

## **Правотворческая дѣтельность новыхъ судовъ въ сферѣ процесса и права гражданскаго.**

I. Отношеніе суда къ закону по Судебнымъ Уставамъ. II. Правотворческая дѣтельность суда въ области гражданскаго права (матеріальнаго). III. Правотворческая дѣтельность суда въ области гражданскаго судопроизводства. IV. Критическая оцѣнка правотворческой дѣтельности Правительствующаго Сената. V. Заключение.

### **I. Отношеніе суда къ закону по Судебнымъ Уставамъ.**

Составители Судебныхъ Уставовъ, преобразуя кореннымъ образомъ судебныя учрежденія и порядокъ производства дѣлъ въ нихъ, должны были прежде всего остановиться на важнѣйшей, основной проблемѣ судопроизводства: на вопросѣ объ отношеніи судовъ къ закону. Этотъ вопросъ допускаетъ различныя рѣшенія. До изданія Судебныхъ Уставовъ, у насъ господствовала система буквального примѣненія законовъ, при которой судъ обязанъ при разрѣшеніи дѣлъ руководствоваться буквальнымъ смысломъ юридическихъ нормъ, а въ случаѣ сомнѣнія въ немъ, или при недостаткѣ подходящаго закона, приостанавливать производство и обращаться за разъясненіемъ къ законодательной власти. Эта система установилась въ западно-европейскихъ законодательствахъ конца XVIII вѣка и защищалась литературой того времени (Беккарія, Монтескье, Бентамомъ и др.); ее рекомендовалъ Наказъ Екатерины II; ее же санкціонировалъ Сводъ Законовъ, какъ въ 65 ст. Основныхъ Законовъ, которая требовала, чтобы законы „были исполняемы по точному и буквальному смыслу, безъ всякаго измѣненія и распространенія“, и, воспроизводя выраженія Наказа, воспрещала судамъ „допускать

обманчивое непостоянство самопроизвольныхъ толкованій“, такъ и въ другихъ статьяxъ, предписывавшихъ всѣмъ административнымъ и судебнымъ учрежденіямъ, въ случаѣ встрѣченныхъ сомнѣній при буквальномъ примѣненіи законовъ, пріостанавливать рѣшеніе дѣлъ и „представлять по порядку своему начальству“, пока дѣло не доходило до Сената <sup>1)</sup>). Но и Сенатъ не имѣлъ права разрѣшать „такія дѣла, на которыя не окажется точнаго закона“, а долженъ былъ „о всякомъ случаѣ (казусѣ), требующемъ изданія новыхъ, или пополненія, либо перемѣны существующихъ узаконеній“, составлять проектъ разрѣшенія, который затѣмъ вносился министромъ юстиціи, съ его заключеніемъ, въ Государственный Совѣтъ, откуда поступалъ на Высочайшее утвержденіе <sup>2)</sup>).

Эта система буквального примѣненія законовъ и теоретически несостоятельна, и практически вредна и неудобна. Несостоятельна она потому, что, стремясь къ обособленію судебной власти отъ законодательной, она на самомъ дѣлѣ влечетъ за собою смѣшеніе ихъ, навязывая законодателю несвойственную ему роль судьи. Вредна она потому, что, при господствѣ ея, юридическія отношенія между гражданами регулируются не на основаніи существующихъ законовъ, съ которыми каждый имѣетъ возможность ознакомиться и сообразовать свои дѣйствія, а на основаніи новыхъ законовъ, спеціально издаваемыхъ для отдѣльныхъ случаевъ и раньше гражданамъ неизвѣстныхъ. Наконецъ, эта система и неудобна, именно въ томъ отношеніи, что чрезвычайно замедляетъ разрѣшеніе судебныхъ дѣлъ. Можно себѣ представить, во что обратилось бы въ наши дни отправленіе правосудія, если бы сотни сомнѣній, возникающихъ ежедневно у судей при примѣненіи законовъ, должны были разрѣшаться законодательными учрежденіями. Вѣдь это значило бы, что масса дѣлъ пріостанавливалась бы производствомъ до тѣхъ поръ, пока возникшія сомнѣнія не были бы разъяснены постановленіями Государственной Думы, одобренными Государственнымъ Совѣтомъ и утвержденными Высочайшей властью <sup>3)</sup>).

---

<sup>1)</sup> Ст. 52 Осн. Зак., изд. 1857 г.; ст. 281 Общ. Губ. Учр., изд. 1857 г.

<sup>2)</sup> Ст. 227 Учр. Пр. Сената, изд. 1857 г.

<sup>3)</sup> Подробности о системѣ буквального примѣненія законовъ см. въ моемъ „Ученіи о толкованіи и примѣненіи гражд. законовъ“, 1901, стр. 62 и сл., 206 и сл., особенно же стр. 74 и примѣч. 10, 24 и 30.

Но если судья не долженъ быть связанъ буквой закона, если онъ не долженъ ходить все время на помочахъ у законодательной власти, если ему необходимо предоставить право самостоятельно устранять встрѣчающіяся при примѣненіи юридическихъ нормъ сомнѣнія и восполнять пробѣлы въ законодательствѣ, значитъ, ему слѣдуетъ даровать свободу правотворчества въ области, не нормированной прямыми и ясными велѣніями закона. Эта свобода можетъ быть, однако, двоякаго рода: абсолютной, полной и относительной, ограниченной. При абсолютной свободѣ судъ воленъ разрѣшать вопросы, на которые нѣтъ прямого отвѣта въ дѣйствующемъ правѣ, по собственному убѣжденію и усмотрѣнію. Эту систему, не осуществленную въ чистомъ видѣ ни однимъ законодательствомъ, проповѣдуютъ нѣкоторые представители возникшаго въ недавнее время въ германской и австрійской литературѣ направленія подъ именемъ „школы свободнаго права“<sup>1)</sup>. Но такая система страдаетъ недостаткомъ противоположнымъ тому, который подрываетъ значеніе системы буквального примѣненія законовъ: она не ставитъ законодателя въ положеніе судьи, но зато, наоборотъ, дѣлаетъ судью въ извѣстной мѣрѣ законодателемъ. А это еще болѣе опасно. При такой системѣ вопросы, прямо и ясно не разрѣшенные въ законахъ, тоже разрѣшаются на основаніи нормъ, не установленныхъ заранѣе, а нарочно создаваемыхъ для каждаго отдѣльнаго случая и потому напередъ неизвѣстныхъ гражданамъ. Да вдобавокъ, эти нормы создаются не законодательными учрежденіями, которыя по своей организаци и условіямъ дѣятельности приспособлены къ правотворчеству, а судьями, находящимися въ несравненно худшемъ положеніи. Вѣдь проекты законовъ, прежде чѣмъ получить санкцію, подвергаются обсужденію въ разныхъ комиссіяхъ, при участіи специалистовъ, и въ органахъ прессы, а затѣмъ поступаютъ на разсмотрѣніе многолюдныхъ законодательныхъ собраній, гдѣ подвергаются критикѣ съ раз-

---

<sup>1)</sup> Первоначально представители этого направленія считали нужнымъ предоставить суду право даже отступать въ своихъ рѣшеніяхъ отъ постановленій закона, признаваемыхъ ими несправедливыми и нецѣлесообразными, но затѣмъ, подъ вліяніемъ встрѣченной въ литературѣ оппозиціи, ограничили область свободнаго творчества суда тѣми случаями, когда въ законодательствѣ имѣются пробѣлы, неустранимые, притомъ, ни интерпретаціей, ни заключеніемъ по аналогіи. Обзоръ литературы этого вопроса даютъ: Heck, *Das Problem der Rechtsfindung*. 1912. Pattai, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1913.

личныхъ точекъ зрѣнія представителями разныхъ политическихъ партій и соціальныхъ группъ. Можетъ ли одинъ судья или маленькая судебная коллегія, обремененные массой текущей работы, неподготовленные и непривыкшіе къ законодательному творчеству и, притомъ, обязанные разрѣшать возникающіе у нихъ вопросы немедленно, безъ проволочки, могутъ ли они сколько-нибудь успѣшно выполнять законодательную функцію? Кромѣ того, эта система имѣетъ еще и другую опасную сторону: она не обеспечиваетъ единообразія судебной практики, столь же важнаго для прочности гражданскаго оборота, какъ и законмѣрность управленія. Чувство справедливости не у всѣхъ развито одинаково, а понятія о правѣ различны. Легко себѣ вообразить, какую пеструю картину представляла бы собой судебная практика, если бы суды разрѣшали непредусмотрѣнные въ законахъ случаи по внутреннему убѣжденію: въ каждомъ судебномъ округѣ, быть можетъ, даже въ каждомъ мировомъ участкѣ установилась бы своя особая практика, и государственный организмъ, несмотря на единство законодательства, оказался бы разбитымъ на множество мелкихъ клѣтокъ съ особыми порядками въ каждой. Юридическія положенія, признаваемые въ одномъ округѣ или участкѣ, отрицались бы въ другихъ, а для гражданъ, какъ вѣрно замѣтили составители Судебныхъ Уставовъ, „не можетъ быть большаго зла, когда они не знаютъ, что законно и что противно закону, когда они теряютъ сознание о своихъ правахъ и обязанностяхъ, между тѣмъ какъ всякое гражданское общество существуетъ прочно только подъ управленіемъ на точномъ основаніи закона“<sup>1)</sup>. Таковъ былъ бы результатъ безусловно свободнаго правотворчества судовъ при самомъ строгомъ и тщательномъ выполненіи ими своихъ обязанностей. А что получилось бы при недобросовѣстности судей? Какую прекрасную лазейку для проявленія пристрастія и произвола открываетъ имъ право постановлять рѣшенія по „внутреннему убѣжденію“, не допускающему провѣрки съ помощью какого-либо объективнаго критерія. Не будучи обязаны мотивировать свои рѣшенія предписаніями законовъ и потому ускользая отъ контроля высшихъ инстанцій, судьи получили бы возможность безнаказанно склонять вѣсы правосудія въ любую сто-

---

<sup>1)</sup> Объясн. къ 189 ст. Уст. Гр. Суд.

рону, въ зависимости отъ своихъ личныхъ симпатій и интересовъ.

Итакъ, ни первая, ни вторая система—ни рабское подчинение суда буквѣ закона, ни абсолютная свобода правотворчества—не даютъ ключа къ правильному разрѣшенію проблемы объ отношеніи суда къ закону. Но между этими двумя противоположными дорогами, почти одинаково гибельными для нормальнаго развитія гражданского оборота, имѣется средній, вполне безопасный и удобный путь: система относительной свободы правотворчества, или восполненія пробѣловъ по общему смыслу дѣйствующихъ законовъ. Если первая система принуждаетъ судъ двигаться только по проложеннымъ законодателемъ рельсамъ и останавливаться тамъ, гдѣ онѣ кончаются, хотя бы предъ нимъ еще простиралось необозримое поле требующихъ разрѣшенія вопросовъ; если вторая система предоставляетъ суду полную свободу дѣйствій и выборъ любого направленія по своему произволу, то третья, не лишая его самодѣятельности, все же предписываетъ ему опредѣленный курсъ и снабжаетъ компасомъ. Именно, она даетъ суду право самостоятельно устранять сомнѣнія и пробѣлы въ законахъ, но обязываетъ его руководствоваться при этомъ общимъ смысломъ, общими принципами дѣйствующаго законодательства; судъ получаетъ возможность ремонтировать и достраивать незаконченное зданіе законодательства, безъ помощи самого законодателя, но долженъ придерживаться плана, по которому оно возведено, продолжая намѣченныя законодателемъ линіи и дополняя недодѣланныя имъ части; онъ можетъ творить новое право, но не иначе, какъ соблюдая прежній стиль, и не въ правѣ къ готическому корпусу пристраивать романскіе своды и разрисовывать его въ мавританскомъ вкусѣ. Другими словами, при третьей системѣ судъ обязанъ основывать свои рѣшенія исключительно на нормахъ дѣйствующаго права и логическихъ выводахъ изъ нихъ, а такъ какъ нормы дѣйствующаго права, обнаруженные во всеобщее свѣдѣніе, должны быть извѣстны всѣмъ гражданамъ, логическіе же выводы дѣлаются изъ нихъ по правиламъ общечеловѣческой логики, всѣми людьми сознательно или бессознательно примѣняемыми, то, въ концѣ-концовъ, единственнымъ регуляторомъ правовой жизни становится при этой системѣ—законъ. Благодаря этому, граждане, вступая въ юридическія

отношенія между собою, могутъ предвидѣть послѣдствія своихъ дѣйствій и, слѣдовательно, сообразовать съ этимъ свое поведеніе. Вмѣстѣ съ тѣмъ, судебныя рѣшенія допускаютъ провѣрку какъ со стороны высшихъ инстанцій, такъ и со стороны общества, въ лицѣ специалистовъ-юристовъ и печати, такъ какъ для такой провѣрки имѣется объективный масштабъ: общій смыслъ дѣйствующаго права, раскрываемый по правиламъ логики. Словомъ, эта система, осуществляя вполнѣ принципъ отдѣленія судебной власти отъ законодательной, обезпечиваетъ законность управленія и полагаетъ прочную юридическую основу для нормальнаго развитія гражданскаго оборота.

