, уже не приходится говорить объ обязательности или необязательности досрочныхъ платежей. Съ момента внесенія, напротивъ, существуетъ лишь ипотека, установленная въ пользу нанимателя или покупателя лѣса на срубъ въ обезпеченіе требованія его изъ досрочнаго платежа. Это требованіе, со своей стороны, теряетъ силу въ тотъ моментъ, кѣгда платежъ перестаетъ быть досрочнымъ, т. е. тогда, когда, съ наступленіемъ срока, для собственника возникаетъ требованіе на ту же сумму. Тогда происходитъ компенсація и ипотека подлежитъ погашенію. Мыслима, впрочемъ, и другая конструкція. Можно вносить требованіе нанимателя или покупателя какъ срочное съ *dies ad quem* такъ, чтобы оно теряло силу *ipso jure* съ наступленіемъ срока — при чемъ, разумѣется, погашеніе ипотеки остается, тѣмъ не менѣе, необходимымъ. Эта конструкція подходитъ, можетъ быть, даже лучше, чѣмъ первая, которая сводится, въ сущности, къ признанію займа, совершеннаго собственникомъ у своего контрагента. Но какую бы ни избрать конструкцію, во всякомъ случаѣ надо сказать, что формулировка ст. 37 неудачна. Она подошла бы лишь тогда, когда досрочный платежъ обезпечивался бы, напр., путемъ внесенія отмѣтки въ третій отдѣлъ книги. Но при внесеніи въ четвертый отдѣлъ, фактъ досрочнаго платежа, собственно, уже не играетъ роли. Платежъ обязателенъ для новаго собственника не какъ таковой, но просто на основаніи того, что онъ обезпеченъ ипотекой и не отличается, благодаря этому, отъ другихъ залоговыхъ

требований. А слѣдовательно, проект и не долженъ былъ говорить особо объ этомъ. Вступаетъ въ силу общее правило, что всѣ записи въ книгу обязательны для пріобрѣтателя. И все значеніе ст. 37 сводится къ совѣту по адресу сторонъ, какимъ путемъ онѣ могутъ придать обязательность досрочнымъ платежамъ.

Нѣчто подобное приходится сказать о ст. 40,1. Она касается, какъ было упомянуто уже выше, послѣдствій признанія досрочныхъ платежей необязательными для новаго собственника, въ случаѣ добровольнаго отчужденія недвижимости и отсужденія ея, и постановляетъ, что наниматель или покупатель лѣса на срубъ имѣетъ право на обратное взысканіе съ прежняго собственника.

По этому поводу необходимо замѣтить, прежде всего, что формулировка этого правила можетъ вызвать представленіе, будто новый собственникъ долженъ предъявить искъ о признаніи платежа необязательнымъ для него, и будто, въ виду этого, бремя доказыванія лежитъ на немъ. Между тѣмъ, основнымъ правиломъ является, какъ извѣстно, недействительность подобныхъ платежей. Лишь при наличности особыхъ условій, въ частности, при наличности внесенія въ книгу, они обязательны для пріобрѣтателя. Слѣдовательно, прежнимъ собственникомъ или его контрагентомъ долженъ быть предъявленъ къ пріобрѣтателю искъ о признаніи платежа обязательнымъ и бремя доказыванія должно лежать на нихъ — за исключеніемъ единственно того случая, когда пріобрѣтатель станетъ оспаривать дѣйствительность записи въ вотчинной книгѣ<sup>1)</sup>. Но это, разумѣется, совсѣмъ особый слу-

1) Практически мыслимо, разумѣется и то, что пріобрѣтатель предъявитъ, по неопытности или по какимъ либо особымъ соображеніямъ, искъ о признаніи платежа необязательнымъ. Но и тогда ему придется доказывать только тотъ фактъ, что данный платежъ является досрочнымъ въ техническомъ смыслѣ слова. Въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, напротивъ, дѣло сведется къ тому, что наниматель или покупатель лѣса откажутся платить пріобрѣтателю въ срокъ, вслѣдствіе чего имъ

чай, при которомъ процессуальныя роли распределяются на основаніи ст. 7 ВУ.<sup>1)</sup>

Въ виду изложеннаго слѣдуетъ требовать замѣны словъ ст. 40 „съ признаніемъ произведеннаго платежа обязательнымъ по требованію новаго собственника“ другими, болѣе подходящими.

