

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ИМ. М.В. ЛОМОНОСОВА
КАФЕДРА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА



Классика Российской Гражданского права

Серия основана в 1997 году

От издательства

Мы вступили в третье тысячелетие. Миновали печальные десятилетия замалчивания славного прошлого нашего Отечества, насильственного стирания множества пластов исторической памяти русского народа. Россия выстрадала необходимость и возможность стать поистине демократическим, правовым государством, а это невозможно без развития юридических наук и, в частности, - гражданского права.

Учитывая острейшую необходимость освоить и переосмыслить богатое духовное наследие выдающихся умов отечественной юриспруденции XIX-XX вв., группа российских ученых основала серию "Классика русского гражданского права". Вся научно-редакционная и издательская работа над нею ведется на базе издательства "Статут", уже известного читателям своими книгами, в том числе вышедшими в названной серии трудами М. И. Кулагина, Д. И. Мейера, О. С. Иоффе, Н. О. Нерсисова, Г. Ф. Шершеневича и др.

Свою задачу издательство видит в необходимости представить на суд читателя важнейшие труды великих русских гражданских юристов максимально приближенными к первоисточникам, зачастую являющимися прижизненными изданиями их авторов. Кроме того, мы стремимся бережно сохранять традиции отечественного книгоиздания, его особенности, но при этом сделать книги доступными и понятными современному читателю, позволив себе лишь исправить замеченные опечатки и оновременить пунктуацию.

Надеемся, что "Классика русского гражданского права" поможет читателям полнее и глубже освоить сложнейшие проблемы юридических наук, а также существенно обогатить их знания и кругозор.

УДК 347
ББК 67.404
П 41

Председатель редакционной коллегии серии:
д. ю. н., профессор СУХАНОВ Е.А.

Зам. председателя редакционной коллегии:
генеральный менеджер проекта,
к. ю. н., доцент ЕМ В.С.

Редакционная коллегия:
д. ю. н., профессор ВИТРЯНСКИЙ В.В.
д. ю. н., профессор ШЕРСТОБИТОВ А.Е.
к. ю. н., доцент КУЛАГИНА Е.В.
к. ю. н., доцент КОЗЛОВА Н.В.
к. ю. н., доцент ПАНКРАТОВ П.А.

Научный редактор тома:
к. ю. н., доцент ЕМ В.С.

П 41 **Победоносцев К.П.**
Курс гражданского права. Часть вторая: Права семейственные, наследственные и завещательные. – М.: «Статут», 2003. – 639 с. (Классика российской цивилистики).

ISBN 5-8354-0148-5 (в пер.)

Часть вторая «Курса гражданского права» профессора Московского государственного университета Константина Петровича Победоносцева состоит из трех отделов.

В первом отделе, посвященном семейным отношениям, даются авторская оценка и определения как самих семейных отношений, так и таких институтов, как брачный союз, опека и попечительство. Рассматриваются проблемы усыновления и сущности отношений, возникающих при этом.

Второй отдел полностью посвящен вопросам наследования по закону.

В третьем отделе автор подробно останавливается на понятии и сущности духовных завещаний.

УДК 347
ББК 67.404

ISBN 5-8354-0148-5

© «Статут», редподготовка, оформление, 2003

ПЕРВЫЙ ОТДЕЛ

СЕМЕЙСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ

ГЛАВА ПЕРВАЯ

ОБЩЕЕ ПОНЯТИЕ

§ 1

Общие свойства семейственных отношений. – Общественный их характер. – В чем они подчиняются юридическому определению. – Свойство семейной власти и отличие ее от обладания. – Вопросы и иски о состоянии, соединенные с семейными правами. – Восстановление семейной власти. – Вмешательство правительственной власти в семейные отношения. – Отношения родственные.

Слово *семья* напоминает, во-1-х, о союзе, которым соединены супруги, как между собой, так и с детьми своими. Во-2-х, об отношении, в котором находится глава дома ко всем членам дома и семьи, находящимся у него в подчинении. Наконец, в-3-х, указывает на целый круг лиц, соединенный связью общего происхождения. Все эти союзы входят один в другой, и взаимные отношения членов каждого круга между собой, насколько могут быть определены юридически, составляют предмет семейственного права.

Семья происходит от соединения мужчины с женщиной. В этом соединении две стороны – физическая и духовная. Начинаясь от бессознательного действия, соединение это мало-помалу проникается сознанием, подобно всякому человеческому отношению. Соединение полов и рождение – явления общие в природе человеческой с природой животных. В физической природе это явление имеет значение простого факта, в котором выражается одна цель, – поддержание породы, воспроизведение единицы из самой себя. На этой степени с соединением полов еще не

связуется понятие о семье. На этой степени связь родителей с детьми – инстинктивная, и продолжается лишь до тех пор, пока дети становятся способными к самостоятельному существованию. За этой чертой исчезает всякое понятие о союзе. Но человек не ограничивается, подобно животным, одним фактическим отношением. В природе человеческой есть стремление утвердить факт, присвоить ему постоянство, прочность, продолжительность, возвести его в постоянное отношение. Человек, как существо разумное, стремится обобщать явления. Вследствие того утверждается понятие о супружеском союзе, как о постоянном сожителстве мужчины и женщины, о союзе родителей и детей, продолжающемся целую жизнь, о союзе семейном, о роде. Так образуется кровный союз. Вначале он составляет единственную форму общежития, поддерживаясь своей внутренней силой. Но на этой форме не может остановиться общество; в кровном союзе нет достаточно постоянства, прочной твердости, и, по мере размножения рода, единство его разбивается, связь слабеет и забывается. Вместо кровных отношений мало-помалу возникают гражданские и государственные. Кровные и семейные отношения через это не уничтожаются, потому что коренятся в природе человека, но, стесняясь в круге своего действия, приобретают тем более разумного значения в той сфере, к которой исключительно принадлежат. Здесь предстоит только говорить о гражданском значении рода и семьи, в частных гражданских отношениях.

Свойство семейственных отношений. Эти отношения, по существу своему, личные, и потому *непередаваемые*. Они составляют основной элемент общественных, государственных отношений, и сохраняют это свойство навсегда. Подобно общественным и государственным, семейственные отношения обнимают всего человека, а не одну какую-либо сторону его быта. Это отношения *цельные*. Вместе с тем они *постоянные*, бессрочные. Хотя это – отношения между отдельными частными лицами, но сохраняют навсегда общественный характер. В прочих юридических гражданских отношениях мы видим отношение лица к вещи, или отношение к лицу по поводу вещи – имущество, собственность. Здесь отношения между лицами не ограничиваются понятием о собственности или имуществе, но личность относится к личности во всей своей целостности. Там отношение лица к лицу проистекает из личной воли, служащей источником и двигателем отношений. Здесь отношения возникают независимо от личной воли, но одно лицо тяготеет к другому вследствие необходимой природной связи, и притом так, что исключается возможность безусловного распоряжения одного лица другим. В развитии кровного союза и кровных отношений видим постепенное соглашение природных физических элементов с разумными потребно-

стями человеческой природы. Кровные отношения постепенно проникаются гражданскими элементами, ограничиваются, определяются. Но должно заметить, что эти отношения несравненно в меньшей степени, чем все другие, поддаются и подлежат юридическим определениям: именно по своей цельности, именно потому, что в них много элементов, которых не может и не должно обнимать юридическое определение, как не может оно спуститься в глубину совести и нравственного чувства. Положительный закон может касаться только с одной стороны этих отношений, именно с той стороны, с которой возможны столкновения семейственной автономии с автономией государства. Во-1-х, государство может вмешаться в эти отношения в защиту личности, когда она подавляется семейственным началом (напр., предстоит определить, до каких пределов простирается власть родителей и отцов семейства над действиями подчиненных членов); во-2-х, государство может определить формы и условия, при которых вообще союз лиц между собой имеет право называться семейственным, – формы, в коих образуются отношения; иначе не было бы порядка и твердости семейных уз. В-3-х, наконец, определению закона подлежат все те отношения по имуществу, которые возникают между отдельными лицами вследствие кровной их между собой связи.

В тесном смысле семья состоит из нескольких лиц, связанных между собой единством *домашней* связи, составляет *онодомство*. Это не значит непременно, что все такие лица имеют одно, совокупное место жительства и одно хозяйство; но все они состоят между собой во взаимном отношении *власти, покровительства* или защиты, *подчинения* и *верности*. Одному кому-нибудь в этом союзе принадлежит власть; власть особого свойства, ибо она проистекает не из частной воли, получающей силу права, но из естественного, природного отношения. В других отношениях власть является самостоятельным правом требовать на себя, в своем интересе, известных, заранее определенных действий; здесь власть руководительная и защитительная является не ради себя самой и не в своем интересе, но как принадлежность и естественное последствие такого отношения, в коем требуется защита и руководство – для подвластных. Глава семьи или дома представляется естественным распорядителем и руководителем для остальных членов семьи, и в этом состоит власть его. Эта власть в разное время и у разных народов являлась более или менее определенной и резкой, но во всякое время и при всяких обстоятельствах ей принадлежит естественное значение *власти*. Однако же власть *хозяина* в доме надлежит отличать от власти, принадлежащей главе посреди семьи; только последняя входит в круг семейст-

венного права; а первая принадлежит к юридическим отношениям иного свойства (напр., отношения хозяина к прислуге)¹.

Семейственные отношения нельзя не отнести к юридическим отношениям, хотя это свойство принадлежит им и не во всей той полноте, какую видим в других отношениях гражданского права. Лицо, произвольно или непроизвольно вступающее в семейственные отношения, вступает в известное *состояние*, которое по существу своему безусловно, т.е. имеет силу и требует признания не только между лицами, состоящими в отношении, но и перед всеми сторонними лицами, притом это состояние, однажды установившись, не может и прекратиться по одной воле лиц, в ней пребывающих. Принадлежность лица к тому или другому состоянию или к отношению сего рода есть в сущности не право, но *свойство* лица; однако же оно имеет юридическое значение, потому что с этой принадлежностью, как скоро она не подлежит сомнению, соединяются юридические последствия, составляющие подлинно гражданское право лица. Так, напр., мне, поколику я отец, супруг, сын и т.п., несомненно, принадлежат гражданские права, связанные с этими качествами (напр., наследственное, право на содержание и т.п.), и для признания сих прав требуется признание того состояния, из коего они проистекают. Отсюда возникают, в случае неизвестности или спора, особые *иски о состоянии*; поелику же иски эти имеют в виду доказать необходимое предположение состояния, без коего право, связанное с ними, не имело бы начала и основания, то они и именуются предварительными (*actio praejudicialis, praejudicium, Praejudicialklagen*); особенность этих исков состоит в том, что решение по ним имеют силу безусловную, т.е. не между сторонами только, но и относительно всех сторонних лиц, в деле не участвовавших.

Права, соединенные с семейственными отношениями, всего явственнее выражаются в столкновении с *посторонними* лицами. Закон признает власть за главой семьи, безусловно защищает эту власть от сторонних притязаний, и восстанавливает, в случае противодействия лиц подвластных. Если эта власть оспаривается в основании своем, требуется для нее предварительное удостоверение и признание (*praejudicium*). Если же она несомненна, то восстанавливается относительно сторонних лиц не путем иска, но непосредственным применением закона, силой правительства (у Римлян для этого служила не *actio*, но *interdictum*, напр., *de liberis exhibendis, de uxore exhibenda*). Относительно же подвластных членов семьи глава оной восстанавливает власть свою по праву, *самовластно*, и лишь в

¹ Однако же некоторые законодательства, напр., прусское, относят к семейственному праву закон об отношениях хозяина к домашней прислуге (*Gesinde-recht*).

случае недостаточности или неуспешности своих мер, прибегает к непосредственному содействию правительства.

Посреди семейства взаимные отношения членов представляются в сущности своей естественными, нравственными, но не юридическими отношениями. В них содержатся и права и обязанности, но и те и другие – не в юридическом, но в нравственном сознании, не в расчете числом и мерой, но в ожидании и в уверенности; те и другие скрываются под покровом семейной жизни. Только в таком случае, когда злоупотребление власти или забвение обязанности доходит до совершенного отрицания основных начал семейного быта, т.е. защиты и покровительства, когда личность посреди семьи подвергается опасности, – только в таком случае правительственная власть вступает в семейные отношения во имя закона и определяет числом и мерой права и обязанности, по существу своему не требующие определения; напр. присуждает отца кормить, содержать и воспитывать детей, мужа – доставлять жене средства для содержания и т.п.

Отношения родственные не имеют того юридического значения, которое принадлежит взаимным отношениям членов в тесном круге *семьи*. Было время, когда роды жили цельной жизнью под властью родоначальника; но это время миновало в гражданском обществе, и ныне посреди рода нет уже необходимого лица, кому принадлежала бы по праву власть с обязанностью защиты и покровительства. Кровные отношения в союзе родственном признаются законом как естественное явление, проистекающее из кровной связи, но они не производят сами по себе постоянных гражданских прав и обязанностей ни между членами рода, ни относительно сторонних лиц. Однако, не будучи юридическими, родственные отношения имеют юридическое значение. Оно состоит в том, что родственники происходят по крови от одного родоначальника и состоят во взаимной кровной связи, которая составляет важное положительное или отрицательное условие многих юридических отношений. Кровная связь служит препятствием ко вступлению в брак между некоторыми лицами, уничтожает или ограничивает достоверность свидетельских показаний, дает право на законное наследование, налагает опекунскую обязанность и т.п.

Особого внимания заслуживает, по отношению к семейственным отношениям, новый кодекс гражданского права для Черногории, составленный проф. Богишичем и введенный в действие в 1888 году. Он обратил на себя внимание просвещенных юристов целого мира, как новое, замечательное явление в области законодательства. Составитель приготовился к своей работе тщательным изучением обычного права у славянских народов, и особенно между Сербам и Черногорца-

ми, и применил систему и содержание кодекса к потребностям страны в ее экономическом и нравственном быте, не увлекаясь ни обычными приемами римской и германской систематизации законных правил, ни тем ложным направлением кодификации, в коем так называемое *право юристов* господствует над народными воззрениями на правовое и неправовое. Сверх того, к отличительным чертам нового кодекса относятся: *во-1-х*, тщательная разработка языка, коим писан кодекс, и технических терминов, кои в иных случаях надлежало создавать вновь; *во-2-х*, присоединение к кодексу общих юридических положений для изъяснения существенных понятий об отношениях гражданского права. Кодекс состоит из следующих 6 частей: 1) общие положения; 2) собственность и прочие вещные права; 3) купля-продажа и прочие важнейшие договоры; 4) общие положения о договорах и прочих обязательных отношениях; 5) о людях и прочих субъектах права. Содержание этой части следующее: совершеннолетие и малолетство; опека разных видов; правоспособность и безвестное отсутствие; семейная община, племя, братство, сельская община; церкви и церковные установления государства; корпорация и учреждения. Наконец, 6-я часть содержит в себе изъяснения, дополнения и определения понятий.

Законодатель разумно ограничил свою задачу одним имущественным правом. Он признает несвоевременным и опасным кодифицировать для Черногории семейственные отношения, равно как право наследственное, неразрывно связанное с семейным бытом и обычаем. Семейственных отношений новый закон касается лишь по отношению третьих лиц к семье и к отдельным ее членам.

Для ближайшего знакомства с новым кодексом можно указать на следующие сочинения. Самого автора: Bogisic. A propos du code civil du Montenegro, quelques mots sur les principes et la méthode, adoptés pour la codification. Lettre à un ami. Paris, 1888 г. Его же: De la forme dite Inocosa de la famille rurale. Paris, 1884 г. – Статья о кодексе в Юридическом Вестнике 1888 года. – Обстоятельное изложение в книжке: Ueber das neue bürgerliche Gesetzbuch für Montenegro, von Karl Dickel. Marburg, 1889 г.

§ 2

Историческое значение семейства. – Семейство в Древнем мире и власть начальника. – Гражданская семья в Риме. – Агнаты, когнаты и род. – Первоначально религиозный характер семьи и последующее видоизменение ее характера. – Свойство кровной семьи германской. – Славянская семья. – Содержание семейственного права.

Историческое значение семейства. В душевной природе человека есть коренное свойство притягивать к своей личности предметы внешнего мира, как только они коснутся до круга личной его воли, заключать

их в этот круг. Это свойство, составляющее зерно всякого владения, выразилось и в сфере семейственных отношений. В римском мире, где они впервые сложились в юридическую норму, мы видим, что семейство составляет замкнутый круг, центром коего является глава *paterfamilias*, со всеми атрибутами владельческого права. Семейство является органическим телом, душа коего есть глава семейства. Как в теле члены и органы составляют орудия, посредством коих душа действует во внешности, так в римском семействе члены являются орудиями юридической воли своего главы. Только он обладает истинной самостоятельной волей и истинным самостоятельным правом; члены семейства имеют волю зависимую, право зависимое, право и волю лишь в той мере, в какой то и другое истекает из воли и права полновластного главы. Отношение этого главы к членам семейства состоит в аналогии с правом собственности на все предметы, входящие в юридическую его сферу. Ни жена его, ни дети не имеют самостоятельной юридической личности. Выражение *in manu* прямо указывает на отношение владельца к предмету владения. Умирает отец семейства: со смертью его разрушается семейственный союз и фактически и юридически. Остающиеся потомки не продолжают союза, не заступают лицо умершего в семействе, но основывают новый, так что сын умершего не по долгу, не как опекун заведует личностями вдовы и дочерей девиц, но подчиняет их своей воле, самовластно овладевает ими. Римский мир не знает рода в том смысле, в каком знают его новые народы, как органический кровный союз всех восходящих, нисходящих и боковых родственников.

Устройство семьи в Древнем Риме имело ту особенность, что основанием ему не столько была кровная связь, сколько значение родительской власти и связанного с ней родового религиозного представления. Семья состояла из *главы* и членов, под его властью сущих; могла быть семья и без членов: в таком случае ее составляло одно лицо, не имевшее над собой семейной власти, ни под собой подвластных членов, но носившее все-таки название домовладыки (*paterfamilias*, *caput familiae*). С другой стороны, семья могла состоять не из одних только лиц, *действительно* состоящих под властью: в составе ее полагались и такие лица, которые состояли бы под властью общего родоначальника (уже не существующего), если бы он остался жив. Стало быть, агнатство существовало вообще между лицами, которые могли свести друг друга исключительно через мужское поколение к одному общему корню родительской власти. Отсюда возникал в семье союз *гражданского* родства (*agnatio*, *cognatio legitima*, *cogn. civilis*). Такая семья не соответствовала вполне семье кровной, возникающей из естественного рождения, ибо по идее гражданского родства к нему не принадлежали кровные родственники матери, так как родительская власть признаваема была в лице одного мужчины и только через мужчину передавалась; с другой

стороны, принадлежность к гражданскому родству зависела от событий и действий чисто гражданского свойства, как-то: от усыновления, от эмансипации и от некоторых строгих форм брака.

За пределами гражданской семьи агнатов видим в Риме другой обширный круг, средний, так сказать, между семьей и государством – круг *родовой*, так называемый *gens*, члены коего соединялись общим религиозным обрядом, общими преданиями, общим родовым именем, общим нравственным отношением и общим наследственным правом.

В каждом из меньших кругов гражданского родства господствовало безусловное единство власти: одно было лицо и одно имущество. Для главы своего все члены семьи работали, для него обязывались и приобретали – непрерывно из рода в род, доколе не порвется властная цепь смертью, эмансипацией и т.п. Когда член семьи вступал в брак и выводил своих детей, то и родительскую власть над своими детьми приобретал не себе, но начальнику семейства. Словом сказать, семья составляла как бы собственность главы своего, и само слово *familia*, по первоначальному своему смыслу, означает имущество или принадлежность человека.

В таком виде семья, по началу своему, была государственным учреждением, формой политического и религиозного быта, и звание главы было необходимо для охранения строгих начал порядка религиозного и гражданского (см. об этом прекрасное исследование Fustel de Coulanges, в книге: *La cité antique*). Во всех древних законодательствах Европы выражается стремление обособить семью строгим определением ее границ и поддержать целость и непрерывность домашнего очага, как святилища семейной религии, соединенной с культом умерших предков. Отсюда вытекают учреждения того времени, проникнутые семейным началом – кровная месть, исключение женщин из наследства и право усыновления. С изменением гражданского устройства и общественной экономии в Риме, родительская власть пережила начала, на коих она была основана, и подверглась разложению, по мере того как эти начала стали приходить в забвение и *личное право* стало выделяться из совокупности прав и обязанностей, соединенных с первоначальной идеей учреждения. В таком виде, т.е. как личное, само для себя существующее право, родительская власть не могла удержаться во всей своей строгости, и гражданская семья мало-помалу должна была уступить в законе место семье природной или кровной, которая искони существовала и таилась в недрах семьи гражданской. Вместе с тем изменилось совершенно и юридическое значение начальник семейства. В лице его сосредоточивалась тройкая власть: власть над имуществом, власть над лицами, власть суда и расправы. Разложение этой власти началось с того, что члену семейства предоставлена законная возможность иметь свое отдельное имущество (*resulium*), и затем, вследствие постепенного умножения отдельных прав, исключительное право отца на имущество членов семьи ослабело до того, что отец допущен к участию в наследстве после сына. Наследственные права вначале принадлежали исключительно агнатам, членам гражданской семьи: мало-помалу, ко времени Юстианову, они стали достоянием членов кровной семьи или когнатов. Наконец дошло до того, что самая существенная принадлежность родительской власти – право

завещательное, подверглась ограничениям, и родитель, которому вначале уступали безусловно интересы членов семьи, стал в распоряжении своим имуществом связан их интересами, в обеспечение коих установлено правило о законной наследственной части ближайшим родственникам.

Семейство нового мира, германское, представляется с иными свойствами; значение его основано на кровном родстве, и потому объем его не определен, как в римском праве, строгой, узкой, единообразной мерой. Если римское семейство похоже на полевое растение, совершающее бытие свое в определенный период и размножающееся посредством семени, то семейство германское похоже на дерево, укрепленное корнями в земле, живущее из года в год и пускающее новые почки, новые отпрыски и ветки силой внутренних соков. Ему нет меры и сроку, потому что кровь передается из поколения в поколение; у него есть глава, но со смертью его изменяется только личность главы, главенство передается от лица к лицу преемственно, и семейство не перестает быть тем же органическим целым. Глава семейства имеет власть над его членами, но эта власть основывается не на понятии о владении, но на понятии о защите и покровительстве; с ней связано понятие о долге и попечении. Члены семейства – не мертвые орудия главы, а члены общего тела; личность их не исчезает в личности главы, но состоит в подчинении ей, воля их не уничтожается, но дополняется волей главы; приобретая, они не лишаются всякого права на приобретенное; приобретенное поступает только в управление или пользование главы до совершеннолетия или замужества. Земля, которой владеет и распоряжается глава, почитаясь его землей, вместе с тем почитается достоянием рода (понятие, вовсе неизвестное римскому миру), подобно тому как земля в дальнейших разветвлениях рода почитается достоянием марки, племени, общины. Близость родства исчисляется поколениями или степенями, наследство разделяется не по степеням поровну, но по линиям, неровными частями. Таков тип германского семейства, исказившийся, впрочем, от смешения с чертами сначала феодального, потом римского права.

Семья славянская отличается совершенным отсутствием строгого юридического начала. Здесь даже не встречаемся с германским понятием о *tutundium* или опеке мужа над женой, отца над детьми. Главе семейства принадлежит власть, как старшему члену органического целого, и эта власть главы есть живое свойство бытия органического, а не суровое право и не обязанность, юридически определенная. Движимое имущество и хозяйство представляются общим достоянием, и все, приобретаемое членами, поступает в распоряжение главы, как общее достояние. Совершеннолетие еще не выделяет из этого общения, еще не присваива-

ет человеку личной самостоятельности, еще не делает его отдельной единицей: для этого надо ему отделиться, сделаться особым главой семьи, или дочери надо перейти в другую семью. Умирает глава, но главенство его не передается по наследству, а семья или продолжает жить общей жизнью, причем вдова умершего может занять его место, или распадается на новые отдельные семьи. Таков тип семьи славянской, до ныне существующий еще в наших землевладельческих сословиях; но он начинает уже переживать себя, патриархальные начала его уже не в силах устоять против начала личности, повсюду заявляющей свои требования, свое желание освободиться из среды семейного общения, которая уже становится для него тесной.

Самым характерным типом семьи в наше время служит семья Китайская. Она не ограничивается, как у нас, родителями, детьми, боковыми родственниками, но объемлет всех предков, простираясь в века, объемля прошедшее, настоящее и будущее единством семейного предания и семейной истории, коей летопись хранится и продолжается в каждом семействе. Материальным основанием служит семейный земельный участок, неотчуждаемый, нераздробляемый и неподлежащий продаже (за редкими исключениями) – свойство этой собственности священное. В таком виде Китайская семья представляется цельным организмом и основной ячейкой всего государственного устройства и обладает правами – гражданскими, политическими и даже судебными, ибо вправе исключать из среды своей недостойных членов, отлучая их от очага, от семейных преданий и от семейного культа, посвященного памяти предков; вправе подвергать виновных суровым наказаниям (кроме лишь смертной казни). Не распадаясь, такая семья выделяет, однако, из себя отдельных членов – основателей новых семей, связанных с общим гнездом общими преданиями.

В отношении к наследству можно, по наблюдению Ле-Пле, разделить семейства на три совершенно различных и очень характерных типа: на семьи *патриархальные, неустойчивые и коренные* (f. patriarchale, f. instable et famille souche). Первый тип, т.е. патриархальную семью, Ле-Пле нашел у пастушеских племен на Востоке, у русских крестьян и у славян средней Европы. Все дети, не исключая и состоящих в браке, остаются при отце, имеющем над ними и внуками очень обширную власть. Вся собственность, за исключением только некоторой движимости, остается нераздельной, и отец распоряжается ею и заведует работами. По смерти его, это право переходит к тому из сыновей, которого он сам назначил своим наследником. Хотя этот обычай и имеет неудобства, соответственные неудобствам общинного начала, – но, по крайней мере, он представляет то громадное преимущество, что дает возможность менее способным членам пользоваться все-таки некоторой долей благосостояния и иметь обеспеченный кусок хлеба. Кроме того, он вполне подходит к положению семейств, живущих в почти пустынных местностях и под очень первобытной формой управления и принужденных, ради избежания опасности, держаться вокруг домашнего очага и не выходить из-под авторитета родительской власти.

Неустойчивая семья преимущественно встречается на Западе, и в особенности во Франции, среди населения дезорганизованного, за последние три четверти столетия, вследствие принудительного раздела имущества. При таком порядке, все дети, со дня вступления в брак или при получении возможности существовать сами по себе, покидают родной дом и устраиваются самостоятельно, оставляя в одиночестве престарелых родителей. Все дети располагают, так сказать, своим собственным приданым, т.е. своей частью имущества, и пользуются плодами своих трудов, будучи свободными от всех обязанностей относительно семьи; по смерти же родителей, все имущество делится поровну между детьми, причем отец не имеет права самостоятельно вмешаться в дело посредством своего завещания. Результатом такого порядка является ряд периодических ликвидаций родительского дома. Такой порядок роковым образом приводит и к уменьшению населения, ибо супруги из боязни многочадия избегают его. Итак, этот порядок служит всегда в обществе признаком расстройств или стремления к расстройству. Третий тип, которому Ле-Пле дает выразительное имя коренной семьи (*f. souche*), встречается у наиболее свободных и наиболее благоденствующих народов, имеющих достаточно здравого смысла, чтобы охранить свою частную жизнь от господства формалистов-законников и бюрократии, а именно: в Соединенных Штатах, в Англии, Германии, в скандинавских государствах и в большей части Европы. В семьях такого типа отец принимает кого-нибудь из женатых детей к себе в сотрудники, с обязательством жить постоянно в родительском доме и продолжать отцовскую профессию. Такой обычай поддерживает профессиональные традиции, равно как и сохраняет средства к жизни и сокровища полезных наставлений, завещанных предками. Он создает в то же время постоянный покровительственный центр, к которому все члены семьи могут прибегать в трудные минуты жизни.

В то время как в неустойчивых семьях смерть отца является поводом к распаду, в коренных семьях она представляет только тяжелое испытание для сердца детей и не влечет за собой вредных последствий по отношению к благосостоянию семьи. Дети, не достигшие совершеннолетия, нуждающиеся еще в помощи и покровительстве, не бывают покинутыми, и благодаря непоколебимости домашнего очага и значению преданий, находят у нового главы семьи ту поддержку, какой они пользовались при жизни отца. И все остальные дети также несколько не страдают ради интересов наследника очага и профессии, так как этот последний выплачивает им в момент их обзаведения известную долю, пропорциональную размерам имущества и определенную отцом. Сравнивая все эти семейные типы, Ле-Пле пришел к тому выводу, что если патриархальная семья более свойственна кочующим пастушеским народам и населению, живущему при существовании общинного порядка в малонаселенных местностях, то коренная семья является установлением, наиболее обеспечивающим насущный хлеб и благосостояние оседлым народам, занимающимся земледелием, торговлей или промышленностью. – Что же касается до неустойчивой семьи, то она представляет болезненное явление и заключает в себе очевидные признаки социального разложения.

Содержание семейственного права

Семейство возникает из союза мужа и жены. Отсюда закон *брака* и соединенных с ним отношений между супругами.

От брака рождаются *дети*. Отсюда закон отношений между детьми и родителями.

Потребность иметь детей, по природе не удовлетворенная, находит себе удовлетворение в *усыновлении*. Отсюда закон усыновления и возникающих из него отношений.

Потребность детей в призрении и воспитании, по природе неудовлетворяемая, когда нет налицо родителей, находит себе удовлетворение в опекуном надзоре. Отсюда закон опеки и возникающих из нее отношений.

Из разветвления семьи происходит род. Отсюда закон кровного отношения между родственниками, членами рода.

ГЛАВА ВТОРАЯ

БРАЧНЫЙ СОЮЗ

§ 3

Сущность и идея брака. – Нравственное его значение. – Таинство в браке. – Историческое развитие идеи брака. – Многоженство, многожухе и одноженство. – Идея, семейное, общественное и религиозное значение брака в Древнем мире. – Религиозный обряд брака у древних. – Строгая форма брака. – Освящение брака в христианстве. – Церковное понятие о браке на Западе и Востоке. – Секуляризация брака и подчинение его гражданскому закону и суду после реформации и революции. – Брачный закон и суд в России.

Брак в юридическом смысле есть соединение мужчины и женщины, освященное общественным сознанием, т.е. получившее юридический характер. Но недостаточно смотреть на брак с одной только юридической стороны: это был бы взгляд односторонний. Брак, без сомнения, заключа-

ется по договору: им возбуждается договорное, обязательное отношение, в котором и жена и муж взаимно принимают на себя обязанности; брачный союз производит отношения и по имуществу; но все эти отношения занимают второстепенное место. Сущность брака – в условиях физической и душевной природы человека, а не юридическое только соединение двух волей. Соединение двух волей требует соглашения и сделки; но этой идеей договора далеко не исчерпывается содержание брачного союза. Побуждение к нему и цель его – исполнение коренного закона природы, в силу коего живая и цельная личность человека стремится дополнить себя, ищет себе дополнения и усовершенствования в такой же личности другого пола. Какое это дополнение и в чем оно состоит, об этом не одинаковы понятия на разных степенях общественного развития. На низшей степени – это удовлетворение грубого инстинкта животной природы; на высшей – это удовлетворение согласной с разумной природой человека потребности общения всех органических, внутренних и внешних сил, дарованных человеку для развития, труда и наслаждения в жизни. Оттого неверно приискивать и ставить для брака цель специальную, как, напр., деторождение, ибо брак есть цельный, органический союз, и идея его коренится в основном законе природы: приведение к единству и цельности раздвоенной на два пола природы человека. Неудивительно поэтому, что идеал брака, очищаясь и возвышаясь в понятиях человечества, получил наконец в христианском мире значение *таинства*. Какое значение ни придавать этому слову *таинство* – в общем ли смысле, или в смысле церковном, во всяком случае едва ли кто, верующий в цельное бытие души человеческой и в жизнь духовную, станет отвергать, что в этом союзе, отменно от всех прочих договорных союзов, есть *великая тайна* глубочайшего и полнейшего духовного и телесного соединения.

Историческое развитие идеи брака. И у современных племен, находящихся в диком состоянии, брака нет, а есть только дикое совокупление. Это, впрочем, не первоначальное, а испорченное состояние человечества, ибо у всех народов, имеющих историю и предания, сохранились предания об идеале брака и о различии между законным браком и конкубинатом. На Востоке и у азиатских племен образовалась испорченная форма *многоженства*, при существовании коей идея брака не может высоко подняться над понятием о совокуплении. Это – совокупление, приведенное в норму, и главная цель его – удовлетворение чувственности и инстинкту деторождения. Из такого брака не возникает семейство, ибо в нем нет единства и цельности, необходимых для образования семьи. Женщина в нем стоит невысоко; она служит мужчине только средством для удовлетворения природного инстинкта. За этим предметом брака закрывается

почти вовсе удовлетворение духовной потребности, цель духовного общения мужа с женой. В многоженстве брак – по преимуществу частное дело мужчины: говорю *по преимуществу*, ибо нельзя вовсе отрицать юридического и нравственного значения браков в мусульманском многоженстве: там выработалось из преданий и обычаев, освященных религией, даже особое брачное право, в котором жена не лишается некоторой защиты в отношениях к мужу, по имуществу и в случае развода.

Кроме многоженства, общественный быт у диких племен представляет примеры многомужия или *полиандрии*.

Полиандрия, как форма брака, существует еще у некоторых народов, напр. в Тибете, на Малабарск. берегу, у некоторых американских племен на р. Ориново и пр. В полиандрии 2 формы – одна более грубая: мужья все чужие, неродные между собой, и другая: несколько родных братьев имеют одну жену. В таком семействе дети, конечно, не могут иметь *отца*, не может быть видимого, внешнего родственного отношения между отцом и детьми. Оттого у племен, у коих господствует полиандрия, по смерти такого женатого человека, наследуют ему сестра его с детьми, а не жена с детьми. Дети считаются принадлежащими к роду и племени матери.

Любопытные сведения об этом предмете можно найти в книге: *Primitive Marriage or Inquiry into the origin of the Form of capture in Marriage ceremonies*, by M'Lennan Advocate. Edinburgh, 1865.

О полиандрии, господствующей у некоторых горных племен в Ост-Индии см. *Transactions of the Ethnological Society of London*. Vol. VII, 1869, статью Шерта: *An Account of the Hill-tribes of the Neilgherries*. Весьма любопытно описание существующего у названного племени обычая – всем братьям, сколько бы их ни было в семье, иметь одну общую жену. Они живут с ней сообща вместе, но когда вошел к ней один и повесил у дверей свою палку и плащ, остальные не должны входить. Дети, от кого бы они ни происходили в действительности, считаются старше – законным ребенком старшего брата, следующее – второго брата и т.д.

Новейшая литература довольно богата историческими исследованиями о семейном быте и семейных отношениях. Обыкновенно исходной точкой этих исследований принимается эпоха патриархального быта. Известнейшие писатели о сем предмете (как-то: Fustel de Coulanges – *La cité antique*. Maine. *The Ancient Law*) доказывали, что большая часть юридических отношений у цивилизованных народов происходит из первоначального представления о семействе и о семейной власти. Но в недавнее время появившиеся исследования (преимущественно в Англии, MacLennan – *Primitive Marriage*, Lubbock – *The origin of civilization and the primitive condition of Man*, London, 1870) отодвигают свою исходную точку еще далее патриархального быта и отыскивают начальные юридические черты семейных отношений в наблюдениях над бытом диких племен. Отсюда целый ряд новых выводов и остроумных гипотез, которые требуют еще подтверждения. Так, напр., Люббок доказывает, что патриархальному устройству предшествовали еще два периода общественной организации, из коих в одном –

племена живут в состоянии смешанного совокупления, и рождаемые дети не знают отношения к родителям, а знают одно только отношение к своему племени; в другом, – по неизвестности отцов, обозначается одно отношение к матери и родство определяется только по матери. И так отношение к отцу происходит в последовательном развитии племенного быта позднее, чем отношение к матери, и, наконец, уже после всего приходит в сознание отношение ребенка к обоим родителям. Из первоначального совокупления – среди своего племени – вырождается брачное совокупление, и первый путь к нему, по мнению Люббока, есть похищение женщины из чужого племени по случаю войны.

В историческом развитии брака мало-помалу появляются: решительная замена многоженства одноженством; признание женщины подругой мужчины в нравственном и юридическом смысле; освобождение женщины из домашнего заключения и появление ее в обществе; решительное исключение конкубината при браке; религиозное освящение брака; юридическая организация брачного союза.

Первые признаки очищения идеи брака видим в *греческом мире*. Греческий брак есть единоженство; но наряду с ним стоит еще конкубинат, и женщина сидит еще дома в заключении, занимаясь хозяйством. Жена правит домом; но женщина, когда появляется в обществе, когда принимает участие в общественных делах, когда оказывает влияние на общество мужчин, то не в качестве жены, а в качестве *гетеры*. Несравненно выше стоит *римский* брак. Обширнее и римское понятие о женской доблести. Римлянин уважает женщину, более доверяет ей и оттого дает ей более свободы. Римская женщина – гражданка, она жена и мать гражданки римского – *одна* законная жена, и мать законная. В Риме появляется строгая форма гражданского брака (*confarreatio*, *coemptio*) и в последствии другая, более свободная (*consensus*). Твердость понятия о законности рождения охраняется предположением о принадлежности ребенка мужу родившей его матери. Появляется в первый раз определение брака, по идее вполне его достойное – *conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. Но рядом с этим видим взгляды, противоречащие коренному понятию о союзе и общении. Древнее право дает мужу безусловную власть над женой (*manus*), как над бесправным орудием, как над безличной собственностью, а новое – размыкает союз в равнодушии к идее брака. В новом римском, более свободном браке исчезает понятие о строгой власти мужа – *manus*. Жена привязана к месту жительства и форуму мужа и лишена власти над детьми, но имеет свое имущество и управляет им. Власть мужа является во всей строгости, в случае нарушения верности со стороны жены. Гражданский элемент брака и форма берут верх над религиозным элементом и внутренним значением.

Семейный союз у древних утверждался, как доказано новейшими исследованиями, не столько на кровной связи, сколько на религиозной идее. Домашний очаг в каждой семье был местом и предметом религиозного поклонения, которое связывало всех членов семьи крепким союзом под властью главы, бывшего вместе с тем и главным жрецом домашнего культа. Отсюда происходит святость брака у древних и религиозное его значение. Семья составляла замкнутый союз, и религия каждой семьи составляла ее исключительное достояние, ибо состояла в поклонении своему домашнему очагу и своим умершим предкам: в этом служении не мог участвовать никто из посторонних; следовательно, когда женщине, из чужой семьи переходящей в другую, надлежало оставить свой домашний культ и приблизиться к чужому очагу и чужой религии, этот переход почитался важным делом и совершался посредством торжественного акта. Отсюда происходит первый религиозный обряд брака, состоявший из трех существенных действий. Во-1-х, надлежало девушке покинуть свой домашний очаг, от которого родительская власть торжественно отпускала ее (*traditio* у Римл.). Во-2-х, ее привозили к дому жениха в торжественной процессии, с гимнами и религиозными припевами; у порога подносили ей символы домашнего богослужения – огонь и воду, и тут же совершалось символически ее похищение женихом, дабы показать, что она не столько своей волей, сколько властным действием силы переносится от одного очага к другому. В-3-х, в доме жениха перед новым очагом и пред лицом новых домашних богов надлежало совершить обряд жертвоприношения, причем жених и невеста должны были вкусить от одного хлеба домашнего (*panis farreus, confarreatio*) и соединялись окончательно в одной домашней религии. Только такой брак признаваем был вполне законным; в нем только совершалось предполагаемое общение человеческого и божественного права между мужем и женой.

Независимо от римских понятий у древних германцев представление о браке было чистое. Брак у них, по словам Тацита, был общением целой жизни и имел нравственные свойства любви, чистоты и верности.

Посреди развращенного императорского Рима заглохло древнее понятие о браке, но в эту развращенную среду христианство внесло свой чистый и возвышенный идеал. Обществу оставалось только осуществить его в действительности. Понятие о браке стало вновь слагаться юридически и сложилось в течение средних веков под влиянием римско-гражданских, церковно-канонических законов и германских представлений и обычаев. Каноническое право восстановило строгую зависимость жены от мужа, по ветхозаветному началу. Власть мужа подведена под римское значение *dominium, potestas, imperium maritale*. Церковь торжественно осуждает сокупление вне брака, осуждает развод и даже, проводя идеал брака во всей строгости, на вторичный брак смотрит, как на уступку человеческой слабости, а четвертый вовсе запрещает. Народные обычаи еще долго борются с этим церковным воззрением. Церковь преследует германский обычай – покупать жену, и идея покупки заменяется идеей об

уступке власти над женщиной, и ценой уступки служит *утренний дар* (Morgengabe), впоследствии выродившийся во вдовью часть (douaire) или дарение по случаю брака (donatio propter nuptias). Церковь, придавая браку публичность и торжественность и в то же время связывая его с понятием о приданом (Nullum conjugium sine dote), тем самым противодействует смешению брака с беспорядочным сожитием. Под влиянием церкви утверждается строгое понятие о законности рождения в законном браке и развивается учреждение общности супружеского имущества.

В средние века церковь присвоила себе авторитет исключительный, поставив себя выше народа и государства. И уставы брака и разрешение всех вопросов о брачных отношениях присвоила церковь исключительно своему ведомству, кроме немногих вопросов, касавшихся до сословных прав и прав на имущества. Утвердилось понятие о браке, как об учреждении церковного, а не гражданского права. Но в ту же эпоху идея брака на Западе, под влиянием церкви одухотворенная, потемнела в церковном сознании под влиянием клерикальных понятий о коренном различии между народом и клиром, между миром и церковью, и на брак, сделавшийся исключительной принадлежностью мирян, церковная иерархия стала смотреть как на учреждение, хотя и божеское, но созданное для низшего, для мирского чина. В XI столетии папа Григорий VII возвел безбрачие духовенства на степень догмата, и это безбрачное духовенство присвоило себе исключительное право судить о брачных делах. Это право присвоила себе церковь с IX столетия и на Востоке. Но в греческой церкви, всегда стоявшей в некоторой зависимости от светской власти, мирское законодательство никогда вполне не отказывалось от прав своих по делам брачным; с другой стороны, в православии неизменно сохранялось понятие о церкви, как обществе всех верующих – и духовного, и мирского чина, а потому и церковное сознание никогда не ставило себя выше брака, в котором церковь признает Богоучрежденное таинство; и духовенство православное, не уклоняясь от брака, содержало идею брачного союза в неизменной чести духовной.

Реакция против церковного авторитета, обнаружившаяся с особой силой в XVI столетии, повела за собой реакцию и в догматическом понятии о браке. Протестантские богословы, вслед за Лютером, объявили брак учреждением хотя и святым, но созданным для человека и потому подлежащим праву человеческого. Освящая брак религиозным идеалом, даже требуя для него религиозного освящения, они в то же время стремились освободить его от искусственных ограничений, созданных для брака церковно-католической властью, и перенесли с церкви на государство право брачного законодательства и право брачного суда. Однако же новое

юридическое понятие о браке возникло не под влиянием борьбы католичества с протестантством в Германии, а под влиянием борьбы государственной власти с церковной во Франции. Здесь с давнего времени, особенно же с XVIII столетия, юристы выяснили гражданскую, юридическую природу брака в противоположность с религиозной, внутренней стороной этого учреждения, и стремились отделить в браке *таинство*, подлежащее церковному ведению, от *брачного договора*, подлежащего ведению светской власти. Несмотря на строгое постановление Тридентского собора (1545–1563), строго осудившего это воззрение на брак, государственная власть во Франции удержала за собой право законодательства и суда о браке. Это понятие о браке во всей своей последовательности выразилось в революционном законодательстве, и наконец в кодексе Наполеона положено было в основание всей брачной системы. Брак признан, прежде всего, *договором* и по кодексу Наполеона поставлен в число договоров (*contrat de mariage*). В этом качестве он совершенно отрешен от церковного законодательства и связан с чисто гражданскими, юридическими формами. Религиозная обрядность брака предоставлена вполне совести супругов и нравственному влиянию церковного авторитета.

Гражданское законодательство стало признавать действительным только тот брак, который соответствовал гражданским формам, не заботясь о церковном благосостоянии. В этом смысле состоялся конкордат между папой Пием VII и Наполеоном: церковная власть должна была уступить. В подобном же смысле, со времени Иосифа II (1783), выразилось австрийское законодательство под влиянием философских учений.

Несмотря на такое разграничение области церковного и гражданского права по отношению к браку, даже в тех странах, где господствует система гражданского брака, возможны еще столкновения той или другой идеи, смешение понятий с точки зрения церковной и государственной. Совершенного согласия по этому предмету нет и быть не может; где вопрос о благословении брака церковью составляет свободный вопрос совести каждого, там возникают соблазнительные столкновения в общественных понятиях о браке, ибо может случиться, что один и тот же брак будет действителен с церковной точки зрения и недействителен с гражданской, и наоборот. Где брак представляется учреждением каноническим, там возникают общественные затруднения иного рода. В том или другом положении вопрос о *смешанных* браках принадлежит к числу самых трудных.

В нашей истории вопрос о юридическом значении брака никогда не представлял подобных затруднений. Со введением христианства и к нам перенесен был священный идеал брака и введены канонические правила о браке Кормчей книги. Все дела, возникавшие о браке и брачных отноше-

ниях, подлежали ведомству церкви без исключения. Они подобно делам иной подсудности, составляли доходную статью духовенства, и статью бесспорную. Мирская власть не вмешивалась в эти дела. Но, когда вопрос о подсудности получил государственное значение, тогда стали возникать серьезные столкновения и по этому предмету между церковной и светской властями. Государство в начале XVIII столетия берет решительный перевес в политическом отношении над церковью и принимает ее в свое ведомство, в свою опеку, как подчиненное учреждение. С этого времени начинается решительное разграничение ведомства духовной и светской власти по делам о браках. Государство начинает постановлять свои законы об условиях для вступления в брак и о брачных отношениях, и законы эти становятся обязательными и для церкви. Последующим законодательством это разграничение сделано еще решительнее и подробнее (указы 1841 и 1850 годов). Теперь брак подлежит ведомству церковному, поколику он есть таинство: сюда принадлежит прежде всего *совершение* брака; далее – удостоверение в событии брака, признание его законности и расторжение.

Напротив, все дела, касающиеся до договорной стороны брака, до нарушения свободной воли и доверия, и все вопросы о преследовании преступлений против брачного союза подлежат ведомству светской власти, причем иногда требуется заключение от церковного ведомства. Т. XVI, Уст. Гр. Суд. 1337 ст. и след.; Зак. Суд. Гражд., ст. 440 и след.; Уст. Угол. Суд. 1011; Зак. Суд. Угол., ст. 692 и след.

§ 4

Законные условия для вступления в брак. – Первое условие – свободное сознание сторон. – Понятие о принуждении. – Обычай женить и выдавать замуж в семье и в отношениях вотчинной власти. – Право государства принуждать к браку. – Историческое значение авторизации к браку. – Требование родительского согласия по иностранным законодательствам. – Ограничение свободы в браке со стороны государства и общины. – Постановления русского закона. – Хозяйственное значение брака в крестьянском быту и его последствия. – Ограничения свободы в браке по условиям военной службы. – Частные ограничения.

Для вступления в брак, долженствующий получить законную силу, требуются некоторые условия, т.е. требуется или существование некото-

рых свойств и событий, необходимых для законности брака (условия положительные), или отсутствие свойств и событий, несообразных с законностью брака (отрицательные условия, *empêchements*). Эти разнообразные требования, исторически образовавшиеся, произошли от разных соображений: естественной нравственности, божественного и церковного права и, наконец, от соображений государственных; были и есть ограничения, в которых выражается особое политическое стремление законодателя, напр., к предупреждению чрезмерного размножения народонаселения, к удержанию исключительности в некоторых сословиях и т.п.

Первое условие для вступления в брак – свободное согласие обеих сторон (*consensus facit nuptias*). Условие, само по себе простое, но, глядя по состоянию общественного и семейного быта, оно усложняется. Понятие о принуждении, как всякое человеческое понятие, относительно. Теперь, когда почти всюду гражданская личность признается свободной, сознание наше не допускает между двумя правоспособными лицами такого отношения, в коем одно могло бы положительно определять волю другого в столь важном акте, каков выбор жениха или невесты. В юридическом смысле это было бы принуждение, насильственное определение чужой воли. Но нет сомнения, что в действительности, как возможны были в старину, так и ныне возможны такие отношения, в коих выбор жениху невесты или невесте жениха производится без участия сторон, другим лицом, не будучи принуждением и насилием, не нарушая права, коего нет в сознании подчиненного лица, не разрушая нормального отношения, не возбуждая противодействия и протеста. В старом Риме отец выдавал замуж дочерей по своей воле; воля его была решительная, что согласуется со строгим юридическим характером семейной власти, по праву принадлежавшей римскому домовладыке. В патриархальном быту, где обычай сильнее закона, встречаем тоже явление. У иудеев браки заключались по воле родителей, без согласия детей (примеры: Быт. XXI, 21; XXIV, 4; Суд. XIV, 2), или, лучше сказать, дети подчинялись безусловно выбору родителей. Тот же обычай остался в силе и у нынешних евреев (см. ст. г. Берлина о евреях, в *Этнограф. Сборн.* 1862 г.). На Востоке тот же обычай и ныне в той же силе. И в отдельных семействах какого бы то ни было сословия можно себе представить такие отношения, в коих подвластный, без всякого противодействия или воздействия, равнодушно принимает выбор, указание или приказание властного лица. Где воля подвластного безмолствует и не протестует даже внутренне, там невозможно видеть и насилие, ибо насилие и принуждение предполагаются там, где есть противодействующая или способная к противодействию среда. Так, напр., у нас в прежних отношениях крепостного права бывало, и в отношениях семей-

ных бывало и бывает, что помещик выбирал своему крепостному, отец выбирает сыну своему невесту. В общем смысле здесь предполагается принуждение воли; в частном смысле, при данных обстоятельствах отдельного случая, могло и не быть насилия чужой воле, могло быть естественное, согласное с условиями быта явление. С другой стороны, если не предполагалось непременно приказание родителей детям в браке, то повсюду требовалось, и безусловно, согласие родителей на брак детей. Это решительное значение семейной власти в браке согласовалось вполне в том состоянии быта, в коем свойство гражданской личности принадлежит не столько отдельному человеку, сколько семье. Каждая семья имеет своего главу и представителя; каждый мужчина в семье рано или поздно должен стать главой и представителем семьи своей. Отсюда возникает представление, с одной стороны, о *праве* начальника семьи женить и выдавать замуж детей своих, ему подвластных; с другой стороны, об *обязанности* каждого взрослого и здорового человека вступить в брак и основать свою семью. Последнее представление выразилось, как известно, в законных ограничениях, которые существовали для холостых не только в древних греческих республиках и в Риме, но и в законах германских государств до XVIII столетия: государство некогда почитало себя вправе принуждать законом ко вступлению в брак (*Hagestolzenrecht*). Мало-помалу, однако, это представление должно было уступить началу личной свободы; изменилось и государственное значение семьи, но родительское согласие на брак детей осталось еще надолго решительным условием для вступления в брак; было время, когда оно считалось столь решительным, что государственная власть отказывалась признавать браки детей, заключенные без согласия родителей. Церковь никогда не признавала этого правила в безусловной силе: строго охраняя чистое понятие о браке, как о самостоятельном союзе двух лиц, она держалась всегда того правила, что существенно в браке взаимное согласие брачующихся: брак может существовать без авторизации; во всяком случае с совершеннолетием супругов прекращается для них необходимость авторизации, и брак самовольный остается в силе, если скреплен последующим сожитием супругов. Отсюда непрерывные, в течение веков продолжавшиеся на Западе, пререкания между церковью и государством по вопросу о браках, заключенных против воли или без согласия родителей. Эти пререкания между церковью и государством были всего сильнее во Франции, чем объясняется отчасти и особенная строгость французского закона относительно браков, заключенных наперекор семейной власти. Ныне правило о родительской авторизации остается в законах, но лишь в том смысле, что родителям принадлежит опекунское право над несовершеннолетними детьми, относительно вступ-

ления в брак (только французский закон идет дальше этой меры, как увидим ниже). Зато, с другой стороны, в новых законодательствах усиливаются начала административных и полицейских ограничений для вступающих в брак и связанные с ними условия административной авторизации.

По новейшему праву европейских государств в браке несовершеннолетних требуется согласие родителей; при вступлении в брак несовершеннолетних, не имеющих родителей, требуется согласие опекунов, а если есть в живых мать или бабушка, то нужно и их согласие. Однако, если бы брак заключен был без согласия семейной власти, он не признается безусловно ничтожным по этой только причине. В Австрии согласие отца требуется только в браке несовершеннолетних детей, и право оспаривать брак за несогласием существует лишь дотоле, пока продолжается действие родительской или опекунской власти; в Пруссии право это ограничивается 6-месячным сроком для отца, равно как и для самого супруга, по пришествии в совершеннолетие. Всего строже по этому предмету постановление французского закона. Брак подлежит опровержению: когда заключен сыном моложе 25 лет или дочерью моложе 21 года, без согласия отца, а в отсутствие его, – матери или деда и бабушки; равно когда несовершеннолетние вступили в брак без согласия опекуна или семейного совета. Совершеннолетние дети должны испрашивать согласие своих родителей, либо деда и бабушки, посредством так называемого почтительного акта, *acte respectueux et formel*, через двух нотариусов, и притом до 3 раз; через месяц, если не старше мужчины 30, а женщина 25 лет; кто старше, и тот не освобождается от этой обязанности, но довольствуется однократным предъявлением почтительного акта; лишь через месяц после окончательного предъявления дозволяется вступление в брак без авторизации. Чиновникам закон угрожает строгими взысканиями за совершение браков без этих формальностей, и право оспаривать брак за нарушение оных продолжается целый год (для самих супругов год этот исчисляется по совершеннолетию). *Code Napol.*, ст. 148, 160, 182, 183.

В иных случаях свободная воля ко вступлению в брак ограничивается со стороны государства и общины. Всякие служебные и административные ограничения брака уже исчезли из законов во Франции и в Англии, но во множестве остаются в германских законодательствах, представляя до сих пор пример нередко неуместного и насильственного вмешательства государственной власти в частные отношения. Почти все германские законодательства требуют при вступлении в брак лиц, состоящих в государственной службе, согласия и дозволения начальства. Всего либеральнее закон по сему предмету в Австрии, где с 1815 года

браки чиновников объявлены свободными, и только по одному ведомству удержана обязанность подчиненных *заявлять* о своем браке начальству; но во всех прочих германских государствах остаются строгие ограничения, ставящие подчиненного, при вступлении в брак, в действительную зависимость от воли начальства.

Но германские законы, в особенности до последнего времени, отличались от всех иных законодательств многочисленными и суровыми ограничениями брака в интересах общины. Ограничения эти возникли в Германии исторически из городского права и из строгого цехового устройства городских промыслов; впоследствии по образцу старых городских и цеховых статутів образовались подобные же ограничения в пользу всяких общин – городских и сельских. Они состоят, как было упомянуто выше, в связи с правом приписки или принадлежности к общине (*Heimathsrecht*) и соответствующим оному правом на призрение в случае бедности. Ограничения эти имеют в виду не допускать браков между бедными, не имеющими постоянного дохода и средств к содержанию, но, при всей тягости своей для граждан, не достигают цели, ибо не препятствуют людям, лишенным права на брак, родить вне брака незаконных детей, которых община во всяком случае должна принять на призрение. Ограничения эти были бы понятны, когда бы относились к лицам, уже состоящим на попечении общины, но они относятся ко всем тем, о ком еще нельзя сказать с уверенностью, будут ли они при средствах во всю жизнь или, обеднев, поступят когда-либо сами или дети их на общественное призрение. До последнего времени во всех государствах Германии существовали подобные ограничения, но в 1868 году они отменены, и свобода брака восстановлена во всех государствах Северо-германского союза.

Самыми суровыми представляются постановления по сему предмету в Баварии и в Баденском В. Герцогстве. От вступающих в брак требуется удостоверение в том, что у них есть имущество, приносящее не менее положенной меры дохода; что они не расточители и не моты, но вели до тех пор бережливую жизнь; что у них готово помещение для жительства и т.п. В Баварии закон так ревнив к интересам общины, что возлагает, напр. на священника, повенчавшего брак без разрешения общины, ответственность за все издержки и убытки, какие могут произойти для общины от этого брака. Тем тяжелее эти ограничения, что они соединяют вступление в брак с пространном письменным производством, обложенным сборами, и ставят его в зависимость от усмотрения городских чиновников и присутственных мест. Надобно подавать просьбы, составлять доклады, протоколы, решения всякий раз, когда требуется дозволение к браку. В Баварии нередко случается, что бедный человек в течение 10 и более лет напрасно возобновляет ежегодно просьбу о дозволении, покуда наконец получит его, из-

держав значительную сумму на одно производство, а между тем по необходимости живет вне брака и приживает незаконных детей с той женщиной, с кем хотел в самом начале повенчаться законно.

По русскому закону для вступления в брак требуется прежде всего взаимное согласие (Зак. Гр. 12). Запрещается принуждение со стороны родителей и опекунов. Родителям закон угрожает и наказанием за принуждение к браку (Улож. изд. 1885 г., ст. 1586).

По магометанским правилам браки между малолетними детьми, совершенные по воле родителей, должны оставаться в силе и по совершеннолетию супругов. Сб. Сен. реш. I. № 208.

При вступлении в брак предполагается здоровое состояние умственных способностей, не исключающее возможности изъявлять свободную волю. Поэтому запрещено вступать в брак с безумными и сумасшедшими: такой брак недействителен (5, 37, п. 1). Брак, совершенный по насилию или принуждению, не признается законным (12, 37, п. 1). Иск о принуждении в сем случае может быть начат (там, где не введены в действие Судебные Уставы) не позже 6 месяцев с того времени, как была возможность подать жалобу; дела этого рода начинаются только по просьбе самого заинтересованного супруга или родственников и опекунов (Зак. Суд. Гражд., ст. 447). Насилие подлежит гражданскому суду, а суждение о действительности брака — церковному (Уст. Угол. Суд., ст. 1012; Зак. Суд. Угол., ст. 695). Очевидно, разумеется, что в подобных случаях весьма трудно доказать *принуждение*, потому что оно большей частью бывает нравственное и редко сопровождается материальными признаками. Притом между убеждением и принуждением нравственным не всегда легко провести границу, ибо относительно слабых характеров убеждение со стороны лица, имеющего авторитет, сливается с принуждением; а свободная воля вступающего в брак выражается известной формулой при венчании и произнесении торжественных слов удостоверяется акт воли, так что потом уже невозможно восстановить предшествовавший этому моменту процесс нравственной борьбы между инстинктом свободы и уступкой нравственному влиянию авторитета. Только материальное насилие может быть доказано в этих случаях.

Известно, что у нас во многих случаях у крестьян вступление в брак есть преимущественно дело хозяйственной необходимости, и эта необходимость стоит на первом плане. Свободный выбор супруга по сочувствию, для нравственной и психической цели, занимает уже второстепенное место, и далеко не во всех случаях бывает. С этой точки зрения объясняется издавна существовавшее обыкновение у помещиков, напр., выбирать женихам невест и невестам женихов. Это без сомнения печальное явление, указывающее на низкую степень понятия о браке и на скудное развитие нравственных потребностей; но несправед-

ливо было бы думать, что подобный выбор всегда сопровождается нравственным принуждением там, где по условиям общественного быта жених и невеста не столько заботятся о взаимном сочувствии, сколько о заключении брака при условиях, возможно выгоднейших в материальном и хозяйственном отношениях. Еще Петр ратовал против этого обычая с патриархальными воззрениями как семейной, так и вотчинной власти, а он и до сих пор не вывелся в семействах.