Эту-то именно единственно правильную и принятую современными законодательствами важнѣйшихъ европейскихъ государствъ <sup>1)</sup> систему и ввели Судебные Уставы, воспретивъ, съ одной стороны, судьямъ пріостанавливать производство „подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ“ (ст. 10 Уст. Гр. Суд.), а съ другой стороны, предписавъ имъ руководствоваться „точнымъ разумомъ закона“ и „общимъ смысломъ законовъ“ (ст. 9 и 10 Уст. Гр. Суд.). Изъ разсужденій составителей Уставовъ подъ этими статьями видно, что они считали—и вполнѣ правильно—эту систему необхо-

---

<sup>1)</sup> Слѣдуетъ замѣтить, что нѣкоторыя законодательства половины XIX вѣка дали судамъ право свободнаго творчества при разрѣшеніи случаевъ, не предусмотрѣнныхъ въ законахъ, при условіи, если эти случаи не могутъ быть разрѣшены ни съ помощью интерпретаціи законовъ, ни на основаніи обычнаго права (австр. гражд. улож., § 7, итал. гражд. улож., § 3, кодексы нѣкоторыхъ швейцарскихъ кантоновъ, цитир. въ моемъ „Ученіи о толкованіи“, стр. 207 и 208). Такую же систему, въ сущности, воспроизвело новое швейцарское гражданское уложеніе (§ 1), только формулировало ее нѣсколько иначе и, притомъ, не вполнѣ одинаково во французскомъ и нѣмецкомъ параллельныхъ текстахъ. См. Шершеневичъ, Общая теорія права, 1911—1912, стр. 747, прим. 3. Нельзя не указать, что если законодатель признаетъ за судомъ право свободнаго творчества только при разрѣшеніи вопросовъ, которыхъ невозможно разрѣшить на основаніи дѣйствующаго права, посредствомъ толкованія его и съ помощью общихъ принциповъ, проводимыхъ въ немъ, т. е., по духу законодательства, то для проявленія судами свободнаго правотворчества врядъ ли останется мѣсто, по той причинѣ, что, какъ вѣрно замѣтилъ проф. Шершеневичъ въ указанномъ сочиненіи (стр. 755), „если судья, прежде, чѣмъ дать ходъ своему творчеству, долженъ обратиться къ духу законодательства, то получитъ одно изъ двухъ: или такой духъ дѣйствительно существуетъ, — и тогда рѣшеніе будетъ всегда найдено по аналогіи, или такого духа не существуетъ, — и тогда аналогія невозможна никогда“. Но каждое законодательство обладаетъ своимъ духомъ, выражающимся въ совокупности общихъ принциповъ, которые лежатъ въ основѣ его постановленій, а потому всякій случай, прямо не предусмотрѣнный законами, можетъ быть разрѣшенъ согласно духу законодательства. Это подтверждается судебной практикой тѣхъ государствъ, гдѣ судамъ предоставлена свобода правотворчества. Unger. System des österreichischen allgem. Privatrechts, 1, § 11.

димой „для совершеннаго отдѣленія судебной власти отъ законодательной“. Съ введеніемъ ея, суды получили возможность проявлять въ извѣстной мѣрѣ правотворчество. Если до реформы 1864 г. они могли создавать и примѣнять новыя нормы только выходя за предѣлы своей власти, контрабанднымъ путемъ, то теперь имъ было разрѣшено дѣлать это открыто: превышеніе власти превратилось въ исполненіе обязанности, а контрабанда утратила свой противозаконный характеръ.

Развязавъ судамъ руки и предоставивъ имъ свободу дѣйствій, Судебные Уставы, вмѣстѣ съ тѣмъ, приняли мѣры къ тому, чтобы предупредить разнорѣчіе между судами и обезпечить единообразіе судебной практики. Съ этой цѣлью, они придали судебной системѣ видъ пирамиды, положивъ въ ея основаніе единоличные и коллегіальные суды первой инстанціи, а въ вершину—Гражданскій кассационный департаментъ Сената, какъ единую, общую для всѣхъ судовъ высшую инстанцію, возложивъ на нее наблюденіе „за охраненіемъ точной силы закона и за единообразнымъ его исполненіемъ всѣми судебными мѣстами Имперіи“ (объясн. къ 189 ст. Уст. Гр. Суд.). Для выполненія этой задачи Сенату было дано право и вмѣнено въ обязанность: 1) отмѣнять рѣшенія судебныхъ палатъ и мировыхъ сѣздовъ, въ случаѣ существеннаго нарушенія ими законовъ матеріальнаго права или процесса, и передавать дѣла для новаго разсмотрѣнія другимъ однороднымъ судамъ (ст. 193 и 809 Уст. Гр. Суд.) и 2) публиковать свои рѣшенія, въ которыхъ разъясняются законы, во всеобщее свѣдѣніе (ст. 815).

Приведенными законами Судебные Уставы, какъ признано почти единогласно въ юридической литературѣ<sup>1)</sup>, предназначали новымъ судамъ слѣдующій планъ дѣйствій: 1) гражданскія дѣла должны быть разрѣшаемы ими не по буквѣ, а по „точному разуму“, т. е. по дѣйствительному внутреннему смыслу законовъ, раскрываемому при помощи выработанныхъ теоріей приѣмовъ толкованія; 2) въ случаѣ неясности или противорѣчія въ законахъ, суды, не имѣя права пріостанавливать производство и обращаться за указаніями къ законодательной власти, обязаны сами устранять затрудненія посредствомъ толкованія; 3) неполнота и недостатокъ закона (частичный и полный

---

<sup>1)</sup> Указанія см. въ моемъ „Ученіи о толкованіи законовъ“, стр. 294 и сл.

пробѣлы въ правѣ по разрѣшаемому судомъ вопросу) подлежатъ устраненію посредствомъ логическихъ выводовъ изъ наличныхъ нормъ дѣйствующаго законодательства, въ частности путемъ примѣненія по аналогіи нормъ, установленныхъ для сходныхъ случаевъ; 4) толкуя и примѣняя такимъ образомъ законы, судебныя учрежденія должны принимать въ соображеніе разъясненія Сената, но не подчиняться имъ слѣпо, а руководствоваться лишь постольку, поскольку они представляются по существу своему правильными.

Не выполнѣ такъ, однако, истолковалъ постановленія Устава о примѣненіи законовъ и невѣрно понялъ свою роль Сенатъ. Въ противность общепринятому въ литературѣ мнѣнію, опирающемуся какъ на общіе принципы судебной реформы, такъ и на заявленія самихъ составителей Уставовъ <sup>1)</sup>, Сенатъ, отождествивъ выраженія „буквальный смыслъ“ и „точный разумъ“, призналъ, что законы должны быть примѣняемы по буквальному смыслу, и что только при неясности буквального смысла или въ случаяхъ неполноты, противорѣчія и недостатка законовъ, дозволительно толкованіе и логическое развитіе ихъ <sup>2)</sup>. Къ счастью, эту точку зрѣнія Сенатъ не проводилъ выполнѣ послѣдовательно, отличая во многихъ случаяхъ буквальный смыслъ отъ „точного разума“ закона <sup>3)</sup> и нерѣдко высказывалъ выполнѣ правильное мнѣніе, что и ясные по буквальному смыслу законы нуждаются въ толкованіи <sup>4)</sup>. Кромѣ того, не согласуя своего дѣла со словомъ, Сенатъ, при разрѣшеніи частныхъ вопросовъ, постоянно обращался къ логическому толкованію, даже при

<sup>1)</sup> Объясн. къ 9 и 10 ст. Уст. Гр. Суд.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1868 г. № 853, 1871 г. № 394, 1879 г. № 16, 1880 г. № 107, 1881 г. № 79 и мн. др. до самаго послѣдняго времени (рѣш. 1909 г. № 10, 1912 г. № 46).

<sup>3)</sup> Рѣш. 1879 г. № 3: „Такъ какъ буквальное содержаніе этого закона не даетъ прямого указанія для разрѣшенія спора въ томъ или другомъ смыслѣ, то палатѣ слѣдовало обратиться къ точному его разуму“. Ср. рѣш. 1889 г. № 53, 1905 г. № 33, 1906 г. № 72, 1907 г. №№ 39, 53, 79.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1884 г. № 18: „При примѣненіи законовъ, судебныя мѣста обязаны руководствоваться ихъ точнымъ разумомъ, уясненію же смысла, разума закона служить та цѣль, для которой законъ этотъ изданъ“. Рѣш. 1885 г. № 76: „Истинный смыслъ 1 пункта 737 ст. Уст. Гр. Суд., познаваемый не столько по тексту его, сколько сопоставленіемъ его съ другими законами и усвоеніемъ его цѣли“... Рѣш. 1909 г. № 26: „По буквальному смыслу содержанія ст. 555 гр. код. она имѣетъ въ виду лишь третьихъ лицъ въ указанномъ смыслѣ. Но, толкуя этотъ законъ по общему его смыслу, нельзя не признать, что въ основаніи его лежитъ такой принципъ, который выполнѣ примѣнимъ и къ случаю, возникшему въ настоящемъ дѣлѣ“. Ср. рѣш. 1882 г. № 84, 1896 г. № 53, 1903 г. № 101, 1910 г. № 41.

ясности буквального смысла законовъ, подходящихъ къ тѣмъ вопросамъ, которые подлежали его обсужденію.

При восполненіи пробѣловъ въ законодательствѣ при помощи „общаго смысла“ законовъ, Сенатъ примѣнялъ обычные, рекомендуемые теоріей приемы логическаго развитія, преимущественно же заключеніе по аналогіи въ двухъ его формахъ: аналогіи закона и аналогіи права. Однако, при этомъ, держась правительнаго взгляда на сущность аналогіи, какъ на примѣненіе одной или нѣсколькихъ нормъ къ случаямъ, ими прямо непредусмотрѣннымъ, но по существу сходнымъ съ предусмотрѣнными<sup>1)</sup>, Сенатъ сузилъ область пользованія этимъ приѣмомъ тѣмъ, что усвоилъ себѣ старинное, традиціонное правило, по которому спеціальныя и исключительныя законы не подлежатъ примѣненію по аналогіи. Согласно этому, совершенно ошибочному и основанному на невѣрно понятыхъ изреченіяхъ римскихъ юристовъ правилу, случаи, по существу однородныя съ предусмотрѣнными въ спеціальныхъ или исключительныхъ законахъ и требующія одинаковаго нормированія, подлежатъ обсужденію не по этимъ законамъ, а по общимъ, вопреки справедливости и цѣлесообразности<sup>2)</sup>. Къ счастью, и въ этомъ пунктѣ Сенатъ оказался непослѣдовательнымъ: сплошь и рядомъ онъ примѣнялъ по аналогіи законы, имѣющіе, несомнѣнно, характеръ спеціальныхъ изъятій. Едва ли не самымъ рельефнымъ примѣромъ является установленное Сенатомъ ограниченіе виндикаціи движимыхъ вещей отъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя ихъ у владѣльца, не имѣющаго права собственности: спеціаль-

---

<sup>1)</sup> Рѣш. 1880 г. № 206: „При разрѣшеніи могущихъ возникнуть недоразумѣній надлежитъ руководствоваться тѣми постановленіями закона, которыя опредѣляютъ отношенія, свойственныя учрежденіямъ, наиболѣе сходнымъ съ указаннымъ, какъ по характеру, такъ и по цѣли своей дѣятельности“. Рѣш. 1910 г. № 39: „возбужденный вопросъ долженъ быть разрѣшенъ по аналогіи закона, т. е. сообразно съ тѣми его постановленіями, которыми опредѣляются правовыя отношенія, наиболѣе близкія по своей природѣ къ подлежащимъ разрѣшенію“. Ср. рѣш. 1901 г. №№ 110 и 125, 1895 г. № 21, 1904 г. № 49, 1911 г. № 54.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1870 г. № 334: „Ст. 9 Уст. Гр. Суд. не дозволяетъ суду недостатокъ въ спеціальномъ постановленіи по одному предмету восполнять спеціальнымъ постановленіемъ, изданнымъ исключительно для другого предмета“. Рѣш. 1884 г. № 59: „Спеціальныя законы, устанавливающія для извѣстнаго рода дѣлъ или случаевъ изъятія изъ общаго закона, не могутъ быть распространяемы по аналогіи на непредусмотрѣнные имъ дѣла и случаи“. Дальнѣйшія подробности объ указанномъ традиціонномъ правилѣ см. въ моихъ сочин.: „Ученіе о толкованіи гражд. зак.“, стр. 286 и 287, 307—309, и „Руководство къ толкованію и примѣненію законовъ“, 1913, стр. 145—147.

ныя правила о безповоротности продажи движимаго имущества съ публичнаго торга (ст. 1069 Уст. Гр. Суд.) и товаровъ, данныхъ на комиссію несостоятельному должнику (ст. 476 Уст. Суд. Торг.) Сенатъ распространилъ на всѣ случаи отчужденія движимыхъ вещей фактическимъ ихъ владѣльцемъ при условіи добросовѣстности приобрѣтателя <sup>1)</sup>.

Невѣрно понялъ Сенатъ и свое отношеніе къ низшимъ судамъ: онъ расширилъ свою компетенцію за ихъ счетъ. Постановленіе 815 ст. Уст. Гр. Суд., предписывающей публиковать разъясненія Сената „во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію законовъ“, Гражданскій касс. департаментъ понялъ въ смыслѣ безусловной обязательности своихъ разъясненій для всѣхъ подвѣдомственныхъ ему судебныхъ учрежденій при разрѣшеніи дѣлъ, однородныхъ съ тѣми, по коимъ послѣдовали разъясненія. Между тѣмъ, ни изъ 815 ст. Уст. Гр. Суд., ни изъ объясненій къ ней не видно, чтобы составители Уставовъ хотѣли придать рѣшеніямъ Сената такую силу. Мало того, они даже не могли этого сдѣлать, не подрывая принятаго и послѣдовательно проведеннаго ими принципа отдѣленія судебной власти отъ законодательной, такъ какъ объявить сенатскія разъясненія обязательными для всѣхъ судовъ, по отношенію ко всѣмъ сходнымъ и однороднымъ дѣламъ, значило бы придать этимъ разъясненіямъ характеръ общихъ юридическихъ нормъ — пояснительныхъ законовъ, значило бы присвоить Сенату въ извѣстныхъ предѣлахъ законодательную власть. Чтобы составители Судебныхъ Уставовъ хотѣли предоставить Сенату такую прерогативу, это тѣмъ менѣе вѣроятно, что ея не имѣетъ и французскій кассационный судъ, послужившій образцомъ при учрежденіи кассационныхъ департаментовъ Сената. И однако Сенатъ, какъ по Гражданскому кассационному департаменту <sup>2)</sup>, такъ и по Общему Собранію <sup>3)</sup> призналъ за собою монополію правотворчества, поставивъ преграду самостоятельности прочихъ судовъ и придавъ ей даже запретный характеръ <sup>3)</sup>. Подавленные авторитетомъ Сената, суды стали, въ большинствѣ случаевъ, слѣпо примѣнять сенатскія разъясне-

<sup>1)</sup> Рѣш. 1880 г. №№ 291 и 303.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1867 г. № 519, 1872 г. № 974, 1873 г. № 168, 1874 г. № 599, 1879 г. № 9 и др.