Что же касается матеріальнаго содержанія ст. 40,1, то необходимо сказать, что здѣсь лишь примѣняется къ отдѣльному случаю элементарный общій принципъ. Но такому правилу, въ виду его чисто обязательно-правового характера, не только не мѣсто въ проектѣ ВУ., оно и вообще не нуждается въ особомъ упоминаніи<sup>2)</sup>.

Всѣ эти правила, касающіяся послѣдствій добровольнаго отчужденія или отсужденія недвижимости, являются, такимъ образомъ, если и мало удовлетворительными, все же не неправильными. Нѣчто иное приходится сказать о регулированіи проектомъ послѣдствій публичной продажи.

Этому вопросу посвящена одна только ст. 40,2. На первый взглядъ можетъ показаться, будто и о ней приходится сказать лишь то, что ей не мѣсто въ ВУ., такъ какъ она касается исключительно распределенія суммы, вырученной при публичной продажѣ. Она, слѣдовательно, должна быть помѣщена въ гл. 7 проекта ППВ. — если только и здѣсь не будетъ признано излишнимъ особое упоминаніе о томъ, что „въ случаѣ публичной продажи имѣнія необязательный для покуп-

---

будетъ предъявленъ искъ. А тогда уже со стороны отвѣтчика послѣдуетъ ссылка на досрочный платежъ, дѣйствительность котораго должна быть доказана отвѣтчикомъ же.

1) Ср. выше, § 19.

2) На ненужность ст. 40,1 указывается уже въ Св. Зам., при чемъ въ № 71 имѣется заявленіе г. Андрущенко о томъ, что она „имѣетъ весьма малую связь съ чистымъ понятіемъ вотчиннаго устава“, а въ № 136 — заявленіе г. Алексѣева, что ст. 40,1 совершенно излишня „въ виду общаго правила гражданскихъ законовъ, выраженнаго въ ст. 574 т. X, ч. 1, по смыслу коей никто не въ правѣ обогащаться на чужой счетъ безъ законнаго къ тому основанія“.

щика платежей, если онъ былъ внесенъ въ вотчинную книгу, удерживается изъ суммы, вырученной отъ продажи имѣнія, соотвѣтственно старшинству, принадлежащему записи о производствѣ платежа“. Въдѣ въ сущности вполнѣ достаточно правилъ ст. 197 и сл. ППВ., и никакихъ сомнѣній по поводу внесенныхъ въ книгу платежей не можетъ возникнуть.

Однако, въ связи съ этимъ возникаетъ другой вопросъ: изъ Объясненій<sup>1)</sup> явствуется, что редакціонная комиссія желала считать досрочные платежи вообще необязательными для приобрѣтателя по публичному торгу, хотя бы они и были внесены въ книгу. И именно въ виду этого была помѣщена въ проектѣ ст. 40,2.

Такой взглядъ редакціонной комиссіи не можетъ не вызвать недоумѣнія. Какъ было изложено выше, внесенный въ книгу досрочный платежъ представляетъ собою ни что иное, какъ требованіе нанимателя или покупщика лѣса, въ обезпеченіе котораго установленъ залогъ. Если имѣется на лицо подобное залоговое требованіе и если обремененное имъ имѣніе продается съ публичнаго торга, то, разумѣется, сохраненіе или погашеніе залога зависитъ всецѣло отъ условій, при которыхъ происходитъ публичная продажа. Если, именно, взыскателемъ является вѣритель или вовсе не внесенный въ книгу, или не пользующійся старшинствомъ передъ нанимателемъ, то публичная продажа можетъ состояться только тогда, когда предложенная на торгѣ сумма покрываетъ всѣ предыдущія требованія, а въ частности, требованіе нанимателя. Если это условіе будетъ исполнено, то, въ числѣ прочихъ долговъ, на имѣніи остается и требованіе нанимателя<sup>2)</sup>. А слѣдовательно, досрочный платежъ является обязательнымъ для приобрѣтателя: если онъ съ наступленіемъ срока предъявить къ на-

---

1) 1893 г. I, стр. 236, 1896 г. I, стр. 255 сл.