Вообще, в массе народной, при настоящем состоянии ее быта, связанного отовсюду материальными нуждами, с крайним трудом удовлетворяемыми, и брак представляется главнейшим образом с материальной стороны. Брак есть сожительство, общение жизни: естественно, что чем полнее развивается и чем более углубляется внутрь каждая отдельная жизнь, тем полнее и совершеннее проявляется общение жизни в браке, тем более разъясняется в сознании идеал брачного общения и тем сильнее потребность осуществить идеал в действительности. В крестьянском быту только избранные натуры подходят к сознанию в браке духовного общения, но и они связаны обычаем, составляющим бессознательную принадлежность быта целой массы. Итак, нет ничего удивительного, что в крестьянском быту понятие о браке представляется всего явственнее с материальной стороны. Жена должна быть помощницей, и главным образом помощницей в материальном труде по дому и хозяйству. Этой потребностью определяется прежде всего выбор жены: требуется выбрать не столько жену, соответствующую духовной потребности мужа по его натуре, сколько соответствующую потребностям хозяйства. На жене должен лежать тяжелый труд по дому и хозяйству, которое исключительно принадлежит ей; стало быть, она должна быть сильна и привычна, и мужика требуется женить пораньше. Оттого в крестьянском быту не стесняются отношением женина возраста к мужнему, а в иных местностях вошло даже в обычай выбирать жениху невесту старше его несколькими годами, ибо в такой жене целая семья, т.е. вся рабочая семейная община, к составу которой принадлежит, до раздела, и муж приобретает себе важное приумножение рабочего капитала¹.

По общему понятию жена идет в дом к мужу; но и это понятие изменяется от экономических потребностей семьи. В нашем крестьянстве нередкий случай, что зять (так называемый *влезенг*) идет в дом к бездетному тестю и в таком случае становится, по смерти его, главой дома. Такое отношение определяется брачной, или завещательной, записью, в силу коей тесть отказывает зятю свое имение, с тем чтобы зять кормил и одевал его до смерти, так что зять и при жизни тестя, вступая в дом к нему, становится полным распорядителем в доме. Случается, что сама невеста, по договору с женихом, принимает его в дом к себе и на свой земельный участок. Вообще в крестьянском быту главной нормой брачных принадлежностей служит брачная сделка, а содержание этой сделки почти исключительно хозяйственное, т.е. условие о взаимных вкладах, снарядах и уплатах по случаю брака и хозяйства, причем употребительна и неустойка или штраф за несоблюдение усло-

¹ Есть местности, где прежде заключения брака возможно жениху брать к себе невесту на *пробу* на несколько недель, и после такой пробы брак может еще не состояться.

вия, так что главное место в договоре принадлежит тому, что в целом нравственно-юридическом представлении о браке составляет лишь придаточную принадлежность. Понятие высших классов о приданом иногда вовсе извращается в крестьянском быту: кажется естественнее, чтобы жених платил, или семья его платила за невесту, как за приобретение рабочей силы, выходящей из другой семьи, и эта плата, по обычаю, обращается или в пользу чужой семьи, или в пользу самой невесты, на брачные расходы. Плата эта известна в некоторых местностях под разными названиями: *запрос, вклад, вывод, клажа, кладка, выход, выговор*. Во многих местностях между крестьянами приданое состоит только в снаряде платьем, утварью, иконами, а денежная передача всегда предполагается от жениха отцу невесты. Эти деньги не подлежат уже возвращению после брака, когда он состоялся и продолжается, тогда как приданое после смерти бездетной жены обыкновенно обращается к родным ее.

Закон, требуя для вступления в брак действия свободной воли, с другой стороны, в иных случаях ограничивает эту волю по соображениям семейственного или государственного права и требует, чтобы воля вступающего в брак была дополняема в этом решительном своем действии другой волей господствующей. На этом основании требуется согласие родителей, попечителей и пр. У нас (Зак. Гр., изд. 1887 г., ст. 6) запрещается вступать в брак без согласия родителей, опекунов и попечителей¹ (запрещение вступать в брак без согласия опекунов и попечителей считается с 1 января 1835 года; см. ук. 4 июня 1836 г. в Полн. Собр. Зак. № 9252). Похищение и увоз невесты есть уголовное преступление

¹ Русский закон запрещает вообще детям (не одним только несовершеннолетним) вступать в брак без согласия родителей. Отсюда следует, что и совершеннолетние должны испрашивать таковое согласие. Повенчанный брак без согласия родителей не уничтожается, но возможно ли само венчание без сего согласия, о сем закон умалчивает. Между тем, по греко-римским (градским) законам кормчей, сын и дочь эмансипированные (совершеннолетние) могли вступать в брак по своему усмотрению, если имели более 25 лет от роду. Моложе 25 лет дочь должна была испрашивать согласие отца, а в отсутствие его – родственников и начальства (Кормч. Зак. Град. Гр. 4, гл. 3, 7–9. Гл. 10, 24. Гл. 12, 15, 19). За вступление в брак без согласия родителей уголовный закон (Улож. изд. 1885 года, ст. 1549, 1566) угрожает тюремным заключением на срок от 4 до 8 месяцев. Не подлежит сомнению, что наказание не может иметь места, равно как и опровержение правильности совершения брака неуместно, когда есть удостоверение о том, что родители, зная о совершившемся браке, не заявили своевременно о своем несогласии или запрещении. Любопытны в этом отношении указания нашей старой церковно-судебной практики (нынешняя нам неизвестна). В прошлом столетии епархиальное начальство, вступаясь в дела о несогласии родителей на брак, разбирало: каких лет дети, отделены ли, имеют ли свое достояние и общественное положение и уважительны ли причины запрещения, и затем, смотря по обстоятельствам, постановляло определение или *о разрешении*, или *о запрещении* вступать в брак без согласия родителей. См. Розонова – Историю Моск. Епарх. Управления. Дела митр. Платона. См. также: Отзывы и мнения митр. Филарета, т. V, стр. 477–479.

(Улож. изд. 1885 г., ст. 1549). Если же родители препятствуют браку, то закон не указывает прямого средства обойтись без их согласия. Личная власть родителей над *неслужащими* детьми простирается и за пределы совершеннолетия сих последних (178), а относительно служащих разделяется с начальством (179, п. 2, см. еще. ст. 7). Власть опекунов и попечителей продолжается до совершеннолетия. Впрочем, закон не упоминает о необходимости письменного свидетельства на дозволение (ст. 9).

Православному приходскому духовенству разрешено венчать раскольников детей, по присоединении к православию, и без согласия родителей (см. Моск. епарх. ведом. 1870, № 14).

В Черниговской и Полтавской губ. (по Литов. статуту) для вступления в брак состоящих под опекой девиц требуется согласие опекунов, хотя бы они состояли при матери: согласие одной матери недостаточно. Но если опекун не дает согласия, потому что желает удержать имение в своем управлении, то девице дается право просить разрешения у суда; тоже право в подобном случае принадлежит дочери и против отца, управляющего ее имением (Зак. Гр., ст. 7, 264).

По уставам евангелическо-лютеранской церкви в России (Уст. Ин. Исп. 199 и сл.) требуется согласие родителей на брак несовершеннолетним детям; но и совершеннолетним родители могут отказать в согласии по указанным в законе причинам.

Лица, состоящие в службе гражданской и военной, должны испрашивать дозволения начальства (ст. 9). Правило это первоначально установлено для военнослужащих при Петре I (Нев. I, 155) и не ранее первого издания Свода Законов распространено на всех служащих в гражданской службе; но за нарушение сего правила полагается лишь дисциплинарное взыскание (Улож. изд. 1885 г., ст. 1565). Особливого свойства разрешение требуется для русских дипломатических чиновников, вступающих в брак с иностранками (Зак. Гр. 66).

О порядке разрешения брака военнослужащим установлены особые правила в Уставе о Воинской Повинности и в Своде Военных постановлений.

Крайне затруднительное положение, в которое бываю поставлены служащие в войсках женатые офицеры относительно обеспечения насущного содержания и будущности своих семейств, было поводом к запрещению офицерам вовсе вступать в брак ранее 23-летнего возраста. С 23-летнего до 28-летнего возраста в сухопутных войсках и 25-летнего во флоте брак разрешается им начальством не иначе, как по представлении имущественного обеспечения (Уст. Воин. Пов., ст. 25, п. 2).

Неограниченное вступление нижних чинов в брак во время состояния их на действительной службе составляло постоянный источник затруднений для войск, которые, в большей части случаев, не располагают ни свободными помещениями для женатых, ни средствами для устройства и обеспечения быта их

семейств. Поэтому Уставом о Воинской Повинности (ст. 25, п. 1) состоящим на обязательной службе нижним чинам запрещено вступать в брак.

В последнее время правила о вступлении в брак военнослужащих, офицеров и нижних чинов сухопутного ведомства распространены на нижних чинов казачьих войск, состоящих на действительной обязательной службе, и на офицеров, кроме тех, которые числятся по войску или в комплекте строевых частей без содержания.

Но когда лицо, по своему положению, не подлежит ведению начальства по службе, то оно не обязано требовать особого дозволения от правительства на вступление в брак, ни увольнения от сословия или общества, к которому принадлежит (ст. 1). Не так было прежде. Прежде, когда всякий неслужилый человек состоял в тягле государевом, городском или сельском, лицо, принадлежавшее к городу или селению, не должно было вступать в брак *безъявочно*, т.е. не объявив о том городскому или сельскому начальству; а с явкой сопряжены были поборы, имевшие вид выкупа или дани (убрусное, свадебное, свадебная куница, новоженный убрус, выводная куница). Сбор этот шел то в казну, то в пользу властей и наместников. Он состоял в связи с системой кормлений и с идеей о целостности и совокупности тягла, лежащего на общине. Подобные сборы существовали до Екатерины II и ею только уничтожены в 1775 году (см. у Нев. I. 238).

Указанные условия дозволения не имеют решительного значения. Если брак совершен без соблюдения их, то по этому одному не признается недействительным (Улож. о наказ., ст. 1565–1567).

Питомцам Воспитательного Дома, до увольнения из его ведомства (которое для большей части наступает с полным совершеннолетием), запрещается жениться. Некоторых разрядов питомцы (одержимые болезнями и увечьем) остаются до конца жизни в ведении и на попечении Воспит. Дома: к ним, кажется, исключительно и относится это запрещение. Но в законе указана и им возможность получить от Воспит. Дома дозволение на брак; вместе с сим они и увольняются. Другие, именно сельские учителя, обязаны прослужить в сем звании положенное число лет: они могут, достигнув совершеннолетия, жениться с разрешения своего начальства (Ук. 7 июня 1869 г., Полн. Собр. Зак. № 47, 202).

Существовавшие при крепостном праве ограничения крепостных людей во вступлении в брак волей помещика уничтожены с отменой крепостного права.

Частные ограничения некоторых лиц по вступлению в брак. Монашествующим и посвященным в иерейский или диаконский сан, доколе они в сем сане пребывают, брак вовсе запрещается на основании церковных постановлений (Гр. 2), но церковнослужителям, в сем звании не возбраняется ни 1-й, ни 2-й брак. Сыновья священнослужителей и причетников, которые не обучаются в дух. учеб. заведениях и не занимают церковных должностей, могут вступать в брак без разрешения епархиального начальства. Занимающие должность в церк-

ви или по духовному ведомству обязаны испрашивать разрешение. Происхождение невесты от родителей недуховного звания не составляет препятствия к дозволению брака, при соблюдении, однако же, церковных правил о женах лиц, допускаемых к восприятию священства. Полн. Собр. Зак. 1871 г., № 49, 382.

Сложившие с себя сан и звание священнослужители и монахи вступают у нас в брак беспрепятственно. Р.-католическая церковь не благословляет такие браки.

Арестантам, содержащимся в исправительных арестантских отделениях, запрещается вступать в брак. Уст. сод. под стр. изд. 1890 г., ст. 297, Зак. Гр. 19. Ссылным, до распределения в Тюмени, запрещается вступать между собой в брак, однако дозволяется жениться в пути на непроступницах. Уст. ссылн. изд. 1890 г., ст. 86, 87. По распределении ссылным вольно вступать в брак между собой, с отметкой в экспедиции о ссылных и в Тобольском (ныне Тюменском) приказе. Женщины, сосланные в Сибирь с лишением всех прав, могут выходить только за подобных же ссылных. Ссылные женщины, перечисленные после срока в госуд. крестьянки, могут вступать в брак свободно со всеми лицами, только муж должен дать подписку, что сам не переселится и жену не вывезет из Сибири. Ссылным мужчинам дозволяется брак свободно и с лицами высшего состояния. Там же, ст. 330, 410, 412, 414, 415, 512; Зак. Гр. 104. Ссылно-каторжным первого разряда через 3 года, третьего разряда через 1 год по поступлении в отряд исправляющихся разрешается вступать в брак как между собой, так и ссылными. Уст. ссылн. Ст. 305, 412. О расторжении браков и о вступлении в новые ссылно-каторжных поселенцев, лишенных всех прав состояния и присужденных к ссылке на жительство в Сибирь, с лишением всех особенных прав и преимуществ, см. Уст. о ссылн., прод. 1893 г., ст. 409, доп. и прим. 501, доп. и прим., 2, 512, прим. и прил. к ст. 37, прим. 2.

§ 5

Другое условие для вступления в брак – свобода от брачных уз. – Траурный срок. – Брак разведенных. – Брак разведенных за прелюбодеяние. – Четвертый брак. – Третье условие – отсутствие родства и свойства. – Постановления иностранных законодательств и русского церковного права.

2. *Другое* существенное условие для вступления в брак состоит в связи с существенным условием брака – *исключительностью*. Брак – союз одного мужа и одной жены, следовательно, кто вступает в брак, должен быть свободен от брачных уз. Вступление в двойной брак решительно противозаконно; но и вступление в другой брак, по прекращении предшествовавшего, не повсюду вполне свободно; оно подлежит некоторым ограничениям и формальностям. Необходимо, прежде вступле-

ния в следующий брак, удостоверить прекращение прежнего (что может требовать особых формальностей, напр. в случае безвестного отсутствия прежнего супруга). Кроме того, некоторые законодательства требуют относительно женщины, вступающей в новый брак, чтобы между прекращением прежнего ее брака и вступлением в новый прошло положенное срочное время (от 6 до 12 месяцев), если не доказано с достоверностью, что от прежнего брака она не была и не могла быть беременна. Это срочное время называется *траурным годом* (Trauerjahr). Такого требования, напр., прусского закона, который и вдовцу назначает в подобном случае срок, только краткий, шестинедельный. Если прежний брак расторгнут разводом, могут ли прежние супруги во всяком случае почитать себя свободными и вступать в новый брак? Этот вопрос разрешается сообразно церковным правилам каждого вероисповедания там, где существует церковная форма брака, и гражданскими законами там, где брак признается гражданским договором. Французский закон запрещал на три года вступать в новый брак только тем супругам, кои расторгли прежний брак свой по взаимному согласию.

По русскому закону, вступающий в брак должен быть свободен от брачных уз с другим лицом (Зак. Гр. 20, 22. Уст. Ин. Исп. 212). В противном случае вторичный брак признается недействительным (Ср. Ист. Гр. Зак. Невол. I, 241). В случае признания брака недействительным, разлученные лица могут вступать в новый брак (Зак. Гр. 39). Но в некоторых случаях при расторжении брака закон, в виде наказания супругу за вину или преступление, вовсе запрещает ему вступать вновь в брак. Таков двоеженец (40); но оставленному супругу дозволяется, если не пожелает восстановить союз свой с оставившим, вступать в новый брак. Если вина была с обеих сторон, – обе осуждаются на безбрачие. Тому же наказанию подвергается супруг, оставивший супруга и более 5 лет по своей воле скрывавшийся в неизвестности (Гр. Зак. 4, 42).

По нашему *церковному* праву (Кормчая Св. Васил. Пр. 9), если брак расторгнут по причине прелюбодеяния одного из супругов, то и жена виновная и муж виноватый не могут вступать в новый брак. Но греко-римские *гражданские* законы допускали различие между мужем и женой в приведенном случае: неверная жена осуждалась, но неверный муж не осуждался на безбрачие (см. у Невол. I, 173). Строгое церковное правило повторено было и у нас в действовавшем до 1850 года уставе (Св. изд. 1842 г. Зак. Гр., ст. 52): виновный в прелюбодеянии супруг осуждался на безбрачие безусловно. В новом уставе по сему предмету, 1850 года, и в новом издании Свода, правило это не повторено. Поэтому – сказано было в первом издании сей книги – надо почитать его недействующим. Этот вывод сделан был слишком решительно, на что справедливо указано было автору в книге: *предполагаемая реформа церковного суда* (Вып. 1. 2-е изд. 1873 г. С.-Петербург,

стр. 75). Действительно, в новой редакции Свода правило 52 ст. Св. изд. 1842 года только обобщено, и нет прямого доказательства, что законодатель имел в виду устранить вовсе правило церковного закона, содержащееся в приведенной 52 ст.; на отмену церковного закона светское законодательство и не уполномочено. Правило же, содержащееся в 52 ст. Св. изд. 1842 года, было повторением закона, в то время бывшего и ныне остающегося в 253 ст. Уст. о духов. консисториях, изд. 1883 г. (Полн. Собр. Зак., № 1495). Это закон церковный. Прежде он повторялся в светском гражданском законе. Впоследствии гражданский кодекс перестал повторять его. Из этого не следует, чтобы, как закон церковный, он перестал существовать.

По римскому правилу, когда брак расторгался за прелюбодеяние, виновному запрещалось вступать в брак с лицом, участвовавшим в прелюбодеянии. Это правило повторяется буквально в австрийском законе; но каноническое право не столь безусловно: оно запрещает вышеупомянутый брак лишь в том случае, когда прелюбодеяние учинено было по предварительному соглашению виновных, с тем чтобы, расторгнув прежний брак одного из них, соединиться между собой новым, или когда со стороны виновного супруга было с той же целью учинено покушение на жизнь невинного. Того же взгляда держится французский закон (Code, 398) и прусское земское право.

Для лютеран в Русской империи постановлено в Уст. Ин. Исп. (ст. 214), что стороне, нарушившей супружескую верность и за то разведенной, не позволяется вступать в брак с той особой, с которой то нарушение последовало. Вообще, при разводе за нарушение супружеской верности или злонамеренное оставление, виновной стороне запрещается вступать в новый брак без разрешения консистории, которое дается в случае согласия невинной стороны, или ее смерти или нового ее брака (ст. 213, 257). У лютеран некоторые последствия прежнего, расторгнутого брака считаются препятствием, отдаляющим возможность вступить в новый брак. Так вдовец может вступить в новый брак не ранее 6 недель по смерти первой жены, а вдова не ранее 3 месяцев по смерти мужа, если же беременна, то через 6 недель по разрешении. Вдова обязана доказать, что она не беременна, и если свидетельство окажется сомнительно, то должна ждать еще 6 месяцев. Новый брак разведенных возможен по истечении тех же сроков со дня расторжения прежнего брака (Уст. Ин. Исп. 215, 216).

По закону Германской империи 1875 года об актах состояния и заключения браков, брак воспрещается:

1. Между кровными в нисходящей и восходящей линии. 2. Между братьями и сестрами. 3. Между отчимом и падчерицей, мачехой и пасынком, свекром и невесткой, тещей и зятем, безразлично, на брачном или внебрачном рождении основано родство и свойство, а также и к тому, продолжает ли существовать тот брак, на коем основано родство и свойство. 4. Между усыновителем и усыновленным, доколе это юридическое отношение существует. 5. Между лицом, разведенным за нарушение брака, и его совиновником. Запрещается брак между состоящим под опекой и опекуном или его детьми, доколе это отношение продолжается.

По смерти одного из супругов, другой свободно может вступать в брак (44), но лишь до третьего брака. Четвертый брак всегда считался запрещенным по законам греческой церкви. Уложение царя Алексея Михайловича называет четвертый брак воровством (буде сворует) и хотя прямо не объявляет (Улож. XVI, 15; 1651 года, июня 27) его недействительным, но четвертую жену и детей ее лишает прав наследства, следовательно, считает незаконными. В Своде Законов сказано: запрещается вступать в четвертый брак (Гр. 21). Такой брак признается недействительным по правилу 5 п. 37 ст. Гр. Зак. (см. Ук. 1767 г., марта 29. У Невол. I, стр. 242 и прим. 567).

В исчислении трех браков, после коих четвертый почитается запрещенным и незаконным, встречаются сомнительные вопросы, требовавшие решение Синода. Так признано было в 1848 году, что из трех последовательных браков, в коих состояло лицо, принявшее христианскую веру в православной церкви, полагаются в счет лишь браки, заключенные по принятии христианства. Но брак, прекращенный расторжением, полагается в счет трех браков (реш. 1824 г.).

Для предупреждения двойных и четвертых браков велено отмечать на паспортах у купцов, мещан и крестьян: кто женат или холост или вдов и после которого брака. У всех на паспортах и видах совершение брака отмечается священником. Солдатских вдов не венчать без удостоверения о смерти их мужей. Зак. Гр. 22. О вторичных браках жен отбывающих обязательную военную службу магометан см. Зак. Гр. 93–95. О разрешении браков супругам, безвестно отсутствующих, см. ниже и ст. 54, 56 и сл. Зак. Гр. и 882 Уст. Ин. Исп.

Для жены вступление во второй брак сопровождается невыгодными последствиями только в праве на пенсию после прежнего мужа или на некоторые пособия и надель по его службе. См. т. III, Уст. о пенс., ст. 250, п. 2; Уст. Эмерит. кас. изд. 1886 года: Мин. Юст., ст. 40; Горн. Инженер., ст. 65, п. 3; Инженер. Пут. Сообщ., ст. 65, п. 4; ведом. Импер. Марии, ст. 25, прим. 1; Петерб. пожарн. команды, ст. 28, п. 1; см. также Уст. Казач. Сел. прил. к 53 ст. по прод. 1862 г. § 35, 66.

3. *Третье* существенное условие для вступления в брак, чтобы вступающие не состояли в близком родстве между собой. От таких браков имеет отвращение совесть у всех цивилизованных народов. Отвращение это (*homo naturalis*) не подлежит сомнению, но что называть близким родством, в этом не все условились одинаково, и границы запрещенья определяются различно. В средние века католическая церковь, под влиянием аскетических стремлений, простирала запрещение до седьмой степени не только кровного родства, но и свойства. Иннокентий III в 1219 г. умерил эту строгость до четвертой степени канонического счисления. По Тридентскому собору запрещение это еще умерено.

Повсюду остается несомнительным запрещение браков между кровными родственниками в прямой линии и между родными братьями и сестрами. Но брак в так называемом *respectus parentelae*, т.е. с потомством сестры или брата, повсюду возможен, с разрешения подлежащей власти. Браки между двоюродными свободны, но по некоторым законодательствам, согласно каноническому праву, требуют особого разрешения (австрийское, саксонское – в последнем этой формальности подлежат даже браки с двоюродными племянниками). Родство незаконное, если оно доказано или несомненно по убеждению, признается препятствием к браку в тех же степенях, как и родство законное. Между усыновителем и усыновленным брак не допускается безусловно; между двумя усыновленными, – лишь дотол, пока жив усыновитель. По духовному родству в силе только признанное Тридентским собором запрещение брака между восприемником и крестником. С восприятием от купели уравнивается отношение по конфирмации.

Свойство, по каноническому праву (и по австрийскому закону), препятствует браку в степенях, параллельных со степенями родства; но это правило почти утратило практическое значение вследствие того удобства, с коим даются разрешения. По уставам лютеранской церкви во всех почти законодательствах безусловно запрещаются браки с мачехой или отчимом, а брак с теткой вдовой дяди (запрещенный Моисеевым законом Лев. XVIII, XX) считается дозволенным. Но большое колебание заметно в законах о браке в первой степени свойства. Закон Моисеев обязывает брата вступить в брак с бездетной только вдовой умершего брата его, и запрещает вдовцу вступать в брак с сестрой жены своей (германские богословы толкуют это запрещение в ограниченном смысле, т.е., что запрещается этот брак со свояченицей при жизни сестры ее, как незаконный вид многоженства). Брак со свояченицей дозволен в Пруссии и в некоторых германских государствах; в других же требует особого разрешения или безусловно, или при некоторых условиях (напр., когда прежний брак прекращен не смертью жены, а разводом). Во Франции он был запрещен до 1832 года, а с этого времени стал возможен, с разрешения; в Бельгии принято то же правило, согласное, впрочем, с каноническим правом католической церкви. В Англии до сих пор законодательство не решается разрешить этот брак, несмотря на то, что вопрос о нем с давнего времени непрерывно возбуждается в парламенте, и в литературе не прекращается жаркая полемика по сему вопросу. С одной стороны, называют дозволение этого брака безнравственным, ибо он подает повод к нечистым отношениям мужа со свояченицей, возбуждая надежду на брак в будущем; с другой стороны, утвер-

ждают, что по смерти жены никто лучше родной сестры не может заменить ее в доме – для детей и для мужа.

Свойство по незаконной кровной связи тоже не лишено, хотя и в слабой степени, запретительного значения (если не лишено его *родство* незаконное). Прусский закон (земское право) разрешал первоначально брак с незаконным пасынком или падчерицей, но в 1844 году последовало запрещение, и в то же время объявлен запрещенным брак с незаконным тестем и тещей, свекром и свекровью. О свойстве по усыновлению упоминает французский закон: оно признается препятствием к браку в прямой линии. Свойство по духовному родству и свойство двухродное не считаются уже ныне препятствием к браку; но в некоторых германских законодательствах лютеранского закона упоминается о случаях свойства, которое препятствует браку, независимо от церковных определений, по соображениям нравственного приличия (*impedimentum publicae honestatis*). На этом основании не запрещается, напр., брак отца с матерью той особы, на ком женат сын отцов; но запрещается брак отца с дочерью той особы, на ком женат сын отцов, и обратно, или – брак двух сестер родных, одной – с отцом, другой – с сыном отцовым.

Запрещение брака между некоторыми родственниками возникло и получило определительный вид, по всей вероятности, на Востоке, и служило к охранению чистоты и целомудрия посреди семейного быта. Между самыми близкими членами семьи, в отношениях, в коих женщина могла являться перед родственниками без покрывала, предполагалось, по всей вероятности, решительным запрещением устранить возможность всякой мысли о брачном союзе. По замечанию Михаэлиса (*Mosaïsches Recht*), случаи, в коих дозволяется у арабов снимать покрывало, в точности согласуются с брачными запретительными постановлениями Моисеева закона.

Наш гражданский закон не берет на себя определения запрещенных степеней родства и свойства, предоставляя это законам церковным (23). Соответственно сему и все дела о незаконности брака, совершенного в запрещенных степенях, подлежат суду духовному (Зак. Суд. Гражд., ст. 440). Такие браки светский закон объявляет недействительными (Гр. 37, п. 2). Дела начинаются официально по доносам и извещениям.

Церковные законы наши суть законы греческой церкви, изложенные в Кормчей вместе с постановлениями патриархов и императоров. Законы церкви имеют главное основание свое в Моисеевом законе (18 и 20 гл. кн. Левит), разъяснены и истолкованы в правилах апостольских (19), соборных (IV Всел. 53, 54; Неокесар. 2), отеческих (Вас. Вел. 23, 78, 87; Тимоф. Алекс. 11) и позднейших церковных определениях. По Моисееву закону, брак запрещался: 1) сыну с матерью, даже с мачехой; 2) брату с родной сестрой; 3) деду с внучкой; 4) племяннику с теткой; 5) свекру с невесткой; 6) деверю с невесткой; 7) отчиму с падчерицей; 8) зятю с тещей. Христианская церковь, приняв безусловно эти запреще-

ния, простерла их еще дальше, для соблюдения большей чистоты брака. По церковным законам восточной церкви, образовалось мало-помалу запрещение в родстве вступать в брак до 7-й степени; в свойстве двухродном между одним супругом и родственниками другого – до 7-й степени; между родственниками одного и другого – до 5-й безусловно, в 6-й условно; в свойстве трехродном между одним из супругов и свойственниками другого. По римскому праву, оставленному и 6 Вселенским собором без изменения, запрещалась одна первая степень, т.е. между отчимом и женой пасынка и между мачехой и мужем падчерицы, но впоследствии у греческих святителей возник обычай простирать запрещение до 4-й степени. Родство духовное считается препятствием до 7-й степени (Невол. I, 196. Записки по церковн. законоведению. Киев, 1871 г., стр. 160).

В России, по неопределенности понятий, правила эти применялись не одинаково до напечатания Кормчей в XVII столетии Правила Кормчей остаются в силе и доныне. Но строгость их смягчена под влиянием светской власти. Постановления строго канонические отличены от тех, кои не имеют значения канонов. Указы Синода 1787 и 1810 гг. (Нев. I, 202) и неопубликованные указы Синода 1837 г. дек. 31 и 1841 г. апр. 14 служат главным руководством по этому предмету. В силу сих указов запрещение *безусловное* простирается до 4-й степени родства и двухродного свойства по канону; в трехродном же свойстве Синод оставляет безусловно запрещенной одну первую степень; в духовном родстве брак воспрещается восприемнику с матерью восприятой и самой восприятой, а восприемнице с отцом восприятого или самим восприятым. Однако же из этого не следует, чтобы все дальнейшие воспрещения, поименованные в Кормчей, почитались безусловно снятыми. Они не должны только считаться безусловным препятствием, и в запрещенных Кормчей степенях всегда требуется особенное разрешение епархиальной власти.

По уставам евангелическо-лютеранской церкви в России к запрещенному родству и свойству причисляется отношение отчима с падчерицей, мачехи с пасынком, зятя с тещей, невестки со свекром, племянника с родной теткой, по отцу или матери; но брак для дяди с племянницей и племянника со вдовой родного дяди дозволяется с разрешения главной консистории. Брак усыновленных с усыновившими не дозволяется, и на брак опекуна и детей его с состоящим под опекой требуется согласие опеки (Уст. Ин. Исп. 206 и след.).

Синодская практика по исчислению степеней двухродного свойства подвергалась значительным колебаниям. Началом их служит определение Синода 1779 года: «муж и жена степени не составляют, но сие относится до них самих и нисходящих от них; что касается до побочных лиц, то с ними муж и жена в разных степенях положены». На сем основании запрещенная 4-я степень свойства могла быть обращена в 5-ю, дозволенную, и в сем смысле состоялось немало

частных решений Синода; но циркулярным его указом 1885 года практика возвращена к строго канонической догме.

Вторая, третья и четвертая степень трехродного свойства не служат препятствием к браку, но требуют архиерейской диспенсации (Ук. Син. 1859 года).

Что касается до родства духовного, то в практике на сей предмет служит указанием Ук. Син. 1810 года, о количестве восприемников и о круге родства: восприемник должен быть *один*, одного пола с крещаемым, следовательно, круг духовного родства относится лишь к одному лицу.

Подробности о сем предмете см. в Православном собеседнике 1894 г. Июнь, ст. Меньшикова.

§ 6

Четвертое условие – возраст. – Последствия нарушения правила о возрасте. – Пятое – физическая способность к браку. – Шестое – нормальное отношение вероисповеданий. – Разноверные и смешанные браки на Западе и у нас. – Браки иноверцев в России между собой.

4. По этому предмету обнаруживается раздвоение между церковным и гражданским правом. По греко-римским законам, наименьший возраст для вступления в брак требовался: для мужчины – полные 14 лет, для женщины – полные 12. Это правило Синод в 1774 году (Нев. I, 168) истолковал так: для мужчины 15, для женщины 13 лет. С 1730 года у нас гражданским законом установлен наименьший возраст для мужчины 18 лет, для женщины – 16 лет. Епархиальным архиереям предоставлено разрешать браки, по личному усмотрению, когда той или другой стороне недостает не более полугода до установленного возраста (Зак. Гр., ст. 3 и прим.). Закон не упоминает о том, каково должно быть взаимное отношение лет у жениха и у невесты; однако же в Полн. Собр. Зак. есть указы, в коих несоразмерность лет признается причиной недействительности брака (Ук. Син. 5 авг. 1779; 31 июля 1779. Инстр. благоч. 1806 г., ст. 23). Синодским указом 1774 года запрещены бывшие у крестьян в обычае браки малолетних женихов с возрастными девками. Наибольший возраст для брака – по церковным законам 60 лет, по гражданским 80 лет (Зак. Гр., ст. 4). Поэтому, когда вступают в брак позже 60 лет, то, хотя это не противно гражданскому закону, для венчания требуется разрешение архиерея.

В Закавказье природным жителям уменьшен законный возраст до 15–13 лет (Зак. Гр., ст. 3). У колонистов лютеран Закавказского края законный возраст для мужчины 17, а для женщин 15 лет (Уст. Ин. Исп. 881, прим.; Уст. Кол. 145).

В крестьянском быту браки заключаются в раннем возрасте, так как важно иметь скорее работницу в доме. Посему просьбы крестьян к архиереям о разрешении ранних браков весьма многочисленны, и разрешение их сопряжено с большими затруднениями для просителей по дальности расстояния от центра епархиального управления и по медленности бумажного производства. Немало затруднений представляет и определение возраста вступающих в брак, при разборе метрических записей, малопонятных для самих просителей, нередко неграмотных.

Последствия нарушения. Если обнаруживается, что брак заключен ранее определенного *церковного* совершеннолетия, то обвенчанные разлучаются. Затем, когда они достигнут полного *гражданского* совершеннолетия, то могут, если пожелают, продолжать супружество, и союз их подтверждается в церкви по чиноположению (Гр. Зак. 37, п. 5, 39). Стало быть, если обнаружится, что вступили в брак достигшие церковного, но еще недостигшие гражданского совершеннолетия, то они не разлучаются, а последствием нарушения может быть только взыскание с лиц повенчавших. Если же нарушение церковного возраста обнаружится уже тогда, когда вступившие в брак достигли полного гражданского совершеннолетия, – разлучать ли супругов и в этом случае? По смыслу 446 ст. Зак. Гр. Суд., следует, что нет. Дело о таком браке может быть начато тем из супругов, кто вступил в брак, быв несовершеннолетним, притом лишь до наступления определенного в 3 ст. Зак. Гр. для совершения браков совершеннолетия и если нет беременности. Брак, совершенный по достижении 80 лет, объявляется недействительным (Зак. Гр. 37, п. 5).

Дела о нарушениях сего рода подлежат ведомству духовных властей (Зак. Суд. Гр. 440, 446). На Западе каноническое правило о наименьшем возрасте то же самое и так же, как прежде было в восточной церкви, допускает диспенсацію. Но протестантская церковь необходимо требует достижения 13 лет не только для мужчины, но и для женщины, так как не ранее этого возраста допускается конфирмация. Гражданскими законами разных государств определяются различные возрасты для вступления в брак. Самый меньший для мужчины и женщины в австрийском законе (14 лет); самый больший в Виртембер. и некоторых кантонах Швейцарии: для обоих 25 лет.

5. При вступлении в брак предполагается способность к физическому совокуплению. Наш гражданский закон не упоминает об этом в числе законных условий брака; но по инструкции благочинным 1806 года возбраняются от брака изувеченные и неспособные к сожитию. Физиче-

ская неспособность к брачному сожитию одного из супругов дает другому право просить о расторжении брака (Гр. 45). Только неспособность в сем случае должна быть природная, или начавшаяся до вступления в брак, и такой иск может быть начат не раньше 3 лет по совершении брака (48. 49). Из 440 ст. Зак. Суд. Гр. следует заключить, что дела этого рода подлежат ведомству духовных властей.

6. Препятствия к браку могут еще зависеть от вероисповедания вступающих в брак. Препятствия эти касаются или безусловного различия в вере, или относительного различия в вероисповеданиях. Если в существующем браке между нехристианами одна из сторон примет христианство, брак по этой только причине не теряет своей силы: таково было еще апостольское правило. Но когда при самом вступлении в брак одна сторона христианского, а другая нехристианского закона – в этих случаях греко-римский закон отказывался признавать брак правильным и соответствующим христианскому идеалу полного общения. Греко-римское право не только не признавало законным брак христианина с лицом еврейского закона, но угрожало наказанием за такой брак. В новейших законодательствах полное разноверие не очень давно исключено из числа препятствий к браку. Французский гражданский закон не ставит этого препятствия, но оно значилось и в прусском, и в австрийском, и во многих иных германских законодательствах – до 1848 года.

Смешанные браки, т.е. между лицами разных христианских исповеданий, всегда служили поводом к горячим пререканиям духовной власти со светской на Западе, ибо католическая церковь всегда запрещала католикам брак с лицами иных исповеданий: пререкания эти послужили одним из главных поводов ко введению гражданского брака в католических странах, ибо церковь упорно отказывалась благословлять такие браки и не хотела признавать их. При утверждении политической веротерпимости в Германии, на Вестфальском мире было постановлено, что при браках ни та, ни другая церковь не должна предъявлять требований, стесняющих свободу совести; но и затем католическая церковь долго не решалась отступить от принятого ею правила разрешать подобные браки католикам лишь на том условии, чтобы другая сторона обязалась принять католическую веру. Лишь в 1741 году Папа Венедикт XIV отказался от этого правила католической церкви, но только относительно протестантов, и предписал духовенству, при смешанных браках с протестантами, ограничиваться безмолвным присутствием (*assistentia passiva*) без благословения. Ныне гражданский закон повсюду свободно допускает смешанные браки, значительно облегченные введением гражданской формы брака; но в католических государствах возникает еще из

таковых браков величайшее затруднение по вопросу о религиозном воспитании рождаемых от сих браков детей. По действующему русскому закону, безусловно запрещаются браки русских подданных православного и римско-католического исповедания с нехристианами, а протестантов с язычниками (Гр. 85). Лютеране могут вступать в брак с магометанами и евреями, с разрешения консистории и по лютеранскому церковному обряду, причем нехристианская сторона обязывается не стеснять другого супруга в вере и в религиозном воспитании будущих детей. Многоженство в этих браках не допускается (Зак. Гр. 85, 87; Уст. Ин. Исп. 210, 211). Браки православных с раскольниками допускаются лишь с присоединением последних к церкви (Зак. Гр. 33).

По церковным правилам православной церкви, брак православного с еретиком допускался лишь под условием, если последний примет православие. Без этого условия брак считается недействительным: так постановлено 6 Вселенским собором.

Первое разрешение таких браков последовало в 1721 г., в указе Св. Синода, по вопросу о браках иностранцев шведских пленных с русскими в Сибири: такие браки разрешены, с тем, чтобы муж обязывался не склонять православную жену к перемене веры и чтобы дети воспитаны были в православии. Впоследствии сомнения, возникавшие о смешанных браках разрешались, мимо закона, Высочайшей властью, и последующие, позже 1721 г., указы о сем предмете издавались всегда по частным случаям: в 1768 г. о браках польских диссидентов, в 1812 г. для Финляндии, в 1819 г. для Остзейских губерний и в 1832 г. общий указ о браках русских с иностранными подданными.

Браки православных с лицами других христианских исповеданий допускаются с особыми условиями относительно венчания и воспитания детей (61–77). Браки всех иноверных христиан между собой свободно совершаются. Впрочем, при сем остаются в силе общие законные требования от вступающих в брак; но препятствия, проистекающие от родства, определяются по особым правилам церкви каждого исповедания (61–64). Свободными признаются взаимные браки у нехристиан и язычников; гражданское начальство и христианское духовное правительство не должны в них вмешиваться (90).

Вообще брак нехристиан не уничтожается ни по обращении обоих супругов (хотя бы между ними было запрещенное родство), ни по принятии мужем св. крещения, хотя бы жена оставалась некрещеной. Брак остается в силе и без подтверждения его венчанием, лишь бы сожителство было единобрачное. Только многоженства не признает в браке гражданский закон, как скоро один из супругов стал христианином. Если одна из жен магометанина примет крещение, то брак ее остается в силе, буде муж, прежде того не отлучивший жены, согласится одну признать женой, а остальных отринуть и обяжется не стеснять в новой вере ни жену, ни будущих детей, которые в ней должны быть воспитаны. В против-

ном случае брак расторгается. Новокрещеный многоженец должен выбрать себе одну из жен (или жена одного из мужей), и в таком случае брак подтверждается по церковному чиноположению. Если некрещеная жена не пожелает креститься, а муж новокрещенный не пожелает жить с ней, то брак расторгается. Буде из двух супругов евреев один обратится, а другой пожелает жить с ним, брак остается в силе, а в противном случае расторгается. Но при оставлении брака в силе, супруг еврей должен обязаться не стеснять в вере обратившуюся сторону и будущих детей (ст. 79–84 Зак. Гр.).

§ 7

Совершение брака. – Необходимость определительной формы брака. – Римская форма. – Христианское венчание. – Германские народные формы брака. – Неопределительность формы брака и брачного суда на Западе. – Новый взгляд на брак в лютеранской церкви. – Постановление Тридентского собора о форме брака. – Церковный обряд брака у лютеран. – Начало гражданской формы брака в Англии. – Шотландские браки. – Гражданский брак во Франции. – Принятие этой формы в других государствах. – Гражданская форма брачного договора и договора об обручении. – Обещание жениться. – Совершение брака. – Церковная и гражданская форма брака. – Историческое происхождение и значение гражданского брака.

Из всех союзов человеческих, основанных на действии личной воли, брак есть первый и главнейший союз. И потому для брака гораздо важнее и гораздо настоятельнее, чем для всякого другого союза или другой сделки, потребность утвердить, удостоверить происхождение и событие его, отличить его отдельное бытие (индивидуальность) от всех подобных известным признаком. Отсюда происходит необходимость определительной формы для брака. В диком состоянии достаточным признаком брака служит сожительство мужчины и женщины, фактическое состояние обладания и общего хозяйства. Но как в сфере иных отношений состояние владения, при некотором развитии общественного быта, оказывается недостаточным и теряет свою определительность, как скоро появляется потребность в юридическом сознании каждого состояния, – так точно и в сфере семейственных отношений состояние наличного сожительства оказывается недостаточным признаком брачного союза, когда с браком начинают соединять права, приходящие в созна-

ние и стремящиеся утвердиться в постоянстве и в непрерывности. Когда для личности является побуждение обособить себя в обществе с известными своими принадлежностями и правами, и передать их своим детям, тогда различается в сознании брак действительный, законный и явный от глухого фактического сожительства и сожителства, и вместе с тем устанавливается известная *форма* брака. По мере того как растет и развивается понятие о законности брака и усложняются гражданские отношения и права, с браком связанные, и форма брака развивается и усложняется. Существенное ее значение: несомненно выразить личную свободную волю сторон на вступление в брак; торжественно огласить вступление в брак пред обществом, определить начальную минуту законного брачного сожительства.

Римское право, первое, утвердив понятие о едином законном браке, представило и торжественную форму его *confarreatio*. В этой форме соединялось религиозное освящение брачного союза (присутствием жрецов, совершением жертв и ауспий) с юридическим действием – передачей мужу семейной власти над женой (*manus*). Впоследствии религиозное освящение брака уступило место гражданской форме, в которой отличительные действия были: обручение при свидетелях, назначение брачного дара и торжественное отведение невесты в дом к жениху, *deductio in domum* (действие, которое и у древних евреев имело и у нынешних сохраняет еще отличительное значение). Все эти внешние действия служили только формальными признаками и выражением *совершившегося* и *сознанного соглашения* сторон: этому соглашению принадлежала начальная творческая сила в браке (*solus consensus facit nuptias*).

То же понятие о взаимном соглашении, как основании брака между сторонами, осталось неизменным и в церкви христианской, но церковь внесла в брак понятие о *таинстве*. Достоинство требует достойных, таинство требует приготовления к таинству: церковь внесла в брак особые нравственные начала, которых не выставляло язычество в своем идеале; признавая неразрывность брачного союза, церковь обставила его условиями чистоты и достоинства и, благословляя брак своим обрядом, соединила обряд с удостоверением в наличности требуемых условий. Из этих потребностей возникли мало-помалу новые формы: *оглашения* перед браком, церковного *обручения* и *венчания*; а в светском законодательстве (в VI веке) утвердилась письменная форма договора о приданом и о дарении на случай брака.

Между тем у новых германских народов самостоятельно возникли из той же потребности своеобразные формы брака. В германской семье женщина считалась (хотя в ином смысле, чем в римской) достоянием се-

мы, и состояла под покровительственной властью (*mundium*). Эту власть во всем ее материальном и нравственном значении надлежало, при выдаче в замужество, передать мужу, и по обычаю передавалась она не даром.

Отсюда *выкуп* невесты, действие, считавшееся столь существенным, что у некоторых племен за неустойку в выкупе жену можно было поворотить назад в семью. Выкуп этот, вначале имевший действительное значение, впоследствии, при смягчении нравов и под влиянием церкви, остался лишь в качестве символического действия (*Scheinkauf*), которое церковь приобщила к своему обряду (передача монеты при браке), а еще позже выродился из него обычай брачного дара (*dotalitium*, *Morgengabe*) от мужа жене для будущего ее обеспечения. Торжественная передача невесты при свидетелях или в народном собрании, отведение в дом и в постель, удостоверение брачного союжения – вот еще признаки, коими удостоверялось заключение брака. Но основанием брачного союза признавалось во всяком случае обоюдное согласие, для удостоверения коего употреблялись нарочно выбранные свидетели (*Fürsprecher*, *oratores*). В этом понятии народное сознание сходилась с церковным, и хотя, по водворении христианства, церковь повсюду в Западной Европе ввела свой обряд брачного благословения, на необходимости коего церковь настаивала, – но священник при заключении брака являлся свидетелем союза, а не необходимым орудием брачного действия, и действительность брака нигде безусловно не зависела от исполнения церковного обряда. Брак считался действительным, лишь бы было согласие, удостоверенное несомненным признаком (*signis*, *nutibus*, *scriptis*) и последующим сожитием. Однако же церковное благословение повсюду более и более стало входить в обычай, и в XV веке считалось общим правилом у образованных классов, для коих удостоверение брака и соединенных с оным прав имело преимущественное значение. Это и естественно, ибо в течение средних веков церковь была единственным учреждением, в котором частные лица могли найти возможную гласность и надежное содействие к удостоверению и к утверждению на будущее время столь важного акта гражданской жизни. Государственная власть, в ту пору сама рассеянная и беспорядочная, еще не создала для этой потребности прочных и постоянно действующих учреждений.

Однако же, в XVI столетии, брачные формы не выяснились с совершенной определительностью, но запутывались более и более; поднимались недоумения и споры всякий раз, как только возникал вопрос о действительности браков. С одной стороны, в сфере церковной и богословской возникли нескончаемые и неразрешимые пререкания о сущности брачного союза и о значении форм, с ним связанных, о совершении таинства брака, о силе обручения (*sponsalia de praesenti et de futuro*), о

выражениях воли и т.п. Сама церковь еще не выработала себе окончательно твердой доктрины о заключении брака, не было еще строгих, твердых, определительных и для всякого обязательных форм брачного союза, и потому всякий раз, когда надобно было решать вопрос о том: совершился ли брак, заключенный при тех или других условиях, надлежало входить в исследование о том, определилась ли воля в данном случае безвозвратно и решительно, какой смысл надлежит придать тому или другому действию, сохраняет ли оно свое значение при последующих действиях и т.п. Возникали общие вопросы о воле, о материи и форме таинства, и разрешались в том или ином смысле. Тогдашние схоластические приемы богословской диалектики, конечно, не могли способствовать к решительному разъяснению всех недоумений и пререканий. С другой стороны, по мере того как собирала свои силы власть государственная, явственнее обнаруживалось государственное значение вопросов о браке и его формах. Брачные дела подлежали церковному суду, и государственная власть нередко вступала с ним в столкновение по вопросам и о браке, в числе коих всего важнее были для государства и всего раздражительнее действовали на отношения церкви и государства – вопрос о действительности и о последствиях тайных браков, заключенных без согласия родителей, и другой вопрос о смешанных браках, получивший особенную важность с появлением и признанием новых вероисповеданий. Притом церковные суды наполнены были невежественными и притязательными судьями, превышали нередко власть свою, касаясь предметов, которые государство привлекало к своей юрисдикции; процессы затягивались надолго, и окончательное их решение зависело от власти папской, вмешательство которой казалось уже государственным властям несовместным с властью государства. Церковная реформа, провозгласив отделение государства от церкви и полную автономию государственной власти, стремилась распространить ее и на дела брачные. Сам брак по идее протестантской представлялся хотя и богоучрежденным святым союзом, но стоящим вне церковной юрисдикции. «Брачное дело, по слову Лютера, – внешнее светское дело, как платье, как пища, как дом и двор, подчиненное светской власти».

В таких обстоятельствах одной из важнейших задач собравшегося в 1542 году Тридентского собора стало – утвердить церковное право и церковные формы брака. После продолжительных и жарких прений состоялся наконец соборный декрет, доныне служащий основанием брачного права в католической церкви. Собор подтвердил торжественно прежнее церковное правило, что одно взаимное соглашение сторон составляет основание брака, но во избежание недоразумений, происходя-

щих от тайных, неоглашенных браков, постановил следующие правила: «прежде заключения должно быть совершаемо (согласно постановлениям прежних соборов) оглашение (*bannus nuptialis, proclamatio, professio matrimonialis in ecclesia*) в течение трех непрерывно следующих воскресных или праздничных дней. По учинении оглашения, если не окажется препятствий законных, да приступлено будет к совершению (*ab celebrandum*) брака, причем приходский священник (*parochus*), спросив жениха и невесту и уразумев взаимное их согласие, должен произнести: соединяю вас в брак во Имя Отца и Сына и Святого Духа, или может употребить другие слова, по принятому в каждой стране обычаю. А кто покусится вступить в брак не в присутствии приходского или иного священника, уполномоченного тем приходским (*vel alio de ipsius parochi seu ordinarii licentia*), и двух или трех свидетелей, а иначе, – тех священное собрание объявляет решительно неспособными к таковому вступлению (*ad sic contrahendum*) и такого рода совокупления (*contractus*) объявляет недействительными и ничтожными»¹.

Это правило Тридентского собора было необходимо и благотельно, ибо до тех пор вовсе не имелось твердого правила в законе; но нельзя не заметить, что в нем есть очевидное внутреннее противоречие, которое не замедлило обнаружиться. В этом постановлении церковь, с одной стороны, подтверждает, что сущность брака и материя таинства состоят исключительно в обоюдном соглашении воли, а с другой стороны, настаивает в браке на присутствии священника и ставит действительность брака в зависимость от этого священника, однако в то же время не обязывает священника к священнодействию, имеющему какую-либо совершительную силу, не требует даже, чтобы благословение его, как священника, соединялось в одном акте с соглашением и обетами брачующихся, а назначает ему место только содействующего или даже бездействующего свидетеля. Постановления Тридентского собора приняты и опубликованы во многих не только романских, но и германских государствах; однако же в то время началось уже, независимо от авторитета католической церкви, движение в законодательстве светском, имевшее целью утвердить самостоятельные правила и формы брачного союза. Движение это совершалось в иных местах под влиянием нового протестантского начала церковной, государственной и личной самоуставности, в других

¹ В сущности, правило Тридентского собора относится не столько до церковной, сколько до гражданской стороны брака, и даже помещено не в догматической, а в дисциплинарной части соборных постановлений. Там, где Тридентские правила не опубликованы, сама католическая церковь признает действительными браки, заключенные даже не в присутствии священника. См. *Repertoire Dalloz. Culte*. № 6.

местах под влиянием борьбы между церковью и государством. В XVIII столетии появился еще третий деятель – дух новых начал просвещения, пущенный в оборот философами, и из совокупного действия всех этих деятелей возникли новые законы и новая форма брака.

В протестантских государствах образовалось, под влиянием государственной власти, свое законодательство о браке, сообразно уставам евангелического учения, и правила о браках содержались большей частью в церковных уставах евангелической церкви, и форма брака удержана была прежняя, церковная, и для совершения брака почиталось необходимым церковное благословение. Суд по брачным делам сосредоточивался до XVIII столетия в церковных консисториях, от чего, не-смотря на признание брака дело светской власти, в народном сознании брак удерживал значение таинства. Таким образом, германские государства континентальной Европы отрешившись от католического церковного авторитета, все-таки удержали церковную форму брака и сами не создали новой формы, гражданской. Первые начатки гражданской формы брака появились в Англии при Кромвеле¹. В 1653 году издан был закон, в силу коего надлежало записывать браки, с формальным оглашением в течение трех недель, у гражданского регистратора, и потом, со свидетельством от него взятым, совершать окончательно, при свидетелях, у местного мирового судьи. Но этот закон вскоре же был отменен, с отменой республиканского правительства, и восстановлено было прежнее совершение брака церковным обрядом, который признавался в Англии обязательным, с предварительным оглашением и с запиской в церковные реестры, заведенные в XVI столетии. К совершению обряда и записки признавались способными одни уполномоченные священники, по приходам; но за нарушение правил полагались только штрафы, а действительность брака не была связана с определительным обрядом, ибо полагалось исключительно во взаимном соглашении сторон. Отсутствие определительной формы повело в Англии, так же, если еще не более, чем на материке, к крайним беспорядкам в браках. Беглые и бесприходные священники в лондонских тюрьмах и гостиницах в течение целого почти столетия промышляли совершением безгласных браков (Flee marriages etc.) без соблюдения потребных условий, без оглашения и формальностей, с беспорядочной запиской в содержимые у каждого реестры, составлявшие их доходную статью. Сотни и тысячи тайных браков совершались в Англии безъявно, и закон не имел средства признать их недействительными до 1753 года, в котором состоялся

¹ Еще прежде того, в 1580 году, издан был голландскими штатами закон о гражданском браке, но исключительно для диссидентов.

новый закон о брачной форме, соединенной по-прежнему с церковным обрядом и церковной запиской. Но этот закон устанавливал так много отяготительных формальностей, что против него восстало общественное мнение, и в 1824 году он заменен был новым, который, в свою очередь, оказался недостаточным. Церковная форма брака, сама по себе недовольно определительная, оказывалась стеснительной для диссидентов, не признававших господствующей церкви; но возобновлявшиеся неоднократно прения о необходимости установить новую, удобную для диссидентов и для всех свободную гражданскую форму брака привели законодательную власть к окончательному решению не прежде 1837 года, в котором состоялся наконец закон о браках, доныне действующий в Англии. Принятие этого закона подготовлено было изданным в 1836 году уставом о единообразном порядке внесения всех родящихся, умирающих и вступающих в брак в публичные реестры у гражданских регистраторов. Затем уже, в следующем году, состоялся и новый закон о браках. По исполнении предварительных формальностей оглашения, к удостоверению способности и известной резиденции вступающих в брак, брак может быть совершен – или в одной из приходских церквей господствующего вероисповедания, либо в часовне, имеющей патент на совершение браков, или в молитвенном доме всякого вероисповедания, в присутствии регистратора и свидетелей, или – что в особенности важно – может быть совершен, по желанию сторон, без церковного обряда, в конторе гражданского регистратора при свидетелях и при открытых дверях, в положенное время, с запиской публично изъявленного взаимного согласия. Таким образом, утвердилась в Англии определительная форма гражданского брака, произвольная для желающих, но не обязательная для сторон¹.

¹ Шотландская форма брака отличалась и доныне отличается своими особенностями от английской. По шотландскому праву, основанием брачного союза служит исключительно соглашение сторон, но форма, в которой выражается это соглашение, неодинакова. Кроме правильной формы, в которой требуется церковный обряд, по троекратном оглашении в приходе того места, где обе стороны имели жительство в течение 6 недель, закон допускает еще неправильную форму брака без всякого оглашения, с простым объявлением о совершившемся союзе у мирового судьи и, кроме того, допускает вовсе безформенные браки. По шотландскому праву, соглашение о браке может быть выражено всячески – письменно или словесно или просто наклоном головы: брачный союз укреплялся и таким соглашением, если за ним последовало материальное сожитие; доказательством же соглашения принимаются и свидетели, и признание, и присяга. Посему для утверждения брака в Шотландии достаточно иметь свидетеля, при коем совершено соглашение. Отсюда – известный в Англии обычай уезжать в Шотландию для совершения тайных браков: для сего служила первая шотландская деревня за английской границей (Гретнагрин); свидетелем употреблялся обыкновенно кузнец, коего дом стоял к краю, первым от границы. Злоупотребления от сего удобства заключать тайные браки и от не-

Во Франции постановления Тридентского собора о браке не были официально приняты и опубликованы правительством. Церковная форма брака оставалась в силе, но государственная власть, озабочиваясь в особенности о предупреждении тайных браков, упорно удерживала за собой право постановлять, независимо от церкви, правила и формы брачного союза, и устанавливала их несогласно с соборным постановлением. Так, в 1579 году королевским приказом (*Ordonnance de Blois*) поставлено в обязанность священникам деятельное участие в совершении брака, с проверкой личной способности сторон, и брак велено совершать при четырех свидетелях. Начиная с XVI столетия правительство учреждает гражданских чиновников для ведения книг о рождении, смерти и браках и подчиняет контролю этих чиновников церковные записные книги о браках. Этим постановлением было уже подготовлено последующее учреждение гражданской формы брака, в первый раз принятой при Людовике XVI (1787), для протестантских браков. Протестантам дозволено, если не желают совершать оглашение и брак у католического священника, совершать то и другое у гражданского чиновника с запиской в книгу. Между тем во французской литературе и в судебной и парламентской практике не прекращались рассуждения о двояком свойстве брака. Церковь не соглашалась отделить в браке взаимное соглашение сторон от таинства; новая теория отделяла одно от другого, утверждая, что церкви неоспоримо принадлежит власть в совершении таинства церковным действием, но государству принадлежит столь же неоспоримо наблюдение над контрактом. Дело церкви – устанавливать обряды и правила таинства; полное право государства – устанавливать формы и принадлежности договора и условия его действительности. В революционную эпоху эта теория выразилась положительно в конституции 1791 г.; здесь было постановлено: «перед законом брак представляется не иначе, как гражданским договором», и предоставлено законодательной власти установить для всех без различия граждан общую форму удостоверения браков посредством определенных на то чиновников. На основании сего в следующем 1792 году утвержден национальным собранием и вошел в силу закон об удостоверении прав состояния, заклю-

определительности законной формы дошли до того, что в Шотландии, по выражению лорда Кембля, немногие женщины могли дать себе отчет в том, состоят ли они в законном браке или нет. К ограничению сих злоупотреблений законодательство приступило в Англии не прежде 1856 года, когда было постановлено, что шотландский брак получает силу в таком только случае, если жених и невеста имели жительство в Шотландии не менее 21 дня до заключения брака, вследствие чего стало уже невозможно заключать тайные браки в Шотландии, только что переехавши границу.