<sup>3)</sup> Рѣш. Общ. Собр. 1867 г. № 519 и др., вплоть до 1909 г. № 30.

нія и, вмѣсто того, чтобы самостоятельно толковать и логически развивать нормы, ограничивались подыскиваніемъ подходящихъ сенатскихъ рѣшеній, жадно ловя каждое, даже мимоходомъ оброченное замѣчаніе, каждое случайное слово Сената <sup>1)</sup>). Въ результатѣ оказалось, что толкованіе законовъ почти всецѣло сосредоточилось въ рукахъ Сената, такъ что подѣ правотворчествомъ судебной практики приходится понимать только творческую дѣятельность одного Сената <sup>2)</sup>).

## II. Правотворческая дѣятельность суда въ области гражданскаго права (матеріальнаго).

Матеріаль, надѣ которымъ пришлось работать новымъ судамъ въ области гражданскаго права, не только позволялъ, но и настоятельно требовалъ отъ нихъ широкой интенсивной самодѣятельности. Имъ нужно было разрѣшать столкновенія интересовъ въ развивающемся съ каждымъ днемъ все сильнѣе и разностороннѣе гражданскомъ оборотѣ при помощи правилъ Свода Законовъ, этой груды плохо систематизированныхъ и еще хуже редактированныхъ узаконеній казуистическаго характера, изданныхъ въ разныя эпохи, на протяженіи нѣсколькихъ вѣковъ, нерѣдко по случайнымъ поводамъ, неполныхъ, противорѣчивыхъ, не освѣщенныхъ общими принципами, отставшихъ отъ измѣнившихся условій жизни. Вдобавокъ, изъ всѣхъ частей Свода наихудшей является та, съ которой чаще всего пришлось имѣть дѣло новымъ судамъ,—1 часть X тома,—небрежно склеенная

<sup>1)</sup> Нельзя не замѣтить, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ судебныя учрежденія не подчинялись разьясненіемъ Сената и тѣмъ побуждали его пересматривать свои разьясненія, причемъ иногда Сенатъ сознавался въ своей ошибкѣ и измѣнялъ взглядъ. Такъ, напр., въ рѣшеніи Гражд. касс. деп. 1907 г. № 101 говорится: „въ силу приведенныхъ соображеній, отступая по данному вопросу отъ разьясненій, преподанныхъ въ рѣшеніи 1885 г. № 8, и признавая вполне правильнымъ изложенное выше заключеніе судебной палаты, Сенатъ опредѣляетъ кассационную жалобу оставить безъ послѣдствій“. Но такіе случаи встрѣчались въ практикѣ Сената очень рѣдко. Между тѣмъ, они ясно показываютъ, какъ полезно предоставить низшимъ судамъ самостоятельность при разрѣшеніи дѣлъ. См. по этому вопросу мой „Курсъ гражд. процесса“, I, 1913 г., стр. 217 и 218.

<sup>2)</sup> Проявлять самостоятельное творчество могли только тѣ судебныя палаты, которыя выполняли кассационную функцію вмѣсто Сената. Но сборники ихъ рѣшеній не публиковались и въ печать проникли только немногія рѣшенія.

„переходными“, связующими статьями мозаика изъ подробныхъ постановленій по вопросамъ, которые затрагиваютъ интересы казны или относятся къ дворянскому землевладѣнію, и изъ скудныхъ, отрывочныхъ и неясныхъ правилъ о наиболѣе распространенныхъ и важныхъ отношеніяхъ гражданскаго оборота, мозаика съ массой пустыхъ мѣстъ, настоятельно требовавшихъ заполнения.

Общей части въ гражданскихъ законахъ нѣтъ; неясныя и противорѣчивыя постановленія о правоспособности и дѣеспособности физическихъ лицъ включены въ раздѣлъ, посвященный опека, или разсѣяны по другимъ томамъ Свода; немногія, тоже сбивчивыя и неполныя правила относительно объектовъ права приурочены преимущественно къ недвижимымъ имуществамъ; о юридическихъ же лицахъ и сдѣлкахъ никакихъ постановленій общаго характера нѣтъ, за исключеніемъ трехъ статей, которыя перечисляютъ общества и учрежденія, обладающія правомъ пріобрѣтать имущества <sup>1)</sup>, и нѣсколькихъ статей, посвященныхъ заключенію и исполненію договоровъ <sup>2)</sup>. Не менѣе многочисленны и важны пробѣлы въ области вещнаго права. Отсутствуютъ не только опредѣленіе вещнаго права, но и указанія на разницу между вещнымъ и обязательственнымъ правомъ; равнымъ образомъ, нѣтъ ни опредѣленія понятія владѣнія, ни характеристики способовъ пріобрѣтенія и потери его, а столь существенному вопросу, какъ защита владѣнія, посвящена всего одна статья <sup>3)</sup>. Въ ученіи о правѣ собственности обойденъ молчаніемъ принципиальный вопросъ о необходимости передачи владѣнія (традиціи) для пріобрѣтенія права собственности по договору, и совершенно не упомянуто о цѣлой группѣ способовъ пріобрѣтенія права собственности: спецификаціи, смѣшеніи, приращеніи движимости къ движимости, застройкѣ, засѣвѣ и др. Но особенно недостаточны постановленія о вещныхъ правахъ на чужое имущество: изъ всѣхъ видовъ узуфрукта подвергнуты нормированію только одинъ (пожизненное владѣніе родовымъ имѣніемъ супруга, завѣщаннымъ однимъ супругомъ другому <sup>4)</sup>), о сервитутахъ дано всего нѣсколько самыхъ общихъ правилъ <sup>5)</sup>,

<sup>1)</sup> Ст. 413, 414 и 698.

<sup>2)</sup> Ст. 569—572, 1528 и сл.

<sup>3)</sup> Ст. 531.

<sup>4)</sup> Ст. 533<sup>1</sup>—533<sup>13</sup>.

<sup>5)</sup> Ст. 452 и сл., 535, 536.

а о реальных повинностях вовсе не говорится. Немало весьма важных пробѣловъ и въ обязательственномъ правѣ. Ни объ условіяхъ и срокахъ, ни о договорахъ между отсутствующими лицами и въ пользу третьихъ лицъ, ни о симуляціи нѣтъ ни слова, а общія условія дѣйствительности договоровъ опредѣлены неполно и неточно. Затѣмъ, оставлены безъ всякой нормировки бумаги на предъявителя, представительство безъ полномочія и незаконное обогащеніе; постановленія же объ отдѣльныхъ договорахъ, даже широко распространенныхъ въ жизни, крайне скудны и сводятся иной разъ къ одной—двумъ статьямъ. Въ области семейнаго права недостаточность постановленій особенно чувствуется въ институтахъ опеки и попечительства, а въ наследственномъ правѣ оставлены почти безъ регламентаціи институты душеприказчества и отказовъ.

Вотъ краткій перечень наиболѣе обширныхъ и важныхъ пробѣловъ въ гражданскихъ законахъ, настоятельно требовавшихъ устраненія. И Сенатъ приступилъ къ ихъ устраненію. Гдѣ представлялось возможнымъ, онъ прибѣгалъ къ аналогіи, распространяя на непредусмотрѣнные законами случаи отдѣльныя нормы и группы нормъ, установленныя для сходныхъ, однородныхъ случаевъ; гдѣ этотъ приѣмъ былъ непримѣнимъ, за отсутствіемъ въ законодательствѣ нормъ, относящихся къ однороднымъ случаямъ, тамъ Сенатъ выводилъ изъ наличныхъ нормъ общіе принципы, съ которыми и оперировалъ; наконецъ, гдѣ и это было невозможно, Сенатъ подвергалъ юридическому анализу встрѣтившіеся случаи и давалъ соответствующее ихъ существу разрѣшеніе, руководствуясь соображеніями справедливости и цѣлесообразности и стараясь, чтобы это разрѣшеніе не противорѣчило общимъ принципамъ дѣйствующаго законодательства.

Очень многіе и порою весьма крупныя пробѣлы Сенатъ восполнилъ первымъ способомъ—посредствомъ заключенія по аналогіи.

Такъ, выше было замѣчено, что въ 1 части X тома предусмѣтрѣнъ и нормированъ только одинъ видъ узуфрукта, или пользовладѣнія, именно пожизненное владѣніе родовымъ имѣніемъ, предоставленное однимъ супругомъ другому по завѣщанію. Но пожизненное владѣніе можетъ имѣть предметомъ и благопріобрѣтенныя имущества, можетъ быть установлено собственникомъ не только по завѣщанію, но и другими возмездными и

безвозмездными сдѣлками; встрѣчается, наконецъ, не пожизненное, а срочное пользовладѣніе <sup>1)</sup>). Но такъ какъ всѣ эти виды пользовладѣнія по существу своему одинаковы, то Сенатъ примѣнилъ къ нимъ правила, касающіяся пожизненнаго владѣнія родовымъ имуществомъ въ силу завѣщанія супруга <sup>2)</sup>).—Въ гражданскихъ законахъ упомянутъ цѣлый рядъ случаевъ, когда надъ имуществомъ должна быть учреждена опека: поводами къ этому служать какъ малолѣтство собственника, такъ и его душевная болѣзнь, расточительность, безвѣстное отсутствіе, смерть. А права и обязанности опекуновъ опредѣлены закономъ только примѣнительно къ опекамъ надъ имуществомъ малолѣтнихъ лицъ. Сенатъ распространилъ постановленія, касающіяся одного этого вида опеки, и на другіе, находя, что, „въ силу ст. 9 Уст. Гр. Суд., надлежитъ руководствоваться тѣми постановленіями закона, которыя опредѣляютъ правовыя отношенія, свойственныя учрежденіямъ, наиболѣе сходнымъ какъ по характеру, такъ и по цѣли своей дѣятельности“ <sup>3)</sup>).

Гораздо труднѣе и сложнѣе была задача Сената въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ не могъ пользоваться заключеніями по аналогіи, вслѣдствіе отсутствія пригодныхъ для этого нормъ. А въ такомъ именно положеніи онъ находился, встрѣчаясь даже съ весьма распространенными въ жизни отношеніями. Такъ, назначеніе душеприказчиковъ для исполненія завѣщательныхъ распоряженій представляетъ собою обычное явленіе въ нашемъ быту: рѣдкое завѣщаніе обходится безъ того, чтобы завѣщатель не возложилъ на кого-либо изъ своихъ родныхъ или друзей осуществленія своей послѣдней воли. Вслѣдствіе этого, чрезвычайно важно точное опредѣленіе объема правъ и обязанностей душеприказчика: какія именно дѣйствія онъ можетъ совершать, съ какого и до какого момента длятся его полномочія, каковы его отношенія къ наслѣдникамъ и постороннимъ лицамъ и т. д. На всѣ эти вопросы нѣтъ отвѣта въ 1 части X тома, и ея постановленія о душеприказчествѣ ограничиваются двумя статьями, изъ коихъ въ одной говорится, что „духовныя завѣщанія исполняются: 1) душеприказчиками и 2) самими наслѣдниками, по волѣ завѣщателя“ (ст. 1084), а въ другой воспрещается слу-

<sup>1)</sup> Ст. 514 т. X ч. I Св. Зак.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1892 г. № 11, 1895 г. № 82, 1898 г. № 5, 1889 г. № 59 и др.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1880 г. № 206, 1878 г. № 42, 1903 г. № 30, 1912 г. № 134 и др.

жащимъ въ карантинныхъ учрежденіяхъ быть душеприказчиками лицъ, выдерживающихъ карантинъ (ст. 1085). Сенатъ долженъ былъ самостоятельно нормировать институтъ душеприказчества. И дѣйствительно, онъ посвятилъ этому институту цѣлый рядъ рѣшеній, въ которыхъ, опираясь на общее положеніе 1084 ст. и подкрѣпляя свои выводы статьями 24 и 25 Уст. Гр. Суд., представляющими душеприказчикамъ право искать и отвѣчать на судѣ по дѣламъ, связаннымъ съ исполненіемъ завѣщаній, а иногда, ссылаясь на аналогію съ опекой и договоромъ довѣренности, построилъ цѣлое ученіе о душеприказчествѣ. Онъ призналъ, что душеприказчикъ является представителемъ не наслѣдниковъ, а завѣщателя <sup>1)</sup>, и что объемъ его полномочій долженъ быть опредѣляемъ на основаніи завѣщанія <sup>2)</sup>; при отсутствіи же въ завѣщаніи точнаго указанія правъ душеприказчика, онъ можетъ и обязанъ совершать всѣ дѣйствія, необходимыя для исполненія завѣщательныхъ распоряженій <sup>3)</sup>, что распоряженіе завѣщателя о назначеніи душеприказчика вступаетъ въ силу съ момента утвержденія завѣщанія <sup>4)</sup>, но что, не смотря на это, душеприказчику „предоставляется приступать къ исполненію завѣщанія и охранѣ оставшагося послѣ завѣщателя имущества и правъ наслѣдниковъ еще до утвержденія къ исполненію завѣщанія, иначе распоряженія о похоронахъ, призрѣніе дѣтей умершаго и самое представленіе завѣщаній къ утвержденію душеприказчиками являлись бы невозможными“ <sup>5)</sup>; что при назначеніи нѣсколькихъ душеприказчиковъ отношенія между ними должны опредѣляться по аналогіи съ отношеніями между нѣсколькими опекунами надъ однимъ и тѣмъ же имуществомъ, или нѣсколькими повѣренными <sup>6)</sup>; что наслѣдники имѣютъ право требовать устраненія душеприказчика, оказавшагося неспособнымъ къ надлежащему исполненію завѣщательныхъ распоряженій <sup>7)</sup>; что душеприказчикъ, по окончаніи возложенной на него обязанности, долженъ представить наслѣдникамъ, по ихъ тре-

<sup>1)</sup> Рѣш. 1899 г. № 40, 1900 г. № 110.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1899 г. № 40 и № 86.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1871 г. №№ 1258, 1879 г. № 1, 1881 г. № 116, 1885 г. № 132, 1899 г. № 86, 1912 г. № 28.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1869 г. № 612.