2) Ср. проектъ ППВ. 174,3.

нимателю требованіе объ уплатѣ наемныхъ денегъ, то его требованіе будетъ компенсировано требованіемъ нанимателя.

Напротивъ, если взыскателемъ будетъ вѣритель, пользующійся старшинствомъ передъ нанимателемъ, то возможны два случая. Возможно, во-первыхъ, что вырученная сумма не покрываетъ требованія нанимателя. Тогда залогъ, установленный въ обезпеченіе его, погашается и нанимателю остается только предъявить личный искъ къ своему контрагенту. Но возможно, разумѣется, и то, что вырученная сумма покрываетъ требованіе нанимателя. Тогда совершается, смотря по обстоятельствамъ, или уплата по его требованію съ погашеніемъ залога, или же на имѣніи оставляется и этотъ долгъ<sup>1)</sup>.

Редакціонная комиссія предусматриваетъ въ ст. 40,2 только тотъ случай, когда взыскатель пользуется старшинствомъ передъ нанимателемъ и вовсе не считается, при этомъ, съ возможностью оставленія долга на имѣніи. И она совершенно не принимаетъ въ расчетъ первый изъ рассмотрѣнныхъ только что случаевъ, когда взыскатель не пользуется старшинствомъ. Ибо нельзя же предполагать, что она желала выдѣлить ипотеки, обезпечивающія требованія изъ досрочныхъ платежей, въ совершенно особую категорію съ тѣмъ, чтобы онѣ, вопреки общему принципу, ни въ коемъ случаѣ не оставались на имѣніи. Такое предписаніе нуждалось бы, очевидно, въ особой оговоркѣ въ проектѣ ШВ. Ея, однако, нѣтъ.

Въ виду всего этого приходится сказать слѣдующее. Авторы проекта ВУ. желали рѣшить вопросъ о досрочныхъ платежахъ на случай публичной продажи иначе, чѣмъ на случай отсужденія или добровольнаго отчужденія. Вслѣдствіе этого, въ ст. 39 не устанавливается, на случай публичной продажи, тѣхъ исключеній, которыя признаются для про-

1) Проектъ ШВ. гл. 6 и 7.

чихъ случаевъ. Съ этимъ можно было бы согласиться, такъ какъ дѣйствительно публичная продажа имѣетъ для залогового требованія нанимателя инныя послѣдствія, чѣмъ добровольная продажа или отсужденіе. Но въ такомъ случаѣ нельзя было урегулировать въ ст. 40,2 лишь одну изъ возможныхъ комбинацій, а слѣдовало или предусмотрѣть и регулировать всѣ комбинаціи, возможныя при публичной продажѣ или же ограничиться ссылкой на проектъ ППВ. Болѣе послѣдовательнымъ было бы первое, разъ въ ст. 39 предусматриваются послѣдствія перехода права собственности на другихъ, кромѣ публичной продажи, основаніяхъ. Но болѣе желательнымъ было бы, тѣмъ не менѣе, второе, при чемъ, однако, и ст. 39 должна была бы быть исключена изъ проекта.

Однако, какъ бы ни были неудовлетворительны съ догматической точки зрѣнія только что разобранныя статьи проекта, все же главный ихъ недостатокъ заключается не въ этомъ. Гораздо важнѣе то, что онѣ, съ гражданско-политической точки зрѣнія, не только неудовлетворительны, но даже въ высшей степени вредны. И по этой причинѣ онѣ должны быть непременно исключены изъ проекта ВУ.