чавший в себе новую форму брака гражданского. Главные начала нового закона удержаны во всей силе государством и при заключении с папой конкордата в 1801 году, а затем при издании гражданского кодекса в 1803 году, приняты окончательно правила о браке, доныне действующие во Франции. Правила эти довольно сложны и затруднительны. Браку должно предшествовать двукратное оглашение об именах, звании, месте жительства, возрасте и родителях жениха и невесты. Оглашение это совершается в течение 8 дней в 2 праздника у дверей конторы мэра (*mairie*), и записывается в книгу с точным означением дня и часа и с выставкой публичного объявления. Оно совершается по месту жительства жениха и невесты, или их родителей, если сами они несовершеннолетних. Брак совершается не ранее трех дней после второго оглашения (которое может быть опущено в крайности, по важным причинам, с особого разрешения правительства); но если в течение года после оглашения брак не совершится, оглашение должно быть повторено. Между оглашением и браком могут быть предъявлены от лиц, имеющих право, возражения против брака (*oppositions*), и в таком случае совершение брака отлагается дотоле, пока не устранится возражение по приговору суда, который должен быть постановлен не позже 10 дней (*mainlevée*). Сам брак совершается через посредство гражданского чиновника (*officier de l'état civil* – каковым обыкновенно бывает мэр или его помощник), в присутствии камере мэре при открытых дверях, публично и в присутствии четверых, особо избранных свидетелей. Совершение состоит в том, что мэр прочитывает содержание актов, удостоверяющих законность брака, и статьи закона гражданского об обязанностях мужа и жены, затем спрашивает жениха и невесту о взаимном их согласии на брак, объявляет им торжественно, что брак совершился, и составляет о том формальный акт. Таковы принадлежности и обряды законной формы брака во Франции. Не все они одинаково почитаются существенными, и по мнению большей части французских юристов, несоблюдение той или другой формальности составляет только неправильность и нарушение закона, но не уничтожает действительность брака. Во всем обряде одно только существенно в безусловном смысле – участие в браке гражданского чиновника, который удостоверяет согласие сторон и объявляет брак совершившимся. Одна только эта гражданская форма брака считается во Франции обязательной для законосоединяющихся брачными узами; религиозное освящение брака церковным обрядом предоставляется на волю каждого. Но и церковный обряд брака запрещено, под строгими взысканиями, совершать иначе, как по удостоверении в том, что гражданский брак законно совершился (в этом только отношении

отличается от французского правило итальянского гражданского кодекса, ст. 94 и сл.). Таким образом, церковный брак представляется во Франции произвольным дополнением к браку гражданскому; однако же уважение к церковному обряду и сознание таинства в браке столь велико, что лишь незначительная доля браков совершается в одной гражданской форме без обряда церковного¹.

Форма гражданского брака принята ныне во многих европейских государствах, обязательная, по примеру Франции, или произвольная, на случай невозможности совершить брак церковным обрядом. Так, в Бельгии, после долговременных споров и пререканий, принят в 1831 году обязательный гражданский брак; в большей части Рейнских провинций, в Женеве, удержана система французского кодекса. В Итальянском королевстве, несмотря на сильное противодействие католического духовенства, установлен обязательный гражданский брак, со вступлением в силу нового гражданского кодекса, т.е. с 1 января 1866 года. В Испании с 1869 года введена также форма гражданского брака. В Германии – обязательная форма гражданского брака принята была в принципе франкфуртским парламентом в 1848 году, но введение ее в местных законодательствах встретило препятствия; однако же во многих германских государствах была принята произвольная, необязательная форма гражданского брака. В Пруссии законом земского уложения определены все условия для вступления в брак, но вместе с тем признано, что брак совершается не иначе, как посредством церковного благословения; таким образом, государственный закон, устанавливая условия брака, не во всем согласные с требованиями евангелической церкви, обязывал служителей церкви благословлять браки и в условиях, не согласных с церковной дисциплиной и совестью совершителя. Отсюда возникали и продолжают еще возникать в Пруссии многочисленные столкновения между светским правительством и духовенством. Церковная же реформа брака столь строго сохранялась прусским законодательством, что оно

¹ Каким значением пользуется донныне церковный обряд во Франции, не только у простых людей, но и между образованными сословиями, – это доказывает яснее всего спор, несколько лет тому назад возникший у французских юристов, по вопросу: отказ одного из супругов другому в условленном между ними совершении брачного обряда по чину церковному – может ли служить достаточным поводом к признанию брака ничтожным. Утвердительного мнения был профессор Брессоль. Маркаде и Тьерсе возражали ему, однако, не безусловно, и наконец камерой парижских адвокатов принято было мнение известного юриста Демоломба, состоявшее в том, что отказ одного из супругов от церковного обряда может служить поводом к законному разлучению супругов (*separation de corps*), ибо такой отказ бесспорно принадлежит к числу тяжких оскорблений (*injuria gravis*). См. *Revue de législation*. 1846 г. Т. III и Demolombe, *Cours de Droit civil*.

долго не решалось сделать из нее исключение даже для диссидентов. Лишь в 1847 году королевским приказом разрешено им было совершать брачные формальности у гражданских чиновников, с тем однако же, чтобы исполнялся в браке и церковный обряд по чину каждого вероисповедания. С 1848 года начинается и в Пруссии ряд законодательных попыток к установлению общей гражданской формы брака на случай невозможности совершать его в церковной форме; но ни одна из сих попыток не имела успеха до 1874 года, когда разгоревшаяся в Пруссии борьба между католической церковью и государством принудила правительство поспешить внесением в Палаты законодательного проекта о гражданском браке и настоять на его принятии. Новый закон вступил в силу с 1 октября 1874 года. Гражданская форма брака (т.е. записка его у подлежащего чиновника, по совершении оглашения и с соблюдением установленного порядка) признается для всех обязательной, и притом так, что исполнение ее должно во всяком случае предшествовать церковному обряду (оставленному на волю каждого). Засим на этих же, в существе, началах 6 февраля 1875 года (Reichsgesetzblatt № 4) издан закон и для всех государств Северо-германского союза.

В Австрии, при Иосифе II (1783), брак объявлен делом закона гражданского, и брачные дела изъяты из церковного ведомства, хотя и удержана церковная форма брака. Этих начал держалась в Австрии государственная власть до 1855 года, когда, вследствие конкордата с Римом, восстановлена была сила уставов Тридентского собора, и брачные дела переданы снова в церковное ведомство. Такое состояние продолжалось в Австрии, как известно, до 1868 года, в котором последовало решительное преобразование. Конкордат с Римом нарушен, и принята для Австрии гражданская форма брака, Впрочем, не обязательная для всех, но произвольная для лиц, принадлежащих к вероисповеданиям, кои признаны государством. Для лиц, не принадлежащих ни к какому из признанных вероисповеданий, введена законом 1870 года обязательная форма гражданского брака. Это правило правительство предполагает сделать общим и распространить на все браки безразлично.

В Германии установлен обязательный гражданский брак, который должен предшествовать церковному венчанию; духовные лица всех исповеданий, за совершение церковного брака прежде гражданского, подвергаются значительному штрафу. Здесь уже начало столкновений, ибо гражданские постановления германского закона об условиях брака не сходятся с брачными правилами церковных законов, и так может случиться, что брак иностранных подданных в Германии, действительный по гражданскому закону, окажется недействительным по церковному закону того государства, в подданстве коего состоят супруги, иногда (как Россия) не признающего иной формы брака кроме церковной.

В Испании тоже введен обязательный брак, но нет строгого правила о том, что он должен предшествовать церковному венчанию. И так случается нередко, что супруги довольствуются одним церковным венчанием: в таком случае брак их со всеми его последствиями недействителен в гражданском смысле. Эта неопределенность дает во многих случаях повод к самовольному расторжению церковных браков и к безнаказанному оставлению одним из супругов другого супруга и целой семьи.

Из числа государств, принадлежащих к православному вероисповеданию, гражданский брак существует только в Румынском королевстве (Молдавии и Валахии), где в 1864 году, по настоянию Молдавского господаря князя Кузы, стремившегося вводить повсюду французские обычаи вопреки желанию и нравам народа, приняты в закон постановления французского кодекса о браке.

Брачный договор, по всей важности, связан со строгой формой и вменен в тесные пределы, так что нельзя соединять его со сроком, с условиями, с означением какой-либо особой цели. Однако же по поводу брака, с брачным договором соединяются условия об имуществе, рядные записи (*Ehepacten*, *Ehestiftungen*), или ему предшествует предварительный договор о вступлении в брак или заручная (*Verlobniss*, *Ehegelobhiss*, *sponsalia de futuro*). В средние века договор этого рода мог иметь значение неформального брачного договора (*sponsalia de praesenti*), так что последующее сожитие придавало ему действительную силу брака. В такой силе заручная запись давно уже не употребляется, и западная церковь с XVI столетия не признает за обручением столь решительного значения. Однако договор этого рода употребителен еще в Германии, особенно в Пруссии и в Саксонии: в гражданском законе того и другого государства есть подробные правила этого учреждения (*Allg. Ldr. II, 1, § 93. 94. Brg. Gesetz. 1568*. См. ст. о сем в *Arch. Civ. Pr. 1851 г.*). Договор этот имеет полную силу только формальный, с явкой в суде и при свидетелях. Для него требуются некоторые условия, необходимые для брака (возраст, согласие родителей); но в случае неисполнения договор не имеет принудительной силы к браку, давая только право на иск об убытках, о возвращении подарков и т.п. с виновной стороны; но отказ от исполнения оправдывается теми же причинами, какие служат законным препятствием к браку или могли бы служить поводом к разводу. Однако, если у обрученных таким образом родились дети, то они считаются законными. Обручившись с одним лицом, нельзя обручиться с другим, доколе договор остается в силе.

Впрочем, по прусскому закону, и при неформальном договоре, если обольститель, обещав жениться на девушке, сделал ее беременной и

потом отказывается на ней жениться, то девушка эта имеет право пользоваться именем и званием обольстителя, как бы разведена была с ним в браке по его вине, а не по своей. Французский закон вовсе не признает обручных договоров так же, как итальянский; но если обещание жениться дано было письменно, то, по итальянскому закону, нарушитель обязан вознаградить за убытки, буде иск об них предъявлен в годовой срок.

Примечание. Первые христианские воззрения на брак выражаются в сочинениях отцов церкви первых веков, по поводу полемики с еретическими писателями о натуре брака. В ту пору зарождались и распространялись те же самые крайние учения о браке, которые возобновляются с новой силой и в новой форме в наше время. Из числа гностических сект – одни проповедовали безграничную свободу брака, другие – решительное его отрицание. Поборники свободы утверждали, что освободиться от рабства природе и ее побуждениям можно только достигнув полного к ним равнодушия (*indifferentia*), а равнодушия можно достигнуть и убить физические побуждения можно только посредством безграничной свободы в удовлетворении их; на практике же – приверженцы этой свободы заглушали в себе не физические побуждения, но совесть. Другие – последователи коммуниста Гарпократа с сыном его Епифаном, учили, что правда Божия состоит в безразличном общении и равенстве, так как Бог все положил вообще, не различая мужчины от женщины. Итак, общение полов должно быть в полной свободе; в этом правда, а неправда и зло в законе, который, стесняя эту свободу, бессилен против нее, но производит только ложь в отношениях, производя понятие о грехе и побуждая к нарушению закона. С другой стороны, маркиониты учили, что мир материи есть зло, сотворенное злым духом, и что грех работать на эту злую материю и населять ее новыми людьми; отсюда выводилось, что брак есть зло и что каждого долг – от него воздерживаться.

В полемике против подобных учений, христианские писатели (Тертуллиан, Климент Алекс., Юстин, Игнатий) выяснили натуральную и христианскую идею брака, цель его, чистоту и неразрывность. Они учили, что брак соответствует коренной потребности не только тела, но и духа – привести себя в единство соединением мужской и женской природы, что брак единожды навсегда освящен начальным благословением Божиим первой чете (Tert.: «*Ad initium revocatur matrimonii individuitas*»); что святость эта – после грехопадения – восстановлена Христом в значении таинства, с присвоением браку особой благодати (*charisma*). Признавая, что основанием общения в браке служит взаимное согласие, отцы церкви оговаривались, однако, что брак зиждется не на этом частном соглашении, и что любовь не может быть предметом контракта. Сила контракта, сказано у Климента Александр., имеет место там, где слово: растите и множитесь – относится до имущества и благ земных, но недостаточна в таком предмете, где счастье брачное полагается не в меру закона и не в меру красоты, а в меру добродетели.

Те же писания первых отцов церкви свидетельствуют несомненно, что с самого начала совершение брака требовало церковного благословения, в уста-

новленном обряде. Хотя первоначальная форма этого обряда не дошла до нас, но видно, что супруги соединились (буквально, *передавались* друг другу, наподобие хлеба жертвенного, у Тертул. *sic dabunt viros et uxores quomodo bucellas*) епископами и пресвитерами; что совершение брака обыкновенно соединялось с совершением евхаристии (на это указывают слова Тертуллиана: *felicitas matrimonii, quod ecclesia conciliat et confirmat oblatio et obsignat benedictio, angeli renunciant, pater rato habet*. См. о сем: *Probst. Sakramente und Sakramentalien in den drei ersten Jahrhunderten. Tübingen. 1872*).

Наряду с этим укоренившимся в церкви понятием о совершении брака действовало, в юридическом смысле, положение римского права, что брак совершается соглашением сторон (*consensus facit nuptias*); а для *доказательства* о совершившемся законно брачном союзе, при Юстиане, в 538 году установлена форма письменного акта о браке, с объявлением перед чиновником *Defensor ecclesiae*, и тремя или четырьмя клириками; но уже через 4 года после того указ этот был отменен, и объявлено по-прежнему, что брак удостоверяется просто, *sola affectione* (Cod. V, 4, 22; Nov. CXVII, 4). Наконец, в IX столетии, для православного Востока, издана была императором Львом конституция (Const. LXXXIX) о том, что исключительным *доказательством* брака служит совершение церковного венчания. Этот закон составляет и до сих пор непрерывно действующее правило нашего брачного права, в смысле еще более тесном: т.е. церковное венчание служит не только доказательством, но и единственной формой законного брака. На Западе, напротив того, не было законного правила в таком *строгом* и *определятельном* смысле. Сама католическая церковь еще не выработала его для себя; не было его и в светском законодательстве. И в Грациановом декрете, и в декретариях папы Григория IX повторяется старое определение римского закона: *matrimonium solo consensu contrahitur*. Итак, в самой католической церкви совершение церковного обряда не имело, по-видимому, решительного значения до тех пор, пока не была установлена на Тридентском соборе известная форма церковного брака.

§ 8

Церковная форма брака в России. — Значение договора об обручении. — Венчание и предварительные формальности. — Оглашение и обыск. — Метрические записи. — Доказательства брака и брачного состояния. — Спор о незаконности брака.

По нашим законам, брак есть таинство и совершается не иначе, как посредством церковного обручения и венчания, в коем участие духовного лица, не безмолвное, но деятельное, существенно необходимо и для проверки гражданского действия, и для совершения таинства. Гражданское действие в браке у нас слитно и нераздельно с таинством, и свя-

щенник в совершении брака действует в одно и то же время и как служитель церкви, и как исполнитель закона гражданского. Независимо от этой формы церковной, наш закон не знает иной. Церковное обручение, по греко-римскому праву, совершалось независимо от венчания; прежде его, и кроме обручения церковного, допускалось гражданское обручение или брачный договор, с которым соединялось обязательство вступить некогда в брак. Договор этот заключался и от имени малолетних родителями, и обеспечивался неустойкой или задатком. Эта форма договора перешла и к нам от греков, и в нашем общественном быту была весьма употребительна. Писались записи с *зарядами*, или с неустойкой за нарушение договора и за отказ от брака. Дела о нарушении подобных договоров были многочисленны и подсудны церковной власти (Коших. XIII, 3. 4). Петр I, для ограждения свободы вступления в брак, запретил подобные записи в 1702 году; вместо того указано было писать рядные и росписи приданому без неустойки. Таким образом, сговор, предшествующий браку, получил у нас характер действия, хотя торжественного, но не формального и не имеющего формальной обязательной силы¹. По указу Петра, после сговора, за 6 недель до брака, велено совершать церковное обручение. Таким образом, сговор освящался церковным благословением; но этим все-таки не присваивалась сговору безусловно обязательная сила, и после обручения жених и невеста вольны расходиться. Но это гражданское постановление противоречило церковному правилу 6 Вселенского собора, по коему церковное обручение должно быть столь же ненарушимо, как и брак, и потому во избежание соблазна, Синод в

¹ В решении по делу Ефимовой Сенат (Касс. реш. 1869 г., № 292) признал, что вступление в брак не может быть обусловливаемо никаким обязательством, следовательно, не может быть причислено к договорам, на кои простирается действие 220 и 221 ст. об обязательствах, совершаемых несовершеннолетними.

В 1867 году Сенат рассматривал вопрос: может ли содействие к устройству брака, за условленную плату, быть предметом гражданского договора? И разрешил этот вопрос отрицательно, признав, что это содействие, как противное чистоте учения о брачном союзе, оскорбительное для его достоинства и могущее поколебать нравственность и благочиние в семействах, не может быть предметом договора, по смыслу 1528 и 1529 ст. Зак. Гр. (Касс. реш. 1867, № 70).

Допускается ли иск об убытках от неисполнения договора о вступлении в брак или о выдаче в замужество? По делу Гречищева, в коем жених требовал от отца невесты удовлетворения за расходы на приготовление к браку, растроившемуся вследствие отказа родителей невесты, Сенат (Касс. реш. 1870, № 408) рассудил, что закон дает право на иск об убытках от действия, совершенного истцом, не имевшим на то права, а в браке право как обеих сторон, так и родителей давать свое согласие ничем не ограничено, и отказ от слова, данного стороной или ее родителями, не может возбуждать ответственности, указанной в 664 ст. Зак. Гр.

1775 году предписал совершать церковное обручение в одно время с браком (Нев. I, 225). Так оно у нас и ныне совершается.

А) В нынешней судебной практике *обещание вступить* в брак не имеет юридического значения, т.е. связующей и препятствующей силы. Но мы видим из старой практики XVII столетия, что прежде ему придавалось такое значение: когда пред браком или при совершении брака делалось заявление, что жених обещал жениться на другой невесте, или со стороны ее приносима была подобная жалоба епархиальному начальству, оно вступалось в дело. Консистория делала допрос жениху, производила дознание, разбирала доказательства, и в случае улик, епархиальная власть запрещала венчание нового брака, оповещая о том все церкви епархии. См. Розанова. История Московского Епархиального Управления.

По нашему закону, договорное соглашение о браке свободно до самой минуты вступления в брак и не может быть соединяемо ни с какими условиями или обязательствами, прямо или косвенно связывающими волю сторон: все такие условия и обязательства недействительны. Такой вывод из нашего закона правилен; но следует ли из сего, что та или другая сторона, отказавшаяся от брака после предварительного о нем соглашения, не может ни в каком случае подвергаться никакой ответственности пред другой стороной за *последствия* своего отказа? Едва ли следует. Обязательства происходят или из предварительного договорного соглашения (обязательства по договорам), или из действия, за последствия коего всякий отвечает, поелику сим действием нарушены права по имуществу или причинен убыток. Если ищут удовлетворения за неисполнение положительного условия о браке, напр. неустойки за отказ от брака, таковой бесспорно отвергается. Если ищут вознаграждения за отказ от брака, или за причиненное сим отказом бесчестие, или удовлетворения за выгоды, на которые рассчитывала сторона от брака, – и такого иска нельзя признать, ибо отказ от брака *сам по себе* не составляет нарушения договора. Но когда одна из сторон, в уверенности о предстоящем браке, совершила единственно по случаю брака издержки, затраты и платежи, – а впоследствии брак не состоялся за отказом другой стороны то и в таком случае едва ли можно признать основание к иску, и ущерб в имуществе одной стороны относить к вине другой стороны. Вина была бы когда бы было незаконное действие, а поелику в отказе от брака не признается законного действия, то нет и вины, влекущей за собой ответственность. Напр., если родители невесты потратились на приданое невесте, тут нет ущерба, подлежащего возмещению, ибо от них зависело делать или не делать приданое в том или другом размере: ожидание брака было только вероятное; и вещи остаются при невесте. Если они затратились на пиры и праздники, – опять прямо ущерба нет, ибо в их воле состояло тратиться на угощение. Но могут быть случаи совсем иного рода. Со стороны тестя или невесты – могли быть сделаны в пользу жениха, или обратно, *дарственные* затраты *единственно ввиду брака*, т.е. с целью одарить лицо, имеющее вступить в брак или свойство с дарителем. Несправедливо было бы отрицать и в сем случае законную возможность дарителю требовать возвращения подаренного, когда доказано, что дарение было в пред-

положении брака. К сему случаю надлежало бы применить и правило 976 ст. Зак. Гр. Напр., если тесть передал жениху денежную сумму, сделал ему подарок или заплатил за него долг, и доказано, что сей дар сделан был именно ради ожидаемого брака, то нет сомнения, что издержанное и затраченное может быть поворочено обратно. Основанием к сему будет служить не вина отказавшейся стороны, но просто неосуществление того условия, под коим дарение было сделано, хотя бы вследствие случайной причины, не зависящей от воли сторон, напр. когда брак расстроился за болезнью или смертью.

В решении 1870 № 403 Сенат (Касс.) признал, что отказ от слова, данного сочетающимися или их родителями, не может быть признаваем деянием, подтверждающим какой-либо ответственности, определенной в 684 ст. 1 ч. X т., и что лицо, учинившее отказ, может быть привлечено к ответственности лишь тогда, когда бы в деянии его был обнаружен предумышленный обман, и в таком случае преследованию подвергаются противозаконный поступок, а не отказ от вступления в брак. Ср. реш. 1872 г., 1015.

Полюбин, пред вступлением в брак, дал своей невесте такую расписку: я получил от такой-то 2400 р., *потому что я с ней вступаю в брак*, но если брак между нами не совершится, то должен возвратить ей деньги. Брак не состоялся, и бывшая невеста взыскивала эти деньги с бывшего жениха своего. Ответчик отрекался от платежа, придавая условию вид неустойки на случай брака. Но это возражение отвергнуто было Сенатом (8 Д. реш. 1868 г.).

Обещание жениться, хотя бы и на письме изложенное, не имеет, по нашим законам, обязательной силы в отношении к браку, хотя и может, при некоторых обстоятельствах, служить поводом к гражданскому иску о вознаграждении. Не может оно служить и препятствием к браку с другой женщиной. Но если оно соединялось на деле с *обольщением*, то наказывается уголовным судом по 1531 ст. Угол. Улож.

б) У нас на Руси начало законной формы брака соединяется с принятием христианства и с началом церковной организации. До тех пор не видно, чтобы существовала определенная форма брака; видны только неформальные признаки совершившегося брака в обычных действиях, происходивших при браке. Таков был, по всей вероятности, привод невесты к жениху; в памятниках встречаются следы выкупа или платы за невесту и т.п. Нет сомнения, что правило церковной формы брака, принесенное к нам восточной православной церковью, надолго еще оставалось мертвой буквой для массы населения, продолжавшего заключать браки в диком, бесформенном виде. Лишь мало-помалу, в течение веков, церковь привила и усвоила народу религиозное сознание о браке и обряд церковный, однако же в малонаселенных местностях и в отдалении от приходов не только бывали в прежнее время, но и ныне еще, судя по достоверным свидетельствам, бывают случаи заключения браков безъявочных простым соглашением и сожительством, которое при удобном только случае скрепляется церковным обрядом или вовсе остается без венчания. Простота жизни и отношений в сельском быту и отсутствие юридической потребности утвердить брачные права, не всегда имеющие ощутительное значение для крестьянина, покуда он не выходит

из тесного круга сельских отношений, – вот причины, почему у нас и доньше в иных глухих местностях можно еще обойтись сожителем вместо законного брака. Сверх того, с появлением раскола, оказалось и оказывается немало таких людей, для коих вовсе недоступна законная форма брака, принадлежащая к отрицаемой ими церкви, и у раскольников действительно вошли в обычай беззавочные, бесформенные или так называемые *свободные браки*.

В крестьянском быту весьма употребителен брачный договор (на письме, или всего чаще на словах, с рукобительем). Предметом его служат интересы договаривающихся сторон, по имуществу. Главные его условия: о свадебных расходах, о кладе или о плате со стороны жениха (см. § 4), о приданом, о подарках (которые имеют иногда значение залога), наконец о задатках и о неустойке за нарушение договора. Нередко из этих условий возникают, в случае нарушения их, взаимные иски об убытках и о возвращении взятого, принимаемые и решаемые волостным судом, имеющим право решать крестьянские дела по обычаю.

Итак, венчанием, и одним только венчанием, совершается и вступает в полную церковную и гражданскую силу союз брачный. Но пред венчанием и гражданский закон повелевает совершать, чрез посредство церкви, некоторые необходимые действия, имеющие целью как огласить предстоящее совершение брака, так и удостовериться в несуществовании препятствий к его совершению.

В прежние времена (по крайней мере с XVI столетия) для венчания требовался особый указ от архиерея на имя того священника, который будет венчать брак (обыкновенно священник женихова прихода). Он назывался *венечной памятью*, и с выдачей его соединялся платеж пошлин. Цель была, – с одной стороны, финансовая, с другой стороны, наблюдение за исполнением всех условий брака по церковным законам. Священник обязан был, прежде совершения брака, разыскать, нет ли законных препятствий к браку. Сбор с венечных памятей и сама выдача их прекратились в 1765 году. С того времени установились следующие правила. Желаящий вступить в брак должен (за три недели, и во всяком случае не позже как за неделю до венчания) уведомить священника *своего прихода* об имени и звании своем и своей невесты (Зак. Гр. 25). При сем представляются обыкновенно документы, которые священник, по предписаниям духовного начальства, обязан требовать, как-то: удостоверение звания (паспорт и т.п.), метрическое свидетельство, дозволение начальства, удостоверение о бытии на исповеди и у святого причастия. Затем следует *оглашение* в приходской церкви жениха и невесты в три праздничных дня или объявление в приходской церкви, как жениха, так и невесты, о предполагаемом браке, с тем чтобы всякий, знающий о каком-либо препятствии к браку, объявил о том священнику не позже последнего оглашения. Наш закон не ограничивает, подобно французско-

му, лиц, имеющих право объявлять препятствия к браку; следовательно, надобно думать, что право сие предоставляется и всякому постороннему. Обсуждение заявлений и устранение оных зависят от епархиального начальства, или, в важных случаях, от Синода (29 ст.). Приуготовительная сила оглашения продолжается, по церковному правилу, 2 месяца; если в этот срок брак не совершился, оглашение надобно возобновить.

Вместе с оглашением священник производит *обыск*. Так называлось первоначальное местное исследование чрез достоверных свидетелей о несуществовании препятствий к браку. Ныне в обыске священник удостоверяется рассмотрением подлежащих документов (напр., метрического свидетельства, указа об отставке и т.п.), что препятствий к браку нет. Формальным же выражением обыска служит так называемая *обысчная книга* (церковная), в которой свидетели (не менее двух) со стороны жениха и невесты (поезжане) удостоверяют своими подписями, что законных препятствий нет; кроме того, означаются представленные к браку документы.

Последнее совершительное действие в браке есть *венчание*. Оно состоит в исполнении обряда по чиноположению, коим совершается таинство брака. Венчает приходской священник, и притом не монах. Венчание совершается в личном присутствии сторон. Закон наш не допускает представителей при браке. Да и вообще европейские законодательства требуют личного присутствия. Только австрийское законодательство допускает в необходимых случаях представительство, с особого разрешения правительства, с ясным уполномочием (Allg. b. Ges. 76).

Венчание совершается в церкви, а не в часовне и не на дому, притом преимущественно в приходе у жениха (Дух. регл. инстр. Благ. 23); а если в чужом приходе, то требуется соглашение священника надлежащего прихода. Венчание совершается днем или вечером, а не ночью, в дни, положенные церковью для венчания¹, в присутствии свидетелей, а не тайно. Вне церкви православные браки допускаются лишь там, где, по обстоятельствам, венчание в церкви невозможно, и то с благословения архиерея (см. Гр. Зак., ст. 25–31 и прил. к ст. 26).

Правило о венчании в своем приходе имеет существенную важность в связи с оглашением и обыском: предполагается, что в приходе и причту и прихожанам близко известны обстоятельства, касающиеся личности вступающих в брак. Но все значение этого правила исчезает при венчании лиц, временно прибы-

¹ По церковным правилам запрещается венчать браки: в Рождественский пост – от 14 ноября до 6 января, от недели мясопустной до Фоминой, от недели Всех Святых до Петрова дня, в Успенский пост с 1 по 15 августа, и вообще в навечерии среды и пятницы (т.е. во вторник и в четверг после вечерни).

вающих из разных мест в чужой город, особливо в столицу, где сосредоточено множество иногородних и где, как, напр., в Петербурге, приходское обособление и приходская связь почти неощутительны. В таком случае соблюдение правил, весьма существенных для предупреждения незаконных браков, становится простой формальностью, и открывает место множеству злоупотреблений. Отсюда – прискорбная возможность совершать, под прикрытием формальностей, незаконные браки в чужих местах или у полковых священников.

После венчания брак записывается в метрическую книгу. Эта запись составляет главное доказательство брачного союза. Подкреплением и заменой сего доказательства служат обыскные книги, исповедные росписи, гражданские документы и следствие (Гр. Зак., 31, 34–36. IX. 1033–1046, 1088, 1094).

Относительно гражданских документов о браке следует заметить, что некоторые из них имеют прямую цель – означить совершение брака в предупреждение заключения двойных браков, и потому при венчании священники обыкновенно требуют предъявления таковых документов для удостоверения в свободе от прежнего брака и для отметки о новом. Главные документы сего рода – паспорта, послужные списки, аттестаты, указы об отставке. В послужных списках гражданских чиновников должно быть отмечено: женат ли кто, на ком женат и сколько именья и какого числится за женой. III. т. Уст. сл. прав., 779.

Требование документов существенно необходимо для предупреждения незаконных браков. Метрическое свидетельство нужно для определения возраста и происхождения по родству. Может оказаться нужным письменное согласие отсутствующих родителей, опекунов, служебного начальства. По Уставу о воинской повинности (100, 163), требуется в некоторых случаях свидетельство о прописке к участку. Требуются паспорта, ибо в них должно быть прописано, холост ли человек или женат, и в котором браке, и на предъявляемых паспортах должно быть отмечено причтом, где, когда и кем брак повенчан. На паспорте же должно быть означено, что бывший брак разведен и притом с разрешением или с запрещением вступать в новый. По одному увольнительному свидетельству, отпускному билету и т.п. документу, не имеющему формального значения паспорта, венчать не следует, дабы не впасть в ошибку или в обман. В нужных случаях приходится требовать удостоверения о смерти прежнего супруга. – Церковная форма требует при браке православных свидетельства о том, что они были у исповеди и святого причастия.

В отошедшей к нам от Румынии, по Берлинскому трактату 1878 года, части Бессарабии – браки, совершенные по действовавшим там законам гражданским порядком, признаются законными лишь за время до обнародования мнения Гос. Сов. 12 марта 1888 г. (Собр. узак. № 271), которым предоставлено желающим узаконить такие браки – вступить в брак по чину православной церкви и с соблюдением всех постановленных для Империи условий.

Браки других христианских исповеданий должны быть совершаемы духовенством, по обряду каждого исповедания. Следовательно, и иностранцы, подданные такого государства, в коем узаконен гражданский

браки, должны подчиняться у нас нашему закону, если вступают в брак в России, и такому браку должно во всяком случае предшествовать оглашение (ср. Уст. Ин. Испов. 228). Где нет священника той веры, к коей принадлежит вступающий в брак, там венчание может быть произведено и по православному обряду, но в этом случае брак подчиняется всем правилам и обрядам православной церкви, как по совершению, так и по расторжению (Гр. 65).

Если одна из сторон неправославная, то при вступлении в брак исполняются все формальности православного обряда венчания, оглашения и пр.; такие браки непременно венчаются в православной церкви с отображением подписки о воспитании детей в православии и пр. (67). Нет исключения и для католиков (72). Подписка эта требуется даже в таком случае, когда жених неправославный – иностранный подданный, постоянно живущий в России, венчается в России с православной; но если он пребывает за границей, и временно находясь в России для брака, увозит с собой жену под чужой закон, то в этих случаях бывает, с В Ы С О Ч А Й Ш Е Г О разрешения, освобождение его от подписки. Венчание же православных невест с иностранными подданными, там живущими, в Русских посольских церквях, допускается и без отображения подписки. В Финляндии смешанные браки венчаются в обеих церквях (68). Смешанные браки в губерниях северо-западного и юго-западного края совершаются священником той веры, к коей принадлежит невеста; а если он католический и откажется от совершения брака, то брак может быть совершен и священником иного вероисповедания (ст. 75).

Вопрос о венчании смешанных браков православных с римскими католиками получил особенное значение по присоединении к России возвращенных от Польши губерний, так как латинские священники нередко венчали такие браки без сношения с православным духовенством и без отображения подписки о крещении детей в православии. Вследствие того в 832 году (П. С. З. № 5767) Высочайше повелено: такие браки не почитать действительными, доколе они не будут обвенчаны православным священником. Правило это, в виде общего закона, внесено в Свод Законов Гражд. (ст. 74, впоследствии 72). В 1846 году возникал вопрос об изменении редакции этой статьи, но отклонен вследствие мнения, заявленного Митр. Филаретом (Собр. мн. и отзывов, т. III, стр. 197). В числе доводов его значится и то соображение, что брак, повенчанный одним римско-католическим священником, может оказаться неподходящим под условия Греко-российского церковного закона. Казалось бы, что для исполнения этого закона следовало постановить правилом, что римско-католический священник, под страхом наказания, не должен благословлять такой брак, прежде чем он совершен в православной церкви. Но такого правила нет в законе, а санкция признания брака недействительным оказывается во многих случаях не вполне состоятельной. Католические ксендзы стали позволять себе во многих случаях совершение таких браков без сношения с православной церковью; но когда после многолетнего супружества возникает вопрос о действительности таких браков, они должны по букве закона быть призна-

ваемы ничтожными и рожденные в них дети незаконными, подобно детям прелюбодеяния. Нельзя не признать суровым таковое решение, – хотя оно и вполне соответствует закону, – если принять на вид, что брак и в римско-католической церкви почитается таинством и совершается не тайно, но с оглашением.

При совершении таковых браков православному священнику, для совершения оглашения, нужно получить от ксендза, к приходу коего принадлежит сторона римско-католическая, предбрачное ее свидетельство о внебрачном ее состоянии и правоспособности. Ксендзы нередко уклонялись от выдачи таких свидетельств и тем затрудняли совершение брака. Посему в 1891 году постановлено, что оглашение таковых браков может быть совершено в одной православной церкви, а вместо предбрачного свидетельства допускается удостоверение полиции, на основании документов и свидетельских показаний (Прод. 93 г. к 67 ст. Гражд. Зак.).

У католиков метрические записи ведутся настоятелями церквей, у лютеран – проповедниками; но у лютеран ведутся еще приходские списки, в коих отмечаются, между прочим, и обстоятельства, до брака относящиеся, притом перемена прихода допускается не иначе как со свидетельством из прежнего прихода, в коем прописывается и брачное состояние (IX т., 1055, 1056, 1063, 1075. Уст. Ин. Исп., 344). О записях у колонистов см. Уст. Кол. 129. У нехристиан совершение браков производится по их закону и обычаю без участия гражданского начальства или христианского духовного правительства. У магометан метрические записи ведутся муллами, у евреев раввинами и газзанами, которые и совершают браки (IX. 1077, 1080, Зак. Гр. 92. Уст. Ин. Исп. ст. 1142, прим., прил. по Прод. 1890 г. I, ст. 11; II, ст. 11; 1086; прил. по Прод. 1890 г. к ст. 1097, ст. 25, 31. Уст. Воин. Пов. изд. 1886 г., ст. 106). О записи браков у инородцев нет особых постановлений в Своде Законов. Особые правила о заключении брака между лютеранами в России см. в Уст. Ин. Исп. ст. 182–187, 199–245, 727–745. О браке у евреев см. там же ст. 1086, 1088, прил. по Прод. 1890 г. к ст. 1097; у ламайцев 1264, 1283, 1284; у магометан 1144, 1211, 1230.

Доказательства брака. Главным доказательством служат метрические приходские книги и выписки из них. Когда брак вовсе не был записан в метрическую книгу, или метрическая запись подвергается сомнению, то в дополнение или в замену сего главного доказательства (ср. Касс. реш. 1872 г. № 666) принимаются: 1) обыскные книги, 2) исповедные росписи, 3) гражданские документы и 4) следствие. О гражданских документах закон не определяет, какие именно могут быть приняты за доказательство, но требует, чтобы из них было видно, что именуемый или именуемые супругами признавались таковыми в присутственных местах и бесспорно пользовались гражданскими правами и преимуществами, зависящими от законного супружества; посему к таким документам относятся, напр., удостоверения сословных управ, паспорта, судебные решения, в коих данные лица именуются супругами, и др. (ср. Касс. реш. 1870 г. № 965, 1877 г. № 56). Следствие должно заключать в себе

показания: причта, который венчал брак, бывших при браке свидетелей, и вообще знающих о достоверности события брака. При следствии, кроме священнослужителей, самих супругов и их родителей, все прочие лица показывают под присягой (34–36 ст. Зак. Гр. 1033–1053 ст. IX т.).

С 1874 года доказательством раскольничьих браков служит записка их в полицейскую метрическую книгу на основании правил, ниже помещенных в § 9. Кроме того, тогда же постановлено, для браков прежнего времени, что раскольники, записанные в сказках десятой ревизии мужем и женой, признаются состоявшими в законном браке супругами, а показанные по ревизии дети их почитаются их законными детьми, доколе правильность означенных показаний не будет опровергнута по суду.

Впрочем, и до издания этого закона бывали судебные решения, коими признавалась законность брачного союза между раскольниками, на основании тех дополнительных доказательств, о коих упоминает 35 ст. Зак. Гр. По делу Диковой состоялось в 1865 году такое решение Сената (4 Д-та). По закону, для признания перед судом законности рождения следует доказать: во-1-х, действительность и законность брака; во-2-х, само рождение от сего брака. В настоящем деле Грузиновы и Колюбакин, по смыслу т. X ч. 1 ст. 127, 129 и 130 (все три по изд. 1857 г.) не имеют права оспаривать действительность рождения Диковой от брака Олимпия Грузинова с Ксенией Афанасьевой, а опровергают законность рождения Диковой, доказывая недействительность самого брака ее родителя. Действительность совершения брака доказывается порядком, означенным в ст. 34–36. По ст. 35, если брак не записан в метрических книгах, событие брака может быть доказываемо исповедными росписями и гражданскими документами. Доказательства этого рода со стороны Диковой представлены, но оспариваются ее противниками, как не подкрепленные свидетельством о венчании родителей Диковой по обрядам православной церкви. Но такое возражение решительно устраняется законом, изданным 15 мая 1852 года. По смыслу этого закона неисполнение обряда венчания в святой церкви родителей-раскольников не должно служить препятствием к признанию законности детей их, если только эти последние после смерти родителей обратились к святой вере. Имея в виду: 1) что Мария Дикова после смерти родителей присоединилась из раскола к единоверию; 2) что существование брачного союза между ее родителями и происхождение ее от одного подтверждается указанными в ст. 35 доказательствами, Сенат определил: оставить спор против законности рождения Диковой без последствий.

Все эти доказательства имеют целью удостоверить – или *событие брака*, законное начало брачного сожития, или существовавшее и признаваемое в общественных и семейных отношениях брачное состояние, брачное сожитие (*possession d'état*). Последнее доказательство приобретает важность особенно в тех случаях, когда, по смерти супругов и в отсутствии достоверного документа о событии брака, подвергается сомнению и спору законное существование брачного союза, и вследствие того опровергаются гражданские права лиц, от сего союза происходя-

щих. Случаи эти все всего чаще встречаются в делах о наследстве родового имущества, когда являются к нему претенденты из разных родов.

Так, напр., в деле о наследстве после Петра Венгерского, предъявила права свои Марья Шевелева, доказывая, что отец умершего вотчинника Алексей Григорьев Венгерский имел сестру Марью, бывшую в замужестве за Иваном Шевелевым и имевшую законного сына Петра, от брака коего с Обрезковой родилась она, Марья Шевелева. Сомнению подвергался брак вышеозначенной Марьи с Шевелевым, но из представленных документов оказалось: 1) что Алексей Венгерский признавал сестру свою Марью и в 1873 году сам показал ее в замужестве за Шевелевым; 2) Марья Шевелева просила присутств. место об укреплении за ней имения, купленного братом ее мужа; 3) что по свидетельству ревизских сказок Марья Шевелева владела недвижимым имением, доставшимся ей от отца Григория Венгерского; 4) что имение это, по смерти ее, находилось во владении сына ее, Петра Шевелева, а за смертью его разделено между детьми его, и законности этого владения, начавшегося ранее 1745 года, никто не опровергает; 5) что по исповедным росписям Петр Шевелев показан был в законном браке с дочерью Марией. На сем основании Сенатом признано, что Марья Венгерская, по мужу Шевелева, пользовалась гражданскими правами, от брака зависевшими, и передала эти права своим детям (см. Сб. Сен. реш., т. 2. 1086).

По ст. 1340 Уст. Гражд. Суд., по истечении двух лет со дня смерти одного из супругов прекращается право на открытие спора (основанного на незаконности брака) о личных, соединенных с браком гражданских правах как оставшейся в живых супруги, так и рожденных от того брака детей. Правило это основано на изданном в 1850 году законе (Мн. Гос. Сов. 6 февр. 1850 г.), а до того времени, по смыслу 49 и 50 ст. X т. (изд. 1842 г.), право на открытие упомянутого спора прекращалось непосредственно по смерти одного из незаконнобравшихся, и потому новое постановление простирается на браки, совершенные ранее 6 февраля 1850 года, и на детей, от этих браков рожденных. Кроме того, до введения в действие Уложения о наказ. (т.е. до 1 мая 1846 г.), по которому давность не распространяется на дела брачные (ст. 162), имел силу следующий закон: если о законности брака ни от кого в течение 10 лет не будет опровержения, то по прошествии сего срока спор не приемлется (2237 ст. X т. изд. 1842 г.).

§ 9

Критика гражданской формы брака. – Вопрос о введении ее в русское законодательство. – Браки у раскольников и вопрос о законности сих браков.

Гражданская форма брака появилась на Западе вследствие издавна существующего там раздвоения между церковью и государством. Церковная форма казалась достаточной, покуда это раздвоение не достигло

еще до явного разногласия и не потребовалось отделение одной области от другой. Когда единство католического вероисповедания было нарушено появлением новых вероучений, брачная форма господствующей церкви оказалась недостаточной, и необходимость привела к установлению гражданской формы брака для тех лиц, которые по своему вероучению не могли исполнить церковного обряда. Но и в пределах церкви, считавшейся господствующей в каждом государстве, между государством и церковью умножались столкновения. В протестантстве эти столкновения разрешались удобнее, так как здесь в основной идее церковное дело и устройство церковное признано было делом государственным. Но церковь католическая, постоянно противопоставляя духовное мирскому и церковное государственному, никогда не отлагая стремления возвыситься над государством и народом, не переставала включать в свое призвание отдельные от государства политические цели. Для государства стало потребностью искать выхода из непрерывной борьбы с церковью и политические меры свои оправдать теорией борьбы отделения церкви от государства. Эта теория необходимо должна была коснуться и брака, по поводу беспрерывных пререканий о браке между церковью и государством. Так, мало-помалу и брак, как учреждение, органически связанное с государством, взят государственной властью в исключительное свое ведение, и гражданская форма брака явилась в смысле общей обязательной, или дозволенной и произвольной формы.

Католическая церковь не может примириться с обязательным гражданским браком и признает его не чем иным, как плодом неверия и произведением революции. Это объяснение не оправдывается историей, которая обнаруживает первые попытки к установлению этой формы в эпоху владычества церковного, и гораздо ранее революционного периода. История обнаруживает, что гражданский брак на Западе был необходимым последствием издавна продолжавшихся враждебных отношений между государством и церковью. Но только такой необходимостью и оправдывается это учреждение. Там церковь едва ли вправе возражать против него, потому что сама в нем повинна; но нельзя не сознаться, что учреждение это глубоко противоречит коренным основам здорового религиозного чувства в народе и само в себе заключает внутреннее противоречие, подобно тому историческому отношению церкви и государства, из которого оно возникло. И потому невозможно согласиться с мнением тех, кои почитают учреждение гражданского брака желательным и полезным и для такого народа, коего история, к счастью, не представляет печального раздвоения между церковью и государством. Было бы неблагоприятно, без всякой необходимости, прививать к простому быту столь искусственное уч-

реждение, может быть и безнравственно было бы прививать к сознанию народному чуждую ему мысль о раздвоении, которого он не понимает. Где масса народная принадлежит к единому вероисповеданию, глубоко слившемуся с национальностью, где народ и не слыхивал о политической борьбе между церковью и государством, где нет никакой причины желать и никакого повода возбуждать разделение той и другого, там нельзя и придумать ничего лучше и соответственнее святости брака и практическим потребностям быта народного, как существующая церковная форма.

В последнее время в обществе нередко слышатся вопросы: отчего бы не ввести у нас гражданского брака? Подобный вопрос, сколько можно заметить, возбуждается по большей части от недоразумения, недоразумение же происходит от неясности в понятии о гражданской форме брака. Многие не различают в своей мысли гражданского брака от свободы брака и требуют для России гражданской формы брака потому только, что, по мнению их, где есть гражданский брак, там непременно должны быть устранены многие, ныне признанные препятствия и ко вступлению в брак и к расторжению его, там брак становится в общий разряд договоров, связывающих волю сторон условно и временно. Такое мнение неосновательно вообще, и в особенности неосновательно в применении к нашему отечеству. Опыт показывает, что и гражданскую форму брака закон гражданский может обставить условиями совершения и расторжения крайне стеснительными и сложными, когда понятие о браке не сведено вовсе с догматической и церковной основы. Правда, что брак не считается таинством с протестантской точки зрения: он признан святым, но мирским и гражданским делом. Возможно ли предъявить такое требование и провозгласить такое начало у нас, не отрекаясь от церкви, к которой мы себя причисляем, не соблазняя и не нарушая всенародного верования в авторитет вселенского соборного учения? (Притом еще, по нашему церковному учению, таинство брака совершается не так, как у католиков, — соглашением сторон и пассивным присутствием священника, а священнодействием по чину церкви). Возможно ли у нас перенести в гражданский закон условия совершения и расторжения брака по одному произволу законодателя, не справляясь с уставами церкви и не повторяя того, что постановлено в соборных определениях? Если же немислим у нас такой переворот без отречения от церкви, то к чему послужило бы нам установление обязательной гражданской формы брака? Разве к соблазну и к отягощению народному. К соблазну, потому что совесть народная не поймет и не примет раздвоения между государством и церковью в деле, которое церковь признала таинством. К отягощению, потому что сложные и строгие формальности, неразлучные с гражданской формой брака, непременно пре-

вратятся в канцелярские формальности, и в руках чиновников, не всегда способным разуть смысл порученной им буквы, непременно станут источником и предлогом всякого рода затруднений, проволочек и притязаний; наконец непременно соединятся с пошлинами и поборами, о которых не имеют и приблизительного понятия те, кому теперь иногда приходится, в исключительных случаях, роптать на притязательность в делах брачных сельского духовенства. Представим себе брачное дело, отрешенное от естественной среды своей, от *прихода*, и перенесенное в другую официальную среду, напр., в *квартал*, в *волость*, в округ *мирового судьи* и т.п.¹ Очевидно, что в этом кругу все действия и формальности, предшествующие браку, соединятся с канцелярским хождением по делу, которое для народа станет несравненно отяготительнее нынешних объяснений и переговоров с церковным причтом, поставят между просителем и главным совершителем обряда бумагу и канцелярию, в которой каждый из мелких чиновников захочет питаться от своего дела.

Всякий, кому известна наша история и знакомы условия нашего народного быта, конечно, согласится в том, что существующая церковная форма брака одна только у нас и возможна, и права, и соответствует верованиям и потребностям народным; следовательно, нет нужды и основания оставлять или изменять ее. Практическая необходимость отступить от нее может представиться только в тех случаях, когда вступающие в брак принадлежат к вероисповеданию, *не признаваемому государством*. Такие случаи у нас именно могут представиться, и о них остается сказать несколько слов.

Известно, что у нас есть целый ряд людей, которые, не принадлежа к числу иноверцев, не принадлежат и к православной церкви. Таковы наши раскольники. Государство не признавало у них правильного церковного

¹ Любопытен в этом отношении циркуляр итальянского министра юстиции Вилиани к гражд. властям, в сент. 1874 г. Правительство сознается, что по введении нового закона об обязательном гражданском браке, вступающие в брак во множестве избегают этой формы, довольствуясь церковным обрядом, несмотря на то, что одна только гражданская форма дает браку значение законного. Таким образом, оказывается в Италии огромное число браков, совершенных в последние годы — до 120.000, заключенных с брачным намерением, но *незаконных* в юридическом смысле, со всеми последствиями. Это явление не могло не произвести опасения в правительстве, и само оно, разыскивая причины уклонения от гражданской формы, сознается, что главные причины были следующие: «расходы на гербовую бумагу, неудобство отправляться в дальние конторы для записки гражд. актов, иногда в другой конец города, и в присутственные часы, затруднительные для рабочего класса; необходимость многих предварительных хождений, справок и формальностей и бумажной переписки». Министр подтверждает префектам озаботиться о возможном устранении всех подобных неудобств.

союза и церковного устройства, подобно тому как признает то и другое у иноверцев разных исповеданий; следовательно, в раскольнике качество гражданина, относительно государства, совершенно и вполне разошлось с качеством члена известной церкви: перед лицом государства раскольник представляется гражданином только в тех чертах, которые не касаются церкви. Отсюда происходила странная аномалия: всякое состояние и действие, коего юридическое значение состоит в связи с церковным установлением, было лишено сего значения для раскольника, ибо закон не признает его связи с церковью. Таким образом, брак у раскольников лишен был значения законного брака, если он не освящен венчанием в православной или единоверческой церкви; к детям, рожденным от таковых неосвященных браков, не прилагались гражданские законы о правах наследства. Раскольничьим наставникам запрещается выдавать свидетельства о браках, и хотя раскольничьи жены вносятся полицией в обывательские книги, но при сем не дозволялось упоминать о браках. Итак, хотя, по свидетельствам полиции, жены и дети раскольников поповщинской секты причисляемы были к семействам, но на сем только основании запрещено было присутственным местам признавать жен и детей законными, без метрических свидетельств; между тем раскольникам вовсе запрещено было вести метрические книги, следовательно, нельзя было иметь и метрических свидетельств. При таких условиях семейные отношения раскольников представлялись не более как фактическим состоянием, не имевшим юридической твердости и определенности. Не говоря уже о невыгоде, происходившей от сего для самих раскольников в гражданском быту, – такое состояние оказывалось крайне неудобным и для государства, ибо с государственной точки зрения невозможно допустить, чтобы столь значительное число граждан оставалось вне закона во всех своих семейственных отношениях. В этом состоянии бесправия было внутреннее противоречие, которое рано или поздно должно было разрешиться в законе. Как скоро брак совершен по взаимному согласию сторон, с сознанием святости, постоянства и неразрывности союза, между лицами, которые, не принадлежа к признанной церкви по своему верованию, не подчиняются церковному обряду венчания, возникает вопрос: при каких условиях брак сей может быть признан законным? Вопрос этот во всяком случае требовал разрешения, и тем настоятельнее, чем далее расширялся круг лиц, для коих по общественному их положению имеют особенную важность гражданские права, соединенные с законностью брака и рождения. Вопрос этот разрешен с изданием, в 1874 году, новых правил о раскольничьих браках.

История раскольничьих браков. Раскольники-беспоповцы, отвергнув всякую возможность правильного священства в церкви, должны были логически прийти и

пришли к мнению о невозможности совершения правильных таинств и, следовательно, правильных браков. Отсюда возникло, посреди Федосеевского толка, учение о том, что сам брак есть скверна и что строгое девство составляет всеобщую обязанность в тесноте жизни пред кончиной мира. Это учение, противореча потребностям природы, конечно, не могло выдержать себя в действительной жизни, и противодействием ему явилось в поморском толке другое учение о необходимости законности брака – даже помимо правильного священства. Таково было (1728 г.) учение Алексея, что благодать брака зависит не от венчания, но от благословения Божия, начально данного первой чете, и потому для законности брака достаточно взаимного согласия с соизволения родителей и с согласия общенародного; следовательно, законны и браки, заключаемые в государственной церкви. Под покровом этого учения стал распространяться обычай венчаться в церкви православной (венчавшиеся назывались *новоженами*). В церкви православной с 1722 года указами постановлено было венчать раскольников не иначе как с присоединением к православию, но это правило в действительности большей частью не соблюдалось, что и давало возможность беспоповцам без насилования совести добывать себе венчание. Но как не всегда возможно было достигнуть этой цели, и, с другой стороны, не все решались венчаться в церкви, признаваемой расколом за еретическую, то учение Алексея оказалось недостаточным, и во второй половине XVIII века образовалось наряду с прежним новое, более свободное учение о браке, проповеданное настоятелем московской Покровской часовни поморского толка *Емельяновым*. По мнению его, участие церкви и ее пастырей в заключении брака вовсе несущественно, а для законности брака потребны только: согласие сторон, благословение родителей, обручение, свидетели и законные лета. Учение Емельянова, распространяясь между поморцами, выразилось еще явственнее и полнее, когда его начал развивать в своих сочинениях позднейший (в начале нынешнего столетия) учитель поморского толка, Павел Любопытный. В силу этого учения, которое в сущности сходится с началом так называемого гражданского брака, в Покровской часовне устроилось учреждение для совершения браков посредством записки в «брачную» книгу, и этой записке поморцы всячески старались придать полуофициальное значение у гражданских властей. В Москве, в Петербурге и по городам завелись при часовнях и в частных молельнях книги для записки браков; образовалась и форма брачных контрактов (в виде клятвенного письма, адресованного к общественному собранию), которыми стороны удостоверяли торжественно свой союз в присутствии свидетелей, а по местам заключались браки и вовсе безявно, лишь по благословию родителей, при пособии домашнего обряда, соединяемого с символическими действиями (самокруты). Итак, наряду с Федосеевским обычаем беспорядочного совокупления, отвергавшего брак, и кроме браков по венчанию в православной или единоверческой церкви (облегченных в царствование Императрицы Екатерины II временной снисходительностью церковной и гражданской власти) образовались во множестве так называемые *бессвященнословные* браки. Однако законность сих последних браков государственная власть постоянно отрицала, признавая их сопряжениями любодейными, а детей, рожденных от такого брака, – незаконными. При Екатерине II граж-

данское правительство удерживалось от преследования подобных браков, но в нынешнем столетии стало действовать против них строже, и уголовным преследованием, и решительными постановлениями, что рожденные от сих браков дети лишаются наследства и фамилии. Большая или меньшая строгость правительства относительно сих браков ослаблялась по временам по различию обстоятельств и личных воззрений; но после 8-й ревизии приняты были решительные меры к предупреждению самого совершения бессвященнословных браков. В 1839 году предписано свидетелей браков подвергать суду и поступать с ними как с совратителями; сведенных не признавать мужем и женой, а приглашать их к узаконению своих браков венчанием в единоверческих церквах, или в православных церквах общего чина; церковная же власть расторгала подобные браки, если одна из сторон присоединялась к православию. В 1850 году, по поводу 9-й народной переписи, велено у беспоповцев, вовсе отвергавших брак, показывать детей по ревизии незаконнорожденными, а матерей не записывать женами раскольников, но вносить в списки семейств, к коим они принадлежат по рождению, и это распоряжение применялось к раскольникам, состоявшим в свободных браках. Что касается до совершения, равно как и до узаконения раскольничьих браков венчанием в православной церкви, то и этот способ открыт был для желающих им воспользоваться не безусловно, ибо в некоторых епархиях церковная власть допускала подобное венчание без присоединения к православной церкви и без обязательства воспитывать детей в православии, а в других то и другое строго требовалось; в гражданском же законе было выражено и доньше остается (Зак. Гр. 30 ст. изд. 1842 г., 33 ст. изд. 1887 г.) положительное правило: если раскольники, вступая между собой в брак, пожелают венчаться в православной церкви, то пред венчанием надлежит обязывать брачующихся присягой быть в правоверии твердыми и с раскольниками согласия не иметь. К сожалению, безусловная строгость этого правила многих должна была отвратить от венчания и лишала единственного средства к узаконению брака. На браки раскольников поповцев, приемлющих священство (хотя и не признаваемое православной церковью), гражданская власть смотрела снисходительнее, давая возможность супругам и детям их считаться законными по ревизской записи и полицейским свидетельствам; но эта снисходительность продолжалась лишь до 1853 года, когда состоялось Высочайшее повеление: требовать от поповцев в доказательство законности брака и рождения *метрических свидетельств*, которых они, не имея законной метрической записи, представить не могли (см. о сем книгу г. Нильского: *Семейная жизнь в русском расколе*; статью Фукса: *О сводных браках* в «Этнографическом Сборнике» 1862 г. и ст. Муллова в «Архиве» Калачова 1860, № 11).

19 апреля 1874 года состоялось В. у. мн. Г. С. (П. С. З. № 53391) об установлении метрических книг для записи браков, рождения и смерти раскольников. Постановления эти по различию их содержания помещены в Законах Гражданских (изд. 1887 г., ст. 78 и прим.), в Законах о Состояниях (ст. 1093, приложение) и в Законах Гражданского Судопроизводства. В отношении условий и порядка метрической записи брака, рождения и смерти, означенные постановления заключаются в следующем.

1) Браки раскольников приобретают в гражданском отношении, чрез запись в установленные для сего особые метрические книги, силу и последствия законного брака.

2) Воспрещаются и не подлежат записи в метрические книги такие браки раскольников, кои возбранены Законами Гражданскими (т. X, ч. I, ст. 3, 4, 5, 12, 20, 21 и 23).

3) Раскольник, желающий, чтобы брак его был записан в метрическую книгу, должен уведомить о том письменно или словесно полицейское или волостное управление постоянного своего места пребывания, с означением имени, прозвания и состояния обоих супругов.

4) По такому уведомлению (ст. 3) полицейское или волостное управление составляет особое каждый раз объявление и выставляет оное, в течение семи дней, на видном месте, при дверях управления.

5) Все, имеющие сведения о препятствиях к записи объявленного брака в метрическую книгу, обязаны дать знать о том полицейскому или волостному начальству на письме или на словах.

6) По истечении семи дней с того дня, когда объявление было выставлено, волостное или полицейское управление выдает лицу, заявившему желание записать свой брак в метрическую книгу, свидетельство о том, что установленное ст. 4 объявление было сделано, а равно о том, не было ли с чьей-либо стороны заявлено о каком-либо законном препятствии к означенной записи, и если такое заявление было сделано, то в чем именно оно состоит.

7) Для записи брака в метрическую книгу оба супруга должны лично явиться в указанное ниже (ст. 21) полицейское управление и представить выданное им свидетельство о сделанном объявлении (ст. 6). Независимо от сего, каждый из супругов должен представить двух поручителей для удостоверения ими, что брак, о котором заявляется полиции, не принадлежит к числу воспрещенных законом (ст. 2). Данное поручителями показание излагается на письме и подписывается ими, а в случае неграмотности их – теми, кому они доверяют.

8) Лица, желающие записать свой брак, обязаны представить разрешения, установленные ст. 6 и 9 Законов Гражданских (т. X, ч. I).

9) Предварительно записи брака в метрическую книгу от обоих супругов отбирается подписка в том, что они принадлежат к расколу от рождения и не состоят в браке, совершенном по правилам православной церкви или по обрядам другого, признаваемого в государстве исповедания. Предшествовавшее записи брака исполнение соблюдаемых между раскольниками брачных обрядов ведению полицейских чинов при сем не подлежит.

10) Если к записи брака в метрическую книгу представится законное препятствие, то полицейское управление, остановив сию запись, составляет о том определение, которое может быть обжаловано в порядке, ниже указанном (ст. 30).

11) Существование брака раскольников считается доказанным со дня записи в метрической книге. Но если, по обжаловании в установленном порядке определения полицейского управления о препятствиях к записи (ст. 10), определение сие признано будет неправильным, то брак, по просьбе о том одного или

обоих супругов, считается имеющим законную силу не со дня действительного внесения оного в метрическую книгу, а со времени первоначального о нем заявления (ст. 7). О сем делается особая отметка в метрической книге.

12) Брак, записанный в метрической книге, может быть расторгнут только по суду, в случаях, определенных в ст. 45 Законов Гражданских (т. X, ч. 1).