<sup>5)</sup> Рѣш. 1895 г. № 96.

<sup>6)</sup> Рѣш. 1898 г. № 76, 1911 г. № 51.

<sup>7)</sup> Рѣш. 1912 г. № 28.

бованію, отчетъ и отвѣчаетъ за убытки, понесенные ими отъ его дѣйствій и упущеній <sup>1)</sup>); что душеприказчикъ воленъ сложить съ себя это званіе <sup>2)</sup>, и что въ такомъ случаѣ, равно какъ въ случаѣ его смерти, завѣщаніе исполняется прочими душеприказчиками <sup>3)</sup>, а если ихъ нѣтъ, то самими наслѣдниками <sup>4)</sup>.

Съ помощью такихъ же пріемовъ Сенату пришлось восполнить пробѣлы въ законодательствѣ относительно договоровъ страхованія и задатка, а также опредѣлять общія условія дѣйствительности юридическихъ сдѣлокъ.

Договоръ страхованія получилъ широкое распространеніе въ жизни: на каждомъ шагу страхуются имущество, капиталы, товары, жизнь. Такъ какъ страховыми операціями занимаются не отдѣльныя лица, а общества, дѣйствующія на основаніи своихъ уставовъ, которые имѣютъ значеніе спеціальныхъ законовъ, то отношенія между страховщиками и страхователями обсуждаются по правиламъ, заключающимся въ этихъ уставахъ. Однако, нерѣдко возникаютъ вопросы, не предусмотрѣнные уставами. Въ такихъ случаяхъ судамъ необходимо обращаться къ обще-гражданскимъ законамъ, а въ этихъ законахъ договору страхованія посвящена всего одна статья, дающая общее опредѣленіе договора страхованія имущества <sup>5)</sup>. Основываясь на этой статьѣ и анализируя данное въ ней опредѣленіе страхованія, Сенатъ установилъ цѣлый рядъ положеній, касающихся различныхъ сторонъ страхового договора. Такъ, имѣя въ виду, что цѣль страхованія состоитъ въ возмѣщеніи убытковъ, Сенатъ призналъ, что оно не можетъ быть источникомъ пріобрѣтенія выгоды для страхователя, а потому: страховое общество обязано возмѣстить страхователю только дѣйствительно понесенные имъ убытки и въ правѣ удостовѣриться какъ въ наличности страхуемаго имущества, такъ и въ стоимости его, опредѣляя вознагражденія за убытки по дѣйствительной стоимости <sup>6)</sup>; недо-

<sup>1)</sup> Рѣш. 1867 г. № 518, 1871 г. № 738.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1869 г. № 227, 1873 г. № 578, 1876 г. № 77, 1879 г. № 134.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1871 г. № 873.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1868 г. № 308, 1875 г. № 27, 1898 г. № 76.

<sup>5)</sup> Ст. 2199 т. X ч. I: „Страхованіе есть договоръ, въ силу коего составленное для предохраненія отъ несчастныхъ случаевъ общество или частное лицо пріемлетъ на свой страхъ корабль, товаръ, домъ или иное движимое или недвижимое имущество за условленную премию или плату, обязуясь удовлетворить уронъ, ущербъ или убытокъ, отъ предполагаемой опасности произойти могуцій“.

<sup>6)</sup> Рѣш. 1880 г. № 40, 1881 г. № 118.

пустимо двойное страхованіе, т. е., страхованіе одного и того же имущества въ полной стоимости дважды, а возможно лишь дополнительное страхованіе уже застрахованнаго въ неполной стоимости имущества <sup>1)</sup>; страхователь выигрышнаго билета обязанъ доказать, что онъ вышелъ въ тиражъ, и представить подлинный билетъ <sup>2)</sup>; по полученіи страхового вознагражденія страхователь уже не въ правѣ требовать возмѣщенія убытковъ съ лица, виновнаго въ поврежденіи застрахованнаго имущества, а это право принадлежит страховому обществу <sup>3)</sup>. Далѣе, Сенатъ нашелъ, что страховой договоръ, по своему существу, направленъ на огражденіе страхователя отъ убытка, безъ вниманія къ размѣрамъ его, вслѣдствіе чего страховое общество не въ правѣ ограничить свою отвѣтственность полной утратой всего застрахованнаго имущества и снять съ себя отвѣтственность за поврежденіе его <sup>4)</sup>; что страхованіе производится въ виду предполагаемой опасности, въ возможности наступленія которой долженъ удостовѣриться страхователь, а не страховщикъ, такъ что если кто-либо застраховалъ билетъ, уже вышедшій въ тиражъ, то страховое общество не обязано возвращать ему напрасно уплаченной преміи <sup>5)</sup>; что страховой договоръ основывается на личномъ довѣрїи страховщика къ страхователю и его заботливости объ имуществѣ, а потому не можетъ быть переуступаемъ другому лицу безъ согласія страховщика <sup>6)</sup>; что при страхованіи лица отъ несчастнаго случая страховое общество освобождается отъ отвѣтственности, если поврежденіе здоровья произошло вслѣдствіе умысла со стороны застрахованнаго <sup>7)</sup>; что страховать имущество можетъ не только собственникъ, но и пожизненный владѣлецъ, имѣющій самостоятельный имущественный интересъ въ сохраненіи предмета своего права <sup>8)</sup>.

Точно также въ нашемъ быту весьма употребительно обезпеченіе договоровъ посредствомъ внесенія задатка: при заключеніи договора одна изъ сторонъ уплачиваетъ другой опредѣ-

<sup>1)</sup> Рѣш. 1879 г. № 80, 1884 г. № 114.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1881 г. № 110, 1883 г. № 57, 1896 г. № 9

<sup>3)</sup> Рѣш. 1882 г. №№ 44 и 98.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1891 г. № 101.

<sup>5)</sup> Рѣш. 1888 г. № 73.

<sup>6)</sup> Рѣш. 1886 г. № 13, 1893 г. № 5.

<sup>7)</sup> Рѣш. 1907 г. № 66.

<sup>8)</sup> Рѣш. 1893 г. № 5.

ленную сумму денегъ, съ тѣмъ условіемъ, что эта сумма поступитъ въ пользу контрагента, если внесшая ее сторона уклонится отъ исполненія договора, и будетъ возвращена ей, если неисполненіе договора произойдетъ безъ ея вины. Такимъ способомъ обезпечиваются всевозможные договоры: купля движимости, наемъ имущественный (квартиръ, дачъ) и личный (прислуги, рабочихъ), перевозка, поставка, заказъ и т. д. Въ гражданскихъ же законахъ постановленія о задаткѣ приурочены къ запродажѣ недвижимости и продажѣ движимости<sup>1)</sup>, причемъ нѣкоторые вопросы, возникающіе при неисполненіи этихъ договоровъ, оставлены безъ разрѣшенія. Основываясь на указанныхъ постановленіяхъ, а также на общихъ правилахъ гражданскихъ законовъ относительно заключенія договоровъ и ссылаясь, вдобавокъ, на установившійся въ быту обычай, Сенатъ разъяснилъ, что задатокъ обезпечиваетъ исполненіе договора, что неисполненіе договора по винѣ давшаго задатокъ—влечетъ за собой утрату задатка, а въ случаѣ неисполненія договора по винѣ получившаго задатокъ или безъ чьей-либо вины— задатокъ подлежитъ возвращенію; что лицо, въ пользу котораго поступилъ задатокъ, имѣетъ право взыскать съ неисправнаго контрагента вознагражденіе за убытки отъ неисполненія договора, но лишь въ томъ количествѣ, насколько они превышаютъ сумму задатка; что отъ задатка слѣдуетъ строго отличать авансъ, т. е., уплачиваемую впередъ часть той суммы, которую одинъ контрагентъ обязанъ, согласно договору, уплатить другому<sup>2)</sup>; что авансъ дается не въ видѣ обезпеченія договора, а потому и долженъ быть возвращенъ въ случаѣ, если договоръ не будетъ осуществленъ, по чьей бы это винѣ ни произошло; что если изъ обстоятельствъ дѣла не видно съ полною ясностью, уплачена ли сумма въ видѣ задатка или же въ видѣ аванса, то слѣдуетъ предполагать, пока не доказано противное, что стороны имѣли въ виду задатокъ<sup>3)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Ст. 1685—1689, 1513 и 1518 т. X ч. I Св. Зак.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1888 г. № 33. Въ этомъ рѣшеніи Сенатъ подвелъ итогъ своимъ прежнимъ разъясненіямъ и обобщилъ ихъ. Слѣдуетъ замѣтить, что Сенатъ не сразу пришелъ къ сформулированнымъ въ этомъ рѣшеніи положеніямъ, а неоднократно высказывался въ другомъ смыслѣ, именно, что задатокъ имѣетъ характеръ обезпеченія договора только въ прямо указанныхъ закономъ случаяхъ запродажи недвижимости, въ прочихъ же случаяхъ онъ представляетъ собою не что иное, какъ авансъ (рѣш. 1876 г. № 169, 1877 г. № 219).

<sup>3)</sup> Рѣш. 1892 г. №№ 12 и 40, 1905 г. № 65.

Постановленія гражданскихъ законовъ объ общихъ условіяхъ дѣйствительности юридическихъ сдѣлокъ чрезвычайно скудны. Въ ст. 700 и 701 сказано только, что „способы пріобрѣтенія правъ“ основываются на „непринужденномъ произволѣ и согласіи“, которые должны быть свободны, и что свобода и произволъ нарушаются „принужденіемъ и подлогомъ“, а затѣмъ въ слѣдующей, 702, статьѣ опредѣляется понятіе принужденія въ смыслѣ физическаго насилія. На основаніи этихъ немногихъ постановленій, въ связи съ нѣсколькими правилами, относящимися къ частнымъ случаямъ (къ ошибкамъ въ завѣщаніяхъ, къ обману при продажѣ движимости), Сенатъ опредѣлилъ юридическое значеніе ошибки, обмана и принужденія. Именно, онъ призналъ, что ошибка одного изъ контрагентовъ въ самомъ основаніи сдѣлки или въ существенномъ условіи ея даетъ ему право требовать уничтоженія сдѣлки<sup>1)</sup>; что обманъ въ существенномъ качествѣ предмета сдѣлки, подрывающій свободу воли контрагента, имѣетъ такое же значеніе, какъ ошибка<sup>2)</sup>, и что подъ обманомъ слѣдуетъ понимать не только уголовно-наказуемое дѣяніе, но и всякое недобросовѣстное дѣйствіе, посредствомъ котораго одинъ изъ контрагентовъ вводится въ заблужденіе<sup>3)</sup>; что не только физическое насиліе, которое предусмотрено въ 702 ст. 1 ч. X т., но и нравственное давленіе можетъ служить причиной недѣйствительности сдѣлки, именно, если оно заключается въ угрозы настоящимъ или будущимъ зломъ, и если, притомъ, эта угроза — „серьезная, дѣйствительная, возбуждающая основательное опасеніе за дорогія блага человѣка, за его жизнь, здоровье, честь или имущество, или за благо лицъ, ему близкихъ“<sup>4)</sup>.

Въ законахъ нѣтъ общаго постановленія и относительно притворныхъ, или симулятивныхъ, сдѣлокъ, а имѣются двѣ статьи, касающіяся частныхъ случаевъ симуляціи: въ одной

<sup>1)</sup> Рѣш. 1872 г. № 343, 1875 г. № 858, 1878 г. № 129, 1890 г. № 9, 1892 г. № 26, 1899 г. № 60, 1903 г. № 106.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1873 г. № 1450, 1883 г. № 78, 1884 г. № 28, 1890 г. № 9, 1899 г. № 60, 1901 г. № 86.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1878 г. № 129, 1883 г. № 78, 1890 г. № 9 и др.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1901 г. № 21. Въ этомъ рѣшеніи Сенатъ отказался отъ взгляда, который проводился имъ въ предшествовавшихъ рѣшеніяхъ и состоялъ въ томъ, что основаніемъ къ оспариванію сдѣлокъ можетъ служить только принужденіе, караемое уголовными законами, какъ преступленіе, но не принужденіе ненаказуемое — нравственное давленіе (рѣш. 1868 г. № 785, 1869 г. № 760, 1875 г. № 258, 1876 г. №№ 398, 582 и др.).

идеть рѣчь о духовныхъ завѣщаніяхъ, прикрывающихъ собою дареніе <sup>1)</sup>, а въ другой—о договорѣ займа, скрытомъ подъ видомъ поклажи <sup>2)</sup>. Но въ обѣихъ статьяхъ предписывается обсуждать притворную сдѣлку по правиламъ, установленнымъ для той, которая подъ нею скрыта. Обобщая эти спеціальныя правила и подкрѣпляя свое заключеніе ссылкой на общія положенія относительно необходимости сознательнаго волеизъявленія для силы сдѣлки, Сенатъ установилъ давно признанный наукой и западными кодексами принципъ: что „притворная сдѣлка, прикрывающая собою другое дѣйствительно состоявшееся между сторонами договорное соглашеніе, подлежитъ уничтоженію лишь въ томъ случаѣ, если сила такого соглашенія не охраняется закономъ; если же оно само по себѣ закону не противно, то сдѣлка не уничтожается, а прикрываемое ею соглашеніе обсуждается по правиламъ о томъ договорѣ, которому оно по своимъ признакамъ соотвѣтствуетъ“ <sup>3)</sup>.