Прежде всего является сомнительнымъ, правильна ли исходная точка проекта, будто распоряженіе платой впередъ на одинъ годъ есть нѣчто нормальное или даже желательное. Германское уложеніе, напр., признаетъ нормальнымъ такое распоряженіе только тогда, когда оно касается платы за текущую и слѣдующую за тѣмъ четверть года<sup>1)</sup>, швейцарское же право съ подобными распоряженіями вовсе не считается. И дѣйствительно, необходимо исходить изъ положенія, что подобныя распоря-

1) BGB. 573 flg. Ср., впрочемъ, протесты, высказываемые за послѣднее время въ германской юридической печати противъ злоупотребленій, развившихся на почвѣ этихъ статей — Nussaum, Deutsches Hypothekenwesen, S. 77 flg., Heinitz, Hypothekennot, DYZ. 1914, 1, S. 33 flg.

женія нежелательны съ точки зрѣнія народнаго хозяйства. Они сводятся къ использованию будущихъ, не дозрѣвшихъ еще благъ и обозначаютъ, въ сущности, ничто иное, какъ удовлетвореніе настоящихъ нуждъ за счетъ будущихъ. Законодательство, слѣдовательно, не имѣетъ причины поощрять ихъ. Оно должно, разумѣется, считаться съ обычаями, господствующими въ практической жизни. А насколько извѣстно, взиманіе впередъ платы на цѣлый годъ не есть явленіе обычное <sup>1)</sup> и одинъ тотъ фактъ, что дѣйствующіе гражданскіе законы, согласно ст. 1703 т. X, ч. 1, считаются съ распоряженіемъ впередъ именно за годъ, не долженъ играть рѣшающей роли.

Слѣдовательно, нельзя согласиться съ тѣмъ, что проектъ какъ бы санкционируетъ, въ этомъ отношеніи, годичный срокъ. Отъ этого могутъ пострадать интересы всѣхъ причастныхъ лицъ. Если бы жизнь приспособилась къ точкѣ зрѣнія законодателя, то, прежде всего, пострадали бы наниматели: они были бы поставлены въ необходимость производить уплату впередъ за значительный срокъ, а кромѣ того, усилилась бы ихъ зависимость отъ домовладѣльцевъ или землевладѣльцевъ <sup>2)</sup>. Сами собственники, правда, получили бы непосредственную выгоду, которая можетъ быть точно опредѣлена цифрами, но они все же проживали бы будущіе доходы. Наконецъ, третьи пріобрѣтатели были бы поставлены также въ положеніе мало выгодное: долгосрочные платежи обязательны для нихъ и если они не были приняты въ расчетъ при пріобрѣтеніи, то пріобрѣтателямъ остается только искъ къ прежнему собственнику.

1) Насколько извѣстно, плата взимается впередъ при наймѣ квартиръ обыкновенно за мѣсяць или за четверть года, а при арендѣ сельско-хозяйственныхъ недвижимостей не болѣе, чѣмъ за полгода.

2) Достаточно представить себѣ, какъ трудно будетъ, съ практической точки зрѣнія, для нанимателей требовать при такихъ условіяхъ отъ собственника исполненія его обязанностей или добиться расторгненія договора въ виду недостатковъ нанятой вещи.

Если, напротивъ, жизнь не приспособится къ предположеніямъ проекта, то они, правда, вреда не причиняютъ, но зато будутъ совершенно бесполезны.

Еще болѣе вреднымъ, однако, можетъ оказаться отношеніе проекта къ досрочнымъ платежамъ, произведеннымъ впередъ на время болѣе года. Только что изложенныя соображенія о вредѣ досрочныхъ платежей вообще, относятся, разумѣется, къ нимъ еще въ большей степени. При этомъ необходимо принимать во вниманіе и то, что подобныя платежи придають нерѣдко сдѣлкѣ ростовщическій характеръ. При договорахъ продажи лѣса на срубъ, напр., предложеніе уплаты впередъ на долгій срокъ всегда почти будетъ связано съ спекуляціей на затруднительное положеніе или легкомысліе собственника. Въ результатѣ же оно поведетъ не только къ установленію несоразмѣрно низкой цѣны, но и создастъ соблазнъ къ заключенію подобныхъ договоровъ въ тѣхъ случаяхъ, когда они, по состоянію лѣсовъ, вовсе не должны были бы заключаться.