13) Браки, воспрещенные законом (ст. 2) или же заключенные между лицами, которые не принадлежат к расколу от рождения, или состоят в браке, совершенном по правилам православной церкви или по обрядам другого, признаваемого в государстве вероисповедания, считаются незаконными и недействительными, хотя бы и были записаны в метрической книге.

14) Несоблюдение при записи брака в метрическую книгу правил, установленных выше ст. 3–6 и 8, подвергает виновных законной ответственности, но не разрушает самого брака. Полицейские чины подлежат ответственности также и в случае неотобрания ими от вступающих в брак подписки, упомянутой в ст. 9.

15) Дети раскольников подлежат записи в метрическую книгу в таком только случае, если брак их родителей записан в такой книге.

Примечание. Дети, рожденные от раскольнических браков до издания настоящего закона, а также в течение первых двух лет после издания оного, могут быть записываемы в метрическую книгу и в том случае, когда родились прежде записи брака их родителей, если происхождение их от брачного союза, впоследствии записанного, равно как время их рождения, будут удостоверены означенными в ст. 18 свидетелями.

16) Записанные в метрической книге дети раскольников признаются законными (т. X, ч. I, ст. 119).

17) Заявления о рождении для записи в метрической книге, принимаются полицией от самих родителей или одного из них лично, или, по поручению их, от кого-либо другого, с тем, однако, чтобы действительность такого поручения была удостоверена двумя свидетелями. В случае смерти обоих родителей заявления принимаются от опекунов малолетних и вообще от лиц, принявших их на воспитание.

18) Действительность происхождения детей от брака, записанного в метрическую книгу, равно как и правильность заявления о времени рождения должны быть подтверждены показаниями не менее двух свидетелей, которыми могут быть и упомянутые в ст. 17. Само же обстоятельство, что брак родителей записан был в метрической книге, удостоверяется представлением выписи из оной или справкой в самой этой книге, буде книга находится там же, где заявлено о рождении.

19) По прошествии одного года со дня рождения, оно уже не записывается в метрической книге, и законность оного может быть доказываема лишь по суду, на основании ст. 35 настоящих правил. Это не распространяется на случаи, указанные в примечании к ст. 15.

20) Запись о смерти вносится в метрическую книгу по заявлению родственников умершего или посторонних, подтвержденному показаниями не менее двух свидетелей.

21) Метрические книги о рождении, браке и смерти раскольников ведутся в городах и уездах местными полицейскими управлениями, а в столицах – уча-

стковыми и частными приставами по формам, утвержденным министром внутренних дел.

22) В метрической записи о рождении означаются: имя рожденного, имена, отчества, фамилия и звание родителей его, время рождения, время заявления полиции о рождении, лица, заявившие об оном, и бывшие при том свидетели.

23) Всякая запись в метрических книгах подписывается чинами полиции, пред которыми сделано заявление о рождении, браке или смерти, а также лицами, сделавшими заявление и бывшими притом свидетелями, если они грамотны. Подписи сделавших заявление и свидетелей в самой метрической книге не требуется, когда о рождении или смерти заявлено на основании следующей 24 ст.

24) Раскольникам, живущим в селениях, предоставляется делать заявления о рождении и смерти в волостном правлении, которое заносит оные в особую книгу, наблюдая притом правила, изложенные в ст. 22 и 23. О сделанных заявлениях волостное управление обязано ежемесячно сообщать в подлежащее полицейское управление для записи таких заявлений в метрические книги.

25) В конце каждого года метрические книги представляются уездными полицейскими управлениями в губернское правление (в Петербурге и прочих градоначальствах – в управление градоначальника, а в Москве – в канцелярию обер-полицеймейстера) для надлежащего обревизования и хранения оных.

26) Выписки из метрических книг составляются по формам, утвержденным министром внутренних дел, и выдаются частным лицам, по просьбам их, из полицейских управлений и губернских правлений (в Петербурге и прочих градоначальствах – из управления градоначальника, а в Москве – из канцелярии обер-полицеймейстера), смотря по тому, в каком из сих установлений находится в то время метрическая книга, из которой делается выпись.

27) Метрические выписи о рождении выдаются или самому лицу, рождение которого записано в книге, или родителям его, опекунам или попечителям; посторонние, для получения метрической выписи о чьем-либо рождении, должны быть уполномочены законной от того лица доверенностью.

28). Выписи из метрических книг выдаются и по требованиям присутственных мест и должностных лиц.

29) Вторичная выпись из метрических книг о рождении выдается только в случае утраты или истребления первой.

30) Жалобы на неправильные действия полицейских управлений, как по ведению метрических книг, так и по выдаче из них выписей, приносятся: на уездные полицейские управления – губернскому правлению, на участковых приставов в С.-Петербурге и на полицейские управления прочих градоначальств – градоначальнику, на участковых приставов в Москве – обер-полицеймейстеру, на московского обер-полицеймейстера – генерал-губернатору, а на губернские правления, с.-петербургского и других градоначальников – 1-му департаменту Правительствующего Сената, с соблюдением притом общеустановленного для жалоб на полицейские места порядка.

В журнале «Знание» 1874 г. (№ 1) напечатана любопытная статья г-жи Ефименко: *Народные юридические воззрения на брак*. Автор, приводя, на основании решений, постановленных волостными судами, и собственных наблюдений, крестьянские обычаи, в которых выражается народное воззрение на договорную сторону брака, приходит, на основании этих данных, к выводу, составляющему основную мысль статьи. «Истинный взгляд народа на брак далек от того, что представляется обществу под именем народных воззрений на брак, как на акт исключительно религиозный, как на таинство. В древнерусском обществе брачное право определялось не одними каноническими постановлениями, но и греко-римским гражданским законодательством; да и к этим правилам практика относилась довольно свободно. Причины к разводу допускались довольно широкие, и для развода требовалось только согласие духовного отца, что продолжалось до исхода XVIII столетия. Но эти рамки казались народу слишком тесными и вызывали, как выражается автор, *борьбу духовенства с народом* за ограничение свободы в браке. При Петре светская власть принимает в свое ведение брачное законодательство и ограничивает церковную юрисдикцию; но в то же время происходит еще большее стеснение брачного права, и наше светское законодательство о браке становится на строго религиозную почву. За всем тем народ остался вполне при своем *старом воззрении на брак*, как на гражданский акт, лишь освящаемый благословением церкви.» В доказательство автор указывает на действующие в народе формы брачного сговора, на обычное значение приданого, кладки и подарков, на употребительные в народе и удовлетворяемые народным судом иски об убытках от нарушения брачного договора, и наконец на обычай вольного развода, по местам существующий. Автор не отрицает, что в этих обычаях выражается крайний материализм и что в брачном соглашении, как оно принято у крестьян, не остается почти места идее духовной связи в браке, и личность невесты едва ли чем отличается от вещи, служащей предметом договорных соглашений. Глубокая рознь лежит между идеализмом закона и материализмом жизни. Для жизни закон остается мертвой буквой, и потому следует, по мнению автора, законодателю принизить свой идеал брака и поставить его в соответствие с народным воззрением и обычаем...

При всем уважении к добросовестности изложения этой статьи и к доброму намерению автора невозможно согласиться с основной его мыслью. Если встать на его точку зрения, пришлось бы переделывать законодательство не в одном брачном праве, но и во всех других статьях, где только закон ставит перед собой нравственный идеал, нравственную норму истины; пришлось бы вообще отрицать в законе тот самый элемент, который составляет высшее оправдание и коренную сущность всякого закона, т.е. правду нравственную, духовную и ставить его в подчинение другому, также необходимому, но в сущности подчиненному элементу всякого закона — элементу экономическому и материальному. Всякий закон запретительный (не делай, не прикасайся) во имя высшего духовного начала встречает противодействие в среде, для которой он постановлен, и со стороны тех побуждений природы, которые он призван ограничить своей заповедью. В этом и состоит нравственное, воспитательное действие каждой заповеди; она производит раздвоение первобытного понятия между законным и незаконным, между правдой

и неправдой. Без сомнения, закон не должен оставлять без внимания материальные условия среды и понятия, в ней господствующие, о тех отношениях, для которых закон постановлен; но жертвовать этим условием – высшей целью закона, и нравственной его нормой жертвовать материальным требованиям – значило бы унижить сам закон и отнять у него главную его силу. В народе, вследствие разных причин, и главным образом вследствие неразвитости экономических его понятий, могут образоваться самые нечестные обычаи. Надуть друг друга в одном отношении считается бесчестным, в другом отношении – молодецким делом, в котором все смеются над обманутым. Красть лес у одного – напр., у своего брата – считается недобрым делом, у другого – напр., у соседнего помещика – считается делом обычным, безобидным; наняться на работу, взять деньги и потом перейти к другому, кто даст больше – считается иногда в рабочем классе делом незастыдным и безответственным. Неужели закон должен применяться к этим понятиям, существующим в среде, и принижать до их уровня свою неизменную норму твердости договорных отношений? В нынешнем экономическом состоянии у простого народа преобладает хозяйственное понятие о браке и о женщине. Женщина в доме считается прежде всего рабочей силой; браки заключаются в соображении с этим только понятием; родители выбирают детям невест и женихов сами, не спрашиваясь с их волей и склонностью; дурной муж отпускает или выгоняет жену, дурная жена убегает от мужа как вздумается; муж (чему бывали примеры) уступает свою жену по договору другому и т.п. Неужели брачный закон наш должен сообразоваться и с такими понятиями о браке? Эти понятия, без сомнения, изменятся, с изменением экономического быта, с развитием духовной природы, – и тогда высокая норма законная станет для него понятна; она же, сама по себе, соответствуя неизменной истине, не может изменяться. Автор упомянутой статьи приводит с некоторой иронией помещенное в этой книге (§ 3) определение брака: «удовлетворение согласной с разумной природой человека потребности общения всех органических, внутренних и внешних сил, дарованных человеку для развития, труда и наслаждения в жизни», и спрашивает: подходит ли что менее, чем это определение, к явлениям окружающей нас жизни. Без сомнения, не подходит, как не подходит к действительности всякая идеальная норма отношений, – но следует ли, что от этой нормы надобно отказаться? В сфере международных отношений, равно как и частных гражданских, происходят непрерывно обманы, насилия, нарушения доверия: неужели вследствие того закон должен признать нравственное начало бессильным и призрачным и строить свои определения исключительно на мотивах материального интереса? Общественная нравственность может дойти в обществе в ту или иную пору до крайнего упадка, выражающегося в крайнем умножении преступлений против собственности, чести и жизни, и сами эти преступления в большей части случаев могут быть объясняемы состоянием среды, в которой они происходят, недостатком воспитания, грубостью нравов, господством материальных интересов: неужели законодатель должен изменить вследствие того вечную норму правды и не угрожать карой тому, что заслуживает кары как преступление? Невозможно признать такую аргументацию истинной; следуя ей, пришлось бы малопомалу снять узы со всего и уничтожить всякие грани. Тогда сам закон во что

превратился бы? Указывают обыкновенно на практическую недействительность запрещения, говорят, что вредно поднимать нравственную меру слишком высоко, когда действительность слишком мало ей соответствует. Зачем, спрашивают, закон ставит брак священным и неразрывным союзом любви, когда на деле этот союз беспрерывно разрушается преступлением, или под лицемерным покровом этого союза супруги живут в отчуждении и вражде между собой? Можно ответить: затем, чтобы начало правды стояло высоко, ввиду всех, не подвергаясь колебанию и сомнению; затем, чтобы ввиду его не забывалась и не засыпала совесть в общественном и в частном сознании; затем, чтобы преступник закона в самом преступлении своем не лишился возможности чувствовать, что он совершает неправду. Спустите высокое знамя правды с закона, снимите этот свет, высоко поставленный, — лучше от того не будет и с утилитарной точки зрения, т.е. браки не станут от этого совершеннее, в семьях не больше будет любви и мира, но совесть лишится своего твердого мерила, не будет в законе того жала, которое призвано будить ее. В борьбе между законом и действительностью многие видят *лицемерие* и полагают, что закон, возвышая меру долга, вводит подзаконных людей в лицемерие и в соблазн. Нет, не к лицемерию надобно причислять желание укрыться от обличения, затаить и покрыть действия, создаваемые незаконными: в этом выражается сознание неправды, как выражается стыд в стремлении прикрыть грязь и наготу. Лучше ли будет, когда грязь и нагота станут являться на вид без стыда и без сознания?

Однако необходимо оговориться. Писатели, направляющие возражения свои против наших законов о браке и о применении их, смешивают обыкновенно в одном осуждении и с одной точки зрения все принадлежности этих законов, не различая, что составляет сущность брака, как таинства церковного, и что принадлежит к сущности гражданских отношений между супругами, определяемой гражданским законом. Приходят обыкновенно к одному выводу: требуют *секуляризации* брака в России и, на основании ее, реформы существующих гражданских отношений между супругами. Так и в упомянутой статье автор жалуется, главным образом, на то, что гражданское законодательство наше отрицает юридическую силу записи или условного соглашения о браке и не дает места иску об убытках от нарушения подобного договора, тогда как обычай народный в действительной жизни допускает и то и другое. Но вместе с тем, и с той же точки зрения, автор относится и к существующей у нас форме церковного брака и церковного развода, утверждая, будто бы и то и другое несоответственно с народным сознанием. Очевидно однако же, что одно есть дело веры и права церковного, другое — дело чисто гражданского закона. Отменить первое, т.е. признать брак гражданским договором и перенести в гражданский закон условия совершения и расторжения брака, — у нас, в России, повторим, *невозможно, не отрекаясь от церкви, к которой мы себя причисляем, не соблазняя и не нарушая всенародного верования в авторитет вселенского соборного учения*. Но затем, как гражданское соглашение о браке, в материальных его принадлежностях, так и определение гражданских отношений в браке между супругами составляют предмет гражданского законодательства, и по этому предмету остается место проверке, изменению и усовершенствованию существующих постановлений, в разное время состоявшихся. Иные из них состоялись

независимо от церковного закона, другие – по выводам из церковного закона, может быть неверным и ошибочным, может быть и по таким предметам, в коих церковный закон не связывает гражданского законодателя. Критика этих постановлений тогда только может быть верная и плодотворная, когда каждое из них будет разобрано само по себе, в связи с историческими и общественными своими условиями: но если на каждое из них смотреть с одной точки зрения и требовать их отмены во имя одного и того же начала секуляризации брака, то постановка вопросов будет неверная и пристрастная.

Так, нельзя не согласиться с г-жой Ефименко, что наш гражданский закон действительно оставляет без внимания требования действительной жизни, когда безусловно отрицает юридическую силу всяких гражданских записей и условий брака, и отвергает иски, возникающие из нарушения таких условий. Но и возбуждаемый ею ныне вопрос *de lege ferenda* нельзя решить на основании одних только обычаев, существующих в среде крестьянского сословия. Нельзя отрицать и того, что он связан существенно и с вопросом о свободе брачного союза, которую закон по справедливости должен охранять. Петровский указ о запрещении брачных записей с зарядами требует пересмотра, но несправедливо было бы осудить этот закон заранее потому только, что он не согласен с народным обычаем. Быт народный в эпоху Петровского преобразования состоял, да и ныне во многом состоит, вне действия общего гражданского закона, и указ Петра Великого вызван был злоупотреблениями, происходившими в среде тех сословий, для которых общий гражданский закон был писан. Каковы были эти злоупотребления и до чего доходили, при помощи записей, обманы в браках, – это можно видеть из *сочинения Котошихина* о России в царствование Алексея Михайловича.

§ 10

Прекращение, расторжение и разлучение брака. – Участие общественной власти в делах о разлучении брака. – Ведомство сих дел и особливые правила процесса. – Различие между отменой брака и разводом. – Безусловные и относительные поводы к отмене. – Действие принуждения и заблуждения. – Последствия отмены. – Мнимозаконный брак. – Различие между разводом и разлучением супругов. – Поводы к расторжению брака. – Действие прелюбодеяния в браке. – Отличие французского и прусского закона о разводе и разлучении. – Критические мнения о разводе.

Не подлежит сомнению прекращение брака от событий случайных, не зависящих от воли человека, напр., вследствие смерти физической или политической и безвестного отсутствия одного из супругов; но во-

просы о том, в каких случаях брак может быть расторгнут или признан недействительным по воле одного из супругов и вследствие действий, от воли зависящих, – принадлежат к числу самых неясных и запутанных. В древности закон не возбуждал этих вопросов в смысле юридическом; разлучение брака считалось делом супругов, или, как, напр. у евреев, мужу предоставлялось на волю отпустить жену свою. Но у новых европейских народов, особливо с тех пор, как церковь приняла брак в свое ведомство, принято за правило и остается твердым, что супруги не могут сами собой порвать брачное свое отношение, и как развод, так и разлучение неправильного брака допускаются не иначе, как по приговору подлежащего суда. Целость и прочность брачного союза почитаются важным для государства делом, и некоторые законодательства до того простирают свою заботу о сем, что предписывают особому прокурору (Eheanwalt) от лица государства принимать участие во всех процессах о силе брака, дабы обеспечить правильность судебных решений и предупредить односторонность взгляда по сим делам. Всего явственнее выражается эта забота в прусском учреждении 1844 года, коим поручено особому прокурору вступать по сим делам в личное посредничество между сторонами и настаивать в суде не только об уничтожении незаконных браков, но и об удержании в силе браков, оказывающихся правильными. Напротив того, французский закон возлагает в сих случаях на прокурора преимущественную обязанность действовать против незаконных браков, не предоставляя ему полной свободы защищать твердость брака по обстоятельствам дела и по личному убеждению, если не нарушается уничтожением его прямой текст статьи закона (Code N. 184, 190–193, 199, 200).

Ведомство брачных дел повсюду первоначально принадлежало церкви и судам церковным. Это правило было безусловно высказано в постановлениях Тридентского собора, и церковь всегда упорно охраняла его и отстаивала. Даже после реформы церковь сохранила за собой право суда по делам брачным не только в странах католических, но и в Англии, и в государствах лютеранского закона, где, впрочем, консистории состояли наполовину из духовных лиц, наполовину из светских. Естественно, что в духовных судилищах выказывалось постоянно стремление утвердить неразрывность брачного союза и затруднять по возможности расторжение браков, даже при таких условиях, в которых светское правительство усматривало достаточные причины к признанию браков недействительными. Но по мере того как в светском законодательстве выяснялась идея о гражданской форме брака, ослабевало и представление о неразрывности брачного союза в том смысле, который

присвоен был ему церковью. Постановления о законных препятствиях к браку и о законных его условиях стали входить в состав гражданских кодексов во многих государствах, и повсюду, где введен гражданский брак, брачные дела поступили в ведомство общих светских судов. В Англии действие церковных судов по брачным делам продолжалось до 1858 года; только в важных случаях решения о разводе подлежали утверждению парламента; но с 1858 года учрежден особый суд разводных и брачных дел (Court for Divorce and matrimonial Causes).

В греческих законах, под влиянием немецкого управления при короле Оттоне, приняты некоторые нововведения брачного права, не совсем согласные с церковным духом и устройством: введено, по западному образцу, отлучение от стола и ложа, и установлен развод, от гражданской юрисдикции, при церковной форме брака. Церковная власть принимает просьбу о разводе и, если не удастся в течение 3 месяцев попытка к примирению, отсылает ее в светский суд, который решает, есть или нет причина к разводу; затем отсылает дело в церковный суд, который и дает развод по церковным отделениям.

В Сербии и у австрийских славян брачные дела производятся в церковном суде.

Судопроизводство по сим делам повсюду отличается некоторыми особенностями, зависящими от особого их свойства. Присяга обыкновенно не считается в сих делах доказательством, и собственное признание не имеет решительной силы; допускаются (франц. зак.) свидетели из числа близких родственников той и другой стороны. В самом начале процесса суд может принимать особые меры к ограждению личности тяжущейся с мужем жены (ей дозволяется жить особо от мужа до решения дела), к доставлению ей средств на содержание, к охранению ее имущества в общей массе супружеского хозяйства, к обеспечению участи детей на время тяжбы между родителями и т.п. Закон благоприятствует примирению супругов, и с этой целью многие законодательства устанавливают прежде суда предварительное производство, с целью склонить стороны к примирению чрез официального посредника. Так, напр., в Пруссии законом 1844 года установлен предварительный 4-месячный срок, в течение коего, прежде заявления формального иска, приходский пастор должен склонять супругов к примирению.

Прекращение брачных отношений между живыми супругами может последовать: или на том основании, что брак в самом начале своем, в отсутствии существенных условий брачного союза, признается незаконным и недействительным с *самого начала* (dissolution des mariages nuls ou inexistants, Trennung nichtiger Ehen) – это будет уничтожение или отмена брака, – или на том основании, что брак, бывший вначале действительным, расторгается вследствие совершившихся в течение брака событий,

нарушающих сущность и целостность брачного союза и составляющих законную причину к *разводу* и *разлучению* супругов (Divorce, Ehescheidung).

Есть существенные условия, необходимые для того, чтобы всякое договорное соглашение можно было признать законно совершившимся; где их не оказывается, там нет и договора. Есть особенные условия, столь существенные в браке, что в отсутствии сих условий закон не признает брака, и заключенный по форме брак объявляет недействительным. Некоторые из сих требований столь важны, что закон решительно и безусловно объявляет брак, за несоблюдение их, недействительным; а другие требования, второстепенные, признает лишь условно поводом к уничтожению брака. Есть недостатки и пороки в заключении брака, столь глубокие, что исправление их впоследствии считается невозможным (*insanabilis defectus*); есть иные недостатки, коих исправление или покрытие может еще зависеть от последующего действия, или безмолвного соглашения сторон (*sanabilis defectus*). Есть недостатки, кои, в какое время ни обнаружались бы и кем бы ни были обнаружены, сохраняют свое разрушительное действие; есть иные недостатки, которые, касаясь более интереса некоторых лиц, чем интереса общественного или семейного, могут быть законно обнаруживаемы лишь в течение положенного срока и некоторыми только лицами. Отсюда происходит принимаемое всеми законодательствами различие между *безусловной* и *относительной* ничтожностью в неправильном браке (*nullité absolue, perpétuelle; nullité relative, temporaire; mariage nul, mariage annulable. Nichtigkeit, Ungültigkeit* – прусск.).

Отнесение тех или других пороков к тому или к другому разряду зависит от положительного закона. Вообще к числу безусловных поводов к отмене брака причисляются: 1. Тождество пола – при коем брак немыслим; 2. Гражданская смерть, в состоянии коей находился один из супругов при заключении брака (если закон не допускает брака в сем состоянии); 3. Решительная невозможность свободной воли и согласия с той или с другой стороны (напр., в состоянии сумасшествия); 4. Запрещенное в браке родство между сторонами; 5. Двоемужие или двоеженство в браке; 6. Несоблюдение формы, которую закон признает в браке существенной. Таково, напр., по французскому закону, совершение брака хотя по взаимному согласию, но без торжественного изъявления воли перед чиновником, или с изъявлением воли, но не перед подлежащим чиновником (*incompétent*), или совершение брака втайне, с устранением публичности.

К условным причинам относятся:

1. Несовершенное согласие сторон при заключении брака. Согласие несовместно с принуждением или с отсутствием ясного сознания, напр.

вследствие ошибки и злого умысла. Очевидно, что этот недостаток и порок не безусловный: он может быть покрыт последующим соглашением сторон; но и, кроме того, сами понятия о принуждении, об ошибке и обмане – суть условные понятия. Где не было дано прямого согласия, там могло еще и не быть принуждения; где было принуждение нравственное, там трудно его обнаружить и определить решительную его минуту. В особенности понятие об ошибке весьма неясно и шатко, и ошибочное представление о предмете действия не всегда может служить правильной оговоркой от действия. Ошибка в браке особенно служит поводом к многочисленным пререканиям в судебной практике. Без сомнения, ошибка была грубая и решительная, когда она относилась к физическому тождеству лица, когда, напр., жениху подставлена в минуту брака другая невеста. Но можно ли признать юридическое значение ошибки, когда она относится к гражданским или общественным качествам лица, напр. когда супруг не нашел в супруге тех гражданских качеств, которые представлял себе (относительно чести, звания, состояния и пр.), думая жениться на знатной особе, женился на публичной женщине или на каторжной, думая жениться на католичке, женился на лютеранке и т.п.

Вообще придается решительное значение только ошибке, заблуждению относительно существенных качеств лица, которые нераздельны с представлением о самом лице и, отпадая, совершенно уничтожают его тождество (по выражению канонических писателей, *quando animus contrahentis sic fertur in certam qualitatem, ut *implicite* nolit personam, si ipsi desit qualitas, in qua errat*). Таковы, напр., нормальное гражданское состояние, физическая способность к браку, свобода от монашеских обетов. Заблуждение относительно таких качеств, которые сами по себе предполагаются при вступлении в брак, может быть поводом к признанию брака недействительным, разве бы по обстоятельствам дела обнаружилось, что качеств сего рода не придавалось при вступлении в брак важного значения. Напротив того, не считается поводом ошибка в качествах несущественных или случайных, т.е. таких, кои при представлении гражданского лица в браке сами собой не предполагаются, напр. относительно состояния и имени, относительно душевных свойств, служебных отличий, здоровья и т.п.

2. Другая причина – несогласие родителей. Этому недостатку разные законодательства придают неодинаковое значение, смотря по тому, в какой силе разумеется власть родительская, в какой мере гражданский закон подчиняется церковному (наиболее строг французский закон). Но во всяком случае этот недостаток исправляется и последующим соглашением, и временем.

3. Третья причина – недостаток положенного возраста при заключении брака.

Разрушительное действие всех вышеуказанных недостатков ослабляется еще постановлениями о лицах, имеющих право иска, и о сроках для начатия оного.

Брак, уничтоженный в самом начале своем, обыкновенно считается с самого начала ничтожным. Но это строгое правило, если бы применяли его ко всем случаям, было бы во многих случаях несправедливо в отношении к самим супругам, которые могли добросовестно почитать себя в законном браке, не ведая о пороках его, и особливо в отношении к детям, от того брака родившимся. В таких случаях закон делает снисхождение к браку, уничтожая и обеззаконивая принадлежности его и последствия лишь с той минуты, когда произнесена его отмена. Такие браки носят название мнимозаконных браков (*matrim. putativum, mariage putatif*); но преимущество мнимозаконного брака пользуется обыкновенно только брак не безусловно незаконный и заключенный без явного нарушения формы. Если оба супруга были виновны в своем сознании, то преимущество простирается на обоих, т.е. действия, совершенные ими по брачному праву, сохраняют свою силу, сохраняется для обоих и право родительской власти над детьми, рождению коих присваивается законность. Напротив, если один только из супругов был невинен в своем сознании, то ему одному и даются преимущества бывшего брака.

Церковь, основываясь на словах Христа Спасителя в Евангелии (Матф. V, 28, 31, 32; XIX, 3–12, Марк. X, 2–12, Лук. XVI, 18. Ср. еще 1 Кор. VII, 10–15), признала брак неразрывным союзом, в противность воззрению языческой древности. Развод, по строгому смыслу евангельского учения, допущен лишь за прелюбодеяние в браке и в случае оставления супругом нехристианином другого супруга, принявшего христианство. Но когда нравы общественные стали требовать, в крайних случаях, смягчения первоначальной строгости, церковь католическая, дабы не отступать в существе от канонически принятого правила, стала допускать, кроме совершенного развода или расторжения брачных уз (*separatio quoad vinculum, divortium*), несовершенное, материальное только разлучение супругов – от сожительства (разделение стола и ложа, *separatio quoad thorum et mensam, separation de corps*). По правилам католической церкви, это разлучение может быть пожизненное, заменяя, таким образом, вполне развод – в материальных его последствиях. Напротив того, в протестантстве, отступившем от строго канонического воззрения на брак, допущен по многим законным причинам совершенный развод, а разлучение от сожительства принято в виде временной

меры, на срок (на несколько лет) допускаемой¹. В этом преимущественно отличаются законы, основанные на католических церковных уставах, от законов, истекающих из протестантского церковного права. Однако же некоторые из протестантских государств установили гражданский закон развода, не согласный с церковными уставами лютеранства. С другой стороны, и в государствах католического закона, именно там, где принят гражданский брак, гражданские постановления о разводе, имея в виду исключительно договорное и общественное значение брака, не согласуются с уставами своей церкви, предоставляя ей, независимо от государства, действовать на совесть каждого из сынов своих. При всем том нигде еще, можно сказать, закон гражданский не отрешился вполне от церковного воззрения, так как не отрешилась и не может вполне отрешиться от него масса верующих в среде народной. Во Франции, в эпоху сильной реакции против авторитета церковного (1792 г.), принято было гражданское право *развода*: законодателю казалось, что отлучение от жительства есть только ненужное усложнение формы, со всеми неудобствами развода, но без практической его выгоды. Наполеонов кодекс, имея в виду согласить обе крайности воззрения, оставил развод, но наряду с ним допустил разлучение для тех супругов, кому совесть претит приступить к формальному разводу. Но против развода восстало снова общественное мнение во имя религии и церкви, и в 1816 году развод отменен, а оставлено в законе пожизненное разлучение (*separation de corps*) по причинам законным (*pour cause déterminée*). Это разлучение соответствует разводу в удовлетворении потребности разойтись в отдел; оно отлучает супругов от общего жительства и от общего попечения о детях, но и существенно отличается от развода, ибо не разрывает вполне

¹ Прусский закон, облегчая развод, не допускает этой меры. Что касается до римско-католического церковного закона, то надобно заметить, что церковная юрисдикция, отрицая развод, как способ к *расторжению* законного брака, в то же время широко пользуется применением к браку законных причин для объявления брака в самом начале недействительным. Дискреционное право папское облегчает в этом случае многие затруднения, с помощью казуистики, применяющейся к потребности. Так, напр., брак Наполеона с Жозефиной признан недействительным, потому что был венчан неподлежащим священником, — хотя венчание совершал в свое время Кардинал Феш, и притом по указу папы. С этой стороны — можно сказать — предела нет законным причинам, по коим латинский суд может уничтожить брак. Есть латинские стихи для памяти, в коих исчислены кратко эти причины:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparatus, vis, ordo, ligomen, honestas,
Amens, affinis, si clandestinus et impos,
Si mulier sit rapta, loco nec reddita tuto,
Haec facienda vetant connubia, facta retractant.

союза и не освобождает супругов от уз, оставляя в силе обязанности супружеской верности и взаимного вспоможения, мужнее право судебной авторизации и взаимные права на наследство. Казалось бы, что разлучение удобнее и нравственнее развода в том отношении, что не имеет безвозвратного действия, однако французский закон 1816 года (ст. 295) положительно запрещал разлученным супругам восстанавливать свой союз. Для того чтобы смягчить действие судебного решения о разводе, прусский закон уполномочивает судью отсрочивать объявление приговора и приостановить силу его в течение года. Где допускается срочное разлучение супругов, там оно имеет значение временной меры, или для того, чтобы возбудить желание к примирению, или для того, чтобы устранить до времени одну сторону от дурного обхождения другой; поэтому сроки назначаются непродолжительные, в редких случаях более 3 лет. В последнее время во Франции снова признано не достигающим цели одно разлучение супругов и потому наряду с ним снова допущен развод. Законом 1884 года (Bulletin des lois № 859) сила постановлений Наполеонова кодекса о разводе восстановлена, но со значительными изменениями, во многом стеснительными, сравнительно с законом 1803 года. Развод по взаимному соглашению супругов, установленный кодексом (ст. 275–294), законом 1884 года не допускается. По прежнему закону, один муж имел право требовать развода за прелюбодеяние жены вне дома; ныне и жене предоставлено право требовать развода по причине прелюбодеяния мужа независимо от того, содержал ли он наложницу у себя в доме или нет. Суду предоставлено широкое право обсуждения фактов в случае прелюбодеяния, равно как и в случае тяжких оскорблений и насилий между супругами (*excès, sévices ou injures graves*). Новый закон признает поводом к разводу лишь *тяжкое* наказание одному из супругов за преступление (*peine afflictive et infamante*), тогда как прежний довольствовался для сего и менее тяжким (*peine infamante*). Новый закон *дозволяет* разведенным супругам восстановить свой брачный союз, если они после развода не вступили в новый брак, а соединившимся после развода не позволяет уже разводиться вновь. Наряду с разводом закон позволяет просить, по тем же причинам, и о пожизненном разлучении; а через три года по разлучении просить о разводе, дарование коего, впрочем, зависит от суда. Примечательно, что все процессы о разводе, по новому закону, производятся не публично с запрещением печатать отчеты о заседаниях. Французский закон не признает поводом к разводу злонамеренное оставление супруга.

Новый закон о разводе отразился на положении супругов разлученных, косвенно побуждая их стремиться к разводу, так как с разлучением супругов не

прекращается юридический союз их со всеми последствиями, т.е. с властью мужа над имуществом жены. Для устранения этого неудобства издан в 1893 году закон, коим разлученной жене предоставляется и право особого жительства, и право отделения имуществ, и свободное право действовать в судах, и право просить об отделении фамильного имени ее от мужнего.

В католическом церковном праве разлучение от стола и ложа (*separation de corps, separatio a thoro et mensa*) служит заменой развода в тех случаях, когда закон не допускает развода безусловно. Напротив того, в протестантских законодательствах, где развод допускается, разлучение от стола и ложа получает значение условного и временного развода, по определению суда. Практическая цель этой меры – назначить несогласным супругам время, в течение коего они могли бы, при отдельном жительстве, испытать свое несогласие, вправду ли оно серьезно и решительно и не зависит ли от причин случайных и временных. Мера эта принимается в тех случаях, когда суд, не усматривая положительных законных поводов к разводу, находит, однако, между супругами взаимное отвращение, или усматривает с одной стороны такие действия (суровость, угрозы, разврат, пьяное буйство и т.п.), вследствие коих сожительство становится невыносимым. Тогда определяется, на положенный срок, разлучение жительства, причем все прочие юридические принадлежности брака остаются в силе, т.е. муж обязан содержать жену, муж располагает детьми и т.п. По истечении положенного срока, вследствие нового ходатайства, суд может или назначить новый срок для продолжения испытания, или постановляет окончательный развод (*separatio quoad vinculum*).

Главнейшими законными поводами к расторжению брака или (где нет развода) к пожизненному разлучению супругов считаются:

1. Доказанное прелюбодеяние супруга, или такие признаки близкого обращения с лицом сторонним, по коим можно заключить о прелюбодеянии; иногда решительное покушение к прелюбодеянию; также противоестественные пороки (*Preuss. Ldr. II, 1. § 670–676*).

2. Злонамеренное оставление супруга (*malitiosa desertio*) и отказ возвратиться к нему, несмотря на вызов и убеждение. То и другое должно быть положительно доказано. Прусский закон причисляет к злонамеренному оставлению постоянный и упорный отказ одного супруга другому в исполнении супружеских обязанностей (*Pr. Ldr. II, § 694–695*).

3. Покушение на жизнь супруга и жестокое с ним обращение. Понятию о жестоком обращении можно придавать более или менее обширное значение. Французский закон, не поясняя частностей, употребляет лишь общее название *excès, sévices, injures graves*. Другие законодательства, стесняя или расширяя понятие, требуют материальных признаков жестокого обращения, побоев, ран, упорного отказа в необходимом содержании, или довольствуются признаками грубого оскорбления чести, словом или делом. Прусский закон доходит до того, что предос-

тавляет судье расторгать просто «несчастные браки», вследствие явного отвращения супругов друг от друга, когда нет надежды на примирение (Pr. Ldr. II, § 700–718).

4. Некоторые действия или состояния одного из супругов, вследствие коих положительный закон дает право другому супругу отказаться от сожителства и просить разлучения или развода: таковы, напр., самоповреждение, наказание за преступление, отречение от христианства, болезненное состояние. К этому разряду относятся разнообразнейшие постановления, число коих умножилось, к сожалению, через меру в новых законодательствах. Так, французский закон поводом к разлучению считает всякое наказание, соединенное с лишением чести (*peine infamante*, Code 232), несмотря даже на помилование. Прусский закон дозволяет расторжение брака, когда один из супругов присужден не только к наказанию, лишаящему чести, но к тяжелому исправительному наказанию, к заключению в крепости и в смиренном доме; развод дозволяется по поводу зазорного промысла (*schimpfliches Gewerbe*), упорного пьянства, развратного (*unordentliche*) поведения, мотовства; даже без вины супруга, вследствие отвратительных и тяжких болезней, затрудняющих исполнение супружеских обязанностей, вследствие безумия или сумасшествия, продолжавшегося более 1 года (Pr. Ldr. II, § 696–698, 704, 759, 760). Такие постановления трудно не осудить, и многие из них осуждаются самими прусскими юристами, ибо противоречат естественной нравственной обязанности супругов не оставлять друг друга в болезни и в несчастии.

Прусское законодательство, до ныне действующее, образовалось под сильным воздействием распространившихся в начале XVIII столетия новых учений о браке, как установлении преимущественно государственном. Это воззрение на брак соответствовало и лютеранскому понятию о церкви, как установлении государственном, в силу чего и духовенство являлось в качестве служителей не только церкви, но в особенности служителей государства. В этом понятии таилось начало столкновений между церковью и государством, и эти столкновения обнаружились с особенной силой в первой половине текущего столетия, когда духовенство отказывалось признавать разводы гражданского закона и совершать новые браки разведенных лиц (ибо гражданская форма брака еще не была тогда введена в Германии). С 40-х годов нынешнего столетия начинается в Пруссии ряд попыток к изменению брачного права, закончившийся в самое последнее время проектом общегерманского гражданского уложения, еще не получившим законодательной санкции. По этому проекту законные поводы к разводу значительно ограничены: безусловных поводов признается всего три: прелюбодеяние, злонамеренное оставление и покушение на жизнь супруга. Сверх того, допускается развод за преступление, лишаящее чести.

5. Добровольное условие обоих супругов разлучиться. Прусский закон предоставляет суду расторгать брак по взаимному согласию в таком случае, когда брак бездетный, и если решение супругов можно признать вполне обдуманным. Итальянский закон позволяет совершать акты о разлучении (ст. 158). Прежний французский закон позволял развод на этом основании, при особых условиях, после четырехкратного повторения просьбы в течение года; но закон 1884 года, как мы видели, не восстановил постановлений о разводе по взаимному соглашению, а формальное разлучение супругов по взаимному соглашению и прежде (Code 307) не допускалось – потому (толкуют юристы), что супруги всегда могут разойтись на деле по взаимному соглашению, и не прибегая к содействию судебной власти. Некоторые из местных германских законодательств допускают этот вид развода с разрешения верховной власти.

На этом виде развода преимущественно расходятся мнения защитников старой и новой теории брака. Как скоро понятие о браке выведено за пределы церковного права в сферу прав гражданских, открывается обширное поле законодателя, желающему предоставить новые пути к разводу; но и последователи теории гражданского брака не благоприятствуют разводу, основанному на взаимном согласии супругов, ибо весьма трудно определить, при каких условиях воля супругов должна быть признана разумным, зрело обдуманным решением, а не увлечением минуты, о котором оба жалеть будут, не имея возможности восстановить порванный союз. Напротив, новые проповедники свободы в браке доказывают, что по большей части стороны, при вступлении в брак, не имеют той зрелости и свободы, которая необходима для выбора и согласия в таком важном деле; что женщина особенно весьма часто выходит замуж под влиянием родительской власти и в несовершеннолетии, и вскоре после брака обе стороны открывают невольную ошибку свою, которая делает им жизнь нестерпимой; что на такие случаи в особенности необходима законная возможность развода, коего никак не может заменить условное разлучение, и что если закон позволяет развод лишь по поводу преступления, то присваивает преступлению опасное преимущество. Утверждают, что опасность от легкомыслия в разводе можно предупредить законными предосторожностями и ссылаются на пример Венгрии, где супругам дозволено вместе просить о разводе, но по этой просьбе суд назначает нескольких посредников из числа родных, для примирения в разладе. Если попытка к примирению не удалась, супругам назначается 3 года сроку, и когда, по истечении сего срока, эта просьба будет повторена, она немедленно удовлетворяется. (Для примера подобной аргументации можно указать Westminster Review 1868, April и Frazer's Magazine, August 1861, ст. проф. Ньюмена: Marriage Laws.) Очевидно, что мнение о разводе зависит от мнения о сущности брака и брачных отношений. Представители новой школы радикального преобразования семейных отношений доказывают вообще, что в последовательном развитии общества все эти отношения должны быть управляемы не законом о *состояниях*, а законом о *договорах*; что брак, подобно всякому иному договору, допускает всяческие условия по воле договаривающих-

ся, что в сущности брак есть договор о товариществе и о сожительстве со специальной целью, между лицами разных полов, и что при невозможности удовлетворить цели, ради коей договор заключен, невозможно в браке, как и во всяком ином договоре, насильно принуждать к продолжению его, вопреки интересу и общему желанию сторон (ср. Westminster Review ст. The Laws of Marriage and Divorce. New series Vol. 26. В особенности сочинение Marriage and Divorce, by Richard. London, 1888). Выводы эти по меньшей мере слишком смелы и гадательны. Вопрос о разводе представляется спорным не только в борьбе с церковно-богословским воззрением, но и на чистом поле философского учения и социологии. В этом сознается и предводитель социологов Огюст Конт (Cours de philosophie positive. T. V, стр. 687). К отрицанию вольного развода есть много причин, которые едва ли когда вовсе утратят свое значение, ибо они коренятся в потребностях психической природы человека. Брак по природе своей союз неразрывный не потому только, что таким церковь признала его, а напротив, церковь подтвердила своим приговором сознание существенных свойств брачного союза. Хотя соглашением устанавливается брак, но договором, как было выше замечено, не исчерпывается значение брачного союза, который сам себе служит целью, тогда как цель всякого иного договора вне его находится. Притом и между договорами не один только брачный имеет свойство неразрывности. Усыновление тоже неразрывно, хотя устанавливается по договору. Брачный договор повсюду заключается просто, безусловно; в нем не имеют места условия о сроке, о прекращении или удержании силы и действия (cond. suspensives et résolutoires): в таком виде ни одно законодательство не допускает брачного договора (прямо высказано это правило в итальянском кодексе ст. 95).

Как бы то ни было, однако, нельзя не видеть, что число проповедников и защитников новой свободной теории брака возрастает на Западе с каждым годом, мнения их входят в силу и в литературе и в науке, и тем труднее бороться с ними охранителям старой теории, что ни те, ни другие не имеют твердой опоры, отрешившись от церковной идеи брака. Во всяком случае эту часть гражданского законодательства на Западе всего менее можно признать установившейся, и если, с одной стороны, строгость брачного закона подрывается защитниками свободы в браке, то, с другой стороны, заметно стремление к ограничению тех случаев, в коих некоторые законодательства допускают возможность развода по легкомыслию или своекорыстному побуждению (о подобном движении в Пруссии см. Savigny: Darstellung der in den preussischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform. 1844).

Несомненно, что с вопросом о браке неразрывно связаны самые существенные интересы государства и что государство ослабляет само себя тем более, чем дальше развязывает узы брачного союза и ослабляет в нем первоначальную духовную его идею. Для государства важно, чтобы в нем охранялась высокая идея целостности и неразрывности – на ней утверждается и цельность семьи – нравственного и культурного питомника граждан. С этой точки зрения развод представляется чрезвычайным, аномальным явлением, и потому законы благоприятствующие разводу и облегчающие его должны быть обсуждаемы с крайним опасе-

нием. Неоспоримо, что несчастный брак есть тяжчайшее бремя для человека и в семейном и в гражданском быту его, и во многих случаях бремя невыносимое; но когда люди вступают в брак легкомысленно, зная, что можно и разорвать его без больших затруднений, тогда и незначительные неровности и неудачи в семейной жизни, или материальные тяготы, могут представиться невыносимыми и возбудить желание разлуки или развода; напротив того, когда брак заключается с мыслью о священном его значении и с уверенностью в неразрывности, тогда сами отношения супругов становятся серьезнее, взаимные несогласия удобнее умиротворяются, обуздывается произвол самолюбивого желания, и супруги приучаются терпеть, сносить взаимные недостатки и бедствия и обуздывать свою волю. С неразрывностью брака, правда, соединены для женщины великие тяготы, вследствие ее подчиненного положения, но зато с ней же связано и то высокое нравственное положение, которое принадлежит женщине.

Новейшее учение о свободном браке состоит в связи с двумя теориями, из которых каждая имеет свою историю и свое основное начало. С одной стороны, оно выходит из социалистических и коммунистических учений, стремящихся к разрушению всякой исключительности права в семье и в собственности. С другой стороны, и всего глубже и последовательнее, оно связано с теорией радикального индивидуализма, отвергающего всякий авторитет в государстве и в обществе. В силу этого учения, как оно выражено у новейших французских, английских и американских проповедников (всего явственнее у американца Самюэля Уаррена) основной единицей общества не должна почитаться *семья*: ее составляет каждый человек в особенности и сам по себе (*individuum*); следовательно, не Божеству, не государству и не семье, а каждой особи принадлежит *самодержавие* (*Souverainetät*). Итак, с этой теорией неразрывно связано отрицание Божества и государства. Это самодержавие каждой единицы утверждает за каждым человеком безусловную свободу и воспрещает безусловно всем и каждому какую бы то ни было власть над другим человеком или надзор над ним. Сознательные приверженцы этого учения не допускают середины между безусловным действием власти и безусловным ее отрицанием. Что-нибудь из двух, говорят они: или полная государственная опека над отдельным человеком, со всеми стеснениями, происходящими от закона и правительства, между прочим и с законами, ограничивающими браком свободное направление и движение чувства в отношении между мужчиной и женщиной, *или* полное самодержавие отдельной единицы, с полной свободой для всех проявлений жизни и деятельности, в том числе и для чувства. Всякое ограничение этой свободы может быть допущено для одной только цели – для наибольшего ограждения и обеспечения или для восстановления этой свободы. Итак, неправо, по мнению этих учителей, всякое вмешательство государства в отношения между отдельными лицами, происходящие из *чувства*, и всякий *законный союз* (т.е. покровительствуемый и оберегаемый законом) между мужчиной и женщиной *немыслим*, так как законное его ограждение или *совсем излишне*, если сожительство лиц происходит по взаимному согласию, или *неправо* и *возмутительно*, – если оно оказывается вопреки их воле и желанию. Такова теория брака у крайних радикалов свободы,

с которыми сходятся в воззрениях на этот предмет и теория новейшего *утилитаризма* (как она выражена, напр., у Милля, заимствовавшего многое у названного выше американца см. Mill. Autobiography, стр. 256). Это учение отличается логичностью и последовательностью, ибо упорно стремится к совершенному разрушению всякого авторитета во всех сферах бытия человеческого и, отвергая его в *религии*, в *государстве* и *обществе*, столь же решительно и с такой же страстью изгоняет его из *семьи*. Очевидно для всякого здравого ума, особенно же для всякого здравого ощущения, что, изгоняя отовсюду авторитет, это учение вместе с тем и нераздельно изгоняет из жизни всякий идеал, всякое высшее, духовное начало деятельности, и оставляет во всех сферах жизни подлинно свободное действие одному лишь началу – началу личного эгоизма. Нетрудно представить себе, к чему приведет осуществление такой теории в общественной жизни: к разрушению самой жизни, т.е. того самого, во имя чего новые начала проповедуются. В этом отношении справедливо можно сказать, что строгая логика абстрактной теории, хотя и верная отвлеченному началу мышления, оказывается лживой, ибо является в полном разладе с коренными, основными началами природы и жизни.

Здесь не место входить в подробный разбор этого учения; но не бесполезно указать, в чем именно оно заключается, в какую сторону смотрит и куда стремится. И в нашей литературе слышатся голоса, легкомысленно проповедующие в *общих чертах* свободу брака. Многие из них проповедуют бессознательно, не ведая чего хотят и что означает их проповедь. Многие, может быть, удержались бы, если бы дали себе отчет в том, какова в своей целостности та теория, из которой берут они, удовлетворяя возбужденному своему чувству, один только предмет для своего рассуждения. Но этот предмет нельзя отделить от прочих и необходимо знать, что у кого в мысли нет законного брака, у того, в силу неотразимой логики, нет и семьи, нет и государства и не остается места Богу и религии.

§ 11

Ведомство бракоразводных дел в России. – Признание брака недействительным и законные причины к сему. – Порядок производства сих дел и последствия приговора об отмене брака. – Расторжение брака и законные его причины. – Порядок производства сих дел. – Примирительная деятельность суда и особенные затруднения в церковном судопроизводстве. – Иноверческие дела о разводах.

По введении христианства в России приняты были у нас в употребление церковью правила Кормчей книги о расторжении брака и о разводах, а дела брачные и разводные отнесены к ведомству церковного суда.

Однако церковь долго еще вела борьбу с народным обычаем неформального брака и развода произвольного. Обычай этот был особенно распространен между людьми низших сословий, по своему положению удаленных от церковной иерархии и от выгод законности всякого рода. Супруги оставляли друг друга, не стесняясь постановлениями церковного закона, тем более что и сам этот закон не имел совершенной ясности и определенности для церковных судей, так как законы о разводе, помещенные в наших кормчих книгах, не были вполне согласны ни между собой, ни с каноническими постановлениями. При решении дел возникали недоумения, и указы греческих императоров соединялись иногда безразлично со строгими каноническими правилами. В высших сословиях прежде всего обнаружилась потребность определить формальные признаки законности брака и развода; но и здесь совесть частных лиц и общественное мнение довольствовались долгое время тем, что развод происходил с разрешения простого священника, духовного отца, хотя по правилам юрисдикции в делах разводных принадлежала только высшей иерархии. Духовные отцы без затруднения писали и выдавали разводные письма, причем, по неведению или по злоупотреблению, не могло быть строгого церковного рассуждения о законном поводе к разводу. Уже в XVIII столетии, именно в 1730 году и потом в 1767 году, нужно еще было сенатскими указами оглашать повсюду решительное запрещение священно- и церковнослужителям писать разводные письма.

Со времени Петра Великого государственная власть стремится установить на твердом основании ведомство дел о разводах и определить законные причины к расторжению брака в законе гражданском. До 1805 года решения о разводах могли быть, по крайней мере по многим делам, постановляемы епархиальной властью, без утверждения Синода. С 1805 года (Ук. 1 янв. П. С. З. № 21585) указано не вершить подобных дел без рассмотрения и утверждения Святейшего Синода (за немногими исключениями). Затем в Уставе духовных консисторий 1841 г. и в Указе о делах брачных 6 февр. 1850 г. (№ 23906) окончательно определены правила о церковной юрисдикции по делам брачным и об отграничении ее от светской юрисдикции. См. еще новые правила в Уст. Угол. Суд., ст. 1011–1016¹.

Наш закон вообще признает два способа к прекращению брака, независимо от смерти (ст. 43): 1) признание браков незаконными и недействительными, когда оказывается, что брак в самую минуту совершения

¹ Все жалобы на решения Синода по бракоразводным делам, в предметах, касающихся расторжения брака, не были принимаемы к рассмотрению в Госуд. Совете (1817 г., д. Щепочкина).

своего был незаконен; 2) *расторжение* брака вследствие последовавшего за совершением события, когда оно имеет разрушительную силу.

Брак признается недействительным:

А) Когда лица, вступившие в него, в минуту его совершения не имели юридической способности к браку, т.е. были: в сумасшествии (та или другая сторона); в запрещенном родстве или свойстве; не свободны были от другого брака; состояли под запрещением вступать в брак; были не в законном возрасте; вступили в четвертый брак; по званию (духовному) не могли вступать в брак; когда православный вступил в брак с нехристианином.

Б) Когда не было свободного соглашения, а было насилие в браке¹ (Зак. Гр., ст. 37).

Закон упоминает прямо о насилии, но не упоминает об обмане и об ошибке. Однако же нет сомнения в том, что, смотря по обстоятельствам дела, и то и другое может быть признано поводом к признанию брака недействительным, ибо тем и другим нарушается свободное сознание и соглашение в браке – существенное условие действительности союза. В другой части законодательства статья Уложения о наказаниях (1551) угрожает тяжким уголовным наказанием за обман в браке.

Вопрос о законности или незаконности брака всегда подлежит ведению духовного суда. Дела эти начинаются: 1. По донесениям должностных лиц; 2. По отношениям светских уголовных судов; 3. По жалобам и искам лиц, имеющих гражданский интерес в деле, или по доносам, когда брак соединен с преступлением. Но дело о несовершеннолетии в браке может быть начато только самим супругом несовершеннолетним, доколе он не вступил еще в брачное совершеннолетие и доколе нет еще беременности. Дела о насилии могут быть начаты только принужденным лицом или родителями его и опекунами, в течение 6 месяцев со дня совершения брака или прекращения обстоятельств, препятствовавших подаче просьбы (Зак. Суд. Гражд. 445–447).

Поводом к разводу не может служить открывшееся после брака нецеломудрие девицы, вступившей в брак, хотя бы даже оказалось, что она до брака выдавала себя жениху за целомудренную.

С изданием Нов. Суд. Уст. 447 ст. Зак. Суд. Гражд. (803 ст. 2 ч. X т., изд. 1857 г.) хотя и не показана отмененной, но по смыслу журн. Госуд. Сов. (см.

¹ Недействительными признаваемы были браки раскольников, венчанные не в православной или единоверческой церкви; это есть недействительность перед законом, т.е. отрицание законности брака, но не разлучение от сожительства, ибо и незаконные жены раскольников поповщинской секты признаются и записываются их женами в полицейских списках.

Суд. Уст. изд. Госуд. Канц. о делах брачных) предмет 447 ст. признан неподлежащим включению в Уст. Гр. Суд. Вместо того в Уст. Угол. Суд. ст. 1012 постановлено, что дела о браках, совершенных по насилию, обману или в сумасшествии одного или обоих брачавшихся, начинаются в уголовном суде, приговор коего относительно насилия или обмана сообщается духовному суду для решения о действительности или недействительности брака.

Отсюда возникают на практике немаловажные затруднения. Обсуждение факта или деяний в видах уголовной ответственности далеко не всегда тождественно с обсуждением его в видах определения гражданских от него последствий. И так может случиться, что факт, признанный недостаточным для уголовного вменения, может быть признан достаточным для разрушения союза или соглашения, на этом факте основанного. Вот причина возможного по существу столкновения между приговорами уголовного и церковного суда по делам о насилии и обмане: возможность эта усилилась с введением суда присяжных. Немало уже случаев, когда двоеженцы и троеженцы выходили из уголовного суда оправданными, при бесспорности самого факта двое- и троеженства; но суд церковный, ввиду бесспорности факта, не может оставить его без внимания, когда возникает вопрос о действительности брака. Формальное правило 1012 ст. ставит церковный суд в зависимость от приговора уголовного суда о насилии и обмане. Но когда в подобных случаях обвиняемый скрылся от суда или умер, уголовное производство прекращается, и церковный суд не может иметь в виду уголовного приговора о *вине* подсудимого, хотя факт вполне доказан. В таких случаях Святому Синоду остается постановлять свое решение вопреки 1012 ст. и приводить его в исполнение с Высочайшего соизволения.

Дела о сумасшествии при вступлении в брак начинаются в консисториях и помимо уголовного суда, когда нет указания ни на насилие, ни на обман, но доказывается, что при вступлении в брак сумасшествие было скрытое, по наследственному или органическому предрасположению.

Епархиальное начальство (консистория) основывает свои решения по сим делам на канонических правилах и указах Синода (в этом состоит главное основание, почему дела сего рода подлежат исключительно решению духовного суда) и непременно представляет сии решения Синоду на утверждение. Светским уголовным судом предоставлено решение о преступных или неправильных действиях, о подлогах и обманах, вследствие коих брак может быть признан недействительным, но некоторые из сих дел (напр., о многобрачии, о кровосмешении, о насилии и сумасшествии), если ранее начались в светском суде, не могут быть им решены прежде истребования от духовного суда мнения о действительности брака; а иные дела (как-то: о браках с нехристианами, о браках в запрещенных степенях, о четвертых браках) ведаются прежде всего духовным судом, и уже по решению в нем поступают в светские суды (Зак. Суд. Гражд., ст. 449; Зак. Суд. Угол., ст. 693–696; Уст. Угол.

Суд. 1013–1015). Дела о гражданских последствиях брака и правах, из него истекающих, напр. о законности рождения, решаются гражданским судом; но предварительный вопрос о действительности брака, если возникнет в деле, непременно отсылается из гражданского суда на решение судов духовных, коего гражданские суды поверять и опровергать не вправе (Зак. Суд. Гражд., ст. 442, 451, 471). Иск о признании незаконным брака, по смерти одного из супругов, может быть предъявлен заинтересованными лицами не позже как в течение 2 лет со времени сей смерти (Зак. Суд. Гражд., ст. 452¹).

Последствия приговора о признании брака недействительным: бывшие супруги разлучаются от сожителства, или безусловно, или условно, в случае несовершеннолетия. Для виновных в двоебрачии, с уничтожением незаконного союза, восстанавливается прежний закон, буде оставленный супруг не отречется от прежнего брака и пожелает восстановить его; а когда обе стороны виновны, то прежний союз их восстанавливается безусловно (Зак. Гр. 38, 42). В некоторых случаях, по уничтожении брака, лицо, признанное виновным, осуждается на безбрачие (таковы двоебрачники и виновные в оставлении супруга, а также по решению церковного суда и церковному закону, виновные в прелюбодеянии, ст. 39–42). Все дети, прижитые в недействительном браке, признаются незаконными. Если брак уничтожается за обман или насилие, то участь детей, прижитых в сем браке, равно как и участь невинного супруга, повергается судом на особое милостивое усмотрение Высочайшей власти (Зак. Гр. 132, п. 4. 133).

Эта зависимость церковной юрисдикции по делам сего рода от решения светского уголовного суда во многих отношениях неудобна и стеснительна для гражданских интересов. Когда дело идет о преступлении, подлежащем суду присяжных, нередко, к несчастью, случается, что факт преступления, с очевидностью удостоверенный на следствии, оставляется присяжными без внимания, и случайным или прихотливым их приговором преступник объявляется невинным и освобождается от суда. Притом заочное решение о вине преступника не допускается, и в случае отсутствия его или неотыскания, уголовное дело прекращается. В таких случаях оказывается для церковного суда формальная невозможность постановить решение о разводе, как бы ни были очевидны законные к тому поводы, и единственным средством к выходу представляется испро-

¹ Вопрос о разграничении подсудности между духовными и светскими судами по делам брачного права подвергается в последнее время обстоятельному обсуждению в литературе, по поводу предположений о реформах по этому предмету (см. Журн. Гражд. Права, 1872 и 1873 гг.). При сем неоднократно делаются были ссылки на 2 ч. Курса Гражд. Права с указаниями на неполноту изложения. Не лишним считаю заметить, что существенный предмет этого курса — гражданское право, а не судопроизводство.

шение Высочайшего соизволения на производство и решение дела, к чему прибегает в важнейших случаях Святейший Синод. Таковы, напр., дела о многобрачии, о повенчании браков с насилием, обманом или в сумасшествии. Впрочем, дела о многобрачии изъяты в 1889 году из ведения присяжных.

Расторжение брака (Гр. 45 и след.). Законные поводы к расторжению брака следующие:

1. *Прелюбодеяние*, все равно мужа или жены (Гр. 46, 47).

2. *Физическая неспособность* к брачному сожитию. Этот порок считается поводом к расторжению брака лишь в таком случае, когда он природный или когда начался прежде вступления в брак (48, 49); стало быть, причиной расторжения полагается состояние, существовавшее при самом заключении брака, но уже в течение брака обнаружившееся. В делах сего рода главным основанием решения служит осмотр и заключение экспертов медиков в местном медицинском управлении и в медицинском совете.