Еще одинъ важный пробѣлъ въ ученіи о юридическихъ сдѣлкахъ, это — отсутствіе постановленій объ условіяхъ и срокахъ. Хотя 1530 ст. 1 части X т. разрѣшаетъ включать въ договоры „всякія условія, законамъ не противныя, какъ-то, условія о срокѣ, о платежахъ, объ обезпеченіяхъ и т. п.“ а въ ст. 1426 и 1427 говорится о „необходимыхъ и произвольныхъ условіяхъ въ купчихъ крѣпостяхъ“, но ни понятіе условія и срока, ни разница между ними, ни послѣдствія ихъ наступленія или ненаступленія закономъ не опредѣлены. Сдѣлалъ это Сенатъ, воспроизведя теоретическое ученіе о срокѣ и условіи <sup>4)</sup>.

Въ приведенныхъ до сихъ поръ случаяхъ Сенатъ восполнялъ пробѣлы, нормируя такіе институты, о которыхъ упоминается въ дѣйствующемъ правѣ, о которыхъ въ немъ имѣются какія-либо, хотя бы самыя отрывочныя, одностороннія и скудныя постановленія. Но иногда Сенатъ долженъ былъ заново создавать институты, обойденные въ законахъ полнымъ молчаніемъ и неизвѣстные имъ ни по имени, ни по существу. Въ гра-

---

<sup>1)</sup> Ст. 991 т. X ч. I.

<sup>2)</sup> Ст. 2114 т. X ч. I.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1901 г. № 45, 1891 г. № 62, 1890 г. № 41, 1905 г. № 105 и др.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1879 г. № 27 и 1908 г. № 77 (виды условій и послѣдствія ихъ), 1909 г. № 112 (понятіе срока и отличіе отъ условія), 1910 г. № 49 (исчисленіе сроковъ), 1912 г. № 47 (резюме рѣшеній о срокѣ, подкрѣпленное ссылками на литературу) и др.

жданскихъ законахъ, напимѣръ, не упоминается о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ: всѣ постановленія о заключеніи и исполненіи договоровъ опредѣляютъ только взаимныя права и обязанности контрагентовъ. Основываясь на томъ, что законы наши прямо не возбраняютъ договаривающимся лицамъ устанавливать какія-либо права въ пользу третьихъ лицъ, Сенатъ пришелъ къ выводу, что такіе договоры не противорѣчатъ общему смыслу дѣйствующаго права, и призналъ, что третье лицо, хотя бы и не участвовавшее въ заключеніи договора, но выразившее согласіе воспользоваться предоставленными ему по договору выгодами, получаетъ право требовать исполненія договора судебнымъ порядкомъ <sup>1)</sup>).

Точно также умалчиваютъ гражданскіе законы о чекахъ, контокоррентѣ, бумагахъ на предъявителя и о незаконномъ обогащеніи. Построить общую теорію бумагъ на предъявителя <sup>2)</sup> и чековъ <sup>3)</sup> Сенату помогли еще нѣкоторыя узаконенія частнаго характера, именно, относительно выигрышныхъ и банковыхъ билетовъ; но по отношенію къ незаконному обогащенію Сенатъ былъ лишень даже такой опоры, а долженъ былъ исходить изъ общихъ постановленій о виндикаціи имущества отъ незаконнаго владѣльца и о вознагражденіи за убытки <sup>4)</sup>; что же касается контокоррента, то Сенату пришлось просто обратиться къ выводамъ теоріи, ссылаясь на то, что этотъ договоръ не противенъ дѣйствующему праву <sup>5)</sup>).

---

<sup>1)</sup> Рѣш. 1877 г. № 372, 1878 г. № 257, 1880 г. № 174, 1882 г. № 4, 1906 г. № 36, 1907 г. № 23.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1884 г. № 6, 1885 г. №№ 27 и 89, 1889 г. № 93.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1892 г. № 114, 1900 г. № 71, 1905 г. № 63.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1873 г. № 713, 1875 г. № 336, 1876 г. № 324, 1878 г. № 291, 1887 г. № 13, 1889 г. № 23 и др.

<sup>5)</sup> Рѣш. 1907 г. № 18: „Чтобы договоръ контокоррента былъ противенъ дѣйствующему у насъ закону, на это никто изъ сторонъ не указываетъ, и Сенатъ не усматриваетъ; въ виду же того, что, по разъясненіямъ Сената въ рѣшеніяхъ 1869 г. № 1292 и 1893 г. № 50, судебныя мѣста могутъ при толкованіи законовъ руководствоваться общими началами права, принявъ эти начала въ основаніе своихъ рѣшеній, то Сенатъ считаетъ умѣстнымъ, при опредѣленіи присущихъ договору контокоррента свойствъ, обратиться къ тому опредѣленію, которое этому договору даетъ наука“.

### III. Правотворческая дѣятельность суда въ области гражданского судопроизводства.

Несравненно меньше простора для проявленія свободнаго творчества имѣлъ Сенатъ въ области гражданского судопроизводства. Причина этого заключается въ томъ, что Уставъ Гражданскаго Судопроизводства составленъ и редактированъ безконечно лучше первой части X тома, такъ какъ представляетъ собой цѣльный, тщательно разработанный и отдѣланный кодексъ, послѣдовательно проводящій принципы, цѣлесообразность которыхъ признана наукой и законодательнымъ опытомъ западно-европейскихъ государствъ. Однако и въ Уставѣ Гражданскаго Судопроизводства имѣются пробѣлы, потребовавшіе восполненія и въ дѣйствительности восполненные Сенатомъ. Хотя эти пробѣлы и не столь обширны, какъ въ I части X тома, однако они иногда тоже охватываютъ цѣлые отдѣлы, цѣлые институты. Это имѣетъ мѣсто преимущественно въ области охранительнаго, или безспорнаго, судопроизводства. Вотъ рядъ примѣровъ.

Порядокъ укрѣпленія права собственности, пріобрѣтеннаго по давности владѣнія, и порядокъ утвержденія въ правахъ наслѣдства оставлены безъ законодательной регламентаціи.

Относительно пріобрѣтенія права собственности по давности владѣнія въ гражданскихъ законахъ говорится только, что фактическое владѣніе, если оно продолжится въ теченіе 10 лѣтъ спокойно, безспорно, непрерывно и въ видѣ собственности, „превращается“ въ право собственности<sup>1)</sup>. Но ни въ гражданскихъ законахъ, ни въ Уставѣ Гр. Суд. не указано, какимъ образомъ можетъ и должно быть удостовѣрено это „превращеніе“ фактическаго состоянія въ право. А, между тѣмъ, безъ документовъ, свидѣтельствующихъ о пріобрѣтеніи права собственности, давностный владѣлецъ, сдѣлавшійся собственникомъ, не въ состояніи распоряжаться своею вещью, если она—недвижимость: онъ не можетъ ни продать, ни заложить ея. Восполняя этотъ пробѣлъ, Сенатъ разъяснилъ, что давностный владѣлецъ, желающій, чтобы пріобрѣтеніе имъ права собственности

---

<sup>1)</sup> Ст. 533, 557 и сл. X т. 1 ч.

было официально удостоверено, может обратиться съ ходатайствомъ, въ порядкъ охранительнаго производства, объ укрѣпленіи за нимъ права собственности, и что судъ, провѣривъ наличность условій, при которыхъ фактическое владѣніе становится правомъ собственности, постановляетъ опредѣленіе о признаніи за просителемъ этого права, а затѣмъ, владѣльцу выдается старшимъ нотаріусомъ крѣпостное свидѣтельство на право собственности <sup>1)</sup>. При установленіи этихъ правилъ, Сенатъ опирался на постановленія Устава Гр. Суд. относительно укрѣпленія права собственности за покупателемъ имущества съ публичныхъ торговъ и примѣнилъ по аналогіи ст. 1164 и 1165 того же Устава.

Подобно укрѣпленію права собственности по давности владѣнія, утвержденіе въ правахъ наслѣдства тоже необязательно и не нормировано въ законахъ, которые разрѣшаютъ наслѣдникамъ, смотря по ихъ желанію, либо фактически вступить во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ, не обращаясь къ содѣйствію суда, либо домогаться официальнаго признанія своихъ наслѣдственныхъ правъ <sup>2)</sup>. Однако, во многихъ случаяхъ наслѣдники не могутъ обойтись безъ обращенія къ суду, именно тогда, когда наслѣдственное имущество находится въ завѣдываніи опеки или хранится въ кредитныхъ учрежденіяхъ, либо сдано на храненіе частнымъ лицамъ послѣ смерти собственника. Для того, чтобы въ этихъ случаяхъ получить имущество, наслѣдники должны быть судебнымъ порядкомъ утверждены въ правахъ наслѣдства. Но каковъ этотъ порядокъ, Уставъ Гр. Суд. не указываетъ, ограничиваясь только постановленіемъ, что наслѣдники должны заявить о своемъ желаніи судебнымъ учрежденіямъ, согласно общимъ правиламъ подвѣдомственности и подсудности <sup>3)</sup>, и что судебныя учрежденія постановляютъ опредѣленія о ввѣдѣ наслѣдниковъ во владѣніе дошедшимъ до нихъ недвижимымъ имуществомъ не прежде, чѣмъ ими будутъ уплачены наслѣдственныя пошлины <sup>4)</sup>. Въ дополненіе къ этимъ постановленіямъ, Сенатъ далъ цѣлый рядъ существенныхъ руководящихъ указаній. Прежде всего, исходя изъ того положенія, что наслѣдство представляетъ собою

<sup>1)</sup> Рѣш. 1872 г. № 792, 1901 г. № 46 и др.

<sup>2)</sup> Ст. 1261 т. X ч. I, ст. 1408 Уст. Гр. Суд.

<sup>3)</sup> Ст. 1408 Уст. Гр. Суд.

<sup>4)</sup> Прим. къ 1408 ст. Уст. Гр. Суд.

„совокупность имуществъ, правъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго“ <sup>1)</sup>), Сенатъ призналъ, что утвержденіе въ правахъ наслѣдства должно быть производимо ко всему наслѣдству, а не къ отдѣльнымъ частямъ его, и что только въ тѣхъ случаяхъ, когда разныя части наслѣдства подлежатъ различному порядку наслѣдованія (напр., родовыя имущества, доставшіяся отъ отца, и родовыя имущества, доставшіяся отъ матери), только тогда возможно утвержденіе въ правахъ наслѣдства по отношенію къ каждой изъ такихъ частей порознь <sup>2)</sup>). Изъ понятія же наслѣдства, далѣе, Сенатъ вывелъ, что, при утвержденіи въ правахъ наслѣдства, судъ долженъ ограничиться повѣркой родственной связи наслѣдника съ наслѣдодателемъ, не опредѣляя, къ какому имуществу онъ утверждается <sup>3)</sup>). Съ другой стороны, изъ того, что размѣры наслѣдственныхъ долей опредѣлены въ самомъ законѣ, Сенатъ заключилъ, что наслѣдникъ, ходатайствующій объ утвержденіи себя въ правахъ наслѣдства, не обязанъ указывать свою долю, а если укажетъ, то его заявленіе не обязательно ни для суда, ни для него самого, такъ что впослѣдствіи онъ въ правѣ требовать увеличенія своей доли до законнаго размѣра, а судъ можетъ увеличить эту долю, не стѣсняясь своимъ прежнимъ опредѣленіемъ <sup>4)</sup>). Устанавливая въ точности значеніе судебныхъ опредѣленій объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства и имѣя въ виду 1241 ст. 1 ч. X т., по которой явившіеся въ теченіе шести мѣсяцевъ со времени публикаціи о вызовѣ наслѣдники вводятся во владѣніе наслѣдствомъ, что не лишаетъ прочихъ наслѣдниковъ права заявить впослѣдствіи свои претензіи на наслѣдство въ исковомъ порядкѣ, Сенатъ пришелъ къ заключенію, что опредѣленіе объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства представляетъ собою въ сущности не что иное, какъ предварительное удостовѣреніе права наслѣдника вступить во владѣніе наслѣдственнымъ имуществомъ, удостовѣреніе, которое можетъ быть затѣмъ оспорено другими наслѣдниками и отмѣнено по ихъ иску <sup>5)</sup>). Изъ этого слѣдуетъ, что если при производствѣ въ охранительномъ порядкѣ дѣла объ утвержде-

<sup>1)</sup> Ст. 1104 т. X ч. I.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1875 г. № 848, 1882 г. № 103, 1885 г. № 1, 1890 г. № 43, 1893 г. № 4.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1882 г. № 103, 1885 г. № 1.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1893 г. № 4, 1898 г. № 35, 1899 г. № 15.

<sup>5)</sup> Рѣш. 1885 г. № 131, 1897 г. № 71, 1911 г. № 24.