Правда, Объясненія сами признаютъ нежелательность досрочныхъ платежей<sup>1)</sup>. Но они, вмѣстѣ съ тѣмъ, утверждаютъ, что установленіе правила, по которому „наемная плата, служба вознагражденіемъ за пользованіе имѣніемъ, должна бы производиться или по истеченіи всего срока условленнаго пользованія или же по наступленіи назначенныхъ въ договорѣ періодическихъ сроковъ“. . . . „явилось бы несправедливымъ вторженіемъ въ хозяйственныя распоряженія собственника“.

Это, разумѣется, до известной степени правильно. Но между установленіемъ такого правила и тѣмъ, что дѣлаетъ проектъ ВУ., лежитъ цѣлая пропасть. Ибо только что разобранныя статьи, регулирующія вопросъ о досрочныхъ пла-

---

1) 1893 г. I, стр. 232 сл., 237 сл., 1896 г. I, стр. 252 сл., 257 сл., ср. также Ж. О. К., стр. 109 сл.

тежахъ, означаютъ, въ сущности, ничто иное, какъ санкціонированіе и даже поощреніе подобныхъ платежей. Если законодательство регулируетъ явленіе, съ народно-хозяйственной точки зрѣнія нежелательное, то это можетъ и должно совершаться только для достиженія совершенно опредѣленныхъ цѣлей, т. е. для воспрепятствованія ему или, по крайней мѣрѣ, для проявленія отрицательнаго къ нему отношенія. Но ничего подобнаго нѣтъ въ ВУ. Въ приведенныхъ статьяхъ никто не усмотритъ хотя бы малѣйшаго неодобренія подобныхъ сдѣлокъ. Даже болѣе, получается впечатлѣніе, будто редакціонная комиссія считаетъ ихъ, несмотря на цитированное выше замѣчаніе Объясненій, вполне нормальнымъ, а можетъ быть даже желательнымъ явленіемъ. Иначе она вѣдь не указывала бы въ ст. 37 того пути, при помощи котораго эти сдѣлки могутъ заключаться наиболѣе удобнымъ и безопаснымъ для причастныхъ лицъ способомъ <sup>1)</sup>).

Нельзя не высказать особо, по этому поводу, сожалѣнія о томъ, что редакціонная комиссія не обратила вниманія на вліяніе, которое оказываютъ законодательныя нормы

1) Мыслимо, впрочемъ, и утвержденіе, что ст. 37 должна указать экономически болѣе слабой сторонѣ на возможность обезпеченія ея интересовъ и что, такимъ образомъ, нежелательныя послѣдствія досрочныхъ платежей ослабляются. Но это мало убѣдительно, хотя бы потому, что собственникъ недвижимости, если онъ является экономически болѣе сильной стороной, не такъ легко согласится на установленіе ипотеки въ пользу своего контрагента. Но не говоря даже объ этомъ, слѣдуетъ сказать, что платящая сторона далеко не всегда будетъ стороной, болѣе слабой. Чтобы убѣдиться въ этомъ, достаточно вспомнить о договорахъ продажи лѣса на срубъ. Но то же самое положеніе будетъ встрѣчаться нерѣдко и при договорѣ найма, тѣмъ болѣе, что абсолютная экономическая слабость не вполне совмѣстима съ производствомъ досрочныхъ платежей. Разумѣется, „платежъ, произведенный болѣе чѣмъ за годъ впередъ, согласно договору найма“, будетъ встрѣчаться иногда и со стороны болѣе слабого контрагента. Но если платежъ будетъ производиться „ранѣе назначеннаго въ договорѣ срока“, то можно предполагать уже почти безошибочно, что, за исключеніемъ совсѣмъ особыхъ случаевъ, платящая сторона болѣе сильна.

на правовую психику какъ отдѣльныхъ лицъ, такъ и всего населенія <sup>1)</sup>). Въ противномъ случаѣ она не могла бы не отказаться отъ введенія въ проектъ разсмотрѣнныхъ статей. Но вмѣстѣ съ тѣмъ слѣдуетъ высказать пожеланіе, чтобы эти статьи въ окончательную редакцію закона не вошли. Правда, ихъ отсутствіе ничего не измѣнитъ въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ экономическія условія и въ настоящее время приводятъ къ установленію по договору досрочныхъ платежей или къ фактическому производству такихъ платежей. Но законодательство уже не будетъ наталкивать населенія на этотъ мало желательный путь и оно, во всякомъ случаѣ, не будетъ нести отвѣтственности за это народно-хозяйственное зло.