3. *Судебный приговор*, присуждающий одного из супругов к наказанию, с коим соединено лишение всех прав состояния либо ссылка на житье в Сибирь, с лишением всех особенных прав и преимуществ (Зак. Гражд., ст. 45, п. 2 по Прод. 1893 г.). Из сего приговора расторжение брака не само собой следует, но зависит от воли того или другого супруга. Буде же супруг последует за осужденным в новый быт его на место назначения, то прежний брак остается в силе и может быть расторгнут лишь в таком случае, когда осужденный будет за новое преступление приговорен к наказанию, влекущему за собой разрушение семейственных прав (Гр. Зак. ст. 50, 52, 53; Уст. о ссыльн., изд. 1890 г., 404). Просить о расторжении брака предоставляется и невиновному супругу, если он не последует за осужденным, и осужденному. Для подачи осужденными просьб установлены определенные сроки, а именно: для каторжных не прежде как по истечении сроков, указанных в 1 п. ст. 412 Уст. о ссыльн. изд. 1890 г., а для ссыльнопоселенцев – по истечении двух лет со дня вступления в силу судебного приговора. Просьба подается духовному начальству по месту совершения брака, а у раскольников в суд по месту записи брака в метрическую книгу. Консистория или суд, постановив решение о расторжении брака, сообщает о сем в подлежащие губернские правления, объявляет просителям и о расторгнутых браках доносит Синоду.

По закону 1891 года, дек. 30 (Собр. узак. 1892 г. № 116) женам магометан, лишенных всех прав состояния, дозволяется выходить за других мужей, с разрешения магометанского духовного собрания или духовного правления.

Право просить о расторжении брака по судебному приговору не ограничено сроком, но надо полагать, что право это продолжается в течение всего времени ссылки виновного: если просьбы не было, а между тем виновный прощен или возвращен по новому приговору суда, то прежний брак остается в силе (Зак. Гр. 53). Если оба супруга лишены прав состояния, надобно полагать, что брак остается в силе (см. Ук. 1818 г. П. С. 3. № 27. 231).

До издания закона 1892 года право просить о расторжении брака предоставлено было лишь невиновному супругу, остававшемуся на месте жительства, стало быть, если он не просил, то другой супруг на месте ссылки не имел возможности вступить в новый брак. Кроме ссылаемых с лишением прав, многие ссылались и без лишения всех прав, однако женам мужей, сосланных по судебному приговору, предоставлялось при некоторых условиях оставаться на месте жительства, но без права на расторжение брака. Тем не менее и в сих случаях невольное, вследствие ссылки, разлучение супругов фактически расторгло брачную связь и лишало законного способа к устройству полового сожителства, семьи и дома. Отсюда возникали явления, крайне нежелательные и в нравственном и в государственном отношении. Сосланные на месте ссылки побуждались в одном лишь разврате искать удовлетворения естественной потребности и были лишены возможности устроить семью, а оставшиеся супруги также лишены были надежды на брачную жизнь. Посему с давних пор, особливо же с издания законов 1850 года, из Сибири и духовные власти и гражданское начальство настоятельно просили об изменении закона, и Святой Синод еще в 1853 году признал возможным ходатайствовать, чтобы разрешено было и преступникам, лишенным прав, просить о разводе, если невинный супруг не последовал за виновным, дав в том подписку, через 2 года после сей подписки, и чтобы подобное право даровано было ссылаемым без лишения всех прав, если супруги за ними не последовали. Но Государственный Совет нашел, что это вопрос по важности своей требует общего соображения с прочими частями законодательства, что может быть сделано при пересмотре Гражданского Уложения. Между тем продолжались настойчивые просьбы с мест поселения о разрешении браков, — вследствие чего и состоялся, по представлению Синода, вышеприведенный закон 1892 года.

4. *Безвестное отсутствие* одного из супругов в течение 5 лет. В этом случае оставшийся супруг может просить *свое* епархиальное начальство о расторжении брака и о дозволении вступить в новый брак (Зак. Гр. 54). Это правило распространено и на жен нижних чинов, бежавших со службы, пропавших на войне без вести и взятых в плен, буде мужа не отысканы (56).

Русские православные жены иностранных пленных, с коими вступили в брак в России, получают разрешение вступить в новый брак, если мужа, быв отпущены за границу в свое отечество, более 2 лет находятся в отсутствии (Зак. Гр. 77). Подобное же правило постановлено об оставшихся в России женах

заграничных азиатцев, когда мужа их отпущены за границу (89). Для колонистов см. особое правило в Уст. Кол. 146–148.

По поводу вступления обоих супругов в монашество по взаимному согласию в законе не полагается расторжения брака (IX. 347, п. 1), но нет сомнения, что по силе монашеских обетов между такими супругами должно быть на деле и перед законом разлучение, т.е. прекращение всяких супружеских отношений. По церковному закону (Дух. регл. приб. о монахах, п. 5), пострижение в монашество служит поводом к расторжению брака. В церковном праве известна еще причина расторжения – избрание мужа епископом (VI Всел. 12, 48).

В законе упоминаются еще следующие поводы к расторжению брака:

1) Если, по принятии одним из супругов нехристиан (женой) св. крещения, муж не согласится иметь ее одну женой или не даст подписки о нестеснении ее в вере и о крещении будущих детей в православие, или окажется, что жена прежде крещения была отлучена им от сожительства (Зак. Гр. 80). Подобный же случай в ст. 81 Ср. 1 Коринф. VII, 12–14. 2) Если новокрещенный муж не пожелает жить с прежней женой, некрещеной, ст. 83. 3) Если заграничный азиатец, женившись на русской лютеранке и выехав за границу, в течение 2 лет не вернется к жене – ст. 89. 4) Браки православных с переселяемыми в отдаленные места молоканами расторгаются по просьбам первых, причем дается им разрешение вступить в новый брак от духовного начальства. На такое же разрешение имеют право жены молокан, обратившиеся в православие. Женам добровольно оскпившихся дозволяется, по просьбе их, выходить в замужество за других.

Расторжение брака совершается не иначе как вследствие формальной просьбы того из супругов, который требует сего расторжения, подлежащему епархиальному начальству той епархии, где супруги (т.е. муж) имеют жительство (Зак. Суд. Гражд. 443 и прим. 448).

Просьба о расторжении брака по неизвестному отсутствию подается в духовную консисторию по месту жительства с приложением метрической выписи о браке. В просьбе должно быть означено, где со времени совершения брака проживали постоянно или временно супруги, проживали ли совместно или раздельно, когда и где в последний раз виделись, когда и при каких обстоятельствах началось неизвестное отсутствие и когда об отсутствующем были получены последние сведения. Кроме того, должно быть показано недвижимое имущество супругов, буде имеется, род и сословие их, занятие и служба, родители, если находятся в живых и место их жительства, и известные просителю братья, сестры и другие родственники свои и отсутствующего супруга, также с указанием их места жительства и принадлежащих им недвижимых имений. Если что-либо не может быть показано в прошении, то о сем должно быть оговорено в нем, в противном случае производство дела приостанавливается, о чем и объявляется просителю, с назначением срока, не более шестимесячного со дня объявления, пополнить показание письменно

или заявить в присутствии консистории. По представленным данным рассылаются повестки через полицию лицам, которые могут иметь сведения об отсутствующем супруге, об обстоятельствах его отлучки и о дальнейшей его судьбе; по содержанию повесток они обязаны доставить в консисторию необходимые сведения. Кроме того, для опроса подлежащих лиц, по установленным вопросным пунктам, консистория может относиться в губернское правление по месту последнего жительства отсутствующего, по месту нахождения его имения, либо по месту его службы и занятий. Одновременно с сим делается в церковных ведомостях объявление о предъявленном иске, — после чего, по истечении года, дело рассматривается в консистории, и брак расторгается с утверждения Синода, с дозволением просителю вступить в новое супружество. Утверждения не требуется для дел о расторжении браков по неизвестному отсутствию в мещанском и крестьянском звании; эти дела решаются консисторией окончательно. Недовольным предоставляется жаловаться в Синод. С получением известия о месте пребывания отсутствующего супруга или за смертью одного из них дело прекращается (Зак. 14 янв. 1895 г., Собр. узак. № 471).

Иски о прелюбодеянии могут иметь двоякую цель: или личное преследование виновного в нарушении супружеской верности — это цель уголовная, и в таком случае дело должно быть начинаемо в уголовном суде, в течение 2 лет со времени учинения преступления; или иски эти имеют целью расторжение брака и церковное наказание — в таком случае иски должны быть предъявлены в духовном суде (см. Уст. Угол. Суд., ст. 1016 и толкование на нее в изд. Госуд. Канц.). Надобно полагать, что оба эти иска несовместимы, так как невозможно допустить двойное наказание в двух судах за одно и то же преступление. Когда обвинение в прелюбодеянии предъявлено с обеих сторон и обе стороны виновны, то расторжение брака не имеет места. Церковное судопроизводство по сим делам имеет свои особенности. По учению церкви прелюбодеяние признается поводом к расторжению брака (Матф. V, 32; XIX, 9); но по правилам св. соборов и св. отцов (Соб. Неокес. Прав. 8. Васил. вел. пр. 9, 21, 39, 48; VI Всел. Соб. пр. 87) брак, и несмотря на прелюбодеяние, может сохраниться в силе и даже остаться не расторгнутым (Карф. соб. пр. 115) в случае примирения супругов. Посему дела сего рода возбуждаются не иначе как по частному иску, именно с целью расторжения брака (Уст. дух. конс. Изд. 1883 г., ст. 237–239). Поэтому же, в случае предъявления подобного иска, духовному суду прежде всего вменяется в обязанность соглашать обе стороны к примирению и, лишь в случае безуспешности, приступать к формальному производ-

ству, но и в течение его не упускать удобного случая к примирению сторон (Уст. Дух. Конс. Изд. 1883 г., ст. 240). Для достижения этой цели постановлено, что на суд супруги вызываются непременно для *личной* явки (Уст. Дух. Конс. Изд. 1883 г., ст. 241). Это обстоятельство обыкновенно служит поводом к значительному замедлению производства, если та или другая сторона уклоняется от явки и скрывает или перемещает место жительства, ибо церковная подсудность определяется по этим делам постоянным местом жительства супругов, а не местом совершения прелюбодеяния (Зак. Суд. Гражд., ст. 443, п. 3). А так как доказательства прелюбодеяния (акты, свидетели и т.п.) обыкновенно связаны с местом совершения прелюбодеяния, то отсюда возникает и другое затруднение в собрании доказательств. В консистории, по делам этого рода, происходит между сторонами судоговорение, в старой форме, оставшейся еще от указа 1723 года о форме суда, в форме судных тетрадей, в которые записываются речи истца и ответчика. Действующими лицами в этом судоговорении бывают обыкновенно поверенные. Относительно обсуждения доказательств духовный суд стеснен сравнительно со светским, и весьма легко случиться может, что уголовный суд признает прелюбодеяние доказанным при введенном новыми уставами свободном обсуждении доказательств, тогда как духовный суд не признает его доказанным, стесняясь во внутреннем убеждении существующим для духовного суда правилом (249 и след. ст. Уст. Дух. Конс. Изд. 1883 г.) формальной теории. Теория эта особливо недостаточна в применении к прелюбодеянию, которое по свойству действия устраняет возможность очевидного свидетельства. Признание же ответчика, по делам этого рода, не принимается доказательством, если не подтверждается обстоятельствами дела (Зак. Гр., ст. 47). Правило это существует лишь с 1811 года. До тех пор церковные суды руководствовались в этих делах правилом воинского процесса, что собственное признание есть лучшее доказательство, и потому получить развод за прелюбодеяние было нетрудным делом для супругов, желавших расторгнуть свой брак. О распределении детей между супругами в случае развода духовные суды обыкновенно отказываются постановлять определение, ссылаясь на гражданское правительство; гражданский же суд не имеет на эти случаи прямого руководства (см. § 20, 22). На решение епархиального начальства может быть недовольной стороной принесена в положенный срок апелляция Синоду.

Иск о расторжении брака за неспособность может быть начат не раньше как через 3 года по совершении брака (Зак. Гр., ст. 48).

Случается, что разведенные супруги через некоторое время, раскаявшись, просят восстановить их брачный союз. В подобных случаях Святейший Синод не отказывал в своем на то соизволении.

Брак прекращается смертью супруга или разводом. В первом случае оставшийся в живых супруг считается вдовцом или вдовой. В последнем случае жена разведенная, хотя и по смерти супруга, с коим была разведена, не вправе именоваться вдовой его.

По расторжении брака супругам (кроме случаев, в коих виновный осуждается на безбрачие) дается воля вступать в новый брак. В удостоверение этой свободы выдавался им в старину так называемый *отверзтый указ*.

Разлучение от стола и ложа не допускается по нашим церковным законам. Но из старой церковно-судебной практики видно, что в XVIII столетии и в первых годах нынешнего, по некоторым бракоразводным делам консистории, хотя не видели причин к разводу, но за явным несогласием между супругами дозволяли им жить, впредь до примирения, отдельно, «в надлежащем целомудрии», с тем, что, покуда не примирятся, ни тому, ни другому не позволяется вступать в другой брак, т.е. «оставаться им навсегда безбрачными», по выражению приговоров. Еще употреблялось для этого понятия выражение: «быть им в *единстве*, а в другой брак не вступать». Такие решения утверждаемы были и Св. Синодом. В выписках под такими решениями приводились обыкновенно Посл. Коринф. VII. 10 и 11 и Кормч. 102 пр. Карфаг. собора. См. *Розонова История Московского Епархиального Управления*. Бракоразводные дела 1766, 1776, 1805 гг.

О раскольничьих браках в Законах гражданского судопроизводства (ст. 440, прим.) и в Уставе гражданского судопроизводства (ст. 1356¹–1356⁹) постановлено:

1) Дела о правах, истекающих из браков, заключенных между раскольниками, а также дела о расторжении сих браков и о признании их недействительными подлежат суду гражданскому.

2) Дела, означенные в предшедшей статье, производятся в окружных судах по общим правилам Устава гражданского судопроизводства, с соблюдением притом правил, в нижеследующих статьях постановленных.

Примечание. В местностях, где не введены в действие судебные уставы 20 ноября 1864 года в полном их объеме, дела сии производятся в соединенных палатах гражданского и уголовного суда.

3) Подсудность брачных дел раскольников окружным судам определяется:

а) в делах о правах личных и по имуществу, истекающих из брачного союза, а также в делах о расторжении брака вследствие нарушения супружеской верности или неспособности к брачному сожитию, – согласно ст. 1339 Устава гражданского судопроизводства;

б) в делах о признании браков недействительными (ст. 13) – по месту записи брака в метрическую книгу;

в) в делах о расторжении браков с лицами, лишенными всех прав состояния, – по месту жительства просителей, и

г) в делах о расторжении браков по безвестному отсутствию одного из супругов – по месту записи брака в метрическую книгу, если подсудность дела не может быть определена на основании 1451 ст. Уст. Гражд. Судопр.

4) К делам, упомянутым в предшедшей статье, применяются правила о производстве дел брачных, содержащиеся в ст. 1340–1353 Уст. гражд. судопр. Кроме того, по делам, означенным в п. г предшедшей статьи, соблюдаются правила, содержащиеся в ст. 1451–1460 упомянутого Устава, а в отношении дел о расторжении браков по прелюбодеянию или по неспособности одного из супругов к брачному сожитию – правила, постановленные в ст. 47–49 Законов Гражданских (т. X, ч. I).

5) В случае возникшего при производстве дела о недействительности брака сомнения относительно степеней родства или свойства, может быть потребовано заключение местного духовного начальства.

6) Дело о признании недействительным брака, заключенного прежде достижения одним из супругов установленного к браку совершеннолетия (т. X, ч. I, ст. 3), может быть начато тем только из супругов, который вступил в брак во время этого несовершеннолетия. Это допускается лишь до времени достижения этим супругом определенного для совершения браков возраста и лишь в таком случае, когда брак не имел последствием беременности жены.

7) Право на открытие спора о действительности брака прекращается по истечении двух лет со дня смерти одного из супругов.

8) Неспособность к брачному сожитию удостоверяется освидетельствованием в местном врачебном учреждении.

Дела о браках иноверцев христиан ведаются вообще в установленных для каждого духовных правительствах. Если брак смешанный и одна из сторон православной веры, то решение о силе брака принадлежит духовному суду православной церкви безусловно. Если в смешанном браке обе стороны неправославные и венчаны в двух церквях, то решение о законности и о событии брака принадлежит суду того исповедания, коего священник произвел первое венчание, а решение о разводе – суду того исповедания, к коему принадлежит ответчик. Если смешанный брак между протестантской и нехристианской сторонами, то решение принадлежит суду протестантскому (Зак. Суд. Гражд. 453–456). Ср. Мн. Гос. Сов. 1891 г. (Собр. узак. № 873) об изменении 196 и 204 ст. Положения о союзе брачном в Царстве Польском.

По Уст. Ин. Исп. римско-католической духовный суд по брачным делам имеет 3 инстанции. В первой судит епископ со своей консисторией, во второй – Архиепископ со своей консисторией; всякое брачное дело проходит обе инстанции ревизионным порядком без апелляции, а если решения в них несходны, то допускается апелляция к Папе (Уст. Ин. Исп. 60).

В евангелическо-лютеранской церкви решение брачных дел принадлежит местным консисториям, по месту жительства ответчика (за некоторыми исключениями, см. Уст. Ин. Исп. 444, 447, 530). Допускается апелляция в генеральную консисторию (ст. 461, 559). Присяга по делам сего рода не допускается, а признание имеет ограниченную силу (545, 546). Решению предшествует примире-

тельное производство. Расторжение брака совершается особым обрядом, с отображением обручальных колец (548). О разводных делах у реформаторов см. ст. 849, 851, 881; у армяно-грегориан 983, 940 по Прод. 1890 г., 985.

Правила о недействительности и расторжении браков определяются в каждой церкви ее уставами; в 62 ст. Зак. Гр. постановлено, что запрещения совершать брак по принуждению, в сумасшествии, без законной авторизации и при существовании прежнего брака распространяются на браки всех вообще христианских исповеданий, но тут же прибавлено: «в той мере, как этими узаконениями для тех вероисповеданий постановлено»; следовательно, вопрос о том, считается ли нарушение того или другого запрещения законным поводом в кассации брака, разрешается еще сообразно правилам церкви. Запрещенные степени родства определяются для каждой церкви ее уставом (ст. 64 Гр. Зак.). По уставу лютеранской церкви, недействительными признаются браки в запрещенном родстве и свойстве, с язычниками, двойные браки, браки с участниками прелюбодеяния и браки без согласия подлежащей власти, если со стороны ее спор предъявлен (Уст. Ин. Исп. 246, 248). Законные причины к разводу: нарушение супружеской верности и доказанная, скрытая от мужа потеря невинности до брака; злонамеренное оставление; 5-летнее безвестное отсутствие; отвращение или неспособность к сожитию; отказ от исполнения супружеской обязанности; неизлечимая прилипчивая болезнь; сумасшествие; развратная жизнь, жестокое обращение и оскорбление; намерение лишить чести; противоестественные пороки, тяжкие преступления, подвергающие смертной казни, заменяющим оную наказаниям или ссылке на поселение (251–264, 265 по Прод. 1890 г.). Вместе с решением о разводе определяется, которой стороне следует отдать всех вообще детей или некоторых (266). Разведенные супруги могут снова вступить в брак друг с другом, с совершением вновь брачного обряда (268). Особые постановления для церквей местных см. в ст. 851, 881, 882 по Прод. 1890 г. Для армянской церкви 938, 939, 985 п. 6.

По поводу развода в смешанных браках могут возникать между православной и р.-католической церковными властями коллизии, так как в той и в другой церкви брак признается таинством, но брачное церковное право не одинаково. Таковы, напр., следующие случаи. За лишением прав состояния мужа брак его расторгнут в силу государственного закона, а жена, объявленная свободной, – р.-католического исповедания. Православная консистория требует от р.-католической соответственной отметки в метрических записях, и получает отказ, так как р.-католическая церковь не допускает развода. Трудно в сем случае опровергнуть р.-католическую консисторию. Православная консистория признает недействительным смешанный брак, совершаемый в одной р.-католической церкви без православного венчания. Невозможно требовать от р.-католической консистории подобного же признания и распоряжения. Подобный же случай возникает, когда при совершении брака обе стороны были р.-католического исповедания, но впоследствии один из супругов принял православие и по иску его брак расторгнут православной церковной властью.

У евреев расторжение браков бывает с возвратом и без возврата приданого и совершается по решению раввина или его помощника (Уст. Ин. Исп. 1089). На случай недоумений, высшей инстанцией служит Раввинская Комиссия при Мин. Внутр. Дел (1134).

У магометан браки расторгаются муллами, на решение коих жалобы приносятся Духовному Правлению и, чрез Губернатора, Мин. Внутр. Дел 1143, 1145, 1211, 1230. Расторжение брака записывается в метрическую книгу; актом его служит разводное письмо, за подписью имама или муллы. (Зак. Гр. 92–95). У калмыков брачные дела ведаются Ламой, по правилам Буддийского вероисповедания (Уст. Ин. Исп. 1264, 1283, 1284. Зак. Гр. 99).

В последние годы в либеральных органах нашей печати часто слышатся голоса, требующие секуляризации церковного суда по делам брачным и из брака возникающим. Мнения эти, очевидно, возникли не из народной почвы, но навеяны изчужа. Они держатся только на отвлеченных началах теории и сопровождаются обыкновенно полемикой противу так называемого клерикального направления. Но, кажется, давний исторический опыт показал уже очень ясно, как опасны всякие реформы, исходящие из отвлеченных начал и не соответственные с практическими условиями страны и самого дела. Тяжба между церковью и государством и между церковной и государственной юрисдикцией, которая проходит на Западе через всю историю и ныне завязывается с новой силой, не имеет смысла в нашей истории и в нашей действительности, и потому понятия и термины, переносимые к нам из этого чуждого нам процесса, получают искусственное и фальшивое значение, и вводят только умы в заблуждение. У нас нет ничего похожего на эту тяжбу, церковь состоит в единстве с государством – и слава Богу. Отделять одно от другого искусственно – значило бы уродовать действительно существующее, и оказывать плохую услугу и государству, и церкви, и народу. С реформами Петра исчезли последние остатки законного, формального антагонизма между церковною и светской областью суда и администрации. Какая же затем у нас надобность втискивать в гражданские суды предметы церковной юрисдикции, неразрывно связанные с вопросами церковного права, – когда наши церковные суды, состоя под непрерывным контролем гражданского правительства и с ним тесно связанные, сами по себе имеют значение и судов государственных? Нарушать их законную подсудность нововведениями, имеющими целью не что иное, как *секуляризацию самой идеи брака*, значило бы только вводить без нужды – опасный соблазн в народные понятия, производить в умах раздражение, не имеющее смысла, и давать поводы к жалобам на государство, что оно отдало вопросы церковного права в руки людям равнодушным к нему или иноверцам.

Вышеуказанные требования и мнения отразились, однако же, в проекте, составленном учрежденным при Синоде комитетом для основных положений духовно-судебной реформы. Комитетом этим предположены следующие изменения. Замечая, что деятельность духовного начальства по тем из брачных дел, которые ведаются в уголовных судах, есть не судебная, а административная функция, комитет проектировал распространение принципа закона 1850 года на все уголовно-

брачные дела, т.е. подчинение дел, перечисленных в ст. 1014, 1015 Устава Угол. Суд., порядку, указанному в ст. 1013, с тем изменением, что после уголовного суда дела эти поступают не в духовный суд, а к епархиальному начальству, т.е. к духовно-административной власти. Комитет предположил подчинить дела о расторжении браков по безвестному отсутствию гражданским судам с тем, чтобы, по окончании в гражданском суде производства о безвестном отсутствии, дела эти поступали к епархиальному начальству для расторжения брака. Он изменяет порядок производства дел о расторжении браков по неспособности одного из супругов к брачному сожитию следующим образом: первоначальное заявление о разводе делается архиерею, и, в случае безуспешности его попыток к примирению супругов, дело переходит в гражданский суд, который разрешает судебным порядком вопрос о неспособности и сообщает архиерею для расторжения им брака. Комитет признал существование двойной подсудности по делам о прелюбодеянии ненормальным, и производство сих дел, равно и дел о неспособности к брачному сожитию, неудобным для духовных судов. Он предполагает подчинить эти дела одному светскому суду, если архиерею не удастся предварительно помирить супругов, с тем, что по окончании уголовного суда, дело передано будет архиерею для расторжения брака, если ему опять не удастся помирить супругов. Сверх того, комитет предположил установить правило, что дела о законности рождений и об удостоверении действительности браков, когда факты эти представляются сомнительными, производятся в гражданском суде, требующем нужных сведений у духовного начальства.

Все эти предположения обстоятельно разобраны, по началам церковного права, в книге: *Предполагаемая реформа церковного суда*. Выпуск первый (СПб., 1873 г.). С противоположной точки зрения ревностным защитником предположений комитета явился г. Оршанский, в статьях: *Духовный суд и семейное право* (Журн. Гражд. и Торг. Права, 1872, № 3 и 4), и *Реформа гражданского суда и брачного права* (Журн. Гражд. и Угол. Права, 1873, № 6, 1874, № 1).

§ 12

Личные отношения супругов. – Необходимость единства власти в семье. – Римское и германское понятие о власти мужа. –

**Подчиненность жены по западным законодательствам, особенно по французскому праву. –
Неровный брак в германском праве.**

Внутренние отношения членов семьи, основанные на нравственном начале, всего менее подчиняются определениям положительного закона, который не может, по свойству своему, служить мерилom сих отношений, простирающихся на всего человека, а не на известные только его действия. Однако является, рано или поздно, необходимость коснуться и

сих отношений законным определением, когда они уклоняются от правильного состояния, когда в них нарушается мир и возникает вопрос о границах. Во всяком союзе естественном, соединенном с общением жизни и быта, уравнивание личных отношений достигается единством *власти*, которую закон по необходимости подтверждает за тем лицом, кому она принадлежит по естеству. Так и в полнейшем брачном общении мужа с женой одному из двух должна принадлежать власть, одной из двух волей должно принадлежать преобладание, необходимое для соблюдения мира в союзе. Власть эта и по естеству и по закону принадлежит мужу, причем закон по необходимости не может избрать средний путь, дабы не учинить бесплодного и раздражающего вмешательства в отношения супругов, и посему власть мужа в законе получает по необходимости свойство безусловной власти: как бы тяжела ни оказалась эта власть для жены в частном случае, жена может освободиться от нее не иначе как вместе с разрушением брачного союза. По свойству закона невозможно ни требовать, ни ожидать от него ослабления власти в союзе супружеском: смягчение же власти зависит не столько от закона, сколько от смягчения нравов общественных и от изменения общественных понятий. Но в определении принадлежностей сей власти закон может быть более или менее суров, и замечательно, что там, где закон более входит в определение сих принадлежностей, там, хотя бы определения сии имели в виду ограничение власти мужа, они тем самым выражают еще яснее безусловное ее значение (напр., когда закон определяет, с какого возраста муж вправе отлучить малолетних детей от матери, он тем самым, так сказать, узаконяет одно из самых суровых проявлений мужнего преобладания).

В Риме, при строгости древнего права, жена состояла во власти своего мужа (*in manu*) наравне с дочерью; а когда строгое право утратило свою силу, и эта власть ослабилась. Жена хотя и осталась привязанной к месту жительства и подсудности мужа и лишена была, при жизни мужа, власти над детьми, но удерживала при себе свое имущество в полном распоряжении. Власть над ней мужа выказывалась всего явственнее в тех случаях, когда она подавала мужу законный повод к разводу, и муж за убийство жены, застигнутой в прелюбодеянии, не подвергался никакому наказанию. Церковное право усилило власть мужа над женой в идее, следовательно, и в праве: в законе соединялись с ней такие названия, как, напр., *dominium, potestas, imperium maritale*. Германская идея семейных отношений соединяла с мужней властью понятие об опекунстве (*mundium*) и представительстве: в этом смысле определяется мужняя власть и по новейшим законодательствам. Супругам указана

ровная доля общения в браке, так что не жена существует для мужа, а оба друг для друга существуют; но муж поставлен главой брачного союза и семьи (Pr. Ldr. II. 1. 175, 184. Oest. Ges. 88–92); жена обязана повиноваться мужу (Code N. 213). Преобладание мужа усилено в особенности французским законодательством. Выше указано было на это направление французского закона, по поводу прелюбодеяния жены, но и в ежедневной жизни, и в распоряжении имуществом французский закон связывает жену на всяком шагу волей мужа, признавая волю ее одной недостаточной для множества гражданских действий. Жена не может ни искать, ни отвечать на суде, и в своем деле, без дозволения мужа (если муж отказывает в своем дозволении без уважительной причины, разрешение дается от суда). Жена не может дарить, отчуждать, закладывать, приобретать имущество по акту, ни выдавать на себя личные обязательства, без участия мужа или без письменного разрешения от него (этого разрешения жена может в случае неправильного отказа требовать от мужа судом и то не всегда). Без согласия мужа не может вступить в отдельную торговлю, но, вступив, имеет уже право свободно совершать сделки по торговле. Закон дозволяет ей только свободное распоряжение имением в завещании и свободное распоряжение по управлению собственным имением, если это последнее право она выговорила себе по брачному договору (Code N. ст. 215–226)¹.

Итак, во Франции замужняя женщина становится неспособной к совершению важнейших гражданских действий; совершеннолетняя девушка или вдова может действовать свободно, но с выходом в замужество теряет полную свободу в распоряжениях по имуществу, подчиняясь авторизации мужа. Если даже муж ее в безвестном отсутствии, если он несовершеннолетний, или признан сумасшедшим, или ограничен в гражданских правах за преступление, – и в таком случае свобода жены не восстанавливается, и она обязана просить от суда того разрешения, которого не может дать сам муж (Code N. 218, 219, 221, 222, 224).

Это *юридическое* подчинение жены мужу, проистекающее из обычного права, из мнения, более чем из теоретических и нравственных соображений, оправдывается некоторыми юристами на том основании, что оно необходимо для поддержания безусловного мира в общем доме; но едва ли такое оправдание основательно. Напротив того, в этом юридическом подчинении заключается скорее зародыш противоречий и пререканий, которые, выходя из семейного круга, принимают вид юридической тяжбы между мужем и женой, – тяжбы, в

¹ Французский закон предоставляет мужу давать *общее* уполномочие жене на *управление* ее имением, с правом уничтожения во всякую минуту, но не дозволяет давать общего уполномочия на отчуждение (итальянский закон допускает и то и другое).

каждой стороной ищет уловить другую сторону, стремится достигнуть своей отдельной цели, конечно, в ущерб семейному миру и внутренней справедливости. Отношения семейного круга, которые, по свойству своему, должны быть основаны на чувстве взаимного благоволения и чуждаются материального веса и меры, — переходят в область судебной казуистики. Напр., сказано в законе: жена должна жить вместе с мужем и повсюду за ним следовать, где он имеет *жительство*, а муж обязан содержать ее прилично званию (ст. 214 Code N.). Супруги, если им угодно, живут и в разных домах, но когда муж захочет, требует от жены, чтоб жила с ним. Жена отказывается. Возникает вопрос: можно ли принудить ее силой, можно ли отправить ее с жандармами к мужу? Может ли муж запереть ее в доме? Жена представляет причины отказа. Возникают вопросы: в какой мере эти причины следует признать законными, анализируется буква закона, дух его и цель, и является возможность законных уклонений жены от сожительства с мужем. Так, напр., во французской практике принято, что если муж не имеет постоянного места жительства, а переезжает с места на место, жена имеет право уклониться, ибо в статье закона употреблено слово: *жительство*, резиденция. Принято, что если муж не может доставить жене в своем помещении *приличной* квартиры, с удобствами, соответствующими его средствам, жена может уклониться, ибо в статье закона сказано, что муж должен содержать жену прилично.

С браком соединяется сопричисление обоих супругов к одному праву, общение прав личных, политических, прав состояния, имени, чести, звания, чина. Муж сообщает все свои права жене. Новое право стремится к безусловному признанию этого начала, которого держалась церковь; но начало это не скоро достигло признания. В средние века, при политическом отчуждении сословий, утвердилось понятие о *неровном* браке. Брак свободного с несвободным считался постыдным браком, так что и свободная сторона могла этим браком потерять свою свободу. Но когда исчезло уже отличие рабов от свободных, осталось еще надолго другое различие между благородными и неблагородными, между высшим и низшим дворянством. В Германии оно было вовсе ощутительнее и удерживается еще доныне резкими чертами. Различие это выразилось особенно в браке. В средние века между рыцарской и нерыцарской кровью лежала середина непроходимая (*ritterbürtigen, nicht ritterbürtigen*), и союз одной крови с другой считался неровным; в нем не могло быть общения прав, и рождением от такого брака не передавалось родовое рыцарское право. Рыцарство отжило свою пору с изменением боевой организации и военной службы; римское право, по возрождении своем в Европе принятое в судебной практике, немало способствовало к водворению понятий о безусловном общении прав в браке, но и оно не могло превозмочь мнения, вкоренившегося в среде высшего германского дворянства, владетельных династических родов (*Reichständische Häu-*

ser), о неравенстве браков с членами низших родов дворянских: только диспенсациями императорской власти смягчаемо было иногда на практике строгое начало неравенства таких браков. С уменьшением числа владетельных домов в Германии и с разрушением Германской империи ослабело и это строгое понятие, но еще не утратило своей силы. И ныне для полноты брака в высшем дворянстве требуется еще равенство сословий (Ebenbürtigkeit), хотя это правило поддерживается уже не столько положительным законом, сколько частными уставами отдельных родов (Hausgesetze). Где нет этого условия, там брак считается неровным, т.е. жена не разделяет вполне сословного положения своего мужа, дети не наследуют вполне его звания и имений, которым присвоено родовое значение (Stamm-Fideicommiss und Lehengüter). Эти условия неравенства могут быть постановлены в договоре при самом заключении брака, и в таком случае брак называется неполным браком, с левой руки или мorganатическим (Ehe zur linken Hand, matrimonium ad morganaticam s. ad legem Salicam). В прусском законе (Ldr. II, 1; 30–33) до 1869 года существовало правило, что для брака дворян с лицами крестьянского и мещанского сословия требуется предварительное согласие трех членов рода и разрешение королевской власти.

§ 13

Личные отношения супругов по русскому закону. – Приобщение жены к состоянию мужа. – Совместное жительство супругов. – Право мужа требовать к себе жену. – Исключение для жены осужденного, сосланного и высланного. – Право мужа следовать за женой. – Нравственная и попечительная обязанность мужа. – Право жены на содержание. – Обязанность жены повиноваться мужу.

Муж и жена одно тело. Муж глава жены. Жена от мужа не отлучается. Вот главные начала, из коих проистекают постановления нашего законодательства. Муж высшего звания сообщает жене своей преимуществу своего звания, имя и права свои. Это сообщение решительно и безвозвратно. Оно не отменяется, если муж потеряет впоследствии права свои вследствие преступления (Гр. 100, 101; Зак. Сост., ст. 11). Это правило не распространяется на женщин, лишенных прав состояния и ограниченных, на срок ссылки, местом жительства в Сибири. Муж не

восстанавливает такой жене утраченных прав и не сообщает ей прав своего звания. Уст. о ссыл. изд. 1890 г., ст. 409 и след.

Наоборот, жена не сообщает мужу своего высшего звания, но и не лишается прав своих по рождению (IX, 5, 11, 44–46, 53, 539, 542). Потомственная дворянка, по вступлении в брак с непотомственным дворянином, удерживает при себе свое дворянское имение, но вновь приобретает такие имения с ограничениями, означенными в 328–330 ст. IX т.; ограничения сии, впрочем, теряют всякое значение с отделением и выкупом крестьянского надела. Относительно общения разных прав и преимуществ по службе и состоянию см. т. III Уст. служ. правит., ст. 530–538. Прил. к ст. 525 Уст. пасп. изд. 1890 г., ст. 45; Полож. о вид. на жительство 3 июня 1894 г., Мн. Гос. Сов., п. VII.

Супруги *обязаны* жить вместе (ст. 103 Зак. Гр.). Жительство жены предполагается там, где полагается место жительства мужа (Уст. пасп. изд. 1890 г., ст. 24; Полож. о вид. на жит. 3 июня 1894 г., ст. 11, 36); в нашем законе правило о совокупном жительстве супругов выражено безусловно в одинаковой безусловной силе для мужа и жены¹. Без сомнения, закон не настаивает безусловно на непременном соблюдении правила во что бы то ни стало; следовательно, муж и жена, если по необходимости и по доброй воле каждого проживают в разных местах, поступают не противно закону. Закон воспрещает только всякого рода акты (напр., завещание стороннего лица), клонящиеся к *самовольному* разлучению супругов. Жена следует месту жительства своего мужа (правило это обязательно и для русской жены иностранного подданного: Зак. Гр., 102); стало быть, при переселении, при перемене службы и вообще при перемене жительства жена должна следовать за мужем (ср. 442 ст. Уст. сссылн. изд. 1890 г.). Если бы она уклонилась от сего, муж имеет право потребовать к себе жену и принудить ее, чтобы жила с ним. Трудно допустить иное толкование в нашем законе. По иным законодательствам можно еще рассуждать, что несправедливо материальной силой принуждать жену к сожительству с мужем, когда она уклоняется от сожительства, и что это уклонение может служить мужу поводом требовать разлучения или расторжения брака. У нас такое рассуждение невозможно, и брачное сожительство жены с мужем, по требованию сего последнего, восстанавливается безусловно. Как бы ни было сурово об-

¹ Когда жена следует за мужем в ссылку по своей воле, то в пути супруги не отделяются друг от друга. Уст. сссыл. изд. 1890 г., ст. 85, 411. Буде ссыльно-каторжные на месте работ вступили между собой в брак и срок работ одному из супругов кончился прежде, чем другому, то освободившийся от работ обязан проживать с другим, пока и сему срок не кончится. Там же, ст. 412.

ращение мужа с женой при сожительстве, наш закон не открывает жене прямого способа просить об освобождении от сего сожительства или уклоняться от возвращения к мужу. До последнего времени, кроме смерти и формального развода, только судебный приговор о лишении мужа всех прав состояния за преступление освобождал жену от обязанности следовать за ним на место его назначения (103, 104 Зак. Гр.); где не было разрушения семейственных прав мужа по судебному приговору, там жена не могла воспользоваться подобной льготой, и потому люди, сосланные без лишения прав, могли требовать, чтобы жены следовали за ними. Только в 1859 году дана льгота государственным крестьянкам, а в 1862 г. распространена вообще на жен всех тех мужей, которые переселяются по приговорам обществ или по решению мировых учреждений. Жены освобождаются от обязанности следовать за такими мужьями, даже по требованию их, в следующих случаях: 1) если жена страдает неизлечимой болезнью, то может остаться на месте, с разрешения губернского правления; 2) по жестокому обращению мужа или по явно развратному его поведению, дозволение жене остаться на месте зависит от волостного суда (у крестьян), или от суда 1-й инстанции, с утверждения губернатора.

Там, где введены новые судебные уставы или одни мировые учреждения, просьбы жен об оставлении их на месте жительства по жестокому обращению мужа или развратному его поведению подлежат рассмотрению съездов мировых судей, а где остался прежний порядок судопроизводства — судов первой степени; просьбы же лиц сельского состояния повсеместно рассматриваются в волостных судах. Суд в постановлении приговора руководствуется правилами Совестного Суда (Уст. о ссыльн. изд. 1890 г., ст. 255, 256; но в Уставе о колониях — 468 ст. по Прод. 1868 г. — есть правило, по-видимому вовсе освобождающее жену от обязанности следовать за мужем, переселяемым по приговору общества). Так в первый раз явилась у нас законная возможность жене, без расторжения брака и семейных прав, уклониться от сожительства с мужем; но эта льгота дана была преимущественно женам из бывших податных сословий, ибо только лица сих сословий могут быть ссылаемы по приговорам обществ; впрочем, косвенно и отчасти, льгота эта касается и до лиц, принадлежащих к неподатным сословиям; ибо те же правила распространены на случаи удаления из мест жительства административным порядком и по особым Высочайшим повелениям (см. Уст. ссыльн. изд. 1890 г., ст. 263, прим.; Общ. пол. о крестьянах, ст. 158).

В новой редакции сих указов, как она изложена в 254 ст. Уст. о ссыльн. изд. 1890 г., сказано, что за осужденными к ссылке — не только с лишением всех

прав, но и с лишением особенных, лично и по состоянию присвоенных прав и преимуществ – на житье в Сибирские или другие отдаленные губернии или с назначением в водворяемые рабочие, супруги, не участвовавшие в преступлении, могут или следовать, или не следовать в ссылку, по собственному их на то желанию.

Мужа запрещается принимать в монашество при живой жене, если не пожелают постричься оба. IX. 347.

Замужние иностранки не принимаются в русское подданство отдельно от мужей. IX. 1014.

Муж не следует месту жительства жены своей, и если удаляется от жены, она вправе потребовать, чтобы он ее к себе принял и содержал бы ее¹. По Своду Законов издания 1857 года, при ссылке в Сибирь с лишением прав жены мещанина или крестьянина, мужу дозволялось следовать за ней не иначе как по перечислении из общества, к которому принадлежал (ибо мужчина составляет в своем обществе податную ответственную единицу). Но в 1862 году постановлено, что мужья, не участвовавшие в преступлении, *при всех родах ссылки и переселения их жен* (следовательно, и при переселении без лишения прав) следуют за ними единственно по собственному на то желанию и не обязаны испрашивать увольнительных от общества свидетельств (см. Уст. о ссыльн. изд. 1890 г., ст. 257, 263). Буде ссыльная с лишением прав женщина, вступив, по сроке ссылки, в сословие государственных крестьян, выйдет замуж за вольного человека и сама не может выселиться из Сибири, то и мужа обязывают подпиской, чтобы не переселялся из Сибири; следовательно, в сем случае муж следует месту жительства по жене своей. Уст. о ссыльн., изд. 1890 г., ст. 414. Если оба супруга на каторге, то один из них, коему срок работ кончился раньше, должен проживать при остающемся до истечения его сроков.

Муж обязан любить свою жену и доставлять ей пропитание и содержание по состоянию и возможности своей (Зак. Гр., ст. 106). Правилу о любви, без сомнения, трудно придать положительную принудительную силу в законе; но когда забвение или нарушение долга любви между супругами доходит до действий, посягающих на честь, безопасность и здоровье супруги, закон усиливает наказание за такие действия (1451, 1583 ст. Улож о наказ.). Отношение любви принимается во внимание на

¹ В военное время, при передвижении войск, женам и семействам нижних чинов запрещается за ними следовать (Уст. Зем. Пов. Прим. 5 к 259 ст.). Кроме же военного времени, сие не только не запрещается, но еще дается в некоторых случаях женам пособие на отправление к мужьям. Уст. Зем. Пов. 490–492. Право жен и семейств на жительство с мужьями, на отводимой квартире, предполагается даже в отсутствии мужей. См. Уст. Зем. Пов. 259 и примеч. 260, 261.

тот случай, когда супругам предстоит свидетельствовать на суде друг против друга. По уголовному закону (Улож. 1595), супруг, виновный в прелюбодеянии, подвергается, по жалобе обиженного супруга, заключению в монастырь или в тюрьму на срок от 4 до 8 месяцев и, сверх того, церковному покаянию.

В прежнем Уставе Судопр. (Зак. Суд. Гражд., изд. 1892 г., ст. 192 п. 4) было сказано, что жена не может быть свидетельницей против мужа по ссылке противной стороны, но не сказано, что муж не может быть свидетелем против жены. В новом Уставе Суд. Гр. (ст. 84, 371) сказано положительно, что не допускаются к свидетельству супруги тяжущихся, а в Уст. Угол. Суд. (ст. 95, 96, 705, 706), что муж или жена подсудимого могут устранить себя от свидетельства, а если не пожелают, то допрашиваются без присяги. В случае отвода не допускаются к свидетельству под присягой муж и жена потерпевшего от преступления лица, хотя бы оно и не участвовало в деле.

Личные обиды между супругами, по мнению некоторых юристов, не подлежат судебному преследованию (см. Лохвицкого. Курс Уголов. Права, стр. 475).

Муж обязан содержать свою жену, но закон не дает определенной формы иску жены на мужа о недостатке содержания или об отказе в содержании, хотя не подлежит сомнению, что в крайних случаях таковой иск не может быть отринут. В других системах гражданского права обязанность доставлять содержание выражается в особом иске о содержании (*aliments*, *dette d'aliments*, *action d'aliments*), и суд уполномочен определять это содержание мерой и количеством.

В нашем законе нет общих правил и указаний по сему предмету; о нем упоминается лишь в частных случаях. Так, в ст. 255 и 256 Уст. о ссыльн. изд. 1890 г. постановлено, что суд, дозволяя жене переселяемого административным порядком мужа оставаться на месте жительства, назначает размер содержания жене из мужнего имения. Когда у лишенного дворянства по суду и сосланного отбирается в опеку дворянское имение, то из доходов выдается жене, буде нет детей, половина. IX, 332, п. 4. О назначении содержания жене и семейству безвестно отсутствующего за границей (см. прилож. к ст. 8, прим. 4 по Прод. 1891 г., Зак. Сост.). См. еще правило 89 ст., Зак. Гр. о заграничных азиатцах, от коих при отпуске из России требуется обеспечение содержания жене, в России остающейся. В практике встречаются дела, в коих Государственный Совет, по поводу разлучения супругов дворянского сословия, предоставлял Дворянскому Собранию определять меру содержания, которое муж должен доставлять жене до примирения супругов (напр., решение 11 янв. 1840, по делу Енгальцевых).

А) В общем порядке признается, что наблюдение за исполнением семейных обязанностей не относится к ведомству судебных учреждений; на сем основании судебные места обыкновенно отвергали требование жены о принуждении мужа к доставлению ей содержания и в том случае, когда супруги живут вместе, и тогда, когда живут отдельно, буде разлучение их самовольное. Если бы от мужа жене выдано было обязательство производить ей на содержание положенную сумму в

отдельном ее жительство, такой акт не может иметь гражданской обязательной и взыскательной силы относительно мужа, как акт, клонящийся к разлучению супругов, но жена, без сомнения, вправе требовать от мужа, чтобы он принял ее к себе на жительство и на содержание (ср. Сб. Сен. реш., т. 1, № 672).

Б) Вправе ли жена, живущая отдельно от мужа, требовать себе от него содержания, и следует ли при обсуждении сего иска принимать во внимание неповинность жены в отлучении от совместного жительства с мужем? В некоторых Сенатских решениях находим на сей вопрос ответ отрицательный (см. Касс. реш. 1868 г., № 462, 526). Решения эти утверждают, что все обязанности, безусловно возложенные на мужа и жену, неразрывно связаны с такой же безусловной обязанностью жить вместе, и распределение сих обязанностей в случае раздельного жительства супругов по причине супружеских несогласий, законом не определяется. Иск сего рода Сенат признает в сущности иском о выдаче в пользу жены части доходов, получаемых мужем, следовательно, иском об имуществе, который не имеет места при существующем правиле 109 ст. Зак. Гр. о раздельности супружеских имуществ; притом средства мужа могут от разных случайностей подвергаться изменению, следовательно, нельзя определить цифрой, сколько он должен и может ежегодно отделять на содержание жены (Ср. ст. Маркова в Журн. Гр. Права 1872 г., № 6, стр. 1058).

Такое решение едва ли не строже самого закона, который предполагает, правда, совокупное жительство супругов, определяя обязанность мужа содержать жену, но предполагает вместе с тем любовь мужа к жене и попечение о ней и неразрывность, не только физическую, но и нравственную, супружеского союза и сопряженных с ним обязанностей. Все эти предположения надлежит, по всей справедливости, принимать в соображение вместе. Если бы закон предполагал совершенное равенство личных прав в супружеском союзе, возможно было бы отрицать в лице одного члена всякое требование к другому относительно взаимных обязанностей, когда союз физически разошелся. Но такого равенства закон не допускает и дает мужу власть над женой и жену обязывает повиновением мужу. В силу своей власти муж может (хотя не имеет права) отослать от себя жену, выгнать ее из дому, оставить ее без пропитания. Как же быть тогда жене, желающей жить с мужем, но не принимаемой на жительство? Очевидно здесь есть нарушение законного права жены, но как восстановить оное? И если дать место иску жены о принудительном водворении ее на жительство к мужу, чем обеспечить исполнение приговора о водворении? И по объявлении приговора, коем осуждается муж, он остается с прежней своей властью во всей полноте ее и с той же возможностью выслать жену или самому уехать, оставив ее. Правительственная власть не может в сем случае безусловно преследовать исполнение приговора, ибо тогда надлежало бы ей у каждого домашнего очага поставить свой трибунал и стражу и посреди дома действовать принудительно властной рукой: это дело немыслимое для государственной власти. Посему думаю, что иск о содержании не может быть допущен тогда лишь, когда сама жена уклоняется от совместного жительства с мужем; но если она сего именно требует, а муж упорно от сего уклоняется, то нет иного способа, как определить ей циф-

рой содержание от мужа, доколе он не примет ее к себе. Обязательность денежной повинности прекращается в ту минуту, когда муж примет к себе жену обратно, и эта самая повинность послужит единственным практическим средством для понуждения мужа принять жену свою на жительство. Отрицать таковой иск безусловно нельзя, без опасения погрешить отказом в правосудии. Представим себе такой случай: муж, бросив жену в нищете, уезжает далеко к себе в имение, живет там в роскоши и распутстве, а жене не отвечает на все ее просьбы и отказывается выслать ей деньги на проезд к себе? Неужели и в этом случае иск жены останется без всяких последствий?

Неосновательно полагать, что иск жены есть в сущности иск о выделе доходов. Это иск об особливом праве, которое едва ли можно смешивать с правом на имущество, именно о праве на содержание или *алименты*. Право это не есть вещное и не есть обязательство, поначалу своему числу и мерой определяемое, а право, проистекающее из некоторых семейственных отношений, с коими связана обязанность попечения и питания. Иск об осуществлении сего права необходимость требует превратить в число и меру, когда повинное лицо, не отрицая в сущности своего обязательного отношения, уклоняется от действительного исполнения повинности и ставит другую сторону в невозможность осуществить ее. Только здесь число и мера, по самому существу отношения, не могут быть определены раз навсегда, постоянно, ибо зависят действительно от средств хозяйственных и бытовой обстановки повинного лица; но необходимость изменения числа и меры, по обстоятельствам, не служит поводом к совершенному отказу в определении повинности числом и мерой. Справедливо рассуждает суд в приведенном выше решении, что в пользу жены нельзя взыскивать сумму, исчисленную за все время, проведенное ею в отдельном от мужа жительстве, за 5 лет до начатия иска, ибо иск сего рода переходит уже за пределы наличной потребности и есть, точно, иск об имуществе, но на будущее время справедливо, при указанных выше условиях, обязывать к содержанию жены мужа, который отказывается принять ее к себе; даже если бы доказано было, что жена, покинутая мужем, принуждена была войти в долг *для насущного пропитания*, надлежало бы по всей справедливости возложить на мужа ответственность в сем долге за жену.

Согласно с этим, в позднейших Сенатских решениях высказывается то положение, что жене может быть присуждено содержание от мужа в мере, соответствующей его средствам, по определению суда, когда она не живет с ним по его, а не по своей вине, и не уклоняется от совместного с ним жительства; денежная выдача на содержание жены для мужа обязательна до тех пор, пока он уклоняется от совместной жизни с ней (Касс. реш. 1872 г., № 407, 1873 г., № 1385, 1874 г., № 689, 1876 г., № 41, 1886 г., № 29).

Касс. реш. 1890 г., № 18. В деле Гриневича возникли вопросы: 1) вправе ли жена, живущая отдельно от мужа, требовать от него содержания, когда муж заявляет в суде о своей готовности принять жену в свой дом; 2) каким средствам мужа должно соответствовать определяемое судом содержание жене, живущей отдельно от мужа: тем ли, которые у него были в момент предъявления женой иска о содержании, или тем, которыми муж располагает во время постановления судом

решения, и 3) кто из супругов имеет преимущественное право на воспитание при себе детей, когда супруги живут разном. По первому вопросу Гражд. Касс. Деп. нашел, что, при заявлении мужем, во время производства дела о присуждении с него жене содержания, согласия принять жену в свой дом, суд, входя в оценку этого заявления, по обстоятельствам дела не лишен права в каждом данном случае не признавать за заявлением мужа о желании его принять жену значения действительно выраженного желания, предполагающего готовность изменить те отношения, которые, по вине мужа, уже привели жену к раздельной жизни, устранить причины, вызвавшие удаление жены. На второй вопрос Гражд. Департамент ответил, что материальные средства лица не представляют собой величины постоянной и подвергаются изменению, следовательно, определение судом содержания, размер которого должен соответствовать действительным средствам обязываемого к выдаче оного, обусловливается величиной этих средств в момент постановления решения. Зависимость, в которой, по силе 106 ст. т. X ч. I, мера содержания жены находится от средств обязанного мужа, обусловливает даже уменьшение содержания, определенного уже решением суда, если впоследствии произойдет сокращение источника, из коего оно назначено. Третий вопрос, по мнению Сената, должен быть разрешен в том смысле, что преимущественное право на воспитание детей принадлежит отцу, как главе семейства, доколе суд не решит, что ввиду особых обстоятельств польза детей требует воспитания их матерью.

В Юрид. Вестн. 1873 г., № 5 напечатано решение Моск. Суд. Палаты по делу Трухина, коим признано, что жена имеет право требовать от мужа приличного состоянию его содержания и пропитания только при совместном жительстве с мужем. В деле оказалось, что муж истицы объявлен сумасшедшим, и имение его взято в опеку, но жена не жила с ним в течение целых 25 лет до признания его в сумасшествии, а когда оно состоялось, требовала от опеки на свое содержание $\frac{1}{3}$ часть доходов с его имущества. В решении Палаты высказано, что право жены на содержание проистекает из личного отношения супругов, но не есть право на долю в имуществе супруга при его жизни.

Однако по тому же делу Трухиной (19 декабря 1873 г.). Кассац. Сенат подтвердил право жены, не жившей с мужем при его сумасшествии, на получение от опеки средств для своего содержания из имения мужа. При сем, по вопросу о размере сего содержания, Сенат рассудил, что хотя закон и не определяет размера, но устанавливает те данные, в пределах коих содержание может быть присуждено, именно в законе сказано, что муж обязан содержать жену сообразно состоянию и возможности. Посему судебные места могут требовать от тяжущихся только того, чтобы при возникшем споре о состоянии были представлены суду данные о состоянии мужа. Тогда сам суд, на основании сих данных, обязан определить размер содержания. На основании сих указаний судебная палата, приняв к руководству 1148 ст. Зак. Гр., назначила выдавать жене $\frac{1}{4}$ части из доходов с имения мужа (См. Юрид. Вестн. 1874 г., октябрь). Едва ли, впрочем, эта мера $\frac{1}{4}$ части может быть признана нормальной и согласной с началом, упомянутым в 106 ст. Зак. Гр. Это начало — экономическое, в мере потребности, приличия и возможности, а начало 1148 ст. есть мера легальная, установленная для

определения наследственной указной части. В одном деле может случиться, что эта мера сходится с экономической мерой содержания, но может случиться и противное тому: количество доходов $\frac{1}{4}$ части всех имений может, особливо при детях, и превышать меру действительной потребности и приличия.

В) В Касс. реш. 1873 г., № 1666 изъяснено: «Принимая в соображение 5 и 37 ст. I ч. X т., по силе коих запрещаются и признаются недействительными браки с безумными и сумасшедшими, следует прийти к заключению, что и при существовании брака, когда один из супругов лишился рассудка, *дальнейшее их брачное сожителство может быть допускаемо* лишь по выздоровлении больного супруга, и что в таком случае нет основания обвинять жену, что она не живет с умалишенным мужем, и лишать ее по сему поводу права на содержание из имущества мужа».

Последнее заключение нельзя не признать основательным: действительно нет повода лишать такую жену права на содержание потому только, что она не живет с мужем: при сумасшествии мужа сожителство ее, при особых условиях, может быть даже несовместно с системой лечения и с условиями выздоровления больного; но те общие выводы, на коих это заключение основано, невозможно признать верными и согласными с законом брака. От условий, требуемых законом для вступления в брак, невозможно делать заключения к условиям, при коих разлучается по закону сожителство. Из того, что брак с сумасшедшим не дозволен законом, совсем еще не следует, что в существующем браке, когда один супруг впадает в сумасшествие, другой супруг *вправе* оставить его, ради одной этой болезни; тем менее возможно заключить, как заключает Сенат, что разлучение супругов в этом случае *как бы обязательно* (сожителство *может быть допущено... лишь по выздоровлении*; брачное сожителство *немыслимо*). Вывод этот – от одного к другому несоизмеримому, сам себя не оправдывает; но если бы и можно было установить его буквально, он содержал бы в себе коренное противоречие с самим существом брака по нашему закону. Если бы в мысли закона единственной целью брака было физическое совокупление с рождением детей, то, конечно, следовало бы, что при сумасшествии одного супруга сожителство другого с ним должно быть прервано; но наш закон, да и никакой закон положительный не стесняет до такой степени идею брака. В браке нравственная сторона союза, если и не признавать ее преобладающей, во всяком случае имеет равное и нераздельное значение с физической, и закон предполагает сожителство и попечение любви тем более в таких случаях, когда оно наиболее требуется, именно в случае болезни. Итак, в смысле нашего закона, сумасшествие супруга не только не дает другому супругу права прервать сожителство, т.е. оставить больного, но и не служит даже, *само по себе*, оправданием или извинением оставления, если притом нет обстоятельств, вследствие коих сожителство с больным оказывалось бы для здорового невозможным или вредным, или несовместным с покоем и пользой самого больного.

Г) В 1871 году Моск. окр. суд признал неподсудным иск крестьянина Еромейко о понуждении жены к совместному с ним жителству, признал на том основании, что предметом иска служит исполнение определенных 106 и 107 ст. Зак. Гр. нравственных обязанностей, а понудительное осуществление этого ис-

полнения состоит вне круга способов исполнения, предоставленных суду 933 и 934 ст. Уст. Гр. Суд. См. Юрид. Вестн, 1871 г., № 3.

Д) Жена, живущая по какому-либо случаю не вместе с мужем, хотя бы и против его воли, вправе ли требовать от него выдачи вещей, составляющих отдельную ее собственность? Иные расположены и в сем случае отказывать жене в праве на иск, по тому же соображению, что законное жительство мужа и жены предполагается совместное. Кажется, однако, это соображение вовсе не применяется к настоящему случаю. Раздельность имуществ между супругами признается в законе независимо от всяких иных соображений. Это чистый закон собственности, имеющий *безусловное* значение. Притом в нашем законе, хотя муж — глава жены в доме, но нигде не сказано, что он державец или правитель женина имущества, и потому иск жены на мужа о ее собственности должен быть допущен независимо от всяких соображений о нарушении женой или мужем закона взаимных супружеских отношений.

Е) В 1893 году по иску мужа о водворении к нему жены Харьковская Палата рассуждала, что сего может требовать лишь тот муж, который своим обращением делает возможным совместное жительство, а в данном случае муж преследовал жену за привязанность к матери. Но это крайне легкомысленное рассуждение отвергнуто Сенатом, за силой 103 ст. Гр. Зак. В пример законных причин Сенат приводит случаи, когда муж сам не имеет определенного местожительства — или не может дать жене своей помещения, т.е. когда для жены представляется *совершенно невозможным* исполнить требование закона (?).

Жена должна повиноваться мужу (Зак. Гр. 107, 108) по силе его власти, которую 179 ст. Гражд. Зак. называет *неограниченной*. Это правило о повиновении имеет действительное значение и запретительную силу во многих случаях; напр., без согласия мужа жена не может наниматься в работу (Зак. Гр. 2202); но в распоряжении отдельным своим имуществом жена не нуждается в согласии и утверждении мужа. Наш закон не знает *опекунской* власти мужа над женой совершеннолетней, и даже опека (или попечительство) над несовершеннолетней женой предоставляется мужу только по свободному выбору жены и с утверждения дворянской опеки (260, 261 ст. Зак. Гр.). Только о векселях сказано в законе, что замужняя женщина не может выдавать их и переводит с возвратом на себя, без позволения своего мужа, если не производить торговли от своего лица (Уст. о вексел., изд. 1893 г., ст. 6).