ній въ правахъ наслѣдства нѣсколькихъ лицъ, являющихся сонаслѣдниками въ одномъ и томъ же имуществѣ, между ними возникнетъ споръ, то это обстоятельство не должно повлечь за собой прекращенія охранительнаго производства и отсылки всѣхъ спорящихъ къ исковому порядку, а судъ долженъ, продолжая производство дѣла, утвердить въ правахъ наслѣдства тѣхъ изъ наслѣдниковъ, которые доказали свои права, и отказать тѣмъ, которые этого не доказали; послѣ того уже неутвержденные наслѣдники могутъ домогаться признанія своихъ правъ, путемъ предъявленія иска къ утвержденнымъ <sup>1)</sup>). При этомъ, разсматривая дѣло въ охранительномъ порядкѣ, судъ имѣетъ право принимать въ доказательство родственной связи наслѣдниковъ съ наслѣдодателемъ только предустановленныя закономъ (ст. 208 т. X ч. 1) доказательства, именно: метрическія книги, родословныя, дворянскія, городовыя книги, ревизскія сказки и другіе акты состоянія, но не какіе-либо иные, хотя бы и формальные документы. Это ограниченіе Сенатъ мотивируетъ тѣмъ соображеніемъ, что нельзя „допустить представленія при охранительномъ порядкѣ производства тѣхъ доказательствъ, которыя, какъ требующія болѣе тщательнаго и осторожнаго изслѣдованія, могутъ быть допущены только при исковомъ процессѣ, гдѣ участіемъ сторонъ въ дѣлѣ и возможностью производства всѣхъ тѣхъ судебныхъ дѣйствій, которыя указаны въ Уставѣ Гр. Суд. для освѣщенія доказательствъ (экспертиза, допросъ свидѣтелей и др.), обеспечивается болѣе успѣшный ходъ дѣла“ <sup>2)</sup>).

Еще одинъ очень важный пробѣлъ въ правилахъ охранительнаго производства пришлось восполнить Сенату. Дѣло въ томъ, что въ Уставѣ Гр. Суд. нормированы отдѣльные виды охранительнаго производства, но отсутствуютъ общія правила, одинаково относящіяся ко всѣмъ видамъ его. Эти правила Сенатъ долженъ былъ самъ выработать, что онъ и сдѣлалъ, выводя ихъ изъ сущности охранительнаго производства, изъ постановленій по отдѣльнымъ видамъ его и примѣняя по аналогіи правила частнаго порядка производства. Такъ, въ виду основнаго признака охранительнаго производства—односторонности его (въ смыслѣ отсутствія отвѣтчика, къ которому предъ-

<sup>1)</sup> Рѣш. 1897 г. № 72.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1912 г. № 69.

явленъ искъ), Сенатъ ограничилъ примѣненіе въ охранительномъ производствѣ принципа состязательности, обусловленнаго наличностью двухъ тяжущихся сторонъ въ процессѣ <sup>1)</sup>, сузилъ, какъ только что было указано, кругъ доказательствъ, которыя могутъ быть принимаемы судомъ во вниманіе <sup>2)</sup>, и призналъ недопустимыми вступленіе и привлеченіе третьихъ лицъ, предполагающихъ наличность спора о правѣ гражданскомъ между нѣсколькими лицами <sup>3)</sup>. Затѣмъ, усматривая сходство по существу между опредѣленіями суда, постановляемыми въ охранительномъ порядкѣ, и между частными опредѣленіями, Сенатъ призналъ, что первая, какъ и вторыя, могутъ быть отмѣняемы и измѣняемы самимъ постановившимъ ихъ судомъ, въ случаѣ измѣненія обстоятельствъ, въ виду которыхъ они были постановлены, если только даннымъ опредѣленіемъ не разрѣшается окончательно вопросъ о правѣ <sup>4)</sup>, и что какъ тѣ, такъ и другія, не стѣсняють судъ при разрѣшеніи тождественнаго вопроса въ исковомъ порядкѣ <sup>5)</sup> и подлежатъ обжалованію въ частномъ порядкѣ <sup>6)</sup>, а затѣмъ и въ кассационномъ <sup>7)</sup>. Напротивъ, правило 814 ст. Устава Гр. Суд. относительно пріостановки, по просьбѣ отвѣтчика, исполненія рѣшенія, въ случаѣ подачи имъ кассационной жалобы, Сенатъ нашелъ непримѣнимымъ въ охранительномъ производствѣ, такъ какъ „въ немъ нѣтъ рѣшенія, нѣтъ и отвѣтчика“ <sup>8)</sup>. Точно также признаны Сенатомъ недопускающими распространенія на охранительное производство и нѣкоторыя другія статьи Устава, относящіяся къ исковому производству, именно въ виду существенной разницы между тѣмъ и другимъ производствомъ <sup>9)</sup>.

Не столь обширны, но не менѣе существенны и гораздо болѣе многочисленны пробѣлы въ правилахъ искового производства, устраненные Сенатомъ, частью посредствомъ примѣненія

<sup>1)</sup> Рѣш. 1912 г. №№ 22, 69, 70.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1912 г. № 69.

<sup>3)</sup> Тоже рѣшеніе.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1876 г. № 483, 1881 г. № 147 и др.

<sup>5)</sup> Рѣш. 1895 г. № 90, 1903 г. № 140.

<sup>6)</sup> Рѣш. 1912 г. № 69.

<sup>7)</sup> Рѣш. 1894 г. № 97, 1896 г. № 124.

<sup>8)</sup> Рѣш. 1912 г. № 22.

<sup>9)</sup> Рѣш. 1907 г. № 51 (непримѣнимость въ охранит. порядкѣ ст. 332 Уст. Гр. Суд., воспреещающей измѣненіе исковыхъ требованій), рѣш. 1912 г. № 70 (непримѣнимость 706 ст., предписывающей суду не выходить за предѣлы требованій сторонъ).

по аналогіи постановленій Устава относительно сходныхъ случаевъ, частью на основаніи общихъ принциповъ процесса и сущности нормируемыхъ институтовъ. Къ числу наиболѣе важныхъ изъ такихъ пробѣловъ принадлежатъ слѣдующіе.

Бываютъ случаи, когда лицо, къ которому нужно предъявить искъ, уже умерло, а наслѣдники его еще не приняли наслѣдства. Въ такихъ случаяхъ Уставъ дозволяетъ предъявлять искъ „къ лицу умершаго“ <sup>1)</sup>, не поясняя при этомъ, кому должна быть вручена повѣстка, и кто долженъ замѣнить умершаго въ процессѣ. Эти вопросы Сенатъ разрѣшилъ согласно ст. 752 и 960 Уст. Гр. Суд., предусматривающимъ случаи смерти тяжущагося во время производства дѣла: эти статьи предоставляютъ истцу право просить соотвѣтствующія опекунскія учрежденія о назначеніи опекуна къ имуществу умершаго и предписываютъ суду приостанавливать производство дѣла до назначенія опекуна или до явки наслѣдниковъ <sup>2)</sup>. Такой же порядокъ примѣненъ Сенатомъ и къ тѣмъ встрѣчающимся иногда въ жизни случаямъ, когда истецъ не знаетъ, къ кому слѣдуетъ предъявить искъ, такъ какъ ему неизвѣстно, кому принадлежитъ имущество, по отношенію къ которому онъ имѣетъ какое-либо требованіе, какъ, напр., когда имущество, хозяинъ котораго неизвѣстенъ, поставлено неизвѣстно кѣмъ въ такое положеніе, что нарушаетъ права истца (оставлено въ помѣщеніи, купленномъ истцомъ съ торговъ) <sup>3)</sup>.

Согласно 792 и сл. статьямъ Уст. Гр. Суд., кассационныя жалобы могутъ быть подаваемы на окончательныя, вошедшія въ законную силу рѣшенія судебныхъ палатъ; относительно же возможности обжалованія въ кассационномъ порядкѣ частныхъ опредѣленій законъ ничего не говоритъ. Сенатъ допустилъ кассационное обжалованіе и частныхъ опредѣленій въ тѣхъ случаяхъ, когда они, по своему юридическому значенію, равносильны рѣшеніямъ, т. е. „когда ими заканчивается самое производство дѣла вообще или по данному вопросу, и засимъ по производству этому уже не можетъ состояться рѣшенія, вмѣстѣ съ коимъ могло бы быть обжаловано также и частное опредѣленіе“ <sup>4)</sup>. Къ числу такихъ

<sup>1)</sup> Ст. 215 Уст. Гр. Суд.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1878 г. № 290, 1903 г. № 36.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1903 г. № 73.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1913 г. № 19 (итогъ предшествующей практики).

окончательныхъ опредѣленій принадлежать, напр., опредѣленіе о прекращеніи дѣла по неподвѣдомственности или неподсудности данному суду <sup>1)</sup>, о непринятіи апелляціонной жалобы <sup>2)</sup> и т. п. Вообще, въ виду скудости и недостаточности правилъ Устава о частномъ порядкѣ производства Сенатъ призналъ необходимымъ „почерпать указанія въ исковомъ порядкѣ производства“, примѣняя соотвѣтствующія статьи по аналогіи <sup>3)</sup>.—Въ Уставѣ обойденъ молчаніемъ вопросъ о порядкѣ исправленія описокъ и ошибокъ въ судебныхъ рѣшеніяхъ. А между тѣмъ онѣ нерѣдко, встрѣчаются. „Воспрещать самому суду“, замѣчаетъ Сенатъ, „исправлять ошибки, значило бы отнять у рѣшенія всякое значеніе и даже лишить тяжущагося навсегда признаннаго за нимъ рѣшеніемъ права, если ошибка усмотрѣна имъ по истеченіи апелляціоннаго или кассационнаго срока“. Поэтому Сенатъ допустилъ исправленіе ошибокъ въ рѣшеніяхъ самими судами въ томъ порядкѣ, какой установленъ закономъ для толкованія рѣшеній <sup>4)</sup>.

Въ Уставѣ преподаны подробныя правила относительно обращенія взысканія по исполнительнымъ листамъ на жалованіе, получаемое должникомъ-чиновникомъ на государственной службѣ, но ничего не сказано о жалованіи, получаемомъ должникомъ на частной службѣ. Сенатъ призналъ возможнымъ примѣнять эти правила и къ жалованію, получаемому должникомъ на частной службѣ, по найму <sup>5)</sup>. При производствѣ гражданскихъ дѣлъ чрезвычайно важное значеніе имѣетъ составленіе протоколовъ засѣданій, куда вносились бы свѣдѣнія о томъ, что происходило въ засѣданіи. Официальное закрѣпленіе всѣхъ этихъ свѣдѣній въ письменной формѣ необходимо для того, чтобы высшія инстанціи, въ случаѣ обжалованія судебного рѣшенія, могли провѣрить правильность дѣйствій суда. Между тѣмъ въ Уставѣ Гр. Суд. общихъ правилъ о веденіи протоколовъ нѣтъ, а имѣется лишь нѣсколько постановленій по частнымъ вопросамъ: относительно занесенія въ протоколы прокурорскихъ заключеній, свидѣтельскихъ показаній <sup>6)</sup> и т. п.

<sup>1)</sup> Рѣш. 1887 г. № 52.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1887 г. № 56.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1885 г. № 69.

<sup>4)</sup> То же рѣшеніе и 1891 г. № 11, и др.

<sup>5)</sup> Рѣш. 1893 г. № 66 (раньше Сенатъ держался противоположнаго мнѣнія).

<sup>6)</sup> Ст. 346, 406 и др. Уст. Гр. Суд.

Зато въ Уставѣ Уголовнаго Судопроизводства существуютъ три категоріи правилъ веденія протоколовъ: для мировыхъ судей, для судебныхъ слѣдователей и для уголовныхъ отдѣленій окружныхъ судовъ <sup>1)</sup>. Изъ этихъ трехъ категорій правилъ наиболѣе соотвѣтствуетъ характеру производства въ гражданскихъ отдѣленіяхъ окружныхъ судовъ та, которая установлена для уголовныхъ отдѣленій тѣхъ же судовъ, а потому Сенатъ разъяснилъ, что „судъ долженъ, по аналогіи, въ виду неимѣнія въ Уставѣ Гр. Суд. правилъ о порядкѣ составленія протоколовъ, примѣнять, на основаніи 9 ст. Уст. Гр. Суд., правила, изложенныя въ Уставѣ Уг. Суд. (ст. 835—845), въ той мѣрѣ, какъ они примѣнимы къ производству гражданскихъ дѣлъ“ <sup>2)</sup>.—Уставъ Гр. Суд. предусматрѣлъ случаи описи и продажи съ публичнаго торга недвижимаго имущества, находящагося въ общемъ владѣніи нѣсколькихъ лицъ, за долги одного изъ нихъ <sup>3)</sup>, но упустилъ изъ виду, что подобные же случаи возможны и по отношенію къ движимому имуществу, которое тоже бываетъ предметомъ общей собственности. Принявъ во вниманіе, что „гражданскіе законы, опредѣляя юридическую природу общаго права собственности, не дѣлаютъ какого-либо различія по существу такого права между имуществомъ недвижимымъ и движимымъ“, Сенатъ призналъ, что правила описи и продажи общей недвижимости должны быть распространены, по аналогіи, и на движимость <sup>4)</sup>.

Въ приведенныхъ случаяхъ Сенатъ восполнялъ пробѣлы въ Уставѣ Гр. Суд., посредствомъ примѣненія по аналогіи, одной или нѣсколькихъ статей его. Но иногда этотъ способъ оказывался непригоднымъ, за отсутствіемъ нормъ, которыя предусматривали бы вопросы, однородные съ подлежащими разрѣшенію. Тогда Сенатъ обращался къ общему смыслу нормъ, касающихся даннаго института, и выводилъ изъ нихъ руководящія принципы, которые и клалъ въ основу своихъ разъясненій.

Такъ, въ Уставѣ Гр. Суд. ничего не говорится ни о возможности отказа истца отъ предъявленнаго иска, ни о послѣдствіяхъ отказа. Путемъ сопоставленія статей Устава относи-

<sup>1)</sup> Ст. 142—144, 467—475, 835—845 Уст. Уг. Суд.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1887 г. № 27, 1878 г. № 270.

<sup>3)</sup> Ст. 1188—1191 Уст. Гр. Суд.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1910 г. № 39.