#### § 47. Выводы.

Послѣ всего сказаннаго нельзя не притти, къ сожалѣнію, къ выводу, что глава III раздѣла I является одною изъ наименѣ удачныхъ частей проекта ВУ. Правда, основная тенденція редакціонной комиссіи заслуживаетъ полнаго одобренія: она сводится къ стремленію укрѣпить окончательно господство начала „Kauf bricht nicht Miete“ и согласовать его съ принципами вотчинной системы, а вмѣстѣ съ тѣмъ обезпечить интересы лицъ, приобретающихъ въ данной недвижимости вотчинныя права. Но эта тенденція не нашла надлежащаго осуществленія, главнымъ образомъ, благодаря тому, что комиссія увлеклась примѣромъ французскаго законодательства. Безспорно, постановленія послѣдняго могутъ быть признаны, сами по себѣ, вполне цѣлесообразными. Но они рассчитаны, понятнымъ образомъ, на французскую же систему ипотечныхъ книгъ и плохо согласуются съ современной вотчинной системой, выработанной, какъ извѣстно, партикулярными законодательствами Германіи. Благодаря этому, конструкція, принятая проектомъ ВУ., является мало

1) См. выше, § 5.

удовлетворительной. Создается понятие „обязательственных правъ съ вотчинными послѣдствіями“, которое приходится отвергнуть не только съ точки зрѣнія теоріи, но также и въ практическихъ видахъ.

Между тѣмъ, сравнительно незначительныя измѣненія могли бы привести къ вполне удовлетворительнымъ результатамъ. А именно, слѣдовало бы или признать права по внесенному въ книгу договору найма прямо вотчинными, что является вполне возможнымъ въ виду ихъ экономического характера, или же воспользоваться, въ извѣстныхъ предѣлахъ, примѣромъ швейцарскаго уложенія и допустить внесеніе въ книгу отмѣтокъ въ обезпеченіе обязательственныхъ правъ.

Совершенно неудачными слѣдуетъ признать, напротивъ, тѣ статьи проекта, которыя касаются договора продажи лѣса на срубъ. Конструкція правъ по этому договору получается въ проектѣ та же, что и правъ по договору найма. Но исправленіе мыслимо здѣсь лишь въ одномъ направленіи: такъ какъ права по договору продажи лѣса на срубъ, за отсутствіемъ господства надъ вещью, ни въ коемъ случаѣ не могутъ считаться правами вотчинными, то возможно лишь использование системы охранительныхъ отмѣтокъ. Но, съ другой стороны, необходимо сказать, что заключеніе долгосрочныхъ договоровъ этого типа приводитъ къ явленіямъ, вреднымъ съ народнохозяйственной точки зрѣнія. Законодательство не имѣетъ, поэтому, причины поощрять его. Въ виду этого было бы наиболѣе желательнымъ, чтобы ВУ. отказался отъ регулированія этого договора и тѣмъ самымъ содѣйствовалъ бы сокращенію числа сдѣлокъ, приводящихъ въ результатѣ лишь къ опустошенію лѣсовъ.

Съ другой стороны, нельзя не замѣтить, въ связи съ этимъ, что экономическія потребности нѣкоторыхъ областей Россіи не удовлетворяются въ достаточной степени обезпеченіемъ договора найма въ техническомъ смыслѣ слова.

Въ литературѣ имѣется указаніе<sup>1)</sup> на то, что встрѣчаются другіе договоры, съ экономической точки зрѣнія исполняющіе аналогичныя функціи, которые нуждаются въ такомъ же обезпеченіи путемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу. Было бы въ высшей степени желательно, чтобы подобныя нужды населенія были приняты во вниманіе при окончательной редакціи ВУ.