Единство мужа и жены предполагается в следующих постановлениях закона по разным предметам: т. IX, ст. 109, 111.

Вдове записанного в цеховой управе мастера дозволяется продолжать мужнино ремесло; в случае нужды цеховой старшина и старшинские товарищи должны определить к ней и к детям попечителя или дать подмастерья, коему платеж производится от вдовьих или сиротских дел; по прошествии года, если она объявит, что желает продолжать ремесло, дозволяется ей иметь подмастерьев и учеников. Уст. о Промышл., изд. 1893 г., ст. 400, 401. Ср. еще там же, ст. 420.

§ 14

Отношения супругов по имуществу. – Германское начало общения имуществ в браке и римская система приданого. – Особое имущество жены. – Разнообразные системы западных законодательств. – Раздел имуществ по прекращении брака. – Ограничения брачных договоров и сделок между супругами. – Английский закон об отношениях супругов по имуществу.

Нравственное понятие о браке предполагает единство, общение целой жизни и всех ее отношений. С этим согласно – с нравственной точки зрения – требование, чтобы супруги смотрели на свое имущество, как на общее. Такое понятие об имущественном общении супругов приняло у некоторых народов юридическую форму, именно у народов германского происхождения. У германцев издревле утвердилось понятие, что муж есть природный опекун своей жены, как глава брака и семьи, и в этом качестве держит за собой женино имущество, как принесенное в брак, так и вновь приобретенное. Ему принадлежит неограниченное право распоряжаться ее движимостью; недвижимостью он управляет и пользуется, а отчуждает ее по соглашению с женой и ближайшими ее наследниками. Жена не может распоряжаться имуществом без согласия мужа, но муж в распоряжении своим имуществом не требует согласия жены. Муж платит из женина имущества долги ее, до брака сделанные, а она без его согласия не входит в новые долги. Все доходы, откуда бы ни шли, собираются к мужу; для всех расходов он доставляет средства. Затем жене принадлежит непосредственное заведование домашним хозяйством. По прекращении брака соединенные имущества мужа и жены разделяются, причем муж не отвечает за все, по распоряжению его отчужденное из женина имения. Если жена при вступлении в брак желает удержать часть имущества в свое особенное распоряжение, без ответа за мужа, – о сем должно быть особое условие.

Таково германское воззрение на отношения супругов по общему имуществу. Какова бы ни была идеальная задача такого воззрения, нельзя не сознаться, что в юридической обстановке его есть нечто суровое и искусственное, что в приложении к действительности, в обязательной форме закона, оно не только не обеспечивает внутренней твердости и единства брачному союзу, но и содержит в себе зародыш раздоров и разногласий. Не таково было воззрение римского права. В Древнем Ри-

ме строгое понятие о господстве мужа не допускало присваивать жене особые права по имуществу. Но в новейшем римском праве господство мужа исчезло в строгом юридическом значении. Несмотря на понятие о браке, как общении целой жизни, позднейшее римское право допускает юридическое разделение имущества между супругами; соединение имуществ предоставляется на свободную волю, но не выражается в обязательном законе. В римской системе жена приносит с собой в брак *приданое*, которое остается в течение брака неприкосновенным, составляя капитал, с коего доходы идут на общее хозяйство. Приданое назначается, при вступлении в брак, от родителей жены или от родственников; оно переходит к мужу, в состав его имущества, с коим не смешивается, и состоит во временном и в ответственном владении мужа лишь во время брака; муж не вправе отчуждать приданое жены или обременять его долгами, даже с ее согласия. По прекращении брака приданое возвращается к жене или к ее наследникам, либо к тому, кто дал приданое, если он дал на этом условии (*dos receptitia*); но сохранность приданого у мужа обеспечивается для жены по закону на его имени. Такова римская система приданого (*régime dotal*), противоположная идее общих супружеских имуществ. В этой системе приданое составляет существенную принадлежность брака, и по поводу приданого устанавливается, независимо от договора, в силу закона, особое юридическое отношение между мужем и женой. До остального имущества жены, какое у нее может быть кроме приданого (*extradotalia, paraphernalia*), мужу нет дела, и если он управляет им, то не иначе как по воле и доверию жены. Таким образом, хотя и в римской и в германской системе допускается и у мужа и у жены особенное имущество, но разница существенная та, что в римской все женино, кроме приданого, состоит в полном ее распоряжении, а в германской все женино, кроме особенно выговоренного ею имущества (*Sondergut*), поступает во владение и в пользование мужа. В первой системе о приданом, как об исключительном имуществе, требуется особенное распоряжение, назначение; в последней особое распоряжение требуется об отдельном женином уделе, как об исключении из общего порядка. Германские писатели любят хвалиться своей национальной системой общения имуществ в браке: они утверждают, что в их учреждении всего полнее осуществляется идеал брачного сожития, и многие из них считают систему приданого и раздельности супружеских имуществ учреждением, соответствующим низшей цивилизации. Но похвальба эта едва ли основательна, и римская система, кажется, более удовлетворяет справедливости, а римское учреждение приданого всего лучше соответствует практической потребности, соответствует более и достоинству жен-

щины в семье. Приданое удовлетворяет естественному желанию отца снарядить дочь свою в брак и отделить ей ту часть имущества, которая ей следует (в Древнем Риме назначение приданого было удобным способом передать часть имущества дочери, которая после отца не считалась наследницей, следовательно, не могла получить части); удовлетворяет и естественному желанию жены занять в новом доме самостоятельное положение, явиться не убогой пришельцей, а со своим достоянием, которое должно служить для поддержания домашнего хозяйства; посредством приданого достояние жены могло сохраниться для детей ее и перейти к ним в виде наследства.

Ни одна часть гражданского права в западных законодательствах не представляет такого смешения и такого сложного разнообразия, как отношения супругов по имуществу, и ее изучение в особенности затруднительно. В иностранной литературе жалуются на недостаток сочинений, в которых этот предмет был бы изложен с надлежащей ясностью. Разнообразные постановления по сему предмету приводятся обыкновенно к двум главным видам:

1. Система *соединения* имуществ (*Gütereinheit*). Всякое имущество жены, принесенное ею в брак и в браке приобретенное, переходит во власть мужа. Муж управляет и распоряжается, свободно отчуждает движимость всякого рода, а недвижимость, кроме крайней нужды, отчуждает с согласия жены. Жена признается владелицей своего имущества, но распоряжения в нем не имеет без воли мужа. За долги ее, сделанные до брака, отвечает ее имущество; за долги, в браке сделанные, отвечает оно только тогда, когда муж на те долги был согласен. Но муж в собственном имуществе свободен, и даже за его долги может быть привлечено к ответственности женино имение. По прекращении брака жена получает свое имение и может требовать из общей массы расчета за все, неправильно утерянное из ее имения, и за то, что из него пошло на удовлетворение долгов мужа.

2. Другая система – *общения* супружеских имуществ, более или менее полного (*Gütergemeinschaft*). Все имущество супругов соединяется в одну массу, в коей та и другая сторона участвует по соразмерности долей. Представитель и управитель всей массы – муж; с движимостью он делает, что ему угодно; для отчуждения недвижимости требуется общее согласие. Предбрачные долги обоих супругов и долги мужа, в браке сделанные, падают на массу; но из долгов жены падают на массу только те, кои сделаны по поручению мужа или для нужды домашнего хозяйства. По прекращении брака доли каждого супруга разделяются.

Некоторые законодательства принимают неполное, частное общение супружеских имуществ. Соединению в одну массу подлежит только то, что приобретено супругами в браке по наследству, по актам или трудом нажито (*Ergungenschaft, Collaboration*). Кроме того, может быть отдельное имущество мужа и отдельное имущество жены, изъятое из ее распоряжения и состоящее во власти мужа. По прекращении брака жена получает свое имущество и свою долю из общей массы, с расчетами и возмещениями переплаченного. Особенность иных законодательств состоит в том, что все имущество жены поступает в пользова-

ние мужу (*ususfructus maritalis*), но жена сохраняет при себе право распоряжения и управления, лишь бы не нарушалась им целостность пользования, принадлежащего мужу. Муж, сохраняя при себе пользование своим и жениным имением, обязан доставлять из него средства на содержание дома.

Очевидно, что этим неравномерным соединением имуществ и неравномерным соединением воли в управлении оными крайне усложняются юридические отношения супругов и затрудняется раздел общей массы по смерти одного из них. Но надлежит еще заметить, что к составу имущества той или другой стороны присоединяются иногда отдельные имения, состоящие на особом праве. Так, особое юридическое значение придается домашнему снаряду, который принесла с собой жена при выходе в замужество (*Ausststeuer, Mitgift*): это юридическое значение неодинаково, по различию той или другой системы. К числу особенных имуществ жены относится еще так называемый брачный дар (*Morgengabe*) от мужа жене: дар этот или передается ей немедленно, и в таком случае немедленно же поступает в распоряжение мужа, состоя в собственности жены, или назначается к передаче по смерти мужа. Впрочем, к обеспечению участи жены на случай вдовства могут быть постановляемы при заключении брака разнообразные назначения; главный вид такого назначения есть *вдовый удел* (старинное *Leibgeding, vidualitium*; нынешнее *Witthum*), на случай смерти мужа. Предметом его бывает или назначение усадьбы и дома для жительства, или пожизненное пользование доходом и капиталом, или установление ренты. Это назначение в иных местах зависит от доброй воли мужа, в иных обязательно для мужа по закону или по обычаю; причем принимается в соображение размер того имения, которое жена со своей стороны принесла с собой при вступлении в брак. Подобное назначение удела от мужа жене известно было в римском праве, и в Юстинианово время требовалось от мужа обязательно, в соответствии и в соразмерность приданому, которое приносила с собой жена (*donatio propter nuptias*. В германском праве – *dotalitium, contrados, Gegenvermächtniss, Widerlage*. Cp. Pr. Ldr. II. 1, 456; Oest. Ges. 1230, 1245).

Новейшее право европейских законодательств основано либо на той, либо на другой системе, т.е. либо на германской системе общения, либо на римской системе приданого. Но то или другое начало предполагается законным, с правом отступать от него и принимать иное начало отношений, по договору между супругами. Так, система приданого признана господствующей в австрийском (*Gesetzb. 1233–1240*) и в прусском законе (*Ldr. II. 1. 205, 345*), а во французском установлено законом общение имуществ между супругами, если не постановлены в брачном договоре особые условия приданого (*régime dotal*) и раздельности имуществ; но и для тех и для других отношений постановлены в законе сложные обязательные правила, так что и общение имуществ может быть установлено в различных видах и со многими видоизменениями. Однако и там, где признана раздельность супружеских имуществ, удержано вместе с тем коренное германское начало мужней опеки и мужнего

преобладания; так и в австрийском и в прусском законе постановлено, что имущество жены считается вообще состоящим в заведовании и в управлении мужа, если противное не выговорено.

Супружеские отношения по имуществу прекращаются, по смерти одного из супругов, разделом (хотя оставшийся супруг может еще до времени оставаться в нераздельном общении массы с детьми своими). В этом разделе, как выше упомянуто, переживший супруг получает свою долю, с расчетом и с ликвидацией общих и особенных долгов третьими лицами; но независимо от того предоставляется ему положенная законом или договором доля из имущества умершего. С этой стороны отношения супругов по имуществу, при жизни обоих, имеют в западных законодательствах тесную связь с супружеским наследственным правом, и в наследственном праве отражаются особенности той или другой системы супружеских отношений.

Вообще брачные договоры, относительно имуществ, значительно стеснены в законе разными ограничениями в видах общественного интереса. Запрещается постановлять в договоре условия, противоречащие законной власти мужа и нравственным отношениям супругов. Есть некоторые начала сих нравственных отношений, которые закон поддерживает безусловно, стесняя и ограничивая взаимные сделки и требования супругов в течение брачной их жизни. Так, напр., не допускается обыкновенно иск о личной обиде между супругами. Предполагается, что все отношения между супругами должны быть основаны на взаимной любви и верности; вследствие того, дабы устранить преобладание материальных интересов между супругами и происходящие от того искушения и соблазны, закон, следуя римскому правилу, запрещает дарение между супругами после брака, или по крайней мере дарения эти объявляются не безвозвратными, подлежащими спору и учету. Это запрещение распространяется даже на ближайших родственников (напр., на детей и родителей другого супруга). Правило это во всей строгости удержано во французском законе; но отменено в австрийском, а в прусском только кредиторам дарителя предоставлено право оспаривать такой дар в течение положенного срока. Наконец, закон заботится еще о том, чтобы преобладание мужней власти обращалось единственно к предположенной цели, т.е. к защите жены, а не служило, в ущерб ее выгоде, интересам мужа. Посему не признаются законными такие обязательства, которые жена, в интересе одного мужа, принимает на себя пред сторонними лицами, и сделки мужа с женой, клонящиеся к распространению прав его на имущество жены далее законных пределов. В римском праве, по освобождении женщин от всегдашней опеки, издан был, в защиту их от последствий увлечения и легкомыслия, известный Веллейанов закон (*Scsult. Velleianum*), в силу коего женщина могла отказаться от обязательства, которое приняла на себя в интересе стороннего человека (заручная сделка, *intercessio*); а в Юстиниановом праве всякие подобного рода обязательства, принятые женой за своего мужа, объявлены ничтожными. В новых законодательствах удержалось это запрещение совокупных и заручных сделок жены за

мужа со сторонними лицами. Во французском законе (Code 1431) постановлено, что при общении имуществ всякое совокупное обязательство жены с мужем перед сторонними лицами считается с ее стороны во всяком случае только дополнительным обязательством, как поручительство за мужа (дающего право обратного требования с мужа за переплаченное). В австрийском законе ограничение это отменено вовсе (ст. 1349), а в прусском (I. 14. 220–224; II. 1. 342–344) заручные записи жены за мужа дозволены лишь с ограничениями ответственности и с соблюдением особых формальностей. Французский закон доходит до того, что запрещает между супругами куплю-продажу безусловно и всякого рода меновые и уступочные сделки, кроме трех случаев (Code 1595, 1707); запрещаются после брака и всякого рода изменения в брачных договорах (1395).

Английский закон смотрит на мужа и на жену, как на одно лицо. Женщина вне брачных уз (*feme sole*) пользуется полнотой прав. В браке личность ее совершенно покрывается личностью мужа (словом *coverture* означает личное состояние женщины в браке): жена подлинно *принадлежит* мужу, состоя у него в распоряжении и под охраной (*in custody*). Управы на мужа своего может она просить лишь в случае крайних злоупотреблений власти, т.е. когда жизнь ее подвергается опасности. Это подвластное состояние устраняет жену даже от уголовного преследования и от всякой ответственности за уголовные проступки (*felonies*), если они совершены в присутствии мужа (кроме тяжких преступлений). По имуществу между мужем и женой существует полнейшая солидарность. Вся личная собственность и движимость жены (*personal property*) со вступлением ее в брак становится безусловной собственностью мужа, который делает с ней, что ему угодно; принадлежностью самой жены считаются только туалетные вещи, составляющие ее *paraphernalia*. Недвижимая собственность (*real property, chattels real*) жены переходит также в распоряжение мужа, но не столь безусловно: на доходы с сего имущества муж имеет безотчетное и безусловное право, но может отчуждать и обременять оное долгами с согласия жены, а по смерти жены при детях пользуется им пожизненно. С другой стороны, и ответственность жены по имуществу совершенно покрывается ответственностью мужа: он отвечает за ее предбрачные долги и за все иски, на нее предъявляемые; равно и ищет за жену лично от своего имени. Жена не может выдавать отдельных на себя обязательств без согласия мужа. Дарения или перекрепления имущества от мужа на имя жены не допускаются, разве на имя третьих лиц в пользу жены (*trustees*) и посредством завещания. По строгому праву (*in common law*) всякие договоры между мужем и женой недействительны, как несогласные с началом единства личности и имуществ в браке. Однако же противоположное начало римского гражданского закона, начало раздельности имуществ, допускается

на практике английскими совестными судами (in Equity) в особенных случаях, ради справедливости. Этот способ, доступный, впрочем, только для богатых и зажиточных людей, выработан английской практикой по необходимости, к смягчению строгости общего правила. В совестных судах допускаются – невозможные по общему закону – договоры супругов о взаимном отношении по имуществу, заключаемые на случай брака (settlement of estates), и этим особенным путем, – доступным, как выше сказано, для немногих, по дороговизне производства, – может быть установлена раздельность супружеских имуществ, к ограждению жены или детей ее; этим же путем могут, по соображениям справедливости, получить силу и взаимные договоры и обязательства между супругами, состоявшиеся в браке.

Таким образом, по английскому закону, жена, получая крепкую защиту в лице мужа от всякого постороннего притязания и от внешних нужд, в то же время поставлена относительно мужа в положение совершенно беззащитное. Оттого иные, имея в виду одну сторону закона, считают его благотельным для жены и для семейного мира (Блекстон по этому поводу называет женщину любимицей, баловнем закона), и всякое покушение к изменению его готовы признать революционным движением. Другие, обращая внимание на другую сторону, осуждают этот закон, видят в нем источник насилия и злоупотребления власти и требуют его отмены для прекращения беззащитности жены перед мужем.

С 1868 года началось в обществе и в литературе сильное движение в пользу расширения прав жены, по поводу билля, внесенного по сему предмету в парламент. (См. рассуждения нижней палаты в первом заседании 10 июня 1868 г. и в последующих, 1869 и 1870 годов. Cp. Westminster Review. October. 1868. Property of married Women.) В 1870 году закон этот состоялся в следующих главных чертах. Все, что отдельно приобрела трудом замужняя женщина, становится отдельной ее собственностью, равно как всякий капитал, ею на себя положенный в сберегательную кассу, и т.п. Она может приобретать по наследству или по завещанию всякую личную собственность (personal property) ценой до 200 фунт. Ей же в отдельное распоряжение предоставляются доходы с недвижимости (freehold property), какая может дойти к ней. Она может отдельно застраховывать свою жизнь или мужа своего и детей. Во всяком случае мужу предоставляется письменным актом эмансипировать в отдельное распоряжение жены всякое имущество, какое могло бы дойти к ней. Нетрудно представить себе юридическое стеснение жены в Англии, когда вышеизложенные облегчения считаются уже весьма важными и приняты лишь после долгих споров.

§ 15

Русский закон о раздельности имуществ между супругами. – Хозяйственное и юридическое значение приданого. – Сделки между супругами и случаи взаимной их ответственности друг за друга. – Приданое по Литовскому статуту. – Закон прибалтийских губерний.

Совсем в ином виде представляется наше законодательство об отношениях супругов по имуществу. У нас во всей истории с замечательной последовательностью проведено начало раздельности имуществ между супругами. Муж никогда не занимал юридически место распорядителя и владельца, хотя фактически и негласно мог присвоить себе власть над имуществом жены, как глава союза, в силу своего положения мог ее принудить, в домашней жизни, к действиям по имуществу, для нее невыгодным; но ни один из супругов не стеснялся законом в распоряжении своим имуществом без согласия другого, тем более не имел права по своей воле распоряжаться имуществом другого: оно в отношении к нему всегда было *чужим* имуществом. Не было запрещения супругам перекреплять друг другу и дарить взаимно имущество: ограничения устанавливались там только, где предполагалось умышленное действие во вред третьим лицам. Свободно было и право вступать взаимно в обязательства, и не было ограничения взаимной ответственности за долги.

Понятие о приданом, в формальном значении, хотя и могло быть заимствовано у нас из римского права, но не в виде цельного учреждения. Право мужа управлять и пользоваться приданым не было известно в римской юридической норме туземному гражданскому праву и обычаю, хотя, может быть, дела о приданом, подлежавшие суду церковному, решались и на основании греко-римских законов. Может быть, по этой же причине первоначальное законодательство не касалось вопроса о приданом: оно коснулось этого вопроса впоследствии, и только с тех сторон, с которых вопрос этот примыкал к общественному праву.

Был уже случай упоминать о *служебном* характере поземельной нашей собственности (см. т. I, § 16). Женщина, на которой не лежала служба, не могла перед лицом общественной власти занимать одинаковое положение с мужчиной относительно прав по имуществу. По древним русским законам, дочь не имеет наследственных прав в имуществе при других наследниках мужеского пола. Она исключается была даже казной. Она не имела права на имущество родителей или родственников. Обязанность

отца или старшего родственника в отношении к ней состояла в том, чтобы выдать ее замуж, и при выдаче надлежало снарядить ее, наделить ее имуществом. Этого требовал обычай, требовала честь, а закон, не требуя прямо, предполагал подобный надел там, где была возможность произвести его (как это могут), при всякой выдаче в замужество. Это предположение было столь общее, что и князь, наследуя смерду, не имевшему сыновей, давал, по Русской Правде, дочерям его часть, если были не замужем, а если уж замужем, то не давал. Это предположение встречается во всех постановлениях, касающихся наследства или выморочного имущества. Впоследствии, в XVII столетии, предположение это развилось в форму определительного закона о наследственной части дочери. А независимо от закона каждый отец или родственник, при выдаче девки в замужество или при завещании, мог назначить ей часть имущества в *приданое*. Приданое назначалось самой женщине, и нет в наших законах правила о том, чтобы оно во всяком случае составляло принадлежность мужа, либо переходило в его владение или распоряжение. Но относительно недвижимых подобное правило само собой образовалось вследствие особенностей нашего устройства, а не в силу коренного юридического начала. Недвижимые имущества состояли из вотчин, поместий и тяглых городских имуществ. С правом на все такие имения соединялась личная повинность службы или тягла. Личным исполнителем таких повинностей мог быть только мужчина; естественно, что мужчина же предполагался и держателем прав, соединенных с этими повинностями. Отсюда правило справлять за мужем приданое жены, как скоро оно состояло из вотчины, поместья или двора. Таким образом, приданое жены становилось принадлежностью мужа; оно состояло в его управлении и владении, но не было полной его собственностью, потому что запрещалось отчуждение его без согласия жены. Обеспечение приданого на имуществе мужа не было вовсе известно нашему законодательству. По смерти мужа приданое возвращалось к жене; по смерти жены оставалось у мужа и поступало к детям, а если не было детей, то к ее родственникам, причем муж имел право на известную долю. Но поместье приданое справлялось окончательно за мужем, а жене после мужа давалась только часть на прожиток. Со времени Петра I, при сравнении поместий с вотчинами, характер приданого означился еще яснее и определительнее (1714 г.). Приданое стало вполне имуществом жены, по отношению к коему муж не имел никакого права, даже права пользования. Таким представляется юридическое понятие о приданом и в настоящее время.

Приданое, в настоящем значении этого слова, есть выдел дочерям и родственницам (следующей части родового или произвольной – благоприобретенного) имения, по случаю выхода в замужество (Гр. 1001).

Приданое признается отдельной собственностью жены (Гр. 110). Но в законодательстве Западной Руси (Лит. стат.) утвердилось понятие о взаимной связи супружеских имуществ по поводу приданого. В Черниговской и Полтавской губерниях приданое состоит хотя в отдельной собственности жены, но в общем владении супругов, так что жена без согласия мужа не может делать никаких распоряжений в нарушение общего права пользования. Акт назначения называется записью о приданом, и с назначением его соединяется обеспечение на имении мужа, большей частью посредством выдаваемой от него веновой, обеспечительной записи, или, в противном случае, совершитель записи о приданом принимает другие меры обеспечения. Недвижимое имущество мужа, на коем обеспечено приданое, не может быть ни отчуждаемо, ни обременяемо долгами без согласия жены. В случае расторжения или разлучения брака по вине супругов виновная жена лишается приданого в пользу мужа, виновный муж возвращает приданое, и обеспечивающее имение переходит в пожизненное владение жены; если никто не виновен, имущество возвращается в прежнее положение, в каком было до брака. Если приданое жены не обеспечено на имении мужа, она считается как бы не принесшей никакого приданого (Зак. Гр. 111, 118, 1005, 1157. Сб. Сен. реш. Т. 3, № 649. Ст. Пестржецкого о вдовьей части. Журн. Мин. Юст. 1860 г., № 12).

По действующему закону (Зак. Гр. 109–117), браком не составляется общего владения в имении супругов. Все, что приобретено женой, каким бы то ни было законным способом, признается отдельной собственностью. Каждый из супругов распоряжается своим имением свободно и независимо от другого супруга, не спрашивая его согласия (только в выдаче векселей на себя замужняя женщина стесняется – см. выше). Муж без доверенности от жены не может поступаться ее имением. Взаимные сделки и обязательства всякого рода между супругами свободно допускаются. Каждый из супругов, свободно распоряжаясь своим имением, свободен и в выдаче обязательств на свое имя. Женам купцов запрещается выдавать векселя на свое имя и передавать их с оборотом на себя без согласия мужей, если они не производят торговли от своего имени. Это запрещение распространено и на замужних женщин всех сословий, с тех пор как всем сословиям дозволено в 1862 году обязываться векселями; но на заемные письма оно не распространяется (6 ст. Уст. о вексел., изд. 1893 г.; Сб. Сен. реш., т. 2, № 1028). Супруги не отвечают друг за друга в обязательствах, выданных каждым на себя, без участия другого. Только в случаях несостоятельности одного из супругов имущество другого супруга может быть привлечено к ответственности, в силу особого законного правила, имеющего целью предупредить притворные перекрепления имуществ

недобросовестного должника на имя жены своей, во вред кредиторам. При объявлении мужа несостоятельным закон оставляет неприкосновенным отдельное имение жены, но признает отдельной ее собственностью только то, что по несомнительным актам приобретено ею не от мужа в течение последних 10 лет до открытия его несостоятельности или до обращения взыскания на все его имение, разве бы жена доказала, что имение и от мужа приобретено ею на деньги, доставшиеся ей не от мужа, а от родственников и сторонних лиц. Все, что подарено или безвозмездно передано мужем жене в означенный период времени, поворачивается в массу несостоятельного. При самом открытии несостоятельности мужа, закон возлагает на жену обязанность представить доказательства на то, что имение, за ней значащееся, составляет отдельную ее собственность (Пол. Взыск. Гражд., ст. 413–418). Доказательства эти различны, смотря по роду имущества. Относительно приданого требуются рядные записи; относительно движимости, не составлявшей части приданого, – описи, счета или иные бумаги, или показания достоверных свидетелей; относительно недвижимых имуществ, дошедших по наследству, по купле или дарению – завещания, поколенные росписи, раздельные, дарственные или иные записи, крепостные акты, вводные акты. Затем, розыскание о том, на какие именно капиталы приобретено имущество, в акте значащееся, по свойству своему крайне затруднительное, не требуется, когда имение приобретено женой от посторонних (Пол. Взыск. Гражд., ст. 418, Сб. Сен. реш. № 1011). Такое же строгое правило распространяется и на мужа в случае несостоятельности жены (Пол. Взыск. Гражд., ст. 421). Но при описи домашнего имущества за долги мужа, жене оставляется во всяком случае – все женское платье и белье, половина мебели, посуды, столового серебра, экипажей, лошадей и упряжи (Пол. Взыск. Гражд., ст. 419; ср. 554–558 ст. Уст. Суд. Торг. Изд. 1893 г.). По ст. 976 Уст. Гражд. Суд., при взыскании с одного из супругов подвергается описи и продаже вся движимость, находящаяся в общей их квартире, кроме платья и белья другого супруга, и вещей, о принадлежности коих этому супругу представлены достоверные доказательства. Ср. Касс. реш. 1868 г., № 252, 834.

А) В 1860 г. Гос. Сов. по делу Домогацкой признавал, что по силе 2272 ст. 2 ч. X т. (ст. 417 Пол. Взыск. Гражд.) жена, приобретшая от мужа имение, хотя бы безвозмездно, не должна по сей причине подвергаться ответственности за долги его, если докажет, что ею были уже, хотя бы прежде приобретения того имения от мужа, уплачены долги его на сумму, равную цене того имения. Журн. Мин. Юст. 1860 г., № 7. О предоставлении одним супругом имения в пожизненное владение другому супругу см. 1 т., § 62.

Б) По закону (557 ст. Уст. Суд. Торг., соответствующая ст. 1936 Уст. Торг. Изд. 1857 г.) жена несостоятельного считается по законным и неоспоримым доку-

ментам наравне с прочими его заимодавцами только тогда, когда она по означенным документам отдала в распоряжение мужа капиталы свои, дошедшие к ней способами, указанными в 556 ст. Уст. Суд. Торг. (ст. 1935 Уст. Торг. Изд. 1857 г.). Таким образом, жена несостоятельного, предъявляя взыскание на него, хотя бы по законным и неоспоренным документам, может требовать удовлетворения своей претензии наравне с прочими его заимодавцами лишь тогда, когда докажет, что капитал, отданный ею в распоряжение несостоятельного, дошел к ней одним из означенных способов, в том числе в приданое. Касс. реш. 1872 г., № 908.

В) В 1873 г., по делу Насекина и Реут, Госуд. Совет рассуждал, что наши законы явственно различают два следующих случая: 1) покупку женой имения от лица постороннего, и 2) покупку имения от мужа, оказавшегося впоследствии несостоятельным. Имения первого рода закон предписывает считать собственным имением жены, не подвергающимся никаким за мужа взысканиям (ст. 414 Пол. Взыск. Гражд., соответств. ст. 2269 2 ч. X т.), коль скоро жена имеет купчую крепость (2 п. ст. 418 Пол. Взыск. Гражд.). Имение же второго рода предписывается считать собственностью жены лишь в том случае, *когда будет доказано*, что оно приобретено ею на капиталы, дошедшие к ней, не от мужа (Пол. Взыск. Гражд., ст. 416). Отсюда следует, что обязанность доказывать происхождение капиталов, на которые куплено имение, возлагается на жену лишь в том единственном случае, когда имение приобретено ею от мужа; во всех же остальных случаях сохраняет силу общее правило о доказательствах, т.е. имение считается за женой, доколе кредиторы не докажут, что оно куплено хотя от посторонних, но на деньги, дошедшие от мужа. См. еще Касс. реш. по делу Терского, 1872 г., № 334.

Г) Сестра умершего Турчанинова искала по наследству после брата движимость, после него оставшейся, от жены его, которая утверждала, что вся движимость, находящаяся в доме, не принадлежала мужу, а ей принадлежит. Истиче нечем было доказать противное, но Сенат (2 Департамент, 11 июня 1869 г.) счел возможным применить к делу правило 2274 ст. 2 ч. X т. изд. 1857 г. (419 ст. Пол. Взыск. Гражд.) и присудил сестре половину движимости, показанной в ее реестре, за исключением вдовьей части. Едва ли, впрочем, основательно применение к сему случаю 419 ст., имеющей специальное применение к тем случаям, когда описывается имущество в доме за долги одного из супругов. Это правило основано на предположении о совместном удовлетворении хозяйственных потребностей мужа и жены, вместе живущих, и имеет в виду предоставить одному из супругов часть общего фонда, когда другая часть его идет на удовлетворение долгов другого супруга. Но невозможно распространять это предположение на другие случаи, не по поводу взыскания долгов, и на весь состав движимости, кроме тех предметов, кои означены в 419 ст. Пол. Взыск. Гражд. В сем смысле определение 2 Департамента было изменено Общим Собранием Сената в 1873 году.

Об отношениях супругов по зак. прибал. губерний. Муж становится опекуном жены, владеет и управляет всем имуществом, которое признается совокупным, буде в *брачном договоре* не сделано изъятия. В случае спора имущество считается мужним, и жена должна доказать свое отдельное право. Особое значение придается *приданому* (Aussteuer), что жена вносит в брак собственно для себя и для до-

машнего обзаведения, и *вену* (Mitgabe, Brautschatz), что жена вносит, в сем качестве, для постоянных потребностей брачной жизни. Отдельным имуществом жены (bona gesertitia) почитается все, выговоренное ею или для нее другими лицами в особый удел, все, личным трудом приобретаемое, и карманные деньги от мужа, лично полученные подарки и утренний дар (Morgengabe). Отчуждение отдельного имущества жены может быть лишь с согласия мужа. Особыми постановлениями и обычаями для отдельных местностей и городов установлены значительные отличия в отношениях супругов по имуществу; в некоторых местностях признано законное общение имуществ между супругами. Вообще жена, без согласия и подписи мужа на актах, не может отчуждать свое недвижимое имущество; не может и составлять завещание (кроме Курляндии и Ревеля) без согласия мужа.

При расторжении брака происходит раздел имущества, и всякий получает обратно, что было им внесено в брак или в браке приобретено; но если жена неповинна в сознании брачного порока, муж в случае нужды обязан содержать ее и по расторжении брака. В случае развода все распоряжения одного из супругов в пользу другого и брачные договоры теряют свою силу (Остз. Гражд. Зак. 10–131. 1991, 1992).

Приложение ко второй главе. Брак у Мусульман

По мусульманскому праву брак представляется гражданским договором, а юридические отношения, вследствие брака возникающие, имеют значительные особенности сравнительно с правом христианских народов. Муж по браку не получает никакого права на имущество жены, равно как и жена на имущество мужа. Жена сохраняет при себе все свое, с полной свободой управлять и распоряжаться своим имуществом и вступать по оному в договоры и обязательства без согласия мужа; нисколько не поступает под опеку к мужу, и может, когда надлежит, производить взыскания с мужа непосредственно. С другой стороны, муж не отвечает за долги жены, обязан содержать ее. Вместе с тем муж имеет право, когда угодно, дать жене своей разводную, отпустить ее по своему усмотрению, без объявления причины.

Мусульманство обыкновенно соединяют в понятии с многоженством; но правом иметь несколько жен редкий мусульманин может воспользоваться: оно не всякому по силам, ибо по существующему обычаю каждый мусульманин, даже из низкого звания, должен дать жене своей довольно значительное приданое (мехр). Действительная выдача этого приданого не требуется, покуда супруги живут ладно и вместе; но вопрос о выдаче его возбуждается всякий раз по прекращении брака или при разводе, так что этой повинностью каждая жена может держать своего мужа в страхе; посему многоженство с одной стороны, а с другой право мужа на развод представляются в действительности роскошью, которую не всякий может себе позволить. Притом постоянный брак может быть и по закону не более как с *четырьмя* женами.

У шиитов допускается и временный брак на определенный срок или на определенное число сближений.

При вступлении в брак соблюдаются степени родства и свойства – почти в том же размере, в каком положены Моисеевым законом; вообще запрещенными для мужчины почитаются те родственницы, которые, по Корану, могут являться при нем без покрывала. Но понятие о свойстве, препятствующем браку, у мусульман крайне расширено. Свойство происходит через посредство не только законного брака, но и незаконной связи; мало того, свойство зависит от проявления похоти некоторыми движениями или прикосновением к женщине¹. Особливо мусульманскому закону свойственно установление родства и свойства *молочного*, т.е. посредством кормления грудью; оно также служит безусловным препятствием к браку. Мусульманину запрещается жениться на язычнице или огнепоклоннице, но не запрещается на еврейке или христианке; однако *законный* брак мусульманки разумеется только с мусульманином. Брак почитается вполне законным лишь между подданными одной правоверной власти, и потому, если один из супругов примет подданство чужеземное, не мусульманское, брак разрушается.

Мусульманину запрещено иметь в одно время двух жен, которые состоят между собой в запрещенных для брака (т.е. между разными полами) отношениях родства или свойства, но не запрещено иметь таких жен одну после другой; дозволяется даже, по смерти жены или по разводу с ней, жениться на сестре ее.

Существенные права жены – право на приданое и право на содержание жены от мужа – условие довольно тяжкое, ибо содержание предполагается по состоянию мужа, и каждая жена может требовать себе отдельного помещения и отдельной прислуги. Посему жена может не допускать мужа до брачного сожительства; покуда не получит от него все, что условлено по договору; впрочем, и независимо от договора по закону предполагается во всяком браке приданое не ниже положенного размера. В приданом отличается часть, подлежащая немедленной выдаче по требованию от части, подлежащей выдаче лишь по случаю прекращения брака. Жена не вправе требовать от мужа содержания, если не покорная ему или уклоняется от сожительства.

Брак у мусульман совершается простым соглашением сторон, без особенных формальностей. Для действительности брака требуется лишь обмен между сторонами предложения и согласия на словах. Определительность достаточных для сего терминов составляет предмет довольно сложной казуистики в законе. За всем тем требуются некоторые условия для законности брака, как то: свободная воля, сознание и присутствие свидетелей.

Допускается развод, к чему указано 13 законных причин, из коих по семи требуется предварительное решение судьи и по шести не требуется, ибо предпо-

¹ По этому предмету в мусульманском законе установилась весьма сложная казуистика, напоминающая известную казуистику иезуитского испытания совести. Вот некоторые примеры. Если мужчина тронет рукой волосы на голове у женщины – у корня, от сего происходит запрещенное свойство, а если тронет не у корня, то нет свойства. Если коснется до ногтей ее с похотью, есть свойство. Если прикосновение было не прямо к телу, а через ткань, то свойства нет, когда ткань была плотная, через которую нельзя чувствовать теплоту тела, и есть свойство, когда через ткань теплота могла быть ощущаема и т.п.

лагается, что в случаях последнего рода брак сам собою разрушается (напр., при отступлении от Ислама, при перемене подданства и пр.).

В некоторых случаях жена может отринуть брак, уже заключенный, по своей воле: именно по случаю несовершеннолетия своего, по неравенству званий (когда муж ей неровня, ниже ее) или по недостаточности приданого. Но муж вообще может отринуть жену без означения причины; для сего требуется только произнесение некоторых слов, показывающих, что муж отвергает жену свою. Мусульманская казуистика утверждает действительность такого развода, хотя бы упомянутые слова произнесены были мужем в шутку, сорвались с языка нечаянно или сказаны были без сознания их смысла. Формула отвержения, при некоторых выражениях, производит решительное, безвозвратное действие, при других, менее определенных, должна быть произнесена трижды; в противном случае развод получает полную силу лишь по истечении трех месяцев, а до того времени может быть взят назад по воле мужа. После окончательного отвержения муж может взять к себе жену лишь в случае нового ее брака и нового развода с другим мужем. Слова формулы могут быть произнесены не только самим мужем, но и сторонним лицом, по его поручению. Сверх того, по мусульманскому закону допускается отвержение жены временное, условное или даже ограниченное местом, т.е. покуда супруги в известном месте находятся¹.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ

СОЮЗ РОДИТЕЛЕЙ С ДЕТЬМИ И ВЗАИМНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

§ 16

**Понятие о законном рождении и законных детях. –
Удостоверение законности рождения. – Римское предположение
о законности детей, рожденных в браке. – Постановление русского
закона о сем предмете. – Право отца и родных оспаривать
законность. – Отличия в иностранных законодательствах.**

Союз родителей с детьми устанавливается посредством рождения. Рождение в юридическом смысле есть не только происхождение на свет

¹ Сведения о мусульманском праве как по сему, так и по другим предметам заимствованы из сочинений Барона Торнау: *Изложение начал мусульманского законодательства*. СПб. 1850 и его же: *Мусульманское право*. СПб. 1866; *Baillie. Digest of Moohummedan Law*. London. 1865.

живого человеческого существа, но и происхождение от известных родителей, от отца и матери; следовательно, рождением определяется законное значение человека как члена семьи и рода, принадлежность к сословию, пользование соединенными с ним правами, право имени, чести и имущества – по наследству. Всякие права и принадлежности человека, предполагающие *известное имя*, состоят в зависимости от определенности и законности этого имени, а имя удостоверяется достоверностью рождения от известных лиц. Отсюда необходимость определить законность рождения человека от известных отца и матери, в законном их браке: в таком случае рождение его законное. В противном случае, т.е. если человек происходит от известной матери, но от неизвестного отца, или от родителей вне законного брака, – рождение его будет незаконное. Многие законодательства в самой незаконности различают несколько степеней, признавая и за незаконными детьми юридическую связь с известными их родителями по крови, более или менее неполную: так различаются дети *узаконенные* (*legitimés*), дети *внебрачные* (*enf. naturels*), дети греха (*adultérins, incésteux*). Наш закон небогат определениями и в сем отношении, ибо признает только детей прямо законных, а всем незаконным отказывает вовсе в признании юридической связи с родителями и родом¹. Отношение человека к матери определяется самым событием рождения. Напротив, весьма затруднительно определить отношение человека к отцу, когда неизвестно или подвержено сомнению, кто законный отец его. По общему естественному представлению, ребенка можно признать законным в том случае, когда в минуту его зачатия оба виновника сего зачатия – отец и мать – состояли в законном браке. Итак, когда бы, в случае сомнения и спора по сему предмету, потребовалось удостоверить законность рождения, недостаточно было бы доказать, что ребенок родился у известных матери и отца, состоявших в законном браке, но, сверх того, надлежало бы еще доказать: 1) что мужчина, именуемый родителем, а не иной кто участвовал в зачатии ребенка; 2) что минута сего зачатия принадлежала к законному браку. Но та-

¹ Понятие о законности рождения и о признании исключительно законными детей, рожденных в законном браке, не принадлежит к числу древних положений в западных законодательствах. Новейшими исследованиями доказано, что старые памятники германского и скандинавского права не знают строгого отличия между законными детьми и рожденными вне брака (явственно отличаются в правах лишь дети, от рабы рожденные). По всей вероятности, римское понятие о законном отношении незаконнорожденного к одной матери, а не к отцу – вошло в законодательства путем церковного учения и канонического права (см. Wilde – von den unechten Kindern. Tübingen. 1855). Нелишне заметить, что у нас различие между законными и незаконными детьми гражданский закон высказал явственно не ранее как в Уложении.

кое доказательство решительно невозможно, ибо зачатие ребенка принадлежит к тайнам природы, есть действие, которое не может быть уловлено во времени со всей своей обстановкой. Итак, вместо положительного доказательства на подобные случаи, необходимость вынудила прибегнуть к предположению. Предоставить это предположение усмотрению судьи было бы небезопасно и неудобно во многих отношениях, и потому у римлян, для прекращения неизвестности, допущено было по сему предмету твердое законное предположение, принятое и всеми новыми законодательствами. Предполагается вообще, что *супруг матери есть отец ребенка*, доколе противное не будет доказано (*pater est, quem justae nuptiae demonstrant*). Но и полная свобода доказывать противное повела бы к умножению процессов и производств, соединенных с соблазом и нарушением мира в семейной и общественной жизни, но в сущности безнадежных по крайней неопределительности событий, служащих предметом доказательства; с другой стороны, эти самые процессы оставляли бы надолго в неизвестности и сомнении такие предметы, коих определительность и достоверность имеют важное значение для государства. Поэтому все законодательства ограничивают более или менее иски о незаконности рождения – в сроках, в предметах доказательства и в самых лицах, имеющих право на иск.

Бышеозначенное предположение принято и нашим законом, хотя также не безусловно, но с ограничениями. Закон наш приурочивает это предположение к следующим случаям. Со времен Гиппократов утвердилось в науке на опыте основанное мнение, что для правильного развития утробного младенца к рождению в свет требуется период беременности от 9 до 10 месяцев или около $\frac{5}{6}$ частей года. Это наибольший, принятый и положительным законом, период беременности. Днями этот период определяется не одинаково в разных законодательствах – от 300 до 310 дней; в нашем законе принято 306 дней. Но вообще, дабы ребенок мог родиться на свет живым и способным к жизни, необходимо, чтобы до минуты рождения прошло не менее 6 месяцев или полугода. Это – наименьший, принятый в законе, период беременности. Днями определяется он в 180 и до 182 дней; в нашем законе принято число 180.

Ребенок может родиться в законном браке так, что беременность матери продолжалась не менее 306 дней в течение брака, так что и зачатие и рождение неоспоримо сходятся в период брачного сожития; но может ребенок родиться и вскоре после брака, прежде чем истекло со времени брака 180 дней – наименьший период беременности, производящий живого ребенка: по естеству следует в этом случае заключить, что зачатие ребенка было ранее брака. Однако закон наш признает ребенка законным

как в том, так и в этом случае, если только отец не отрицал законности его рождения. Покуда жив отец, *он только один* имеет право отрицать эту законность; но и личное его право ограничено условиями. *Во-1-х*, чтобы разрушить предположение о законности, отец должен доказать, что он во все время, к коему относится зачатие младенца, т.е. в течение 306 дней перед рождением был в *непрерывном* отсутствии, следовательно, не мог иметь со своей женой супружеского сожития (доказательство во всяком случае затруднительное, особливо с тех пор, как заведены повсюду железные дороги). Приметим еще, что закон ограничивает причину невозможности одним только предметом – отсутствием, следовательно, исключается всякое доказательство той же невозможности на ином основании, напр., по случаю неспособности постоянной или временной тяжкой болезни и т.п. В противном случае закон выразился бы: по отсутствию *или иной причине*¹. *Во-2-х*, спор самого отца не допускается, если младенец был уже записан в метрической книге законнорожденным и при сей записи расписался предполагаемый отец или кто другой по его поручению. *В-3-х*, право самого отца ограничивается годовым сроком (двухгодовой для находившегося за границей во время рождения ребенка) с того времени, как он узнал о рождении ребенка (Зак. Гр. 119; Зак. Суд. Гражд., ст. 463, 465). Право отца переходит к его наследникам в таком только случае, когда он умер прежде истечения сего срока и если не объявлял при жизни своей, что признает ребенка законным. Но и наследники сохраняют таковое право иска лишь в течение 3 месяцев со дня смерти отца или со дня рождения младенца, когда отец прежде рождения его умер, и притом наследники обязаны доказать, что мужу матери вовсе не было известно существование младенца, или по крайней мере, что он узнал о том лишь незадолго и не успел объявить спор против законности его рождения (Зак. Суд. Гражд., ст. 466).

Ребенок может родиться по прекращении или расторжении брака, в течение 306 дней со времени этого прекращения или расторжения. В таком случае закон (Зак. Гр., 119 ст.) объявляет ребенка законным; притом не упоминает особо о праве бывшего супруга, по расторжении брака, доказывать, что он не был в течение всего этого периода в супружеском сожитии с бывшей своей женой; но едва ли правильно будет отрицать вовсе возможность такового иска (ст. 119).

¹ В 1348 ст. Уст. Суд. Гр. повторяется это правило в новой редакции со следующим изменением: «Муж обязан доказать, что находился в *разлуке* со своей женой в течение всего того времени, к которому *можно* отнести зачатие младенца». Нельзя не заметить, что прежняя редакция была гораздо определительнее.

Ребенок может родиться, по прекращении или по расторжении брака, позже самого обширного периода беременности, т.е. позже 306 дней со дня смерти супруга матери, или со дня расторжения брака. В этом случае все те, коих права личные или по имуществу были бы нарушены через признание ребенка законнорожденным, могут оспаривать законность его рождения; но право их на иск ограничивается 6-месячным сроком со времени рождения (ст. 131).

Таким образом, во всех тех случаях, в коих существует законное предположение, что отцом ребенка считается законный муж его матери, закон поддерживает это предположение, предоставляя право спора лишь некоторым лицам – именно мужу, и по нем, при особых условиях, его наследникам, но не сторонним лицам, заинтересованным в деле. Притом надлежит заметить, что в лице мужа иск сей имеет не одно только имущественное, но и нравственное значение; следовательно, муж вправе оспаривать законность рождения ребенка единственно ради законности, хотя бы с сим не были вовсе связаны интересы по имуществу. То же следует, кажется, разуместь и о праве наследников мужа. Наследниками в сем случае надлежит считать тех, кто исключительно признан наследниками после умершего.

В том случае, когда законное предположение устраняется (именно когда ребенок родился позже 306 дней по прекращении брака), закон допускает к спору всякое стороннее лицо, имеющее в деле вещественный интерес¹.

Не должно думать, однако, что приведенными статьями Законов Гражданских и Законов Судопроизводства Гражданского исчерпываются все возможные по закону случаи споров о законности рождения. Во всех сих статьях разумеются споры о законности рождения при несомненном существовании *законного брака*. Но, кроме того, споры о законности рождения могут быть возбуждаемы и на иных основаниях. Законность рождения и связанных с оным прав может быть отрицаема, напр., на том основании, что самый брак родителей не должен почитаться законным; что отрицается само рождение от известной матери, отрицается тождество лица и т.п. На эти случаи, конечно, не простираются и строгие правила о сроках и условиях спора, постановленные в указанных статьях.

¹ Вообще в указах неоднократно выражаемо было правило: «Не подавать силы опасному примеру опровергать законное рождение детей по смерти их родителей». См. Указы 1778 г. июля 21, по делу Костюрина; 1786 г. ноября 4, по делу Арсеньева; 1802 г. июля 12 и 1831 г. мая 13.

В Выс. рескр. на имя Генерал-Прокурора 14 февр. 1796 г. изъяснено, что «развод умершего от живой или мертвой жены существовать не может». На сем основывались и последующие решения о признании законными детей, кои при существовании брака в качестве законного, почитаясь законными, оспорены ни от кого не были. Муж отпустил жену по увольнительному письму, на основании коего в 1792 г. она была обвенчана с другим. От сего брака родились дети. Вторым муж умер в 1805 г., и родственники его возбудили спор о незаконности сих детей и брака, от коего они родились. Брак сей признан был от Синода незаконным, а детей Гос. Совет оставил законными, так как они записаны таковыми в актах, признаваемы были от родителей, и никем в течение 13 лет не оспорены (1817 г. д. Щепочкиных).

Может возникнуть вопрос: имеет ли право *мать* доказывать незаконность рождения ребенка, который значится за ней? Надобно думать, что не имеет она сего права, при существовании законного брака, в коем родился ребенок, ибо в 464 ст. Зак. Суд. Гражд. сказано, что таковой матери дозволяется объявлять о незаконности рождения ребенка лишь в том случае, когда при производстве начатого уже о том дела от нее будет требовано судом, в подкрепление доказательств, признание в вине ее¹.

Ныне действующие постановления о спорах противу законности рождения вошли в силу с изданием 6 февр. 1850 г. нового закона о судопроизводстве по делам брачным. Тогда же постановлено, что эти новые правила не распространяются на браки, прежде того совершенные, во всем, что правила эти изменили или дополнили в прежних законах, ни на детей, прижитых от прежних браков (прим. к ст. 797 ст. 2. X т., изд. 1857 г.). Прежде действовавшими законами (122 ст. Св. Зак. Гр. X т., изд. 1842 г.) было постановлено, что законными почитаются все дети, законность коих не была оспорена: 1) при жизни родителей, 2) в течение 10 лет от рождения. Вместе с тем было постановлено, что законность рождения считается бесспорной, когда признание детей законными оглашено было надлежащими актами или другими событиями при жизни обоих родителей, и потом в продолжение 10 лет не было никем оспорено. Из состоявшихся при действии сего закона решений (напр., мнение Госуд. Совета 11 дек. 1839 г. по д. Касаткиной-Ростовской, 20 июня 1841 г. по д. Ландбергов) видно, что вышеозначенное правило применяемо было не только к детям, рожденным в течение брака, но и к таким, кои рождены были до брака, если только рождение их было оглашено законным (ср. решения по д.д. Батуриной и Селенской в Журн. Мин. Юст., окт. 1861 г. и февр. 1864 г.).

По нашим законам, главное условие законности есть *незачатие* ребенка в законном браке, но *рождение* его при существовании законного брака; в этом случае оставляются в стороне обстоятельства, предшествовавшие браку, если со стороны родителей не был возбужден вопрос о сих обстоятельствах в отрицание

¹ *Будет требовано признание* – таково выражение 464 ст. Зак. Суд. Гражд. не совсем точное, ибо, по общему закону, суд не может требовать или вынуждать признание.

законности ребенка, или признанием со стороны родителей заграждено исследование сих обстоятельств. Следуя сим началам, Государственный Совет разрешил в 1856 году дело Аксакова. Случилось, что вдова Васильева, умершего 26 сентября 1836 года, вступила 5 февраля 1837 года, т.е. через 4 месяца и 10 дней по смерти мужа, во второй брак с Аксаковым, и через 98 дней после второго брака, или через 7 месяцев и 18 дней по смерти первого мужа, родила 14 мая 1837 года сына Николая, который записан в метрической книге рожденным от Аксаковых, и в формулярном списке у мужа матери своей назван его сыном. По смерти отца Аксакова, вдова его предъявила право своего сына на наследование после Аксаковых. Это послужило поводом к спору, в коем Аксаковы доказывали, что малолетний Николай, по естественному закону рождения, должен почитаться сыном первого мужа вдовы Аксаковой, Васильева, ибо *зачатие* его относилось к периоду брачной ее жизни с Васильевым. Однако Государственный Совет признал его Аксаковым, приняв на вид, что он родился в законном браке матери его с Аксаковым, и сам отец Аксаков вытребовал на имя его метрическое свидетельство из консистории и никогда не оспаривал законности его рождения, а спор родных предъявлен уже по прошествии двух лет со смерти отца.

Отречение отца от ребенка, рожденного в законном браке, не может быть произвольное, голословное и негласное: отец должен объявить свой спор и доказать его, т.е. доказать, что по обстоятельствам дела, рожденный под именем его ребенок не мог от него произойти. В этом случае закон не дает юридического значения одному подозрению или сомнению, доколе оно не перешло в положительное убеждение и не выразилось в юридической форме. Младенец, рожденный в законном браке, вступает, *помимо воли родителей*, в известное законное состояние, которое можно изменить и нарушить только прямым заявлением и доказательством. Несправедливо было бы думать, что от непосредственного, основанного нередко на одном подозрении, происходящего от страсти и от гнева на жену, усмотрения отца зависит признание одних детей, рожденных женой его в законном браке, законными, а других – незаконными. Если отец молчал, это молчание должно быть истолковано в смысле признания законности; если он изъявлял в чем-либо свое сомнение о законности ребенка, но не спорил в течение положенных сроков или в течение всей жизни, – его сомнение, как бы достоверно ни было оно выражено в кругу семейных и частных отношений, не служит доказательством незаконности ребенка (см. по сему предмету соображения Сената по делу Ширая и Заботина, Сб. Сен. реш. т. I, № 387).

Укажем еще на следующее дело. По спору о наследстве после дворянки Марьи Киселевой претенденты явились из разных родов, к которым принадлежала умершая. В том числе некоторые лица доказывали родство свое с Киселевой через Марфу Чемесову, давно умершую, а противники, опровергая права сих лиц, спорили, что Марфа Чемесова не может почитаться законной дочерью предполагаемых родителей и законным членом рода, так как метрической записи о ее рождении не оказалось, а в метрике о смерти ее в 1834 году показано ей 93 года, следовательно, рождена она, по соображению чисел, раньше брака своих родителей. Этот спор решительно отвергнут окончательным решением в Государственном

Совете, ибо из дела обнаружилось, что Марфа Киселева при жизни родителя своего показана в прошлом столетии три раза по исповедным росписям его дочерью, хотя и с разнообразием в годах, и что законность ее рождения не была никем оспорена ни при жизни ее родителей, ни после того, в продолжение последовавшего за тем столетия; напротив того, есть акты (справка с отказом, дарственные, купчие, закладные, ревизские сказки, протоколы депутатского собрания), в коих она себя показывала и показываема была матерью и родственниками дочерью отца своего Адриана Киселева (см. Журн. Мин. Юст. 1861 г., № 6).

Солдатка Дмитриева, по взятии в военную службу мужа, осталась в деревне, и через 4 года, по ошибочному известию о смерти мужа, вступила во второй брак, в коем жила еще 4 года и прижила сына; но когда вернулся находившийся в живых первый муж ее, первый брак был восстановлен, а второй признан по решению духовного суда недействительным. Однако же сын ее от второго брака признан законным, по решению Сената, на том основании, что в течение брака, признанного противозаконным, родители его, находясь в сожитии, сознавали оное вполне законным – супружеским (Сб. Сен. реш. Т. I, № 482).

Отличия в иностранных законодательствах. Вышеобъясненное предположение о законности рождения возникло в римском законе; но у Римлян значение его было теснее, нежели у нас допускается. Римское правило: *pater est, quem justae nuptiae demonstrant* – означало: законным почитается ребенок, *зачатый* в законном браке; а по нашему толкованию оно значит: законнозачатым почитается ребенок, *рожденный* в законном браке. И так, когда надлежало определить законность рождения, Римляне, следуя физиологическому закону, поступали следующим образом: взяв известный день рождения, отсчитывали самый меньший период беременности, т.е. 182 дня; затем от того же дня отсчитывали самый длинный период, т.е. 10 месяцев. Разница между тем и другим оказывалась в промежутке, обнимающем 4 месяца. Рассуждение было следующее: зачатие ребенка не могло быть ни *дальше* 300 дней от его рождения; ибо беременность дальше 300 дней не допускается; ни *раньше* 180 дней от его рождения, ибо меньше этого срока плодородная беременность продолжаться не может. Итак, зачатие ребенка непременно должно быть полагается в промежуточном периоде между этими крайними терминами. Это будет *законный период зачатия*; в каждую минуту этого периода зачатие возможно, и может быть полагается в интересе ребенка. Итак, если хотя в один из дней, принадлежащих к этому промежуточному периоду, мать ребенка жила в законном браке с предполагаемым отцом, ребенка признавали законным сыном его; в противном случае – ребенок оставался без отца (ср. Savigny System. II. Beilage 3). Того же порядка держится французский гражданский кодекс (ст. 312–315), включая свое предположение в период между 180 и 300 днями. Одинакового начала с нашим держится прусский закон. Законным почитается ребенок, зачатый или *рожденный* в законном браке; минута рождения, а не зачатия служит пунктом, с коим связано предположение о законности и о принадлежности к роду. Должно заметить, что наше

толкование, обширнейшее, оказывается и справедливее в рассуждении того, что положение детей *незаконных* у нас вовсе не определено законом¹.

§ 17

Спор о незаконности и иск о законности рождения. — Доказательства законности. — Подсудность дел сего рода. — Иски о принадлежности к роду.

Из вышеизложенного видно, что спор против существующего предположения о законности рождения затруднителен, и нелегко разрушить это предположение, когда оно соединяется с предшествующим состоянием законности; если это состояние законности (*possession d'état*) было признано самим отцом ребенка, предположение получает неопровержимую силу. Признание это получает силу против спорщиков и в том случае, когда оно было безмолвное, напр., когда отец *не отрицал* законности рождения ребенка, обращался с ним как с сыном или дочерью, заботился о содержании его и воспитании (Зак. Гражд., ст. 125).

Противоположный иск есть иск о законности рождения, против существующего предположения о незаконности. Иск этот может быть предъявлен или самим рожденным, или, в его место, наследниками его. В первом случае право на иск не подлежит никакой давности; в последнем случае, если сам рожденный умер прежде достижения полного со-

¹ Если дело идет не о *законности рождения*, но о причислении к сословным правам по рождению, решительной минутой признается в иных случаях минута зачатия, в интересах рожденного человека. У Римлян, когда дело шло о причислении человека по рождению к свободному или несвободному, к высшему или низшему состоянию, при перемене состояния в лице родителей, — решительной минутой принималось то или другое, смотря по тому, что выгоднее для младенца. Так, если мать в минуту рождения оказывалась лишенной гражданских прав, которые имела при зачатии, младенец не должен был терпеть от этой перемены. Сын сенатора, зачатый в законном браке, не терял преимуществ, соединенных с рождением, хотя бы в минуту рождения отец не был уже в живых или оказывался лишенным прежнего достоинства. Напротив того, зачатые в незаконном браке дети получали право по времени рождения в браке законном. Зачатому младенцу предоставлялись права на открывшееся до рождения его наследство. У нас вообще ребенок получает сословные права родителя потоплику, поколику может быть признан *законным* его ребенок, следовательно, *по рождению*. В одном только случае закон для пользы младенца обращается к минуте зачатия: именно, если ребенок зачат тогда, когда отец пользовался полнотой гражданских прав, а родился, когда отец лишен был прав состояния. Состояние младенца определяется минутой зачатия (IX т. Св. Зак. ст. 11). Дети зачатые, но еще не родившиеся при жизни отца, не устраняются от прав на его наследство, наравне с теми, кои при смерти его находились в живых (Зак. Гражд. 1106).