тельно возбужденія, приостановленія и прекращенія производства, Сенатъ пришелъ къ тому заключенію, что, пока отвѣтчикъ не извѣщенъ судебной повѣсткой о предъявленномъ къ нему искѣ, истецъ имѣетъ право взять свой искъ назадъ, не подвергаясь никакимъ невыгоднымъ послѣдствіямъ; но послѣ того, какъ отвѣтчикъ получилъ повѣстку, прекращеніе дѣла по одностороннему желанію истца можетъ послѣдовать только при томъ условіи, если отъ такого прекращенія не пострадаютъ интересы отвѣтчика, т. е., если истецъ отказывается отъ иска навсегда, безъ права его возобновленія, или если отвѣтчикъ не будетъ требовать разрѣшенія дѣла <sup>1)</sup>.—Уставъ Гр. Суд., опредѣляя условія дѣйствительности судебного признанія, даетъ сторонѣ, сдѣлавшей признаніе, право опровергать его только въ случаѣ заблужденія въ какихъ-либо обстоятельствахъ, не относившихся къ ея личнымъ дѣйствіямъ <sup>2)</sup>. Но Сенатъ, исходя изъ понятія признанія, какъ акта распоряженія тяжущагося своимъ правомъ, разъяснилъ, что для дѣйствительности признанія необходимы полноправность лица, дѣлающаго его, а также наличность свободной и сознательной воли, такъ что оно можетъ быть опровергаемо также и при отсутствіи одного изъ этихъ условій <sup>3)</sup>.—Говоря о возмѣщеніи судебныхъ издержекъ, Уставъ Гр. Суд. предусматриваетъ только тѣ случаи, когда дѣло разрѣшено судомъ по существу въ пользу одной изъ сторонъ въ цѣломъ или въ части, а также когда производство прекращено по отводу о неподсудности <sup>4)</sup>. Однако, кромѣ этихъ способовъ прекращенія дѣлъ, существуетъ еще цѣлый рядъ другихъ: отказъ истца отъ иска вполнѣ или частью, прекращеніе судомъ, вслѣдствіе отсутствія абсолютныхъ предположеній процесса, по причинѣ неявки истца, по разнымъ отводамъ, сверхъ отвода о неподсудности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ тоже возникаетъ вопросъ о порядкѣ возмѣщенія судебныхъ издержекъ; и этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшаемъ различно, сообразно съ особенностями каждая случая. Такъ и разъяснилъ Сенатъ въ цѣломъ рядѣ рѣшеній <sup>5)</sup>.—

<sup>1)</sup> Рѣш. 1873 г. № 742, 1875 г. № 692, 1879 г. № 399, 1881 г. № 53, 1910 г. № 12.

<sup>2)</sup> Ст. 481 Уст. Гр. Суд.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1886 г. № 51.

<sup>4)</sup> Ст. 868 и 869 Уст. Гр. Суд.

<sup>5)</sup> Рѣш. 1870 г. № 528, 1875 г. № 481, 1876 г. № 137, 1880 г. № 136, 1887 г. № 4, 1895 г. № 1, 1896 г. № 128, 1910 г. № 12, 1911 г. № 13, 1913 г. № 8.

Весьма недостаточны имѣющіяся въ Уставѣ Гр. Суд. постановленія относительно процессуальнаго положенія третьихъ лицъ, присоединяющихся или привлекаемыхъ на сторону одного изъ тяжущихся. Въ Уставѣ опредѣлены только, когда и въ какомъ порядкѣ происходитъ присоединеніе третьяго лица, а затѣмъ просто сказано, что третье лицо „допускается къ обзорѣнію всѣхъ актовъ производства, къ письменнымъ объясненіямъ и къ словесному состязанію, въ качествѣ участвующаго въ дѣлѣ лица“ <sup>1)</sup>. Да и это общее положеніе, приуроченное, вдобавокъ, къ привлеченію третьяго лица одной стороной и не касающееся добровольнаго вступленія его, не даетъ ключа къ разрѣшенію вопросовъ о взаимныхъ отношеніяхъ между третьимъ лицомъ и первоначальными тяжущимися и способъ разрѣшенія конфликтовъ между нимъ и тою стороной, къ которой оно присоединилось.

По мѣрѣ возникновенія этихъ вопросовъ въ практикѣ судовъ, Сенатъ разрѣшалъ ихъ, исходя изъ понятія и цѣли присоединенія третьихъ лицъ къ чужому процессу. Такъ, онъ призналъ, что третье лицо въ правѣ подавать частныя, апелляціонныя и кассационныя жалобы, хотя бы главная сторона, къ которой оно присоединилось, не обжаловала судебнаго рѣшенія <sup>2)</sup>; что третье лицо можетъ приводить новыя доказательства и выставлять новыя возраженія, за исключеніемъ такихъ, которыя могутъ быть выдвигаемы только хозяиномъ дѣла, какимъ является главная сторона (напр., предъявленіе встрѣчнаго иска), или которыя противорѣчатъ заявленіямъ главной стороны; что третье лицо не въ правѣ стать на мѣсто главной стороны и принять на себя ея роль; что судебныя издержки не могутъ быть присуждаемы съ него въ пользу противной стороны.—Въ Уставѣ Гр. Суд. нѣсколько статей посвящено продажѣ съ публичнаго торга заложенныхъ имуществъ. Но эти постановленія далеко не охватываютъ всѣхъ встрѣчающихся въ жизни комбинацій. Ни права залогодержателя, вступившаго во временное управленіе описаннымъ имѣніемъ, ни отношеніе залогодержателя къ другимъ взыскателямъ, ни, въ особенности, отношенія между первымъ и послѣдующими залогодержателями, при наличности нѣсколькихъ

---

<sup>1)</sup> Ст. 660 Уст. Гр. Суд.

<sup>2)</sup> Въ рѣшеніи 1908 г. № 84 Сенатъ сдѣлалъ резюме своей практики.

закладныхъ, не опредѣлены сколько-нибудь точно. Все это долженъ былъ нормировать Сенатъ, что онъ и сдѣлалъ посредствомъ логическаго развитія общихъ началъ залогового права <sup>1)</sup>).

#### IV. Критическая оцѣнка правотворческой дѣятельности Правительствующаго Сената.

Юридическія нормы, вновь созданныя Сенатомъ въ видахъ восполненія пробѣловъ въ законодательствѣ, допускаютъ критическую оцѣнку съ двухъ точекъ зрѣнія: во 1-хъ, съ точки зрѣнія ихъ внутренняго достоинства, т. е. соотвѣтствія ихъ выводамъ теоріи, или, иначе, требованіямъ справедливости и цѣлесообразности, изъ которыхъ исходитъ теорія, и, во 2-хъ, съ точки зрѣнія согласованности ихъ съ общимъ смысломъ законодательства. Первый изъ этихъ критеріевъ могъ бы быть примѣненъ къ сенатской практикѣ съ безусловной строгостью въ томъ случаѣ, если бы Сенатъ пользовался полною свободой правотворчества. Тогда вся отвѣтственность за качество новыхъ нормъ лежала бы на немъ. Но такой свободы Сенату не предоставлено; при созданіи новыхъ нормъ онъ обязанъ держаться общаго смысла дѣйствующаго законодательства; это—рамка, за предѣлы которой онъ не въ правѣ выходить. Слѣдовательно, руководствоваться выводами теоріи, соображеніями справедливости и цѣлесообразности Сенатъ могъ только въ той мѣрѣ, въ какой это совмѣстимо съ общими началами дѣйствующаго права. Необходимость соблюденія этихъ границъ понималъ самъ Сенатъ <sup>2)</sup> и въ дѣйствительности соблю-

<sup>1)</sup> Рѣш. 1893 г. № 76 (здѣсь резюмирована практика Сената по вопросу о правахъ залогодержателя, вступившаго во временное управленіе описаннымъ имѣніемъ), 1871 г. № 994, 1876 г. № 93, 1878 г. № 248, 1881 г. № 38, 1884 г. № 5, 1893 г. №№ 33 и 72, 1899 г. № 38, 1901 г. № 74, 1902 г. № 61, 1908 г. № 34, 1912 г. № 36 и др.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1869 г. № 1292: „Принятіе судебнымъ мѣстомъ въ основаніе рѣшенія началъ гражданскаго права тогда можетъ быть признано неумѣстнымъ и неправильнымъ, когда окажется, что изъ общаго смысла существующихъ законоположеній нельзя сдѣлать того вывода, какой сдѣланъ судомъ, или когда выводъ этотъ стоитъ въ противорѣчій съ ясно выраженными въ законѣ правилами или съ общимъ духомъ закона“. См. рѣш. 1907 г. № 18, 1911 г. № 16. Не такъ точно опредѣлены Сенатомъ условія, при какихъ судъ можетъ руководствоваться справедливостью. Рѣш. 1900 г. № 62: „Къ та-

далъ ихъ. Поэтому, его можно упрекнуть только въ томъ, что онъ обращался за помощью къ научной теоріи далеко не во всѣхъ случаяхъ, когда это позволялъ общій духъ законодательства<sup>1)</sup>. Не проявляй Сенатъ излишней сдержанности въ этомъ отношеніи, онъ избѣжалъ бы многихъ грубыхъ промаховъ, каковы, напр., смѣшенія понятій правоспособности и дѣеспособности<sup>2)</sup>, веденія чужихъ дѣлъ безъ полномочія и незаконнаго обогащенія<sup>3)</sup>, легатаріевъ и наслѣдниковъ<sup>4)</sup>, и не повторялъ бы изъ года въ годъ давно отвергнутаго наукой правила, будто отрицательные факты не подлежатъ доказыванію<sup>5)</sup>.

Обращаясь къ другому критерию, который можетъ быть приложенъ къ сенатскимъ разъясненіямъ,—къ степени ихъ согласованности съ духомъ законодательства, — слѣдуетъ спросить, всегда ли Сенатъ былъ вѣренъ этому духу и не уклонялся ли отъ него подъ тѣмъ или инымъ предлогомъ? Кто близко знакомъ съ сенатской практикой, тотъ знаетъ, что такія уклоненія случались и порою дѣлались Сенатомъ вполне сознательно. Вотъ нѣсколько примѣровъ. На практикѣ возникъ вопросъ: долженъ ли быть признанъ несостоявшимся публичный торгъ, въ случаѣ неуплаты покупщикомъ крѣпостныхъ пошлинъ въ семидневный срокъ? „Хотя послѣдствія неуплаты пошлины“, говоритъ Сенатъ, „положительно въ законѣ не установлены, тѣмъ не менѣ совокупный смыслъ правилъ Устава Гр. Суд. не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что цѣна купленнаго съ публичнаго торга имѣнія и крѣпостныя съ него пошлины должны быть внесены въ одинъ и тотъ же семидневный срокъ, и что

---

кому заключенію неизбѣжно приводитъ и чувство справедливости, долженствующее всегда помогать судѣ при разрѣшеніи сомнительныхъ случаевъ“. Рѣш. 1913 г. № 13: „Только въ сомнительныхъ случаяхъ, когда ощущается явный пробѣлъ въ законѣ, судъ долженъ руководствоваться чувствомъ справедливости“. Рѣш. 1912 г. № 129: „Сображенія общей справедливости противорѣчатъ точному разуму дѣйствующаго закона, который въ спорѣ о правѣ гражданскомъ только и можетъ служить источникомъ для отличія справедливаго отъ несправедливаго“. Ср. рѣш. 1905 г. № 52, 1910 г. № 25, 1907 г. № 104.

<sup>1)</sup> Кромѣ указанныхъ въ предыдущемъ примѣчаніи рѣшеній см. еще рѣшенія 1893 г. № 50, 1907 г. № 104, 1911 г. № 61.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1872 г. № 1234, 1883 г. № 51 и мн. др. Впервые въ рѣшеніи 1896 г. № 44 Сенатъ провелъ разницу между этими понятіями.

<sup>3)</sup> Рѣш. 1878 г. № 291, 1887 г. № 13, 1889 г. № 23.

<sup>4)</sup> Рѣш. 1874 г. № 596, 1879 г. № 340. Только въ послѣднее время (рѣш. 1903 г. № 122, 1909 г. № 40) Сенатъ сталъ отличать легатаріевъ отъ наслѣдниковъ.

<sup>5)</sup> Рѣш. 1871 г. № 1125, 1872 г. № 307, 1908 г. № 101 и мн. др. См. мой „Учебникъ гражд. процесса“, 1914 г., стр. 327.

проданное съ публичнаго торго имѣніе не можетъ быть укрѣплено за покупщикомъ какъ въ случаѣ невзноса имъ остальной, сверхъ задатка, части цѣны имѣнія, такъ и въ томъ (случаѣ), когда онъ не уплатилъ крѣпостныхъ пошлинъ. Такимъ образомъ, возбужденный въ семъ дѣлѣ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ“. Казалось бы, на этомъ выводѣ Сенату слѣдовало остановиться. Но онъ продолжаетъ: „однако строгое и безусловное примѣненіе 3 пункта 1170 ст. Уст. Гр. Суд. къ случаямъ просрочки въ уплатѣ крѣпостныхъ пошлинъ, въ виду карательнаго свойства этого закона и замѣченнаго выше отсутствія въ немъ положительнаго на этотъ счетъ предписанія <sup>1)</sup>, представлялось бы не вполне справедливымъ“. Развивая эту мысль, Сенатъ приходитъ, въ концѣ концовъ, къ тому заключенію, что крѣпостныя пошлины могутъ быть уплачены и по истеченіи семидневнаго срока <sup>2)</sup>. Итакъ, вопреки ясному, по собственному признанію Сената, смыслу законовъ, Сенатъ обратился къ соображеніямъ справедливости, которыми самъ же считаетъ возможнымъ руководствоваться только въ случаяхъ сомнѣнія въ смыслѣ законовъ. Любопытно, что въ подтвержденіе своего окончательнаго вывода Сенатъ сослался на другое свое отступление отъ точнаго смысла закона: „въ рѣшеніи 1874 г. № 586 было разъяснено, что принятіе судомъ, вопреки 2 п. 266 ст. Уст. Гр. Суд., искового прошенія, поданнаго не самимъ истцомъ, а постороннимъ лицомъ, безъ приложенія законной довѣренности, не можетъ повлечь за собою уничтоженія всего производства, если довѣренность была впоследствии представлена до постановленія судебного опредѣленія о возвращеніи искового прошенія. Примѣнительно къ этому разъясненію, слѣдуетъ допустить и возможность представленія въ судъ невенсенныхъ въ семидневный срокъ крѣпостныхъ пошлинъ, до постановленія опредѣленія о послѣдствіяхъ торго“. Такъ одинъ ложный шагъ послужилъ оправданіемъ для другого. Въ рѣшеніи 1874 г. № 586, на которое сослался Сенатъ, рѣчь шла о представительствѣ безъ полномочія только при предъявленіи иска. Во многихъ другихъ рѣшеніяхъ Сенатъ призналъ допусти-

<sup>1)</sup> Въ настоящее время такое предписаніе въ 1170 ст. имѣется: оно внесено въ нее закономъ 11 января 1913 г.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1885 г. № 112.