Наконецъ, необходимо упомянуть еще и о томъ, что разсматриваемая глава ВУ. содержитъ рядъ статей чисто обязательственно-правового характера, которыя безъ всякаго вреда для дѣла могли бы быть исключены. Настоятельно же и безспорно необходимою является исключеніе тѣхъ статей, которыя касаются досрочныхъ платежей — даже не столько въ виду недостатковъ, которыми онѣ страдаютъ съ юридической точки зрѣнія, сколько потому, что ими санкціонируется нежелательное съ точки зрѣнія народнаго хозяйства явленіе.

Такимъ образомъ, глава III нуждается въ радикальной переработкѣ. Но если таковая будетъ предпринята, то отъ входящихъ въ ея составъ нормъ можно ожидать немалой пользы. Ибо основная мысль, руководившая, въ этой области, составителями проекта ВУ., должна быть признана вполнѣ здоровой и заслуживающей всякаго одобренія.

---

1) Св. Зам., № 126 (стр. 164 сл.).

### Дополнительное замѣчаніе къ стр. 14.

Первые листы настоящаго тома уже были напечатаны, когда вышелъ № 1 Вѣстника Права за 1914 г., въ которомъ имѣется статья А. Э. Вормса подъ заглавіемъ „Вотчинный Уставъ и надѣльные земли“. Статья эта исходитъ изъ мысли, что одна сторона проекта ВУ. осталась до сихъ поръ совсѣмъ неразсмотрѣнной. Дѣло въ томъ, что проектъ считается почти исключительно съ интересами болѣе крупныхъ владѣній, и не обращаетъ вниманія на крестьянское землевладѣніе, несмотря на то, что проекту суждено имѣть, по мнѣнію г. Вормса, громадное вліяніе, именно, на судьбы участковъ надѣльной земли, перешедшихъ въ личную собственность крестьянъ.

Это утвержденіе покоится, однако, на недостаточномъ знакомствѣ съ цѣлями, которыя преслѣдуетъ проектъ ВУ. Изъ матеріаловъ къ проекту можно усмотрѣть, что составители его вполне сознавали необходимость приспособить вотчинную систему къ нуждамъ специально крестьянскаго землевладѣнія и издать для этой цѣли особыя правила. Это высказывается съ ясностью, не допускающей никакихъ сомнѣній, уже въ п. VII Главныхъ Основаній 1881 г. и повторяется, затѣмъ, въ Объясненіяхъ къ проекту 1896 г. I, стр. 56.

При иныхъ условіяхъ было бы и совершенно непонятно, какъ изслѣдователи проекта могли не обращать вниманія на эту сторону вопроса, обладающую, безспорно, огромною

важностью. Въ самомъ дѣлѣ, въ Объясненіяхъ къ проекту 1893 г. не было только что упомянутой оговорки. Въ виду этого, критики проекта, предполагавшіе, что редакціонная комиссія смотритъ на этотъ вопросъ иначе, чѣмъ Государственный Совѣтъ, тотчасъ же указали на непригодность проекта для крестьянскаго населенія — см. Св. Зам., №№ 60,1, 80, 81, чѣмъ и было вызвано соответствующее заявленіе со стороны редакціонной комиссіи. Но послѣ воспослѣдованія его, не было уже, очевидно, никакой необходимости возвращаться къ этому вопросу.

# УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

выходять съ 1893 г. въ неопредѣленные сроки, не менѣе 4 разъ въ теченіе года.

**Ученыя Записки** распадаются на два отдѣла: официальный и научный.

Въ официальномъ отдѣлѣ помѣщаются годовыя отчеты Университета, актовыя рѣчи, отзывы о диссертацияхъ, обзорныя лекціи и т. п.

Въ научномъ отдѣлѣ помѣщаются работы преподавателей Университета; изъ студенческихъ же работъ печатаются (по возможности въ извлеченіи) лишь сочиненія, удостоенныя золотой медали.

Научныя статьи **Ученыхъ Записокъ** печатаются какъ на русскомъ языкѣ, такъ и на одномъ изъ болѣе распространенныхъ западно-европейскихъ языковъ. а также на латинскомъ, по выбору автора.

Подписка принимается Правленіемъ Императорскаго Юрьевскаго Университета.

Подписная цѣна 6 руб. въ годъ.

Редакторъ **Д. Кудрявскій.**

---