вершеннолетия или до окончания начатого им дела, наследники его могут начать или продолжать сей иск в течение 10-летней давности (462 ст. Зак. Суд. Гражд.). Так выражается закон; отсюда следует заключить, что наследники самого рожденного вовсе не имеют права на иск, когда он умер в совершеннолети, не предъявив сего иска¹.

Для признания перед судом законности рождения следует доказать, во-1-х, действительность и законность брака, от коего последовало рождение (буде сие обстоятельство недостоверно), во-2-х, само рождение от сего брака. Главным доказательством законности рождения признаются формальные выписи из метрических книг, подлежащие, в случае сомнения и спора, сличению с подлинными книгами². Но нередко случается, что подлинных метрических книг отыскать нельзя, за истреблением их, или что метрической записи вовсе не было. В виду метрической записи может быть предъявлен спор о подлинности ее и достоверности. В таких случаях доказательством принимаются исповедные росписи, родословные, городовые обывательские книги, формулярные списки родителей и ревизские сказки; наконец – *в дополнение сих актов*³ – показания свидетелей, священника, причта и восприемников, участвовавших при крещении ребенка. Впрочем, свидетельские показания могут иметь силу не против актов, но лишь в согласии с ними (ст. 120–122 Гр. Зак. и ст. 459–461 Зак. Суд. Гражд.). Свидетели служат единственным средством для

¹ В 1347 ст. Уст. Суд. Гражд. редакция приведенной 462 ст. Зак. Суд. Гражд. изменена существенно. Именно сказано: право доказывать законность рождения (чьего?) не прекращается никакой давностью. Затем откинута вовсе другая половина статьи, ограничивающая право наследников. В таком виде 1347 ст. означает, по буквальному своему смыслу, что давность не простирается не только на право доказывать законность *своего* рождения, но и на право всех заинтересованных лиц доказывать законность чьего бы то ни было рождения.

² Еще в деяниях московского собора 1666 года есть правило о заведении метрических записей. Новое предписание вести метрические книги последовало в 1722 году. С сего только времени они были действительно заведены, но велись неисправно, и лишь в 1775 году были признаны достоверными справками о браках (П. С. З. 1775 г., авг. 5, № 14, 356; 1779 г., нояб. 23, № 14, 948). До заведения метрических книг не было у нас особых актов, коими удостоверялось бы законное рождение.

³ Это значит, что ссылка на свидетелей может служить по сему предмету только дополнительным, а не самостоятельным доказательством. В подобных случаях французский закон требует, чтобы имелось в виду какое-либо письменное основание доказательства (*commencement de preuve par écrit*). Кроме актов, поименованных в ст. 459 Зак. Суд. Гражд., доказательствами, как видно из судебных решений, принимаются и всякого рода письменные свидетельства, как то: посемейные списки, прошения, судебные бумаги, договоры, частная переписка и т.п. (ср. Сб. Сен. реш. т. I, № 675). Независимо от метрической записи, для магометан доказательством законности рождения принимается в некоторых случаях удостоверение магометанского духовного правления. Т. IX. 75, прим.

доказательства в тех случаях, когда, при всей достоверности метрического акта, возникает сомнение о тождестве показанного в оном лица. Наконец, особую важность имеет в делах сего рода спокойное пользование лица состоянием законного ребенка в семействе, или так называемое *possession d'état*. Такое состояние удостоверяется рядом событий, указывающих на постоянное и бесспорное признание за лицом законного имени. Главное из этих признаков – имя, которое присваивалось ребенку как законному члену семьи (*nomen*), обращение с ним как с законным ребенком (*tractatus*) и признание его в семье и в обществе ребенком того родителя, за кем он значится (*fama*). В нашем законе (125 ст. Гр. Зак.) сказано, что для лица, рожденного в супружестве слишком рано по совершении брака, доказательством, что отец не отрицал законности его рождения, признаются показания или письма отца, или удостоверение, что отец обращался с ним как с сыном или дочерью и посему заботился о его содержании и воспитании, и что сие лицо всегда пользовалось беспрекословно именем фамилии того, кого именует отцом¹.

По делу Савицких Сенат (1 Отд. 3 Департамента в 1868 г.) признал, что на основании 122 ст. 1 ч. X т. (ныне ст. 459 Зак. Суд. Гражд.) главным преимущественным доказательством законности рождения служат свидетельства, выданные поименованными в той статье духовными властями. Посему выдача свидетельств сими только властями не составляет исключительного и необходимого условия их действительности, а им придано только главное преимущественное значение. А в 147 ст. Зак. Суд. Гражд. (320, т. X, ч. 2, 1857 г.) сказано вообще, что к актам состояния принадлежат метрические книги, выписи и свидетельства из них. Вследствие того Сенат признал достаточным доказательством законности рождения Савицких метрическую выпись из приходской церкви, засвидетельствованную благочинным, метрическую выпись из прихода о смерти и копию семейного списка, так как эти документы не оспорены. Ср. Касс. реш. 1875 г., № 608, 1879 г., № 90.

Для раскольников доказательством рождения от брака, записанного в метрической книге, на основании правил 1874 года (см. § 9), служат эти книги или засвидетельствованные надлежащим порядком выписи из них. Когда же рождение не записано в метрической книге, или когда правильность сделанной в сей книге записи оспорена, то доказательством признаются родословные, городовые

¹ Итак, законность рождения может быть доказываема и без метрического свидетельства; сын может быть признан в качестве законного и утвержден в правах, зависящих от законности рождения (напр., в наследственных), хотя бы и не было *непосредственного* удостоверения в событии рождения от законного брака. Посему может быть признан в правах законного рождения сын, родившийся от брака старообрядцев, у коих не было метрической записки, если в актах сословных и семейных он значился и был признаваем законным сыном (ср. Касс. реш. 1869 г., № 1071, 1871 г., № 709).

обывательские книги, ревизские сказки, формулярные списки родителей и показания свидетелей¹.

Спорные вопросы о законности рождения принадлежат к так называемым предварительным вопросам (*questions préjudicielles*), ибо относятся к определению законных качеств лица, кои предполагаются необходимыми для приобретения известных прав и пользования ими; следовательно, всякий раз, когда возникает сомнение о сих качествах, оно должно быть разрешено прежде вопроса о праве, предполагающем сии качества. Это вопросы о *праве на иск*, предшествующие вопросам, к существу самого иска относящимся. У нас на практике вопросы сего рода возникают обыкновенно в совокупности с иными вопросами спорного дела и совокупно с ними разрешаются; напр., когда в деле вотчинном о наследстве, о выкупе и т.п., или в исковом одна сторона оспаривает у другой само право на иск, на том основании, что одно лицо по рождению своему не может считаться законным преемником другого, спор этот разъясняется в общем состязании по всем предметам дела и разрешается в общем решении. Кроме того, мог быть, конечно, предъявляем и особый иск о законности или незаконности рождения, хотя в правилах судопроизводства гражданского по X т. Св. не было указано для таких дел особой подсудности. В новом уставе гражданского судопроизводства (ст. 1347–1356) отдельная глава (2-я 3 раздела) содержит в себе правила производства дел о законности рождения: подсудность их определяется так же, как и подсудность брачных дел, местом жительства ответчика; если же ответчика по делу нет, то местом жительства истца (1339 ст. и толкование к ст. 1346 по изданию государственной канцелярии).

Справедливо замечают², что иск о законности рождения надлежит отличать от иска о принадлежности к тому или другому роду. В первом случае должно или признать законную принадлежность лица к известному роду, или отвергнуть ее и признать незаконность рождения; в последнем случае суд должен причислить рожденного либо к тому, либо к другому роду, не оставляя его в состоянии незаконнорождения, о коем и вопроса не возникает. Нельзя не признать различия в *сущности* того и другого иска, но по форме они не различаются, ибо и причислением рожденного к одному из двух родов определяется тоже законность родового имени: в том и другом иске одинаковую силу имеет признание ребенка предполагаемыми его родителями; в том и другом случае решительная сила законного признака присваивается рождению, а не зачатию ребенка.

¹ В законе 1874 года в числе доказательств рождения от брака, записанного в метрической книге, упоминаются именные списки раскольников; списки эти отменены законом 3 мая 1883 года (П. С. З. № 1545), так что ныне они могут служить доказательством лишь за прежнее время, предшествовавшее изданию приведенного закона.

² См. ст. Муллова в Ж. М. Ю. 1861., № 7.

Метрическая запись есть не что иное, как засвидетельствование события, совершившегося при участии священнослужителей, в церкви. Событие это, и его засвидетельствование имеет законное значение, как акт состояния, но обсуждение юридическое этого события не подлежит ни священнослужителям при записке, ни духовной консистории, при проверке правильности записи: здесь можно рассуждать лишь о том, правильно ли, соответственно ли с событием, согласно ли с законной формой учинена запись. Церковные власти не всегда правильно понимают пределы своей компетенции в этом смысле и иногда выступают из них. Так, при записи крещения ребенка надлежит записать лишь его происхождение по наличному событию, не касаясь рассуждения о законности сего происхождения. Если налицо одна мать девица, то и отмечается, что рожденный от девицы, из чего само собой явствует, что ребенок незаконнорожденный. Но если ребенок родился от жены, при отсутствии мужа, сколько бы времени это отсутствие ни продолжалось, совершающий запись не вправе рассуждать о том, мог ли отсутствующий муж быть отцом ребенка, а отмечает рождение от жены тако-го-то мужа. Рождение от вдовы отмечается без комментариев: законно ли оно, об этом в случае надобности рассудит светский суд. Ребенок родился при существовании второго брака, последовавшего вскоре за первым, родился ранее нормального срока беременности: при записке нельзя рассуждать, от которого отца он происходит; не должна решать сего и консистория – это разберет в случае нужды светский суд.

§ 18

**Отношение законных детей к родителям. – Узаконение и
способы его. – Внебрачные дети по французскому закону. –
Право незаконных детей требовать содержания от отца. –
Юридическое состояние незаконных детей.**

Итак, законная связь родителей с детьми возникает вообще из законного брака, в коем рождены дети; но и вне законного брака возможно рождение детей от родителей, посредством вольного совокупления. Между такими родителями или детьми возникает связь естественная, которую невозможно отрицать; но здесь одно лицо матери определяется само по себе событием рождения. А когда лицо отца, участвовавшего в зачатии ребенка, находится в неизвестности или в сомнении, нет уже того признака, которым определяется личность отца в законном браке (*justae nuptiae patrem demonstrant*). Итак, связь ребенка, вне брака рожденного, с матерью неоспорима, а связь с отцом оказывается лишь тогда, когда отец заявит себя в качестве отца. Это заявление получает силу

посредством узаконения внебрачных детей, или посредством признания детей родителем.

Действие узаконения состоит в том, что дети, рожденные вне брака, вне законной связи с гражданской личностью родителей, вступают в эту связь в той же мере, как бы родились в законном браке; восстановление это совершается *в силу закона* (legitimatio). Главнейшие способы узаконения следующие: 1. Последующий брак родителей (subsequens matrimonium). 2. Особый акт верховной власти об узаконении (rescriptum principis). Эти формы, возникнув в римском праве, перешли и в новые законодательства (французский закон последнюю форму вовсе отвергает). Однако в узаконении некоторые законодательства (напр., французское) отказывают детям, рожденным от прелюбодеяния или от совокупления между близкими родственниками, которые не могли вступить в брак без особого разрешения власти. Действие узаконения возводится обыкновенно к минуте брака, но дальше этой минуты не простирается, хотя бы узаконенные дети рождены были задолго до брака: состояние, предшествовавшее браку родителей, остается вне закона и вне связи с правами законного состояния; следовательно, в этом состоянии не касаются их наследство, открывшееся в роде отца или матери.

Итальянский закон (Гражд. код. 198 и след.) благоприятствует узаконению во всех случаях, когда нет повода опасаться, что от него могут пострадать интересы законного семейства; в этих условиях он допускает узаконение и по определению верховной власти, и позволяет детям даже по смерти родителей просить об узаконении, если родители в завещании или ином публичном акте заявили свое желание узаконить детей.

В некоторых германских законодательствах, особливо в прусском, употребительно половинное (minus plena) судебное узаконение детей, служащее к восстановлению не семейных прав, но честного имени от зазора.

Независимо от узаконения, сообщающего отношению родителей к детям полное свойство законного, может быть неполное, но признаваемое законом отношение родителей к своим внебрачным детям (enfants naturels). Французский закон требует для сего непременно положительного признания детей со стороны отца. Признание это может быть сделано в самом акте о рождении ребенка или в особенном публичном акте, нотариальном либо судебном (между прочим, в публичном завещании). Помимо этого добровольного признания, французский закон, во избежание запутанных и соблазнительных процессов, запрещает вовсе (кроме случаев увоза и похищения женщины) детям, вне брака рожденным, доказывать свое происхождение от известного отца (la recherche de la paternité est interdite. C. civ. 340, 341), но допускает иск о происхождении от известной матери (recherche de la maternité). В этом запрещении

французское право согласно с римским законом, запрещавшим подобные иски об отцовском имени незаконным детям (*liberi spurii et vulgo guaesiti patrem non habent*). Напротив того, германское право, согласно с каноническими постановлениями на Западе, всегда допускало такие иски, требуя притом доказательства, что в период зачатия истца (от 6 до 10 месяцев прежде рождения) предполагаемый отец его имел сожитие с его матерью. Итальянский закон (ст. 193) допускает, при некоторых условиях, право требовать от незаконного отца содержания, если отчество явствует из судебного приговора или письменного документа.

Германское правило, не согласное с римским, согласуется с человеколюбивым и справедливым началом канонического права, в силу коего соблазнитель обязывается жениться на забеременевшей от него женщине или выдать ее замуж с приданым и, во всяком случае, принять на себя содержание прижитого с ней ребенка. С этим началом согласно нынешнее саксонское законодательство, и австрийский закон (ст. 1328) обязывает соблазнителя вознаградить мать ребенка за все расходы, сопряженные с родами, и принять ребенка на свое попечение. Прусский закон держался первоначально того же начала, оправдывая его и нравственными и политическими соображениями, ибо предполагалось обеспечением участи матери и ребенка предупредить и ослабить в первой побуждения к детоубийству. Однако же со введением в Германии Наполеонова кодекса, в некоторых законодательствах изменился взгляд и на сей предмет. В Пруссии законодатель рассудил избрать среднюю меру между французским, чрезмерно строгим правилом, и германским, которое казалось слишком снисходительным. В применении прежнего закона оказалось много неудобств, происходивших от легкости, с коей могли быть возбуждаемы недобросовестными женщинами соблазнительные процессы, и могла быть употребляема присяга в доказательство событий, по свойству своему не допускающих обыкновенного удостоверения. В 1854 году состоялся в Пруссии новый закон, коим постановлено, что не только мать незаконного ребенка лишается права требовать себе вознаграждения, но и ребенку своему – содержания, от отца его, если сама она окажется виновной, именно, если она принимала от соблазнителя деньги или подарки за сожитие с ним, сама была развратного поведения или имела, кроме него, других любовников и т.п. Это постановление основательно осуждается за то, что ставит в вину ребенку действия его матери; оно не встречается, кроме прусского, ни в каком другом из германских законодательств. Саксонский закон даже в приведенном случае, когда у матери оказалось несколько любовников и нельзя определить, от кого прижит ребенок, не только не освобождает их, но всех вместе связывает круговой ответственностью за содержание ребенка. См. о сем: Arch. Civ. Pr. 1867, стр. 341.

Признание родителями внебрачных детей устанавливает между теми и другими связь личную, но не родовую; с родными отца и матери такие дети не имеют законной связи, но состоят в связи с братьями и сестрами по крови. Они носят и наследуют имя своих родителей или

того одного, кем признаны; наследуют после родителей, но в меньшей мере при других детях, вполне законных; поступают под законную власть родителей и на их попечение (ср. Code civ. 756–765, 908, 383, 384, 158). Но дети, происшедшие от прелюбодеяния и кровосмешения (enf. adulterins et incésteux), не пользуются, по французскому закону, правами признания и имеют только право, в случае нужды, требовать содержания (aliments) от родителей (C. civ. 762).

В германских законодательствах особое юридическое положение имеют так называемые Brautkinder, т.е. дети, зачатые или рожденные матерью от лица, прежде того обещавшего ей на ней жениться, но не исполнившего обещания по каким бы то ни было причинам. Такие дети, если отец признал, что они от него происходят, уравниваются с законными детьми в правах на содержание и на наследство после родителей, хотя и не признаются вполне законными. Уравнение справедливое, потому что рождению предшествовало условие вступить в брак, и если бы оно исполнилось, дети были бы узаконены браком, а не исполнилось оно от уклонения той или другой стороны или обеих вместе, в сем дети не виновны. О наследстве родителя после таких детей закон умалчивает, но многие полагают, что и отец имеет такое право, если не по его вине брачное условие осталось неисполненным (см. о сем Arch. f. Civ. Pr. 1855).

У мусульман незаконными признаются дети от преступной связи лиц, коим запрещено вступать между собой в брак, и от связи вне брака; но признание со стороны родителей и даже со стороны одного отца узаконяет детей. Вообще мусульманский закон снисходительно относится к незаконнорожденным детям: у шиитов они допускаются к наследованию после обоих родителей (у суннитов лишь после матери), когда нет других наследников.

§ 19

Узаконение незаконных детей в России. – Узаконение раскольничьих детей. – Когда признаются незаконными дети, рожденные в браке? – Состояние незаконных детей. – Законность рождения и состояние незаконных по закону прибалтийских губерний.

В нашем законе узаконение незаконных детей до последнего времени не было принято в качестве правильного и постоянно действующего установления, хотя в народном сознании сохранилась из церковных преданий мысль о том, что незаконнорожденных детей можно *привенчивать*. Однако в прошлом столетии и в нынешнем не редки были приме-

ры сопричтения незаконных детей к законным. Высочайшей властью, причем всякий раз, по Ее усмотрению, определялись и гражданские последствия сопричтения. В 1801 году госуд. совет разъяснил, что все эти распоряжения надлежит почитать действием чрезвычайным и милостью Монаршей, по отличным заслугам просителя или по особым обстоятельствам, а в 1803 году постановил, что сопричтенные дети восстанавливаются в полной силе прав, законным детям принадлежащих (ср. П. С. З. № 20980; Гр. Зак., ст. 144). В 1829 году закрыт был путь всем просьбам, приносимым через комиссию прошений, об узаконении и сопричтении к браку незаконных детей и воспитанников: все таковые просьбы велено было оставлять без действия (I т., Учр. Ком. Прош., 41; Зак. Гр., изд. 1857 г., 144, прим.); однако же просьбы об узаконении продолжали поступать, так что в 1858 году статс-секретарю у принятия прошений преподано секретное наставление о представлении, в виде изъятия из общего закона, упомянутых просьб на Высочайшее усмотрение, а 18 июля того же года состоялось повеление о порядке объявления указов об узаконении рожденных до брака детей (П. С. З. 1861 г., № 33408 а), где сказано, что Высочайшие повеления об этом предмете не публикуются (Учр. Сен. изд. 1892 г., 19 п. 1, прим. 3). С упразднением в 1884 году комиссии прошений и передачей обязанности принимать и направлять прошения, приносимые на Высочайшее имя, сперва управляющему Императорской Главной Квартирой и затем Главноуправляющему Собственной Канцелярией по принятию прошений, – прошения об узаконении и сопричтении к браку незаконных детей получают движение наравне со всеми прочими прошениями, ибо они не указаны в числе тех, кои должны быть оставляемы без рассмотрения; поэтому в новое издание I ч. X т. примечание к ст. 144 не внесено.

Нельзя однако же не заметить, что права узаконенных Высочайшим указом не могут быть одинаковы, так как они определяются не общим законом, а каждый раз в указе, сообразно с обстоятельствами каждого отдельного случая; неопределенными представляются также и условия, которые дают право просить об узаконении, поэтому и само узаконение, как Высочайшая милость, не заменяет и не может заменить узаконения, как учреждения гражданского права. В этом отношении в законодательстве нашем замечался существенный пробел, для пополнения коего в 1891 году состоялось мнение Государственного совета об узаконении незаконных детей для христианского населения. На основании сего мнения дети, рожденные вне брака, узаконяются браком их родителей. Такие дети почитаются законными со дня вступления их родителей в брак и пользуются всеми правами рожденных от этого брака детей за-

конных. Стало быть, таким детям присваиваются права их родителей по состоянию, наследственные после них и их родственников права, и право на содержание; с другой стороны, узаконенные дети обязаны подчиняться узаконившим их родителям наравне с детьми законными и нести по отношению к ним все обязанности законных детей (Зак. Гражд., ст. 144¹ по Прод. 1891 г.).

Узаконение незаконных детей совершается не само собой, силой вступления родителей в брак, а производится судом по просьбе родителей. Для сего родители должны подать в окружной суд (где не введены новые суд. места – в соединенную палату или равный ей суд), по месту своего постоянного жительства или по месту жительства узаконяемого ребенка, прошение лично, а не через поверенных, с приложением удостоверения, что ребенок происходит от них, и метрических свидетельств о браке и о рождении ребенка, а также метрических свидетельств о прежних браках, если настоящий брак не был первым, и о времени их прекращения. Прощение сие должно быть подано до истечения года со дня вступления в брак родителей узаконяемого, в противном случае должны быть объяснены причины промедления. По удостоверении в возможности происхождения ребенка от тех лиц, которые признают себя его родителями, в существовании между ними законного брака и в отсутствии препятствий к узаконению, суд постановляет определение об узаконении. Если при этом меняется отчество или фамилия узаконяемого, что по большей части и бывает на деле, так как незаконным детям обыкновенно дается отчество их крестного отца, а фамилия дается родителями, по их произволу, то в определении суда означается, под каким именем, отчеством и фамилией узаконяемый был записан в метрической книге. Об определении суда об узаконении делается надпись на метрическом свидетельстве узаконяемого и сообщается консистории для соответственной отметки в метрической книге; причем, когда один из родителей принадлежит к православному исповеданию, суд выдает взамен настоящего метрического свидетельства новое свидетельство по установленной форме, которое имеет ту же силу, как и метрическое. Дела об узаконении рассматриваются в окружном суде при закрытых дверях и решаются по выслушании заключения прокурора (Уст. Гражд. Суд., изд. 1892 г., ст. 1460¹–1460⁷; Зак. Суд. Гражд., ст. 467–470).

Высочайшими повелениями 8 декабря 1850 и 15 мая 1852 годов допущено было у нас узаконение раскольничьих детей, которое в сем случае можно назвать привенчиванием. Велено «детей сектаторов, кои повенчаются в св. церкви и дадут обязательство воспитывать их в правилах истинной веры, признавать законными, без различия, рождены ли они были до венца или после». Если из

двух сурогов-беспоповцев один присоединяется к православию или единоверию, то присоединившихся вместе с ним детей велено признавать законными. Наконец, если и одни дети, без родителей, присоединятся к православной церкви, помимо родительской воли, то и их положено признать законными. Неизвестно, впрочем, могут ли в последнем случае дети быть наследниками в родительском имении, ибо есть другое постановление, в силу коего дети раскольников, отделись присоединившиеся к православию, могут получать родительское достояние только с согласия родителей (см. Собр. постановл. по части раскола 1858 г., ст. 168, 169, 552, 567, 568, 574 и Нильского: Семейная жизнь в расколе. Вып. 2, стр. 68 и 69).

В 1874 году, с изданием правил о записке раскольничьих браков, дано раскольникам и обширное право узаконять последующей припиской детей своих, рожденных от брачного сожития, прежде существовавшего. Когда, ранее 1874 года, раскольники записаны были мужем и женой в сказках 10-й ревизии, то их велено признавать состоявшими в законном браке супругами, а дети, прижитые от упомянутых в ст. 1 правил браков после десятой народной переписи и потому в ревизские сказки не включенные, могут быть записаны в метрическую книгу по ходатайству их самих или по просьбе родителей или опекунов с тем, чтобы происхождение их от брака, записанного в ревизской сказке, и время их рождения были удостоверены показанием не менее двух свидетелей. От сих свидетелей, равно как от просивших о записи родителей или опекунов, отбирается подписка в том, что записываемые дети состоят в расколе от рождения. Когда в живых находится только один из супругов, или оба они уже умерли, то бывший между ними брак не подлежит записи в метрическую книгу. Но если между супругами существовал заключенный по обрядам их верования постоянный супружеский союз, не противный правилам, изображенным в Законах Гражданских (ст. 4, 5, 12, 20, 21 и 23), то рожденные от такого союза дети могут быть записаны в метрическую книгу по собственному их ходатайству или по просьбе родителей или опекунов, причем наблюдается следующее:

а) предварительно записи этих детей, просящими о том, должно быть заявлено об имени, прозвании и состоянии как самих детей, так и родителей их подлежащему полицейскому или волостному управлению; сими управлениями соблюдается порядок, предписанный в ст. 4–6 и 10 правил;

б) при записи должно быть не менее двух свидетелей, которые вместе с просившими о записи родителями или опекунами должны удостоверить как время рождения записываемых детей, так и то: 1) что эти дети произошли от супружеского союза, соответствующего указанным в настоящей статье условиям; 2) что состоявших в браке супругов, или одного из них, нет в живых и 3) что записываемые состоят в расколе от рождения.

Каждому заинтересованному предоставляется, однако, в ограждение своих прав, оспаривать действительность брака, признанного на основании ревизской сказки, равно как законное происхождение детей, показанных по ревизии или же занесенных в метрическую книгу, согласно правилам, изложенным выше. Но оспаривающий действительность брака должен доказать, что между записанными

ми мужем и женой не существовало заключенного по обрядам их верования постоянного супружеского союза или что союз их был заключен с нарушением правил, постановленных в ст. 4, 5, 12, 20, 21 и 23 Законов Гражданских (т. X, ч. 1); притом споры против действительности брака или против законности рождения показанных прижитыми в нем детей должны быть предъявлены подлежащему судебному установлению не позднее двух лет со дня обнаружения закона 1874 года, если оспаривается действительность брака или законность рождения детей, значащихся в ревизской сказке, а в прочих случаях — со дня записи детей в метрическую книгу; из сего исключаются споры самих лиц, записанных чьими-либо законными детьми: споры их против правильности такого показания могут быть предъявляемы во всякое время.

Постановления о признании действительности браков и законности рождения детей раскольников за прошедшее время не имеют по делам об имуществе обратной силы и не могут служить основанием для какого бы то ни было иска по имуществу за время, предшествовавшее изданию сего закона.

Итак, рожденные вне брака дети признаются у нас *незаконными*, хотя бы родители впоследствии сочетались законным браком. Это дети незаконные с самого рождения. Но, кроме того, могут быть признаны незаконными и дети, родившиеся под покровительством брака, если доказано:

1. Что они рождены с участием лица стороннего, т.е. от прелюбодеяния жены со сторонним мужчиной или мужа со сторонней женщиной; но доказанное рождение одного ребенка от прелюбодеяния не служит к предосуждению других детей; о каждом особенно должно быть доказано, что он рожден прелюбодейно. Когда брак расторгнут за прелюбодеяние жены, одно это обстоятельство не опорочивает детей, в сем браке ею рожденных, если она не скрывала рождения их от мужа и если нет других доказательств их незаконности; но когда брак расторгнут по доказанной неспособности мужа к супружескому сожитию, можно заключить с достоверностью, что рожденные в сем браке дети рождены не от супруга, ибо, по нашему закону, брак расторгается только за природную, а не за возникшую после совершения оного неспособность, и потому в сем случае дети прямо признаются незаконными (Зак. Гражд., ст. 49, 132, 134, 135).

2. Если доказано, что дети родились у вдовы или разведенной по прошествии 306 дней от прекращения или расторжения брака (132, п. 3).

Предполагается по закону, что 306 дней есть наибольший возможный период беременности. Но не следует забывать, что *предположение* допускается вообще, в частном же случае может и уступить очевидной достоверности события. Предположение основано на законе, выведенном из наблюдения над явлениями природы; но в ряду всяких явлений могут быть аномалии, и опыт свидетельствует о возможности отдельных случаев беременности, продолжающейся и долее 306 дней. В таких случаях, когда бы подобное явление было достоверно доказано, следует по духу нашего закона, затрудняющего споры о законности

рождения, допустить, вопреки предположению, признание законности ребенка, родившегося позже 306 дней по прекращении брака.

3. Если брак, в коем прижиты дети, по формальному приговору духовного суда признан незаконным и недействительным, согласно 37 ст. Зак. Гр. Однако, если один из супругов был вовлечен в противозаконный брак обманом или насилием, то участь детей может быть повергнута судом на особое милостивое усмотрение Верховной власти (ст. 132, п. 4, 133).

Состояние незаконных детей оставлено в нашем законодательстве без всякого определения. Закон отрицает вовсе юридическую связь их с родителями по естеству и с родом отца или матери, вовсе не признает взаимных наследственных прав между ними и родителями их и родственниками (см. Сб. Сенат. реш. Т. 2, № 253) и умалчивает даже о родительской над ними власти¹. В Уголовном Уложении постановлено (ст. 994), что в случае противозаконного сожития неженатого с незамужней, если родится младенец, отец обязан, сообразно со своим состоянием, обеспечить приличным образом содержание матери и младенца; но обязанность в этом случае проистекает не от гражданского юридического отношения, но основана на ответственности за последствие вины и проступка. Подобно сему, гражданский закон (663 ст.) налагает на виновного в изнасиловании обязанность доставить средства на содержание и воспитание незаконного младенца, на виновного в вовлечении другой стороны в брак, признанный впоследствии недействительным по принуждению или обману, обязанность обеспечить участь детей, рожденных от сего брака (666 ст. См. о сем дело Ферстер в Суд. Вестнике, 1868 г.).

Обязанность обеспечить содержание прижитого вне брака ребенка и его матери хотя и должна быть признана гражданской мерой, но отнесена законом к числу мер, неразрывно связанных с наказанием, определенным 994 ст. Улож., которые могут быть приняты только судом уголовным, по рассмотрении дела о незаконном сожитии (Касс. реш. угол. 1868 г., № 659, 694; 1870 г., № 429). Посему таковой иск о содержании подлежит рассмотрению уголовного суда, и должен быть разрешен этим судом в случае прекращения уголовного дела по одной из причин, указанных в ст. 16 и 356 Уст. Угол. Суд. Но если уголовный суд оставит такой иск без рассмотрения, и постановление его о том, несмотря на жалобу, не будет высшим судом отменено, то истица не лишается права предъявить тот же иск порядком гражданским (Касс. реш. гражд., 1873 г., № 1383).

Обязан ли отец давать своим незаконным детям содержание? Этот вопрос ввиду того, что закон предусматривает возможность воспитания незаконных детей их родителями (т. X, ч. I, ст. 176) и указывает обязанность отца, сообразно с со-

¹ Впрочем, из этого умолчания не следует заключать, что родительская власть в сем случае отрицается. Суд. практика признает эту власть. Так, напр., признается право матери быть опекуницей незаконнорожденного ребенка (См. реш. Общ. Соб. Сен. 1868 г., по д. Гристоп).

стоянием своим, обеспечивать приличным образом содержание младенца, родившегося от изнасилования или незаконного сожития неженатого с незамужней, доколе незаконнорожденный не достигнет возраста, в котором он в состоянии содержать себя сам (Улож. Ст. 944, т. X ч. I, ст. 663), Гр. Касс. Деп. решает в утвердительном смысле, находя правильным из этих единичных случаев сделать вывод, что по общему смыслу наших законов между незаконнорожденными детьми и родителями их существует естественная связь и что из этой связи истекает обязанность отца содействовать матери в приличном содержании незаконнорожденного, пока последний не будет в состоянии содержать себя сам (1893, № 105).

О юридических последствиях незаконнорождения упоминается еще в т. III, Уст. Служб. Прав., изд. 1876 г., ст. 48, 49, 751; т. V, изд. 1893 г., Уст. о прямых налогах, ст. 482, прил. ст. 38, п. 5; 46, 47; т. IX, 522.

а) Вне законного брака наш закон не признает законного родства, а следовательно, и прав по имуществу, из законного родства истекающих и на законном родстве утвержденных. Посему незаконные дети не имеют законного наследственного отношения не только с отцом, но и с матерью. Допустить противное невозможно, покуда закон наш не признал юридического отношения к родителям по незаконному происхождению. См. случай, приведенный в Журн. Мин. Юст. 1861 г., № 12, стр. 585.

б) На основании 86 ст. Уст. Гр. Суд. сделан был отвод против свидетеля на том основании, что он незаконнорожденный сын одного из участвовавших в деле. Возник вопрос: можно ли за силой 1112, 1113 и 136 ст. I ч. X т. признавать в этом смысле родительское отношение. Сенат рассудил, что хотя закон не признает юридической связи незаконных детей с родителями и взаимных наследственных прав между ними, но из сего не следует, чтобы закон отвергал и всякую естественную между ними связь, когда она не подлежит сомнению или признается самими родителями. Постановления о детях незаконных помещены в главе о союзе родителей и детей. Итак, устанавливая известного рода отношения между родителями и незаконными детьми, закон тем самым признает естественный союз не только между незаконнорожденным и его матерью, но в известных случаях и его отцом (напр., Угол. Ул., ст. 994). Посему Сенат, имея в виду цель отвода (сомнение в беспристрастии), допустил отвод в настоящем случае (Касс. реш. 1872 г., № 686).

в) Незаконные дети, приносимые в воспит. дом, возвращаются матерям, или родственникам безусловно, в течение 3 лет от рождения, если принесены с метрич. выписями; в противном же случае – в течение 6 недель по приносе. После же сего срока они возвращаются только условно, т.е. по удостоверении в благонадежности родных и по взносе некоторой суммы на обеспечение питомца (П. С. 3. 1871 г., № 49757, ст. 2, 3). Законные дети не принимаются на вскормление в воспит. дом, кроме исключ. случаев – смерти матери или крайней болезни и бедности, и то лишь до годичного возраста. Там же, ст. 5.

Подкидыши в воспит. дом, в случае открытия родителей, возвращаются им обязательно.

Законность рождения по закону прибалтийских губерний. Законными признаются дети, которые зачаты или родились в законном браке. Кто

родился не ранее 182 дней по совершении брака, тот предполагается *зачатым* в браке; родившийся не позже 10 месяцев по прекращении брака предполагается *рожденным* в браке. Эти предположения в случае спора необходимо опровергнуть доказательствами, но спор устраняется, если отец признавал детей своими. Жене после развода или прекращения брака в течение 30 дней, буде она беременна, предоставляется оградить себя заявлением мужу или его ближайшим по родству преемникам: тогда муж или родные могут просить об освидетельствовании женщины, если же не просили о том и по извещению не спорили, что женщина беременна от бывшего мужа, то обязаны признать ребенка законным; но упущение матери в заявке не обращается во вред рожденному от нее, который всегда может доказывать свою законность (Остз. Гр. Зак. 132–147. Эти постановления взяты из римского права).

Незаконные дети могут искать отца и доказывать, кто отец их. Отцом признается, кто обличен в том, что имел совокупление с матерью ребенка не ранее 10 месяцев и не позже 182 дней до его рождения. Но если доказано, что в то же время мать имела связь и с другими, то отец освобождается от отцовских обязанностей. Обязанности эти состоят в попечении и содержании, но не соединяются с родительской властью. Обязанность содержания и по смерти отца переходит на его имущество. Последующий брак родителей узаконяет детей во всех правах, но лишь со времени брака (Остз. Гр. Зак. 163–174).

§ 20

Личные отношения родителей к детям. – Римский и германский типы родительской власти. – Родительская власть по новым законодательствам и главные ее проявления. – Право воспитания, в особенности религиозного. – Разделение власти при разлучении супругов. – Выбор занятия и звания. – Родительское право наказания, непосредственное и через посредство правительства. – Прекращение родительской власти и отделение детей.

Отношение детей к родителям, само по себе простое, когда разумеешь его по естественному и нравственному чувству, представляется во многих своих принадлежностях искусственным учреждением, когда является в виде *права* родительского и родительской *власти*, как юридическое отношение. Власть эта – по преимуществу власть отца, и чем

более неравенства во взаимных отношениях мужа с женой среди семейства, тем более усиливается, тем строже представляется право и власть отца над детьми: по мере того, как смягчается юридическое начало в отношениях супругов, смягчается оно и в отношении к детям обоих родителей. Римскому праву известна была *отцовская* власть (*patria potestas*), до конца жизни властительная над всем домом – над детьми, внуками, правнуками. В строгом браке мать относительно детей своих занимала место немного выше сестры и по смерти мужа могла даже попасть под опеку своего совершеннолетнего сына. В позднейшем римском праве это отношение изменилось: мать (или бабушка), овдовев, могла быть допускаема к опеке над детьми и внуками. Отцовская власть в Риме приближалась характером к праву собственности: она вменяла в себе право на жизнь и смерть детей; даже в позднейшем римском праве не запрещалось отцу в крайней нужде продавать детей своих. И прекращение отцовской власти имело у римлян формальный юридический вид, свойство уступки материального права, так что в некоторых случаях (именно когда эмансипированному сыну доходило наследство от матери), за пользование выгодами эмансипации отец вправе был получать от сына вознаграждение (*praedium emancipationis*). Отличительное свойство новозаконного отношения детей к родителям состоит в том, что нравственный характер в нем преобладает над юридическим: дети являются членами семьи и живут одной жизнью с родителями. В этом естественном нравственном отношении нет места римскому началу единства личности (*unitas personarum*), в силу коего личность сына совершенно исчезала в лице отца, и между ними не могло быть юридического отношения, какое бывает между отдельными лицами. В противоположность римскому германское начало родительской власти есть начало нравственное, начало защиты, покровительства и попечения (*mundium*). При этом, по новому понятию, родительская власть принадлежит совокупно отцу и матери. При нормальном действии отношений не может быть речи о том, до каких пределов простирается при отце власть матери; но право матери и в новых законодательствах, несмотря на значительное изменение понятий, есть право ограниченное, сравнительно с отцовским, и второстепенное. Отцу принадлежит решительная власть, а воля матери получает силу лишь в том случае, когда она заступает место отца. Но если мать одна, без отца, власть ее обыкновенно не единоличная, но разделяется с опекунами.

Отдельные проявления родительской власти проистекают от этого начала попечения, с одной стороны, и повиновения, – с другой. По новым законодательствам, власть эта, в большей или меньшей мере, отно-

сится к следующим предметам. Согласие родителей необходимо при вступлении детей в брак. Родители могут после себя назначать опекунов к детям. Между родителями и детьми возникает взаимное право на вспоможение и содержание. Родители могут лишить детей своих наследства; родители могут в иных случаях, и в некоторых имениях, назначить на будущее время наследников своим детям (*substitutio pupillaris*). Дети ограничиваются в праве искать правосудия на родителей, приносить на них жалобу или против них свидетельствовать.

Главнейшие проявления родительской власти, в период полного действия оной, относятся к праву *воспитания* и к праву *наказания*.

1. Воспитание детей составляет прежде всего естественную обязанность родителей; следовательно, для исполнения сей обязанности родители непременно имеют и соответствующее оной *право* направлять это воспитание по лучшему своему усмотрению. Государственная власть вообще не вмешивается в это дело частной домашней жизни; но есть предметы воспитания, почитаемые настолько важными для государства и общества, что некоторые законодательства объявляют их обязательными для всех и каждого. Эти предметы – религиозное воспитание и школьное обучение. Религиозное воспитание начинается с приобщения младенца к церкви христианской таинством крещения. В некоторых государствах Германии родители обязываются положительным законом к немедленному крещению детей своих и, в случае уклонения, понуждаются к тому. В Пруссии действовало издавна такое правило, что если отец оставляет ребенка 6 недель без крещения, к ребенку может быть назначен опекун (см. Richter, Kirchenrecht. § 238). Правило это отменено в 1874 году новым законом о браках.

В первоначальном периоде воспитания преобладает, без сомнения, участие матери, и трудно представить себе, чтобы права отца могли быть в чем-либо нарушены этой деятельностью матери и чтобы закону пристойно было вмешиваться во взаимные отношения супругов по поводу сего воспитания. Однако прусский закон, столь обильный определениями, коснулся и этого предмета, постановив, что отец ранее 4-летнего возраста не имеет права отнимать ребенка от матери (*nicht entzogen werden*. Pr. Ldr. II, 1, 70–73). При разлучении или расторжении брака возникает вопрос о детях: у кого из супругов они остаются, кто из супругов имеет право на воспитание детей? Вопрос этот разрешается судом в самом приговоре о расторжении брака. Дети поручаются обыкновенно невинному супругу, причем виновный обязуется участвовать в доставлении средств на воспитание их. Допускается, впрочем, взаимное соглашение о сем между супругами: или разделение детей, соответственно

полу, между отцом и матерью, или, когда оба супруга ненадежны, дети поручаются опекунскому надзору. Прусский и австрийский законы дозволяют матери во всяком случае удерживать при себе малолетних детей до положенного возраста (Pr. Ldr. II, 2, § 93–96; Oest. Ges. § 142; Code civ. 302–304).

Спорные вопросы о том, кому из родителей принадлежит право на детей, могут возникать в таком случае, когда родители живут розно или когда брачный союз родителей расторгается. Законодательства скудны определительными постановлениями на эти случаи. Когда родители живут розно, судебная практика дает, по общему началу, отцу преимущественное право на детей; но уже римский закон, императорской эпохи, допускал возможность отдавать детей матери, когда отец дурного поведения, *ob nequitiam patris*. И практика иностранных судов допускает из общего правила многочисленные исключения, руководствуясь заботой о пользе детей. Детей отдают матери не только по поводу неблагонадежности отца, но и по другим соображениям, напр. по малолетству детей, требующему материнского ухода, или полу, требующему женского воспитания, по болезненному сложению детей; принимается в соображение, кто из родителей, по состоянию своему и по роду занятий, имеет более средств и возможности заняться воспитанием детей и т.п.

На случай развода главным руководством для судебной практики служили издревле два постановления римского права. В одном сказано, что не следует разделять детей между разделенными супругами исключительно по полу, но судья должен в каждом данном случае рассудить, у отца или матери дети должны оставаться и воспитываться. Другое постановление (117 Новеллы) следующее. Когда дошло до развода между супругами, то рожденные от брака дети никоим образом не должны терпеть ущерба от расторжения брака, но призываются к наследству после родителей, и без сомнения должны получать свое содержание из средств отца. Если повод к разлучению подан со стороны отца, и притом мать не вступит во второй брак, то пусть дети воспитываются у матери, а за издержки воспитания отвечает отец. Если же брак расторгнут по вине матери, то пусть дети остаются и воспитываются у отца. Если случится, что отец имеет мало средств, а мать богата, тогда пусть дети, скудные своими средствами, остаются и воспитываются у матери. Как богатые дети принуждаются доставлять содержание бедной матери, так точно справедливость требует, чтобы и мать богатая детей содержала. Из этих постановлений следует, что дети вообще предоставляются невинному супругу, что средства для воспитания детей повинен давать отец или вообще тот из родителей, кто наиболее состоятелен, и, наконец, что в сомнительных обстоятельствах вопрос о том, кому отдать детей, решается судьей по соображении с пользой детей и с характером и обязанностями родителей.

Из этого постановления истекают главным образом и права новейших законодательств. Если есть соглашение между супругами при разводе относительно детей, то участь их определяется этим соглашением; а когда его нет, необходимы указания закона.

По прусскому закону, воспитание детей предоставляется, в случае развода, невинной стороне; а когда обе стороны невинны, дети отдаются матери до 4-летнего возраста, потом переходят к отцу. Издержки падают на отца, разве бы оказалось, что он без средств, а средства есть у матери. Но и мать при отце не освобождается от участия в расходах. В австрийском законе есть подобное же постановление. По французскому закону, дети отдаются тому из супругов, *по чьему иску* состоялся развод; но суд может, по заявлению родственников или прокурора, распорядиться и иначе, если то нужно для пользы детей, т.е. может поручить их на попечение другому супругу или отдать на руки третьему лицу. Во всяком случае родители не лишаются права видеть детей, наблюдать за их воспитанием и не уstraняются от обязанности доставлять средства на воспитание их, глядя по состоянию каждого. (См. о сем ст. Гейнцерлинга в Arch. civ. Pr. 1872 г.)

Новые законы нынешнего столетия отличаются стремлением к религиозной терпимости и к уравниванию вероисповеданий свободой совести. Но это стремление впадает нередко в крайность и вместо обеспечения свободы совести вводит ее ограничения. Это видно в особенности в законах относительно воспитания детей. Так, австрийский закон 1868 года устанавливает общим правилом, что незаконные дети должны принадлежать к вероисповеданию матери; до 7-летнего возраста от родителей зависит воспитывать детей в том или ином вероисповедании; но от 7 до 14 лет дети *должны* оставаться в той вере, в которой были до 7-летнего возраста: в течение этого времени, стало быть, напр., еврейское дитя, даже с согласия родителей или опекунов, не может быть окрещено.

Родительское право подвергается наибольшему ограничению в смешанных браках между лицами разных исповеданий, когда решается трудный вопрос о том, в чьей вере – в вере отца или матери – должны быть воспитаны дети. Этот вопрос получил особенную важность в Пруссии для браков между католиками и лютеранами, ибо католическая церковь, отрицая законность евангелического исповедания, требовала безусловно, чтобы рожденные от сих браков дети воспитывались в католической вере. От сего происходило стеснение совести отца или матери; между супругами возбуждалось разномыслие к нарушению семейного мира и для решения потребовалось вмешательство гражданского закона. В Германии вошло в обычай при самом заключении смешанных браков определять взаимным договором, в чьей вере дети должны быть воспитаны; а когда особого договора не было, спорный вопрос решался в разных местах розно: религиозное воспитание детей предоставлялось усмотрению отца, как главы семейства, или принималось за правило, что сыновья следуют отцовской, дочери – материнской вере (*religio sequitur sexum*). Фридрих II придал этому правилу обязательную силу для Пруссии (Pr. Ldr. II. 2, § 76) на случай разногласия родителей, но в большей части германских государств оно изменено, и воле отца дается сила решительная. В 1803 году это правило изменено по воле короля, находив-

шего нравственное неудобство в разнoverии детей одного и того же дома. Положено, что дети должны быть воспитаны в вере *отца*. При жизни обоих родителей допускается между ними соглашение в противоположном смысле. Но по смерти одного из родителей законное правило соблюдается безусловно. По достижении 14 лет всякий волен избирать себе веру, какую хочет. Во Франции решительная воля отца выводится из 1388 ст. гражданского кодекса. Вместе с тем новые законодательства не допускают заранее составленных договоров о сем предмете и признают их необязательными для супругов, буде впоследствии возникает разногласие. Предполагается, что все такие договоры несвободны и составляются под влиянием минутных впечатлений, либо стороннего клерикального внушения, и не могут связывать совесть договорившихся сторон, ибо предмет договора есть вера, личное чувство, не подлежащее договорному определению. В Австрии, до последних преобразований, гражданский закон по сему предмету согласовался с требованием господствующей церкви, чтобы дети воспитываемы были в вере супруга католика.

Воспитание ребенка, по мере его возрастания, должно служить приготовлением его к определенной деятельности или к особенному званию, и потому отец, без сомнения, имеет право заранее избирать для детей своих род будущей деятельности и давать им соответствующее образование и направление; но, с другой стороны, выбор деятельности и звания есть дело личной воли, и по этому предмету возможны противоречия и столкновения между родителями и детьми. К разрешению подобных столкновений один только прусский закон (Ldr. II. 2, § 112) постановляет, что на случай непреодолимого отвращения сына от того рода деятельности, к которой отец принуждает его, разноречие отца с сыном разрешается опекуном судом при участии родственников и учителя.

Родительское право воспитания в некоторых германских государствах ограничивается законом *обязательного обучения*, в силу коего родители безусловно обязаны детей своих, по достижении положенного возраста (6–12 лет), посылать в школы, содержимые на счет общин и государства.

За нарушение положены штрафы, а в иных случаях закон угрожает родителям и тюремным заключением. Всего строже применяется этот закон в Пруссии, где обязательность первоначальной школы установлена была первоначально для церковных целей, т.е. в интересах протестантизма, а в последнее время на строгом применении этого начала настаивает, при помощи либеральной партии, государственная власть, дабы воспользоваться школой как орудием в борьбе с римско-католической и клерикальной партией.

Вопрос об обязательности начального обучения – один из модных вопросов нашего времени, и либеральная партия требует повсюду, вместе с полной секуляризацией школы, и обязательности обучения в новой школе. Но повсюду здравый смысл народа борется как с тем, так и с другим направлением. Благодаря этому отпору, закон о всеобщей обязательности обучения не прошел в 1874 году ни в Италии, где министерство настаивало на принятии его с большой горячностью, ни в Англии (Парл. засед. 30 июня).

2. Для воспитательных целей отец имеет над детьми своими право надзора, в силу коего может требовать, чтобы дети от него не отлучались, и право исправления, в силу коего может подвергать детей наказаниям. Трудно определить, до каких именно пределов может простираться в этом отношении власть отца, и нельзя не опасаться, что целое нравственное отношение детей к родителям изменило бы свой вид, и чувство взаимного благоволения было бы нарушено, когда бы закон взялся за анализ и определение прав родительских, относительно к детям и прав детских, относительно к родителям. Могут быть, однако, случаи, в коих для ограждения личности детей от чрезмерного и произвольного стеснения необходимо постановить законное правило и открыть путь вмешательству или содействию правительственной власти. Наибольшей определительностью по сему предмету отличается французский закон. Сын не может самовольно оставить дом родительский и в противном случае возвращается к отцу силой; исключение допускается только для поступающих охотой в военную службу, и то в 20-летнем возрасте. Для наказания детей отец имеет право действовать через правительство. По одному *требованию* отца, президент суда приказывает подвергнуть сына или дочь его тюремному заключению сроком не более как на один месяц; но эта мера применяется лишь к детям, не достигшим 16-летнего возраста и не имеющим своего отдельного имущества и звания, и к детям, не имеющим мачехи; в противном случае отец должен действовать путем жалобы, с указанием причин, и просьба его подлежит обсуждению с участием прокурора, причем срок заключения может быть увеличен до 6 месяцев. Мать во всяком случае может действовать только последним способом и теряет вовсе право просить о наказании детей, если у них есть отчим. Детям дается право жалобы на распоряжение, но не иначе как по приведении его в действие (Code civ. 374–383).

В новом мире родительская власть, по свойству своему, не может быть пожизненным правом отца: хотя нравственное отношение любви и почтения между родителями и детьми не имеет предела во времени, но юридическое свойство власти продолжается в сем отношении лишь дотеле, пока дети нуждаются в опоре, защите и замене или дополнении своей

юридической личности. Как ни просто и естественно это предположение, как ни согласуется оно с новой идеей родительской власти, однако же нельзя сказать, чтобы оно достаточно выяснилось в законе и в практике. Причиной тому отчасти само свойство семейного отношения, в котором не всегда удобно отделить юридическую сторону от нравственной посредством одностороннего юридического анализа, а отчасти – продолжающееся доныне действие начал римского права, которым на Западе подчиняются иногда невольно и наука и практика в истолковании и применении учреждений, заимствовавших основной свой образ из римского права. В строгом смысле надлежало бы признать, что родительская власть юридически прекращается со вступлением детей в совершеннолетие; но, не довольствуясь этим началом и следуя народному обычаю, некоторые законодательства (напр., прусское, виртембергское, баварское), кроме совершеннолетия или независимо от него, объявляют детей свободными от родительской власти тогда, когда они материально отделились от родительского дома, приобретя себе хозяйство и способы содержания, которые ставят их в независимое положение. Иные законодательства (напр., австрийское) полагают, кроме совершеннолетия, самостоятельным поводом к прекращению родительской власти отделение сына на свое хозяйство, с согласия отца. В чем именно видны признаки такого независимого положения (*gesonderter Haushalt*) и может ли дочь установить его себе, помимо замужества, для освобождения из-под власти, о сем на практике допускается еще довольно разноречия. Это разноречие и понятно в таком предмете, в котором закон, отринув строгие формы юридического формализма, не успел еще выработать руководящие начала достаточно твердые и ясные. Относительно дочерей все согласны в том, что, вступая в брак и под новую власть и защиту (*mundium*) мужа, они освобождаются из-под родительской власти безусловно; то же разумеется и о сыне, вступающем в брак, когда он основывает свой дом и свое отдельное хозяйство; предполагается, что родители, когда согласились на брак сына, считают его способным управлять собой и своим имуществом. Римская форма *эмансипации*, потеряв вовсе строгое юридическое значение, удержала, однако же, в некоторых новейших законодательствах свое название, не совсем точно прилагаемое к тем случаям, в коих родительскому авторитету предоставляется добровольным актом признавать детей своих и ранее совершеннолетия достаточно созревшими для самостоятельной деятельности и свободными от родительской власти. Но, с другой стороны, многие из германских законодательств предоставляют отцу право – заявлением подлежащей властью останавливать для сына действие и полного совершеннолетия, по законным причинам.

§ 21

Отношения родителей к детям по имуществу. – Право детей на содержание и на выдел. – Право родителей на детское имущество. – Отдельное детское имение по римскому праву и по новым германским законодательствам.

Отношения родителей к детям по имуществу. По духу законодательств Западной Европы, между родителями и детьми нет в отношениях по имуществу той взаимности, которая является в подобных отношениях супругов; разве одно право на *содержание* (alimenta) можно признать взаимным между родителями и детьми. Все прочие права по имуществу представляются односторонними, преимущественно в пользу родителей, на детское имущество. Право детей на родительское имущество открывается только в наследстве, по смерти родителей. При жизни родителей в немногих только случаях, и лишь некоторые законодательства предоставляют детям право на часть имения. Таков именно случай, когда, при вступлении одного из родителей во второй брак, детям от первого брака предоставляется право на выдел следующей им части из родительского имения (Abschichtung, Abfindung. Pr. Ldr. II. 2, § 368–377). В других случаях сыновьям, когда они начинают жить отдельно от родителей на своем хозяйстве, предоставляется требовать от родителей, или даже от деда и бабушки, необходимого вспоможения на первое обзаведение, но размер сего вспоможения зависит исключительно от усмотрения родителей (Pr. Ldr. II. 2, § 232–248). Австрийский закон допускает такое требование только по случаю вступления в брак сына или внука (Ges. b. 1220–1231).

Гораздо подробнее и определительнее законы о праве родителей на имущество детей. Все эти законы более или менее ведут свое начало от римского права и встречаются в законодательствах, на римском праве основанных. В Риме, по старому праву, все отношения членов дома по имуществу сводились к единству имения в лице отца и домохозяина. Он в силу своей власти (potestas) считался единственным господином всего имущества. Дети служили ему так же, как и рабы, орудиями приобретения. Всякие действия детей, служащие к приобретению, обращались в пользу отца; но обязательства, заключенные детьми, упали на ответственность отца только при особых условиях: когда обязательство заключено было к выгоде отца или имения (actio de in rem verso) или когда

отец дал свое согласие на сделку (*actio quod jussu, de peculio, tributoria*). Нередко возрастной сын получал от отца в бессрочное управление часть отцовского имущества, с правом на распоряжения, которые и для отца становились обязательными. Это владение, под названием *peculium*, было первоначальным видом отдельного, хотя и несамостоятельного, детского права на имущество при родителе. По строгости римского права, невозможным почиталось дарение сыну отдельного имущества в полную собственность. Затем появился, также в виде исключения, другой вид отдельного детского имущества – *служебное*, приобретенное на службе военной или гражданской (*castrense et quasi castrense peculium*): этим приобретением сын мог уже обладать на полном праве. Наконец, в позднейшую эпоху римского права, когда первоначальная идея единства собственности в сем подверглась уже значительному изменению, появилась новая форма сыновнего права на имущество, благоприобретенное им, помимо отца, от матери и от других лиц (*bona materna, bona adventitia, extrinsecus advenientia*); однако и в этой собственности сыновней отец удерживал еще за собой право пожизненного пользования и управления. Эти-то исторические формы детского имущества перенесены были из римского права в науку и в законодательства Западной Европы; даже и ныне, несмотря на коренное отличие в основной идее родительской власти, не допускающее в действительной жизни формы владения, подобной древнему римскому *peculium*, некоторые германские ученые продолжают прилагать этот термин к правам детей на имущество при жизни родителей. Во всяком случае римская форма – *bona adventitia* – послужила для западных законодательств основной формой, к которой сводятся детские права на отдельное имущество, относительно родителей. Так, напр., прусский закон (Ldr. II. 2, § 148–155) подробно означает виды так называемого *вольного имущества* (*freies Vermögen*), на которое детям при родителях предоставляется отдельное и полное право, не стесняемое общим законом родительского пользования. Сюда принадлежат: 1. Приобретенное своим трудом и промыслом; 2. Нажитое на службе военной и гражданской; 3. Полученное в награду, в дар за услугу и в отказ по завещанию; 4. Подаренное на особом условии отдельного от родителей пользования. По французскому закону, только имущества первого и последнего из означенных разрядов отдаются в полное распоряжение детей как отдельная их собственность, а все остальные подчинены общему закону родительского пользования; но само пользование продолжается для родителей не пожизненно, но лишь до вступления детей в 18-летний возраст. Оно принадлежит только *законным* родителям; одному отцу при матери, или матери, когда она вдова, и отнимается

у матери, когда она вступит во второй брак, у отца же в подобном случае оставляется. Это право, по толкованию французских юристов, дается родителям в пособие при воспитании детей и в возмездие за попечения о детях (Code civ. 384–387). Всего более отклоняется по сему предмету от римского образца австрийское законодательство. Покуда дети состоят еще под властью родителей, всякое отдельное, достаемое детям, имущество переходит *в управление* родителям; но родители обязаны отчетностью в доходах и прибылях сверх издержек на воспитание детей, и могут обращать этот излишек в свою пользу только тогда, когда он незначителен или когда имущество дошло к детям под особым условием родительского пользования (Oest. Ges. b. 149–151).

§ 22

Родительская власть по русскому закону. – Право и обязанность воспитывать детей в том или другом вероисповедании. – Право воспитания и наказания. – Распоряжение личностью детей. – Случаи, в коих требуется родительское согласие. – Следование детей в ссылку за родителями. – Прекращение и ограничение родительской власти.

Родительская власть есть власть отца и матери, поколику воля того и другого не разноречит; в противном случае главным державцем является муж, как глава жены и дома. Когда нет в живых отца, власть принадлежит одной матери; она же, по общему закону, имеет в таком случае право на опеку над детьми, а по Литовскому статуту (для Черниговской и Полтавской губ. Зак. Гр., ст. 232, 264) исправляет опеку вместе со старшими родственниками малолетних или даже с опекунами из посторонних; но дети не должны быть разлучаемы с ней – сыновья до отдачи в училище, а дочери до замужества. Место жительства детей полагается при родителях (ср. Пол. о вид. на жительство, 3 июля 1894 г., ст. 10, 11), следовательно, родители вообще имеют право требовать к себе малолетних детей своих от постороннего лица (ср. Касс. реш. 1876 г., № 199).

С заграничными азиатцами, женившимися на русских лютеранках (или магометанках), при выезде из России на родину, дети не должны быть отпускаемы. Зак. Гражд. 88, 96.

А) В нашем законе нет никаких постановлений о том, как дети должны быть распределяемы между супругами в случае расторжения брака или кому из супругов предоставляется преимущественное право на воспитание детей. Духовные суды обыкновенно уклоняются от определений по этому предмету, от-

нося его к ведению гражданского правительства, а гражданский суд не имеет никакого руководства в положительном законе. Кажется, однако, что и наши суды могли бы, в недостатке закона и за силой 1 и 10 ст. Уст. Гр. Суд., принять к руководству вышеизложенное в § 20 правило римского закона.