мымъ, основываясь на требованіяхъ справедливости, такое же представительство и въ иныхъ случаяхъ, несмотря на то, что оно совершенно неизвѣстно дѣйствующимъ законамъ. Какъ для представительства при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ, такъ и для процессуальнаго представительства наши законы требуютъ наличности предварительнаго полномочія и вмѣняютъ судамъ въ обязанность „не принимать къ своему производству дѣлъ, когда окажется, что повѣренный не имѣетъ полномочія на веденіе дѣла“<sup>1)</sup>. Отсюда слѣдуетъ, что сдѣлки и процессуальныя дѣйствія, совершенныя однимъ лицомъ отъ имени другого безъ предварительнаго полномочія, не должны были бы имѣть юридической силы. Однако Сенатъ призналъ, что они сохраняютъ силу, въ случаѣ послѣдующаго одобренія дѣйствій повѣреннаго лицомъ, отъ имени котораго онъ дѣйствовалъ, находя, что это „вытекаетъ изъ понятія справедливости“<sup>2)</sup>.

Въ приведенныхъ случаяхъ Сенатъ, отступая отъ яснаго смысла законовъ, открыто сознавался въ этомъ. Но гораздо чаще онъ старался замаскировать свои уклоненія, болѣе или менѣе искусно, ссылками на нормы дѣйствующаго права. Такъ, малолѣтніе, не достигшіе 14 лѣтъ, по ясному смыслу нашихъ законовъ, не могутъ самостоятельно заключать никакихъ рѣшительно сдѣлокъ: за нихъ дѣйствуютъ опекуны. Отсюда слѣдуетъ, что малолѣтніе лишены права совершать даже самыя пустячныя сдѣлки обыденной жизни: покупать, напр., товары въ лавкахъ. Практическая необходимость заставила Сенатъ отказаться отъ строгаго примѣненія этого правила: „Хотя малолѣтній не признается способнымъ къ дѣйствіямъ по управленію и распоряженію его имуществомъ, но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы представительство за малолѣтняго, въ лицѣ опекуна или попечителя, требовалось безусловно во всѣхъ дѣйствіяхъ отъ имени малолѣтняго, изъ которыхъ могутъ возникнуть для него обязательныя отношенія по его имуществу, и чтобы такое представительство не могло быть замѣнено, въ извѣстныхъ случаяхъ, разрѣшеніемъ или согласіемъ опекуна на непосредственныя дѣйствія малолѣтняго. Къ подобнымъ случаямъ слѣдуетъ отнести покупку малолѣтнимъ товара изъ лавки, и если таковая

<sup>1)</sup> П. 4 ст. 584 Уст. Гр. Суд.

<sup>2)</sup> Рѣш. 1892 г. № 93 (здѣсь указаны предшествующія рѣшенія), 1909 г. № 87.

покупка имѣла мѣсто съ вѣдома и разрѣшенія опекуна или попечителя, то нѣтъ законнаго основанія усматривать въ дѣйствіяхъ малолѣтняго недѣйствительную, по своимъ послѣдствіямъ, сдѣлку. Подтверженіемъ этого вывода служить 222 статья, которая, по содержанію своему, имѣетъ въ виду вообще несовершеннолѣтній возрастъ, т. е. не только лицъ, достигшихъ 17 лѣтъ, но и малолѣтнихъ, и въ силу которой дѣйствительность обязательства, выданнаго отъ имени несовершеннолѣтняго, обусловливается согласіемъ опекуна на выдачу несовершеннолѣтнимъ обязательства“<sup>1)</sup>. На самомъ дѣлѣ 222 статья, составляя непосредственное продолженіе предшествующихъ 220 и 221 статей, не распространяется на малолѣтнихъ, а имѣетъ въ виду несовершеннолѣтнихъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. достигшихъ 17 лѣтъ; о сдѣлкахъ малолѣтнихъ говоритъ 218 статья, предписывающая считать ихъ недѣйствительными. Если же въ 222 ст. употреблено выраженіе „безъ согласія опекуна“ и „во время малолѣтства“, то это явные редакціонные промахи, объясняемые неустойчивостью терминологіи I ч. X тома: подъ „опекуномъ“ разумѣется „попечитель“, а подъ „малолѣтствомъ“—несовершеннолѣтніе<sup>2)</sup>. Такимъ образомъ, 222 ст., на которую сослался Сенатъ, на самомъ дѣлѣ не подкрѣпляетъ его мнѣнія. Другой примѣръ представляетъ разъясненіе Сената по вопросу о формѣ заключенія договора поклажи между супругами. Законъ требуетъ облеченія договора поклажи въ форму сохранной расписки и не разрѣшаетъ доказывать его посредствомъ свидѣтельскихъ показаній; исключеніе сдѣлано только для поклажи въ торговомъ быту и для тѣхъ случаевъ, когда сохранная расписка не можетъ быть составлена по „особеннымъ чрезвычайнымъ обстоятельствамъ“, каковы: пожаръ, кораблекрушеніе, внезапное объявленіе похода и проч.<sup>3)</sup>. Въ практикѣ Сената возникъ вопросъ о договорѣ поклажи между супругами. Сенатъ, отступивъ отъ точнаго смысла закона, призналъ, что споръ о поклажѣ между супругами можетъ быть разрѣшенъ и на основаніи свидѣтельскихъ показаній. Мотивировалъ свой выводъ Сенатъ тѣмъ, что „формы договоровъ, устанавливаемыхъ закономъ для огражденія интересовъ договари-

<sup>1)</sup> Рѣш. 1885 г. № 64.

<sup>2)</sup> См. мое „Ученіе о толкованіи законовъ“, стр. 177.

<sup>3)</sup> Ст. 2104, 2111, 2112 т. X ч. I.

вающихся лицъ, рассчитываются на отношенія, такъ сказать, дѣловыя... распространять же эти формы на сдѣлки домашне-житейскія... значило бы идти противъ требованій жизни и, вмѣсто огражденія правъ, ставить напрасныя затрудненія“<sup>1)</sup>). Несомнѣнно, что съ такой точки зрѣнія слѣдовало бы признать возможность совершенія, безъ требуемыхъ закономъ формальностей, всѣхъ вообще сдѣлокъ между супругами и членами семьи, допустивъ доказываніе свидѣтельскими показаніями даже займа и заклада. Чѣмъ же мотивируетъ Сенатъ вводимую имъ для супруговъ льготу? Ссылкой на разрѣшеніе закона отдавать вещи на храненіе безъ письменнаго акта „въ виду особенныхъ чрезвычайныхъ обстоятельствъ“. Не значитъ ли это приравнять вступленіе въ законный бракъ къ пожару, наводненію или кораблекрушенію?

Приведенные примѣры, число которыхъ легко было бы умножить, показываютъ, что Сенатъ не разъ уклонялся отъ истиннаго смысла законовъ, съ цѣлью приспособить ихъ къ потребностямъ жизни. Несомнѣнно, что въ этихъ случаяхъ онъ выходилъ за предѣлы своей компетенціи и, подъ видомъ толкованія законовъ, измѣнялъ и исправлялъ ихъ, присваивая себѣ въ извѣстной мѣрѣ законодательную функцію. Несомнѣнно также, что это явленіе нежелательное, такъ какъ оно нарушаетъ принципъ отдѣленія судебной власти отъ законодательной и предписанную Судебными Уставами систему толкованія и примѣненія законовъ. Но нужно добавить, что, вмѣстѣ съ тѣмъ, это явленіе представляетъ собою естественное слѣдствіе отсталости законодательства и вялой дѣятельности органовъ законодательной власти. Когда законы устарѣли и не соотвѣтствуютъ измѣнившимся потребностямъ жизни, и когда законодательный аппаратъ дѣйствуетъ недостаточно интенсивно, тогда судамъ приходится дѣлать одно изъ двухъ: либо, строго придерживаясь истиннаго смысла законовъ и постановляя несправедливыя и нецѣлесообразныя рѣшенія, тормозить развитіе гражданскаго оборота, либо измѣнять законы, приспособляя ихъ къ потребностямъ жизни. Выборъ одного изъ этихъ путей обусловливается степенью несоотвѣтствія между закономъ и жизнью; пока это несоотвѣтствіе невелико, законъ ломаетъ жизнь; когда оно ста-

---

<sup>1)</sup> Рѣш. 1896 г. № 53.

новится слишком чувствительнымъ, невыносимымъ, жизнь начинаетъ ломать законъ. То и другое производится при содѣйствіи суда, служащаго посредникомъ между закономъ и жизнью. При этомъ, не имѣя формальнаго права отмѣнять и измѣнять законъ, судъ старается сдѣлать это подъ видомъ толкованія закона: перетолковывая его вкривь и вкосъ, онъ „хватается за каждую соломинку, за каждый кажущійся доводъ, лишь бы какънибудь мотивировать свое рѣшеніе“<sup>1)</sup>. Исторія права любого народа представляетъ массу примѣровъ подобнаго приспособленія закона къ жизни. Индійскіе юристы продѣлывали его надъ законами Ману, китайскіе—надъ законами Конфуція, римскіе—надъ Двѣнадцатю Таблицами, глоссаторы и средневѣковая судебная практика—надъ Юстиніановыми сводами, французскіе суды—надъ Наполеоновымъ кодексомъ. Этотъ процессъ совершается съ необходимостью, помимо желанія и доброй воли судей. „Судебная практика безсознательно и мало по малу уступаетъ натиску духа времени и подрываетъ устарѣвшее право до тѣхъ поръ, пока оно не рухнетъ“<sup>2)</sup>. Таковъ всемірно-историческій законъ развитія права, проявляющій свое дѣйствіе всегда, когда законодательство значительно отстало отъ жизни. Парализовать его можно только однимъ способомъ: настолько усиливъ и ускоривъ функціонированіе органовъ законодательной власти, чтобы они могли, зорко слѣдя за развитіемъ гражданскаго оборота, поддерживать на одномъ уровнѣ съ нимъ нормы дѣйствующаго права<sup>3)</sup>.

## V. Заключение.

Нашъ бѣглый обзоръ сенатской практики, конечно, далеко не исчерпываетъ того, что сдѣлано Сенатомъ по части восполненія пробѣловъ въ законодательствѣ. По необходимости пришлось ограничиться наиболѣе важнымъ и рельефнымъ. Вполнѣ точное понятіе о грандіозности совершенной Сенатомъ работы могутъ дать составленные сенаторомъ В. Л. Исаченко Своды

<sup>1)</sup> Колеръ. Шекспиръ съ точки зрѣнія права, 1895 г., стр. 62.

<sup>2)</sup> Kohler. Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz (Jahrb. f. die Dogm., 1887, XIII B., S. 289).

<sup>3)</sup> Ср. мой „Курсъ гражд. процесса“, I, стр. 220 и 221.

кассационныхъ положеній по гражданскому праву и судопроизводству. Оба эти свода содержатъ въ себѣ около 19.000 тезисовъ. Если даже допустить, что только половина ихъ посвящена восполненію пробѣловъ въ законодательствѣ, а другая половина разъясняетъ смыслъ наличныхъ нормъ, то и въ такомъ случаѣ получится крупная цифра, почти вдвое превышающая число статей въ I части X тома и Уст. Гр. Судопроизводства. Эта цифра краснорѣчиво характеризуетъ творческую дѣятельность Сената въ количественномъ отношеніи. Для того же, чтобы судить о качествѣ ея, т. е. о важности созданныхъ Сенатомъ нормъ по практическому значенію опредѣляемыхъ ими отношеній, нужно перенестись на минуту мыслію въ будущее и представить себѣ, какое понятіе имѣлъ бы о нашемъ гражданско-правовомъ строѣ историкъ права черезъ какую-нибудь тысячу лѣтъ, если бы до той эпохи дошелъ только дѣйствующій нынѣ Сводъ Законовъ, а всѣ сборники сенатскихъ рѣшеній и сочиненія, въ которыхъ они приводятся, утерялись. Не находя въ Сводѣ Законовъ ни одного слова о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, о бумагахъ на предъявителя, о страхованіи доходовъ и жизни, о чекахъ, контокоррентѣ, незаконномъ обогащеніи, онъ заключилъ бы, что всѣ эти институты были неизвѣстны нашему юридическому быту. Точно также, благодаря незнакомству съ кассационной практикой, онъ принужденъ былъ бы думать, что у насъ задаткомъ обезпечивались только договоры запродажи недвижимости; что вторыя и третьи закладныя на имущества, заложенныя у частныхъ лицъ, въ нашемъ быту не допускались; что добровольное представительство могло основываться только на письменномъ полномочіи, и т. д., и т. д. Словомъ, его представленіе о нашемъ гражданско-правовомъ строѣ столь же мало соотвѣтствовало бы дѣйствительности, какъ мало походитъ выведенный вчернѣ, до половины, остовъ зданія на вполнѣ законченный, снабженный башнями, балконами, террасами и пристройками замокъ.

*Е. Васъковскій.*