По делу Лопухиных 1810 года, о несогласиях между супругами, предполагалось определить в Госуд. Совете, при ком оставить детей между разъехавшимися супругами. Состоялась Высочайшая резолюция: оставить дело сие, как семейственное и к правительству не принадлежащее, без всякого дальнейшего движения.

Для римско-католич. консисторий постановлено в 1873 году (П. С. З. 52150), что в самом начале производства по делам о разлучении супругов они постановляют, кто из родителей должен содержать детей во время производства, а при самом решении дела означают, кому из супругов надлежит воспитывать всех или некоторых прижитых в браке детей, и до какого возраста, и кто должен нести издержки на содержание и воспитание сих детей. Определение же суммы сих издержек, буде между родителями нет о сем согласия, и вообще дела по имуществу между разлученными супругами подлежат ведению светского суда.

Б) В наших законах нет постановления, кто из супругов имеет преимущественное право на воспитание при себе детей, когда супруги живут разنو; закон не предвидит и юридической возможности такого разлучения. В этом отсутствии определения нельзя не признать недостаток нашего законодательства, так как отдельное жительство супругов есть явление весьма обыкновенное, которое не должно быть оставляемо без внимания законом, так как вследствие его возникают немаловажные вопросы, требующие положительного разрешения. Правда, муж может требовать, чтобы жена жила с ним вместе, но в большей части случаев он сам не желает этого, и никакой закон – в том числе и наш – не берет на себя принуждать супругов к совместному жительству безусловно, т.е. независимо от иска и требования, силой государственной власти. Если же это так, то чем разрешить, в недостатке законодательных определений, пререкания о праве на детей, возникающие между мужем и женой? Если признать, как обыкновенно решается до сих пор, что муж имеет безусловное право держать при себе и воспитывать детей своих, в силу неограниченной власти мужа и отца в семействе, то, с другой стороны, нельзя упустить из виду, что сам закон, предполагая эту власть, предполагает в то же время совместное жительство родителей; следовательно, безусловное обращение детей к отцу вопреки желанию матери, отдельно от него живущей, все-таки не отвечало бы законному предположению, выходило бы из меры законной. Муж, – хотя бы жена самовольно оставила его, – не желает сам совместного с ней жительства, но желает взять от нее к себе малолетних детей. В этом виде едва ли есть законное основание удовлетворить его требование: в этом виде требование его будет незаконно и несогласно с нравственными основами брака, как их предполагает наше законодательство. (Подобное дело супругов Завадских разрешено в 1873 г. 2 Общ. Собр. Сен. в пользу мужа). Если муж не доверяет жене, если обвиняет ее в пороках, в дурном поведении, то пороки и дурное поведение не дают ему (равно как и жене в противоположном

случае) ни законного, ни нравственного права отринуть жену, с которой он вступил в брачное сожителство на целую жизнь. Если же ее поведение дошло до таких явлений, которые дают законный повод просить о разводе, то от него зависит просить о том. Вот еще пример. Иван, вступив в брак со вдовой, взял с ней сыновей от первого ее брака и потом прижил с ней своих детей. Когда па-сынки выросли, отчим не взлюбил их или считает их негодными детьми и тяготе-тиса совместной с ними жизнью. Он предлагает жене оставить их, если хочет жить с ним вместе, в противном же случае угрожает переехать на другую квар-тиру и всех своих детей, с ней прижитых, взять с собой. В этом случае думаю, что требование мужней власти будет также не законное, а произвольное и на-сильственное, и он не вправе отринуть жену и отнять у нее общих детей за то, что она своих детей отринуть не хочет.

Но все эти и подобные решения возникающих вопросов могут быть доста-точны разве только для защиты и поддержания существующего фактического состояния, но недостаточны, когда требуется определить нормальное законное состояние. В первом из приведенных мной примеров, когда дети находятся при матери, отдельно живущей, требование отца взять детей у матери может быть отринуто, так как оно не соответствует предположению закона. Но вопрос услож-няется, когда, напр., дети находятся при отце, живущем отдельно от матери, и мать требует взять их от отца. Если сама она, самовольно оставив мужа, не желает к нему возвратиться, ее требование также должно быть отринуто, как не имеющее законной основы. Но если она согласна на это, но муж не согласен принять ее, — как быть в таком случае? Водворить жену у мужа вопреки его воле невозможно, да и несоответственно было бы с желанием самой жены (предполагающим согласие мужа жить с ней вместе), а когда это невозможно, то как решить вопрос о детях? Нет прямого основания оставить их у одного отца с устранением матери, и нет прямого основания взять их у отца и передать одной матери.

Наш закон допускает в некоторых случаях расторжение брака, но и на эти случаи не определяет, как поступать с детьми и кому из бывших супругов отда-вать их на воспитание, или как распределять их между бывшими супругами.

В) Закон не лишает родительской власти и незаконных родителей (ср. § 19), но нельзя не признать, что в этом случае наш закон имеет в виду только фактическую, естественную связь родителей с детьми, не давая этой связи пол-ной юридической санкции. И потому сущность и полнота родительской власти в этом случае может зависеть от фактических же условий; напр., от того, кем вос-питан ребенок, кто имел о нем попечение, при ком он жил постоянно (при мате-ри или при постороннем благодетеле), с кем образовалась у него связь постоян-ного покровительства и к кому его самого тянет в силу этой связи. Если мать сама оставила ребенка или не имела о нем никакого попечения, то несправедли-во допустить с ее стороны безусловную претензию на власть над ним впоследст-вии, когда он вырос на руках и попечении у постороннего благодетеля. Таков был случай по делу Гростопа и Фроловой, незаконнорожденной. Мать ее предос-тавила ее в младенчестве на попечение супругам Гростопа, которые воспитали ее и обеспечили капиталом в 10.000 р. Завещая ей эти деньги, жена Гростопа воз-

ложила на мужа обязанность заботиться об ее образовании и употреблять на то проценты с капитала. Тогда, по смерти жены Гристоп, мать Фролова объявила претензию на дочь свою и требовала ее к себе от опекуна ее Фролова. Сенат признал законной эту претензию, как право матери; но Госуд. Сов. (17 ноября 1869 г.) нашел, по обстоятельствам дела, что Гристопы заменили для малолетней самых попечительных родителей, и что удовлетворить претензию ее матери значило бы нарушить завещание благотельницы ребенка, в котором выражается забота о судьбе чужого дитя, оставленного во время бедности родителями.

В Юридич. Вестн. 1873 г., № 5 напечатано решение Московской Судебной палаты, коим подтверждается естественное личное право матери на незаконно-рожденного ребенка, которого она может и отыскивать из чужих рук.

Дети законные следуют состоянию родителя. Лишение прав состояния не распространяется на детей прижитых, т.е. рожденных уже или зачатых прежде осуждения (исполнения приговора) IX. 71 Уст. ссыльн. Изд., 1890 г., ст. 416. Право состояния может изменяться с повышением и отличием по службе, и дети следуют высшему состоянию отца, приобретенному службой, по общему правилу, только тогда, когда они в сем состоянии родились. Исключения из сего правила см. в т. IX ст. 40–42, 75, прим.

См. еще о сообщении прав состояния по рождению IX. 501, 506, 541, 547, 710, 1015. Учр. Суд. Уст. 242. В 993 ст. IX т. указан случай, в коем дети евреев, и законные, могут быть причисляемы к семействам матерей.

Вопрос о том, в чьей вере должны быть воспитаны дети от смешанных браков, разрешается у нас гражданским законом. Если один из родителей православный, то дети обоего пола должны быть воспитаны в православной вере, в чем от стороны неправославной отбирается подписка пред совершением брака (Зак. Гр. 67. Уст. Пред. Прест. Изд. 1890 г., ст. 74). Правило это существует у нас с 1721 года, когда браки с иноверцами в первый раз, на сем условии, разрешены были Св. Синодом, но оно получило силу общего закона не ранее 1832 года. До тех пор в западных и белорусских губерниях принято было (с 1768 года) такое правило, что в смешанных браках сыновья должны быть воспитаны в отцовской, а дочери в материнской вере; дворянству же предоставлялось заключать особые о сем условия в брачных договорах (прим. к 67 ст.). Родители, которые, вопреки обязательству, стали бы крестить и воспитывать детей по обрядам неправославного исповедания, присуждаются, по уголовному закону (Улож. 190), к тюремному заключению, а дети отдаются на воспитание православным родственникам или опекунам (см. еще 188 ст. Улож. О детях родителей, отступивших от православия).

Этот закон сохраняет силу свою вполне, ибо он имеет великую важность и церковную и государственную. В церковном отношении важен он потому, что

охраняет мир в семьях, предупреждая давление неправославной стороны в браке на православную сознанием *законности* крещения детей в православную веру. В государственном отношении важен потому, что, охраняя православие грядущих поколений, охраняет вместе с тем в них и сознание принадлежности к русской семье, соединенное с православием. Те, кои возражают против сего закона во имя свободы, забывают, во-1-х, что в сем случае дело идет не о сознательной свободе самих новорожденных детей, но о свободе родителей приводить детей в ту или другую церковь; во-2-х, что в инославных исповеданиях не только нет терпимости относительно православия, но нет даже равнодушия, а есть несомненный фанатизм латинизации и германизации, к коим ни русская церковь ни русское государство не могут относиться равнодушно, следовательно, оставить в смешанных браках свободу окрещения младенцев в ту или иную веру – значит предоставить детей свободе латинской и лютеранской пропаганды. Таков и был результат исторгнутого у русского правительства в 1865 году административным путем секретного для прибалтийских губерний разрешения не требовать в смешанных браках подписок, установленных 67 ст. Результатом было почти поголовное обращение в лютеранство детей, рождавшихся в смешанных браках, и полное господство лютеранской пропаганды: в особенности в крестьянских семьях у подвластных дворянству и пасторству число обращенных в лютеранство считалось десятками тысяч. К счастью, административное это распоряжение утратило свою силу в 1885 году, и действие общего закона восстановлено для прибалтийских губерний. Отмена этого гражданского закона оказывается и логически невозможной, доколе существует у нас *церковная* форма брака, ибо, по закону церковному, смешанные браки и дозволяются и венчаются церковью не иначе как с обязательством воспитывать детей в православной вере.

Наряду с этим общим законом существует особенное правило для Финляндии: детей, рождающихся от смешанных браков, когда одна сторона православная, между *коренными жителями* края, воспитывать в вере отца, не допуская о сем особых договоров (68). Относительно воспитания детей от смешанных браков между лицами разных инославных исповеданий нет общего правила в гражданских законах. Только для присоединенных губерний северо-западного и юго-западного края постановлено, что таковые дети должны быть воспитаны – сыновья в вере отца, дочери в вере матери, если не было особых договоров (75).

Незаконнорожденные младенцы и подкидыши, в прибалтийских губерниях, должны быть крещены в том исповедании, к какому принадлежат лица, имеющие об них попечение, т.е. или мать, или воспитатель подкидыша, – разве бы отец иного исповедания взял ребенка к себе; в прочих же частях империи младенцы, коих родители неизвестны, должны быть крещены в православии, – разве бы мать незаконнорожденного, при неизвестности отца, будучи лютеранкой, пожелала крестить его в лютеранство. Уст. Ин. Исп. 698 по Прод. 1890 г. При браках лютеран с магометанами и евреями от нехристианской стороны бе-

рется подписка, что дети должны быть воспитаны в лютеранской вере, или буде обе стороны пожелают, в православной. Уст. Ин. Исп. 210.

Если жена нехристианка примет крещение, и брак ее с мужем нехристианином остается в силе, то имеющие родиться дети должны быть воспитаны в православной вере (Гр. 80). Относительно иудейских браков то же правило, если один из супругов примет православную веру (81).

Относительно обязанности родительской приводить детей ко св. крещению есть правило в Уставе Ин. Испов., ст. 153, 154, 694, 695: младенцы у родителей лютеран должны быть крещены не позднее шести недель по рождении. В противном случае, если нет уважительных причин промедления, консистория назначает особого попечителя, который обязан представить младенцев к св. купели.

При принятии св. крещения евреями оно совершается и над малолетними их детьми моложе 7 лет; над одними девочками – при крещении одной матери, над одними мальчиками – при крещении одного отца. IX т. 695. Несовершеннолетние евреи могут быть присоединяемы к христианским вероисповеданиям и без согласия родителей, только с разрешения Министра Внутренних Дел. Уст. Ин. Исп. Прилож. к 76 ст. п. 3. Но правилами 1861 года (прилож. к 70 ст. прим. Уст. Пред. Прест. изд. 1890 г.) постановлено, что дети нехристиан вообще моложе 14 лет могут быть крещены лишь с *письменного* согласия родителей или опекунов; исключения допускаются лишь с разрешения Синода; но достигшие 14-летнего возраста могут креститься, не спрашивая согласия.

Родителям предоставляется на волю воспитывать детей своих дома или отдавать в общественное заведение (Зак. Гр. 173)¹, или же в случае невозможности воспитывать дома отдавать на воспитание другим частным лицам (Касс. реш. 1875 г., № 742).

Для исправления родители могут употреблять домашние исправительные меры. При безуспешности они могут детей, не состоящих в государственной службе, за упорное неповиновение, развратную жизнь и другие явные пороки заключить в тюрьму, на срок от 2 до 4 месяцев. Такое требование родителей удовлетворяется непосредственно правительственной властью без судебного приговора (Гр. 165; Улож. 1592; Уст. Пред. Прест. изд. 1890 г., ст. 122). Это правило не ограничивается, по-видимому, несовершеннолетием детей (178). Напротив, от детей не принимается никакого иска на родителей в личных обидах (168). В Уставе благоустр. казенных селений (ст. 453) было постановлено, что крестьяне подвергают детей своих до 13-летнего возраста домашним ис-

¹ До последних преобразований были у нас целые сословия и разряды, в коих дети, по закону, должны были поступать в ту же работу или в ту же службу, в которой отцы состояли; этим стеснялось родительское право воспитывать и обучать детей по своему избранию для того или другого рода деятельности. Все эти ограничения ныне уже не существуют.

правительным наказаниям, не прибегая к посредству сельского и волостного управления.

В 1868 году (№ 555) Угол. Касс. Деп. разъяснил, что за отменой сов. судов родители должны, в случаях, указанных 165 ст. Гр. Зак., обращаться с жалобами на детей, по порядку подсудности, в суды общего порядка, а для сих судов, по выводу Сената, необязательно правило 166 ст. Гражд. Зак. (изд. 1857 г.), так как оно составляет лишь повторение 730 ст. 2 ч. XV т., которая отменена с изданием Судебных Уставов. Итак, по мнению Сената, выражение 1592 ст. Улож.: «без особого судебного рассмотрения» необязательно для новых судов, и родители должны, стало быть, доказывать в суде вину детей своих.

Дети должны повиноваться родителям, но не против закона и совести (177, 169). Обречение детей родителями в монашество не имеет силы, т. IX. 347, п. 2. Ср. Улож. Наказ. 1586. Родители имеют право отдавать детей в учение на определенные сроки, но не могут отдавать их в наем без их согласия (2203. Ср. особые правила для сибирских обывателей и самоедов, т. II, изд. 1892 г., Полож. об иностр., ст. 38, прилож.).

По Уставу рекр. (100, 133, 987–989), родители хорошего поведения и не раскольники (и даже одна мать, если нет отца) имели право в некоторых случаях выбирать, который из сыновей должен идти в рекруты, или назначить одного вместо другого. Усыновители не пользовались этим правом.

По Уставу о воинской повинности (изд. 1886 г., ст. 45–48), лица, имеющие право по семейному положению на льготу первого или второго разряда, лишаются этого права, если они, по заявлению отца или матери, деда или бабки, не служат поддержкой семьи. Правило это не распространяется, однако же, на принявших христианскую веру; в сем случае закон справедливо не дает веры заявлениям родителей.

В случае личной обиды, нанесенной несовершеннолетним детям, родители производят иск (Гр. 175, 663; Зак. Суд. Гражд. 25). Родители ищут и отвечают за малолетних детей в суде, когда дети не имеют особых опекунов (Зак. Суд. Гражд. 25; Уст. Гр. Суд. 19). Родители подвергаются и ответственности за вред и убыток от преступления или проступка малолетних, живущих при них детей, когда доказано, что малолетний действовал без разума и что родители виновны в небрежении. От суда зависит положить взыскание на одного из родителей или на обоих вместе, хотя бы у малолетнего было и свое имение. Подобная ответственность установлена и за действия малолетних детей, не признанные проступком или преступлением. Зак. Гр. 653, 686.

Решением Сената по делу Кудрявцева (Касс. реш. 1869 г., № 158) отменено решение суда, коим возложено было взыскание на отца за убыток от кражи, причиненной сыном, за то, что отец вопреки 173 ст. Зак. Гражд. не смотрел за поведением сына и после побега сына из дому не заявил о сем полиции. Сенат

рассудил, что приведенная статья не может служить основанием ответственности за действия неотделенных детей.

Родительское согласие на брак детей требуется безусловно, даже без отношения к совершеннолетию детей. За вступление в брак без согласия родителей дети по жалобе родителей присуждаются к тюремному заключению и лишаются наследства в имении родителей, если не прощены ими (Ул. о нак. 1566). Подробнее изложены правила о родительском согласии на брак для лютеран в Уст. Иностр. Исповед. (201–203). Лишь о несовершеннолетних сказано, что они не могут вступать в брак без согласия родителей, т.е. отца – при жизни обоих родителей; матери, если нет налицо отца. Когда дети совершеннолетние, воля родительская имеет лишь отрицательную и притом условную силу. Родители могут запретить брак сыну в объявлении присутственному месту, но не иначе как по одной из восьми причин, означенных в законе.

Несовершеннолетние дети не могут наниматься вообще без согласия родителей (Зак. Гр. 2202; Уст. о Промышл., изд. 1893 г., ст. 472).

Родительское согласие требуется при увольнении из общества городского и сельского и перечислении в другое. IX т. 550, п. 3. Общее пол. крест. 130, п. 5.

Родители могут, на случай смерти, назначить опекунов к своим детям, хотя бы с сим не соединялось назначение имущества (Гр. 227). Родители могут быть свидетелями против детей, а дети против родителей не могут (Зак. Суд. Гражд. 192, п. 3; Уст. Суд. Гр. 84, п. 3, 371, п. 3). За непочтение одаренных детей к родителям, родители могут требовать возвращения дара (Зак. Гр. ст. 974), причем от родителей, как толкует Сенат на основании 166 ст. (по изд. 1857 г.) (Общ. Собр. Сен. 1867 г. по делу Степановской), не требуется и доказательств непочтения.

Личная власть родительская прекращается единственно смертью или лишением прав состояния. Но в последнем случае супруг или супруга, отправляясь с осужденным, может взять с собой детей до положенного возраста (Уст. ссыльн. изд. 1890 г., ст. 259). Возраст сей был определен для детей мужского пола до 5 лет, а женского пола до – 10 лет; это правило осталось в силе только для евреев: женам ссылаемых в Сибирь евреев разрешено брать с собой детей только до означенного возраста; что же касается всех других классов населения, то, по силе правил 1862 года о порядке следования семейств за лицами, подлежащими ссылке по суду, переселению или удалению по приговорам обществ и административным порядком, и дополнительного указа 1869 года (П. С. З. № 46896), дети свыше 14 лет могут следовать или не следовать за родителями, по желанию. Дети моложе 14 лет следуют за родителями по желанию их, если невинный супруг последовал за виновным; в противном

случае дети остаются при том из родителей, кто остался; если же в живых один только виновный, или супруги оба виновны, то дети остаются на месте, под опекой, разве бы губернатор признал для детей полезнее следовать за родителями. Грудные младенцы остаются при матерях. Дети, воспитываемые на казенном содержании в заведениях, не могут быть требуемы родителями для следования за ними (Уст. Ссылн. изд. 1890 г., ст. 257–263)¹. Когда жена последует в ссылку за мужем, лишенным прав состояния, брак остается в силе. Остается ли и родительская власть отца, если дети за ним следуют при матери, о сем закон умалчивает.

Если, по смерти виновного супруга или по расторжении брака в месте ссылки, невинный супруг пожелает возвратиться из места ссылки в Россию, то может брать с собой по своей воле детей ниже 14 лет. Дети, взятые в ссылку, могут возвращаться и сами по себе, без разрешения родителей, если достигли 17-летнего возраста (Там же, ст. 408).

Если личная власть родительская не прекращается и с совершеннолетием детей, то с совершеннолетием принимает она иной вид. Сын получает способность к самостоятельным действиям, и только для некоторых из сих действий, как выше показано, должен испрашивать согласие родителей. Однако личная власть родителей и при жизни их ограничивается, когда дети поступают под иную власть, по природе своей не допускающую столкновения с родительской. Так, влияние родителей на воспитание ограничивается с поступлением детей в общественное училище. С определением детей в службу родитель не может уже непосредственно и во всей целости оказывать власть свою над ними. Он ограничен в праве заключать детей в тюрьму: предполагается, что теперь, когда над сыном есть особое по службе начальство, есть уже кому судить о его поведении. Предполагается, что сын, получая жалованье за службу, может и сам содержать себя, независимо от родителей. Со вступлением дочерей в замужество, дочь подчиняется действию *неограниченной* власти мужа (Гр. 179). Таким образом, власть родителей над сыном или дочерью ограничивается настолько, насколько сын или дочь приобретает самостоятельное гражданское положение в обществе: для дочери главное, почти одно средство приобрести такое положение — замужество.

а) Родительская власть по существу своему не может быть передаваема: она так неразрывно связана с личностью (в которой предполагается нравственное отношение, служащее основанием власти), что невозможно ей силой личной воли отделиться от лица, природой поставленного ее державцем, и перенестись

¹ В Уставе о колониях (ст. 468 по Прод. 1868 г.) есть правило, освобождающее семью от обязанности следовать за колонистом, переселяемым по распоряжению общества за развратное поведение.

на другое лицо. Без сомнения, родитель может, при жизни своей, поручить постороннему лицу надзор за воспитанием детей и вместе с тем временно и условно предоставить этому лицу долю своей родительской власти, но такое действие потому и возможно, что не передает власти родительской во всей ее целости, решительно и бесповоротно. На случай смерти своей родитель не может поставить за себя другое лицо отцом или матерью своего ребенка; закон предоставляет ему только указать того, кого он избирает своему ребенку *опекуном*, но поставить другое лицо, как стоит при жизни сам родитель, *вне опеки*, мимо законного надзора, родитель не может. Посему недействительно будет всякое распоряжение родителя, которым предоставляется стороннему то или другое право родительской власти, за пределами опеки; напр., когда бы родитель указал сыну не вступать в брак без согласия избранного им душеприказчика, такое условие не имело бы силы.

б) В последние годы в литературе нашей высказывается мнение о необходимости правила для обязательного обучения крестьянских детей в школах. Но нельзя не заметить, что обязательность отсылки детей в школу, в применении к физическим, климатическим и хозяйственным условиям нашего крестьянского быта и при известной бедности наших крестьян, была бы мерой, стеснительной до насилия, и в большей части случаев осталась бы мертвой буквой; тем не менее применение такого правила во многих случаях служило бы поводом к насилиям и злоупотреблениям и повело бы только к народному раздражению. Такое стеснение едва ли может быть уравновешено ожидаемым от него распространением грамотности в народе. Расчет на пользу от сей меры можно назвать гадательным, доколе не заведено еще повсюду школ: из заведенных многие существуют только по имени и продолжаются еще как в литературе, так и на практике пререкания по существенным вопросам о том, чему, как и по какому способу следует учить в народной школе.

Опыт подтверждает, что нет никакой нужды приневоливать крестьян к отсылке детей в школу, если школа, по своему направлению и по способу обучения, пользуется их сочувствием и соответствует их здравому, впрочем, понятию о школе. Народ понимает школу не иначе как в связи с церковью: такую школу он любит и дорожит ей. Где только правильно установилась церковно-приходская школа, где родители видят и слышат, как читают их дети и поют по церковному, — там школа не может вместить всех желающих поступить в нее.

В нашем общем законе нет правил относительно обязательного обучения. Только в Лифляндии, положением о лифляндских крестьянах 1819 г., в § 516 (П. С. З. № 27735) введено следующее правило: каждый ребенок, кроме уволенных училищным начальством или не могущих ходить в школу по болезни, должен с десятилетнего возраста быть удерживаем в школе до тех пор, пока пастор признает его достаточно обученным; в противном случае за каждый пропущенный день родители, воспитатели или хозяева неявившегося в школу ребенка штрафуются, по донесению учителя, пятью копейками медной монеты в пользу их волостной кассы. От этого штрафа освобождаются лишь те родители, которые, по мнению пастора, могут дома дать нужное обучение и воспитание своим

детям. В 1872 году, в разъяснение недоразумений, постановлено, что к числу освобожденных принадлежат и те дети, которые, по воле своих родителей или опекунов, обучаются в других правительством дозволенных, а также и в местных греко-православных народных училищах (П. С. З. № 51164).

26 января 1870 года утверждены министром народного просвещения правила для православных сельских училищ в Эстляндском крае. По 11 пункту этих правил, дети с 10-летнего возраста должны быть непременно представлены в школу родителями, опекунами или хозяевами; в случае нарушения его без уважительной причины виновные платят 1½ копейки за каждый день неявки ребенка в школу (см. «Голос» – 1870 г., № 103). Правила эти во всяком случае не составляют закона, но содержат в себе обязанность и взыскание за неисполнение.

§ 23

Отношение родителей к детям по имуществу в русском законе. – Раздельность. – Родительское управление детским именем. – Обязанность родителей содержать детей и право родителей требовать от детей содержания. – Дети отделенные и неотделенные. – Родительская власть по закону прибалтийских губерний.

Как в брачном союзе русский закон устанавливает раздельность имуществ между супругами, так и в союзе родителей с детьми не допускает слияния или общения имуществ между теми и другими. При жизни тех и других как дети не имеют ни малейшего права на имущество родителей, так и родители не имеют ни малейшего права на имущество, которое отдельно принадлежит детям. В западных законодательствах родителям предоставляется *вещное, гражданское* право на имущество детей до известного времени. У нас нет ничего подобного, и всякое право, какое только могут иметь родители по имуществу, принадлежащему детям, до их совершеннолетия, есть не вещное право, а правительственное, принадлежит к области не гражданских, а общественных прав. Если при жизни родителей детям достанется имущество по наследству, дару или иному способу приобретения, в то время, когда и личность их почитается еще неспособной к самостоятельным юридическим действиям, то опека над сим имуществом принадлежит преимущественно отцу или матери (Гр. 180, 226, 229); но родитель становится здесь на одинаковых основаниях с посторонними лицами и точно так же, как сторонние лица, обязан отчетностью пред опекой; для утверждения его опекуном также нужно назначение от опеки (Гр. 260, 294). Родители за растрату детского

имущества подвергаются высшей мере наказания, как за воровство-мошенничество (Ул. ст. 1590)¹. Только для Черниговской и Полтавской губерний остается в силе Литов. Ст. – право отца на безотчетное управление имуществом, доставшимся малолетним его детям после матери или от посторонних лиц, до совершеннолетия сыновей или до замужества дочерей. Право это хотя отнесено к опекунским, но в сущности есть право пользования (Зак. Гр. 295). Закон подтверждает нравственную обязанность родителей давать *несовершеннолетним детям* пропитание, одежду и содержание, по своему состоянию, а по достижении возраста заботиться о самостоятельном устройстве их (Зак. Гр. 172, 174; Уст. Сод. под стр. изд. 1890 г., ст. 156); стало быть, эта обязанность простирается до *отделения* детей. С другой стороны, детей закон (З. Г. 194) обязывает, *хотя бы они были совершенно отделены* от родителей, если последние находятся в бедности, дряхлости или немощах, доставлять им пропитание и содержание по самую смерть. Первая обязанность не соединена с правом иска детей на родителей: это натуральное требование, а не юридическое. Никакое вмешательство в этом отношении судебной власти не может быть допускаемо (см. Сборн. Сен. реш. т. I, № 662). Иное дело – административное вмешательство, примеры коего бывали, но эти случаи вне закона. С последней обязанностью (детей к родителям) соединено и право родителей принудить детей к доставлению содержания. Вследствие жалобы родителей на отказ в доставлении необходимых для жизни пособий дети их, буде имеют достаточные средства, подвергаются аресту не свыше 3 месяцев и обязываются к производству родителям соразмерного пособия (Уст. о наказ. нал. миров. суд. 143).

Приведенной статьей заменена бывшая 2165 ст. Улож. о наказ., последовавшая брать в опеку имение детей за несоблюдение постановленного совестным судом приговора о мере пособия (Ср. еще Уст. Сел. Благоустр. 491).

При жизни родителей дети не имеют никакого права на имение их, и даже в случае расточительной жизни родителей закон не предоставляет детям права просить об охране имущества. Исключения из этого правила – вне закона и принадлежат к кабинетной юстиции. Но если родители до смерти сохранили при себе имущество, не воспользовавшись правом отчуждения, то на случай смерти вправе свободно и неограниченно распорядиться в пользу посторонних только благоприобретенным; а родовое во всяком случае, если не продано при жизни родителями, должно принадлежать детям. Посему право лишить детей наслед-

¹ Об особом праве родителя-опекуна по поводу дворянских выборов упоминает т. IX, ст. 115.

ства принадлежит родителям только в благоприобретенном имуществе, и в этом отношении оно безусловно. Нельзя доказывать, что родители неосновательно или по ошибке миновали детей в завещательном распоряжении (*querela inofficiosi testamenti*): дети могут оспаривать завещание лишь настолько, насколько оно незаконно, а не потому, что оно *неосновательно*. Относительно лишения детей наследства в родовом имении возможен только один случай, и то не прямого, а косвенного действия родительской власти. Если сын или дочь вступили в брак без согласия или против решительного запрещения родителей, и со стороны родителей подана на это жалоба, то виновные, между прочим, лишаются права наследовать в имении того родителя, кого они оскорбили своим неповиновением. Однако этому родителю предоставляется впоследствии восстановить это право по своему усмотрению (Улож. о наказ. 1566)¹.

Спорные дела у детей с родителями по имуществу разрешаются особым примирительным порядком в совестных судах, где они еще существуют в старой системе судоустройства (Зак. Суд. Гр. 744, 754). В новом судебном устройстве нет уже совестных судов, и дела детей с родителями производятся общим порядком.

Когда сын пришел в совершеннолетие или дочь готова к замужеству, от воли родителей – и только от их воли – зависит назначить тому или другому при жизни соответствующую закону часть родового или соразмерную с желанием родителя часть благоприобретенного имущества. Это действие в отношении сыновей и дочерей незамужних называется *выделом*, относительно дочерей замужних или выходящих замуж – назначением *приданого*. Совершением этого действия сын или дочь отделяются по имуществу от родителей, ибо осуществляют возможные права свои на имевшее открыться наследство в имении родителей. Осуществление это может быть или *полное и совершенное*, когда дети при жизни родителей получают уже все сполна, что им следовало бы получить в минуту смерти родителей, а также когда дети, получив выделенное, согласились считать себя удовлетворенными вполне и ничего более не требовать при открытии наследства в имении родителей от других детей, еще не выделенных; либо оно бывает *неполное и неокончателное*, когда при выделе дети не получили сполна всей наследственной своей доли (Гр. 994–998, 1320, 1001–1004). С отделением имущество становится уже полной собственностью того, кому выделено, и поступает в свободное его распоряжение (Гр. 190, 191).

¹ В Литовском статуте (правило Черниговской и Полтавской губерний Зак. Гр. 167) исчислено 7 законных причин, по коим предоставляется родителям отречься от детей своих.

Дети *неотделенные* не имеют никакого права на родительское имение. Поэтому между таким сыном и родителями не существует солидарности по имуществу. Дети могут приобретать имущество отдельно от родителей, и в таком случае имущество становится собственностью детей и поступает в свободное их распоряжение; родители не имеют на это имущество никакого права, и управлять и распоряжаться им могут только по согласию и уполномочию детей, и за самовольное распоряжение отвечают перед детьми, как перед сторонними (Гр. 192, 193; Уст. Суд. Торг. Изд. 1893 г., ст. 557). Но и за долги свои и обязательства неотделенный сын отвечает только своим имуществом: на счет отцовского имения он не может входить в обязательства. Родители при жизни своей отвечают своим имуществом только за такие долги детей, которые сделаны с их согласия или полномочия, удостоверенного подписью на акте или особой доверенностью: в таком случае они отвечают за эти долги, как за свои собственные (Гр. 183–188)¹.

Собственное имение неотделенных детей не отвечает за долги родителей. Но в случае несостоятельности родителей торгового звания закон указывает, что именно должно считаться собственным имением детей и не подлежит обращению в общую долговую массу родительского имения. К собственному имению не причисляется все, что дошло к детям по наследству, дару или иной записи от родителя, или приобретено на капиталы, дошедшие от родителя (Уст. Суд. Торг. Изд. 1893 г., ст. 556). Неотделенные дочери, буде сами не торгуют, не могут выдавать и передавать векселя без позволения родителей. Уст. Вексельн. Изд. 1893 г., ст. 6.

О неотделенных сыновьях см. еще: т. IX, ст. 110; т. II изд. 1892 г., Полож. о зем. учр. ст. 19.

О раздельности имуществ у родителей с детьми отделенными и неотделенными см. реш. Касс. Деп. Сената 1869 г., № 486; 1870 г., № 308.

Родительская власть, по закону прибалтийских губерний, принадлежит совокупно обоим родителям, но преимущественно отцу; если воля отца наносит вред детям, то по просьбе матери суд может поручить ей эту власть и воспитание детей. В случае развода дети поручаются невинному супругу, и издержки воспитания лежат на отце, если он в состоянии. Выбор детям звания зависит от родителей, но дети по достижении 17 лет могут просить сир. суд о перемене сего выбора. Родительская власть продолжается до смерти, но может прекратиться по закону, в виде наказания за некоторые преступления и за злоупотребление власти, по воле и заявлению родителей вследствие усыновления, вступления дочери в брак или отделения совершеннолетнего сына на свое хозяйство. Она ограничивается совершеннолетием детей и вступлением родителей в новый брак.

¹ В Черниговской и Полтавской губерниях отец обязан отвечать в удовлетворении за обиды, сделанные неотделенными детьми, а мать в том случае, когда по смерти отца владеет своим или записанным от мужа имением.

В отдельном имуществе детей родители имеют опекуновское право, соединенное с правом пользования; последнее не прекращается даже с устранением родителей от опеки. Право пользования не простирается лишь на имущество детей выслуженное, благонажитое или подаренное детям со стороны, именно с устранением родительского пользования. В случае спора с родителями об отдельном имуществе, дети вправе требовать от родителей не более того, что родители в состоянии исполнить (Остз. Гр. Зак. 197–240).

§ 24

Особое значение целого семейства в торгующем купечестве и в бывших податных сословиях. — Финансовое и хозяйственное значение семейного раздела. — Особое значение семейства в отправлении рекрутской повинности. — Семейная община у Индусов.

Раздел семейства и отделение родителей от детей имеют особое значение в *купечестве* и в *бывших податных сословиях*.

Купечество — не преемственное сословие, а занятие, промысел; принадлежность к купечеству зависит не только от рождения, но от принадлежности к семейству, пользующемуся торговым правом; а это право зависит от взноса пошлины за торговое свидетельство, так что с прекращением взноса прекращается принадлежность к торговому званию и праву. Свидетельство берется обыкновенно от одного лица, которое считается начальником семейства; с ним вместе купеческим его правом пользуются и лица, принадлежащие к семейству, покуда оно не разделилось, — но не всем лицам. При отце и матери могут быть внесены в одно свидетельство их сыновья, незамужние дочери, усыновленные законным порядком и внуки от сына (буде он не ведет отдельной торговли). При брате начальнике семейства могут числиться незамужние сестры. При отчине могут числиться пасынки до совершеннолетия и падчерицы до замужества; при мачехе — дети умершего ее мужа от первого брака (т. V, изд. 1893 г., Уст. о прямых налог., ст. 288, 293–300). Все, причисленные к свидетельству, не имеют самостоятельного торгового права и кредита, но торгуют и кредитуются лишь по доверенности от начальника семейства (там же, 294). По достижении совершеннолетия, сын или дочь могут взять свидетельство на свое имя и тогда торгуют на свой кредит и ответственность (там же, ст. 295. Сравн. отличия в прежних постановлениях: XI т. Уст. Т. изд. 1857 г., ст. 35–53) из капитала, отдельно приобретенного.

Целость и нераздельность семейства имеет, по законам нашим, большую важность в бывших податных сословиях, относительно исправного платежа податей и отправления повинностей; внутренняя раскладка податей делается по семействам, причем домохозяин служит главным ответственным лицом. Но со-

лидарность его с членами семейства, состоящими не в разделе, выражается в том, что члены, отвечая один за другого, могут быть за неплатеж податей и неисполнение повинностей обращаемы в работу (Общ. пол., ст. 168–176. Положение о выкупе 127, 133. Мест. великор. пол. 213, 261 и прочие местные полож.).

Лица, которые могут переходить в другие сословия без увольнительного и приемного согласия общества, могут переходить только целыми семействами, без раздробления (IX. 525).

При перечислении одного из членов семьи в другое общество требуется удостоверение, что в семье не остается малолетних и требующих пропитания. Т. IX, 550, 551. – Общ. полож. о крестьянах, ст. 130. Вообще о семейных разделах у крестьян см. Общ. крест. полож. 51, п. 5, прим., прил. по Прод. 1890 г., Уст. Колон. 173.

Особливое значение имело *семейство* как единица для отправления рекрутской повинности. Очередь рекрутства располагаема была по семействам, коих состав исчислялся по числу работников (многорабочее, малорабочее, 4-, 7-, 10-рабочее, двухрабочее —двойник; однорабочее — одиночка); а между работниками отличались *холостые* и *женатые*, *старшие* и *младшие*. Чем значительнее по составу семейство, тем считалось ближе к очереди, и чем меньше, тем дальше от нее; вследствие того являлось в семействах стремление к *разделу*; поэтому свобода раздела была ограничена. На раздел надо было испрашивать разрешение от сословной Управы, Думы или Магистрата и от Сельского схода. Раздел самовольный не имел значения. Кроме того, принималось в соображение *соединение* семейств в одно, посредством вступления в брак и принятия зятьев в дом, и *совокупное жительство* в одном доме. В Рекрутском Уставе, по поводу отправления повинности, получали особое юридическое значение отношения единокровных, единоутробных, отделенных сыновей и пасынков, и приемышей, и родители имели в некоторых случаях особую власть избирать из числа сыновей того, кого следует отдать в рекруты (100, 133, 987–989). Особое юридическое значение присвоено было семейству, «коего члены, живя вместе или порознь, но торгуя или иначе промышляя, имеют нераздельное хозяйство, друг за друга подати платят, повинности отправляют и общими силами всем принадлежащим к семье лицам доставляют средство к содержанию» (*союз взаимности*, как сказано в законе, ст. 814, 860). Охотник, нанимаясь в рекруты, обязывался обеспечить содержание семьи, если ей нечем содержать себя.

С изданием нового устава о воинской повинности все эти правила должны считаться отмененными. Заменой их служат льготы, предоставляемые новым уставом (т. IV, Уст. Воин. Пов., изд. 1886 г., ст. 45–51¹), по семейному положению, сообразно с составом семьи, с количеством в ней способных к труду работников и с потребностью попечения, в семье существующей.

О назначении в крестьянскую семью другого хозяина по случаю недоимок см. Полож. о выкупе 127, п. 3. 133, п. 4. Местные положения, напр., Великорос. 264 п. 4 и пр. В особенности о финансовом значении *дома*, *хозяйства* и *семейства* см. Особ. прил., VII, ст. 3, прим., прил. ст. 1, 12 по Прод. 1890 г. Уст. Казач. Сел. 323 и 363. *Особое значение* (политическое и финансовое) *роду и семей-*

ству присваивается у инородцев. Т. II, изд. 1892 г., Полож. об инородц., ст. 143, 253, 330. Уст. о прям. налог., 576. Учр. Казач. 397. Т. IX, ст. 887–897, 901, у Маафов. Учр. Казач. 911. 809. О перечислении из одного рода в другой у инородцев см. Уст. о прям. налог. Дому у некоторых инородцев присваивается особое финансовое значение *дыма* 14. Уст. о прям. налог., 2, 506 и Пол. о Тифлис. крестьянах 1864 г., п. 6, П. С. З. № 48357.

В 75 ст. разд. 2 Уст. Кр. Изд. 1893 г. упоминается о капиталах, внесенных в государственную долговую книгу и составляющих совокупную принадлежность целой фамилии. Особливое значение придается семейству в отношении к праву на пенсии из эмеритальной кассы военного ведомства. Под семейством понимаются жена и дети участника и в некоторых случаях мать. *Право семейства на пенсию* открывается смертью, лишением прав состояния, безвестным отсутствием (П. С. З. 1871 г., № 49647, ст. 46–48).

Обычай жить не в разделе, большими семьями, соответствуя патриархальному быту, не соответствует условиям более сложной и развитой общественной экономии. В кругу семейном этот обычай поддерживает порядок и добрые нравы лишь дотол, пока еще немного точек соприкосновения семьи и отдельных ее членов, в экономических и нравственных интересах, с отдельными членами окружающего общества; но чем более усиливается это соприкосновение, тем явственнее обнаруживается и в среде семьи разложение начала нераздельности. В доме, состоящем из нескольких семей, одно лицо старшего считается хозяином и владыкой; в лице его трудно различить отдельные права и даже отдельное имущество каждого из членов дома: к нему стекаются денежные заработки и от его распоряжения зависит удовлетворение экономических потребностей каждого отдельного члена. Такое состояние не может быть прочным, ибо противоречит рано или поздно заявляющей себя естественной потребности каждого отдельного лица обособиться в свой круг нравственных и юридических прав и обязанностей. Итак, неудивительно совершающееся в наше время разложение крестьянской нераздельной семьи, неудивительны и сопровождающие оное болезненные явления, неудивительно и то, что стремление к семейным разделам усилилось и разложение семьи объявилось значительнее с освобождением крестьян. Нераздельность семьи ныне трудно уже согласить с ответственностью каждой отдельной личности за юридические свои действия. Например, известно, что в крестьянском быту отдельные члены семьи нередко отлучаются для промыслов или, работая в стороне, вступают в обязательства и договоры, но выручка, по обычаю, поступает к хозяину дома. Между тем за неисполнение договоров и обязательств, в коих они своим лицом и в свое имя участвовали, трудно бывает преследовать их посреди дома и под прикрытием начальника семейства, который в существующем обычае имеет повод и основание присваивать себе всякую движимость и всякий капитал, какой можно было бы признать принадлежностью отдельного члена, а от ответственности за его действия вправе ограждать себя силой 184 и 185 ст. Зак. Гражд. о не ответственности родителей за долг неотделенного сына.

Замечательное сходство с русским обычным устройством семейной общины представляет подобное же устройство у индусов; только там оно успело уже получить вид юридического учреждения, тогда как у нас обычай остается еще вне юридического сознания в положительном законе.

У индусов, по смерти отца или главы семейства, обыкновенно продолжается семейное общение между братьями, причем главой семейной общины считается старший брат либо один из братьев по общему выбору или согласию. Такое состояние признается и положительным законом. Юридические свойства его следующие: между членами семейства существует общение имущества, в сущности принадлежащего всей семье и составляющего общий семейный капитал; все, что приобретается каждым из членов общины посредством и на счет этого семейного имущества, считается достоянием целой семьи, в коем *равное* участие принадлежит всем ее членам *мужского пола*. Это общение не препятствует, однако, каждому из членов приобретать и удерживать в отдельном своем владении отдельное имущество, – лишь бы оно приобретено было не из средств и не на счет общего семейного фонда, но отдельным промыслом или благоприобретением, как то: военной или гражданской службой, работой на стороне, отдельным торгом или даром со стороны. Такое состояние семейного общения продолжается непрерывно между потомками одного общего родоначальника, доколе не последует раздел или выдел, либо по общему, прямо выраженному, согласию членов, либо совершением юридического действия, несовместного с семейным общением. Таковыми признаками разобщения признаются: 1) отдельное жительство членов семьи в течение продолжительного времени; 2) отдельное совершение семейных религиозных обрядов; 3) совершение актов и сделок, в силу коих члены семьи вступают во взаимное отношение должника и кредитора; 4) совершение между членами семьи взаимных дарственных актов. См. Colebrooke. The Law of inheritance. Его же: A digest of Hindu Law on contracts and successions. Dalloz Jurisprudence générale. 1866. I. 417.

Примечание. *О семейной общине у славян и у других народов.*

Семейная община, или *задруга*, составляет особенность славянского племени и удержалась доньше у южных придунайских славян, у Словаков и Кроатов, Сербов на Австрийской военной границе, в Боснии, Болгарии, Далмации, Герцеговине и в Черногории; она держится, по большей части, обычаем, но в некоторых местностях принята в положительный закон и имеет юридическое значение.

В силу исконного обычая владение землей приурочено к семье, т.е. к совокупности лиц, происходящих от одного предка, живущих вместе и обрабатывающих землю сообща, как общую собственность. У Славян такая община носит название *дружины*, *дружества* или *задруги*. Во главе ее – *старшина* или *Господарь*, избираемый членами семьи. Он управляет целой общиной, распоряжается работами с общего совета, покупает и продает на счет общины. Жена его распо-

ряжается общим домашним хозяйством, в чем иногда сменяют ее по очереди другие хозяйки. Состав общины достигает иногда до 50 лиц, и в нем соединяются по несколько поколений одновременно: молодые, вступая в брак, остаются на житье в том же доме или в новой пристройке; бывает, что и зятья вступают в общину жен своих.

При общем хозяйстве и общей производительности каждая чета получает, однако, на время и особый для себя участок, на котором возделывает и производит для себя исключительно лен и шерсть на одежду: вообще ремесленное дело всякий делает на свой счет; но сельское полевое хозяйство со скотом и обзаведением у всех общее и ведется сообща. Земля, принадлежащая одной семье, не смешивается с землей других семей в одной и той же деревне; но в случае нужды все семьи соединяются и производят работу общей помощью.

В этом виде семейная община представляет отдельную юридическую личность и пользуется правом иска и защиты на суде. Со смертью одного из членов нет наследования в недвижимом, и дети после умершего имеют на долю его в общем поземельном фонде не наследственное, а только личное право, как члены и сотрудники той же семьи, но кто из нее выселяется, тот теряет всякое право на участие в семейном фонде. Девуцу, при выходе замуж, снаряжают приданым, но она не выносит из семьи никаких прав на участие в семейном имуществе. Разве в случае смерти всех членов семьи, кроме одного, личным его достоянием становится семейное имущество.

Австрийский закон 7 мая 1850 года о гражданском устройстве военной границы принял и подтвердил учреждение семейной общины у Граничар, возложив притом военную повинность на каждого члена семьи, имеющего, по обычаю, права на участие в пользовании семейным поземельным уделом. Но это продолжалось лишь до 1870 года. После того, в 1874 и 1876 годах, рядом отдельных указов, под давлением Венгерского правительства, разрешены свободные разделы задруг и даже запрещено вновь учреждать задруги. Началось раздробление имуществ по равным долям между сыновьями и дочерьми, — и вследствие того поразительное разорение хозяйств и обеднение крестьян. Наконец, в 1882 году Венгерское правительство решительным указом назначило 2-годичный срок, в течение коего все еще сохранившиеся задруги обязаны разделиться. Этим довершилось окончательное торжество формального искусственного закона над народным обычаем. В Сербии отношения, возникающие из семейного землевладения, также вошли в законодательство, но с присоединением таких положений, которые противоречат обычному праву и не согласны с сущностью общинного владения, напр. право каждого члена семейной нераздельной общины отдавать свою долю в залог по личному своему обязательству.

К сожалению, в Сербии, как и у других балканских славян, вслед за освобождением от турецкого ига, вторгнулись в быт и в настроение правящих классов начала и формы чуждого народному быту западного устройства. С 1835 года — со временем Милоша, увлеченного мишурой французского склада, появились новые законы, по образцу французского кодекса, и введено начало раздробления и управления. А в 1844 году, руками австрийских юристов и по об-

разцу австрийского кодекса, издан был кодекс, донныне действующий, довершивший разложение задруги и распадение больших семейных общин.

Такое семейное общинное владение служит до сих пор отличительным признаком юридического быта у южных славян и представляет, в связи с нынешним хозяйственным состоянием тех местностей, такие удобства, какими не могут похвалиться общества, достигшие высшего экономического развития. В том краю всякий, — как говорят Кроаты, — *домовит* и *имовит*: нет тех крайностей поземельной собственности, которые представляет, с одной стороны, Англия, где все землевладение сосредоточилось в небольшом количестве громадных имений; с другой, — Франция, где все оно разбилось на множество участков отдельного владения, до того мелких, что и усиленный личный труд становится на них непроизводителен и бесплоден. Напротив того, семейно-общинное хозяйство, производимое целой семьей на общий счет, соединяет в себе выгоды крупного хозяйства с удобствами мелкого и содействует к равномерному распределению натуральных произведений и прибылей между всеми производителями, обеспечивая всем и каждому первые потребности жизни. Не подлежит, однако, сомнению, что эта форма землевладения и хозяйства не может удержаться при сильном развитии промышленности и при накоплении капиталов со свободным их обращением на рынке: такая участь постигает уже семейно-общинное устройство у венгерских славян.

Новейшими исследованиями доказано, что подобные же семейно-земледельческие общины были обыкновенным бытовым явлением и на Западе, именно во Франции и в Италии, но уступили место повсюду личной поземельной собственности. В этом смысле Цезарь упоминает о семейных союзах в древней Галлии (*gentes, cognationes hominum, qui uno coierunt*), с периодическим распределением земель между членами. У Кельтского племени в Ирландии основным общественным союзом была семейная община (под назв. *Sept*), связанная происхождением от общего родоначальника: здесь, так же, как в Брамино-индийской общине, все, приобретаемое одним из членов, становится общим достоянием, кроме того, что приобретается на стороне особливим художеством; но когда и художеству обучен приобретатель семейным трудом, коштом или воспитанием, — приобретение идет в семью. Само наследство, по первоначальному виду своему в таких общинах, состояло в распределении участка, принадлежавшего умершему, не между детьми его, но между прочими членами общины (*Irish Gavelkind*). Во Франции, по средневековым памятникам, видны следы подобного же учреждения — семейной общины (*coterie, fraternitas*), живущей совокупно в одном доме и одним хозяйством; следы эти сохранились еще по местам во Франции и поныне. См. о сем у *Laveleye*. *Les communautés de famille*, в книге его: *La propriété et ses formes primitives*. Paris. 1874. *Baudrillard*. *La famille de France*, ст. в *Revue de 2 Mondes*. 1878. 15 Avril. *Maine*. *Lectures on the early History of Institutions*. London. 1875. Его же: *Village communities in the East and West*. London. 1871. О задруге статьи Миличевича в журнале «Беседа». 1858. III. 1859. VI.

Новый Гражданский кодекс для Черногории содержит в себе обстоятельные постановления (см. 686–708) о семейной общине.

У южных славян *сельская* семья отличается от *городской*. Последняя есть семья в нашем смысле, простого состава из отца, матери, детей, с раздельностью имуществ. Первая – состава сложного, с общением имуществ. Но и в селах встречается не одни только большие общины или *задруги*, но и малые общины наподобие городских, известные под названием *инокосна* (Inocosna). Задруга, подвергаясь разложению под влиянием новых Сербо-австрийских законов, обыкновенно разбивается на малые семьи и хозяйства, т.е. на инокосны.

Богишич в своем кодексе – первый постарался определить юридическое значение той и другой семьи. И той и другой присваивает он *юридическую личность*, только задруга представляется союзом *многорабочим*, следовательно, богатым, тогда как инокосна состоит из небольшого числа работников, следовательно, бедна по существу своему. В 686 ст. кодекса прямо сказано: сельская семейная община есть самостоятельный субъект всех домашних принадлежностей и совокупного имущества. А имуществом считается все, что искони принадлежит дому и что приобретено трудом членов семьи. Лишь в виде исключения им присваивается некоторое отдельное имущество (особина), именно – приобретенное без труда, даром, завещанием, домашний женский туалетный скарб и т.п., или что с согласия семьи присваивается в особину. Жена может лишь с согласия мужа распоряжаться своей особиной. Выдел из общего имущества, по желанию отдельных членов, не допускается. Законным представителем семьи считается старшина. Распоряжения его и действия по имуществу обязательны для семьи (разве бы оказались недобросовестными во вред ей). Каждый член может обязываться лично за себя, и в таком случае семья за него не отвечает, если не было ее участия. Однако, в случае его несостоятельности, ответственность может упасть на удел его, коего ценность по сему случаю выделяется, если семья не примет долг на себя. Семья может, по желанию членов, разделиться: в таком случае производится общая ликвидация долгов и обязательств. Но выход членов из семьи сам по себе не служит поводом к ее разложению, хотя бы в ней остался один член, мужчина ли женщина ли (лишь бы не бездетная вдова чужого рода); семья продолжает сохранять значение юридического лица, – до приумножения ее другими членами.

Интересное и единственное в своем роде учреждение существует в Португальском законодательстве (Гражд. кодекс, ст. 1281–1297). Это учреждение *семейного союза*, образуемого между братьями или между родителями и совершеннолетними детьми и имеющего целью общую между всеми членами промышленную разработку общего земельного фонда, на своей или на чужой земле. Такой союз образуется или формальным договором на произвольных условиях, или безусловно, самим делом, когда соучастники более года прожили в непрерывном общении домашнего быта и хозяйства, дохода и расхода, потерь и прибылей. В последнем случае отношения соучастников определяются законом. Общение простирается на всякое пользование общим имуществом и на всякий в нем промысел, на весь домашний быт, с жилищем, пищей, одеждой, с лечением в случае болезни. На общий счет относятся долги каждого соучастника и расходы, сделанные и понесенные для общей пользы. Каждый,

впрочем, волен приобретать на стороне – куплей – особенное для себя имущество, но с той разницей, что все движимое считается егоособиной, лишь поколику не обращал он ее на общее дело, а недвижимость считается, во всяком случае, его собственностью. Распадение союза соединяется с разделом, коего условия подробно определены в законе: доля каждого определяется неравно, но в той мере, в какой каждый трудом своим содействовал к умножению общей прибыли. Исчисляются также и женские и детские доли по мере их участия в общей работе.

§ 25

Семейное прозвание и фамилия. – Перемена фамилии.

Принадлежность семейства составляет *фамилия* или *прозвание*¹, которое в нашем обществе, организованном по сословиям, тем значительнее, тверже и тем более имеет юридическое значение в сословии, чем определительнее в нем значение сословной и семейной чести, переходящей от предков к потомкам. Поэтому наибольшее значение фамильному прозванию принадлежит в дворянском сословии. Здесь фамильное прозвание, составляя главнейший отличительный признак личности, приобретает вместе с тем государственное значение. В этом смысле дворянину невозможно самовольно переменить свою фамилию, отказаться от своего родового имени и выбрать себе другое, безродное или чужеродное имя. Есть, однако, случаи, в коих перемена фамилии может быть желательна ради уважительного интереса семейного, личного или государственного: иногда желательно бывает переменить прозвище непристойное или почему-либо предосудительное и невыгодное. Такое желание удовлетворяется с разрешения подлежащей власти, именно департамента Герольдии Прав. Сената, к ведомству коего отнесены дела о перемене фамилии у дворян и у почетных граждан (ст. 21, т. I, изд. 1892 г., Учр. Сен.). Просьбы сего рода подаются либо на Высочайшее имя через Канцелярию Прошений, либо по начальству, либо прямо в департамент Герольдии; во всяком случае разрешение зависит от Сената, который обыкновенно требует в подобных случаях, применяясь к ст. 324, прил., ст. 6 IX т., письменного согласия родителей просителя на перемену фамилии. Определения Сената распубликовываются в Сенатских Ведомостях. В иных случаях допускаются между дворянами передача фамилии,

¹ Историческое исследование об этом предмете и изложение иноземных постановлений можно найти в Arch. für die Civil. Praxis, 1862. Ст. Германа: Ueber das Recht der Namensführung und der Namensänderung.

герба или титула от одного члена рода другому члену, когда первый не имеет прямых потомков однофамильцев, которые могли бы удержать фамилию. Передача сего рода разрешается через Сенат и Государственный Совет с Высочайшего соизволения (см. 57 ст. и прил. к ст. 324, ст. 13, IX т.).

Такого определительного значения не имеет фамильное прозвище у других сословий, кроме дворян и почетных граждан. Для купеческого сословия установлена бархатная книга (т. IX, ст. 1143–1146), чтобы «увековечить в потомстве память родов первоначального купечества», но в эту книгу вписываются лишь некоторые имена, по особому ходатайству и удостоению, и остаются в ней, «*доколе колено не помрачится*» среди первостепенного купечества, после чего надо вновь ходатайствовать о записке во вторую часть книги «новых возродившихся ветвей». Итак, сия записка имеет лишь временное, непостоянное значение; и само писание книги не постоянно, но повторяется не чаще двух трехлетий.

Тем менее постоянства имеет, тем менее проникнуто юридическим сознанием фамильное имя в мещанском и крестьянском сословиях. У мещан или мелких торговцев и промышленников имя нередко переменяется по случайным и временным побуждениям, произвольно; но когда оно приобретает значение фирмы торговой или промышленной, тогда произвольной перемены могут быть нарушены права и выгоды других фирм, и потому в этих случаях перемена прозвания совершается с разрешения Ремеслен. Управы. Отсюда возникают пререкания о праве носить известное имя, служащее фирмой ремесла или торговли. (См. подобное дело о праве мещанина Лидского называться фамилией Жолудского, предоставленной Ремес. Управой другому лицу. В 1 Общ. Собр. Сен. 9 ноябр. 1873 г.)

В предупреждение злонамеренных перемен имени, примеченных между евреями, закон (IX. 954) запрещает евреям переменять фамилию, даже по поводу св. крещения.

Что касается до православного духовенства, то единственно существующая для него форма актов о состоянии, списки духовной консистории (IX т., 1130) имеют исключительно административное, лишь отчасти сословное значение, а родового не имеют вовсе. Всем известен существующий в духовенстве обычай выбирать себе фамильное прозвание при выходе из семинарии.

У крестьян в северных губерниях употребительные домовые знаки, пятна или клейма, составляющие орудие для означения не только собственности, но и происхождения, следовательно, получающие отчасти значение фамильного имени, так как эти знаки передаются наследственно, сохраняя, при видоизменениях,

свой основной тип. Сыновья, куда живут не в разделе с домохозяином, пользуются его знаком; но с разделом тот, кто отделяется, принимает особый знак, что называется *отпаянаться, распаянаться, отклеимиться*. При сем основной домовый знак удерживается, но делаются к нему некоторые прибавки для отличия. Кто остается при отце, на корню, и принимает от него имущество, тот удерживает домовый знак без всяких изменений. Зятя-приемыши держатся тестева клейма. Принятые в дом ко вдовам или усыновленные берут знак первого мужа вдовы или усыновителя. Это называется: *по клейму пришел*. Женщины пользуются клеймами своих отцов или мужей.

О сем предмете см. любопытную статью г. Ефименко: *Юридические знаки* в Журн. Мин. Нар. Просв., 1874 г. Тут же интересные соображения автора о значении родовых клейм или печатей в русской народной жизни, в смысле фамильного герба, и об изменении знаков, с развитием общественного быта у племен, из *родовых* в *общинные*, потом в *домовые*, и, наконец, в *личные*. Исследуя судьбу наших знаков, автор замечает, между прочим, что они проходили у нас различные фазы своего развития в связи с изменениями в характере землевладения, стало быть, под влиянием хозяйственного начала, и потому в них не сохранилось того кровного или родового элемента, который так явственно выказывается в гербах знатных польских фамилий. У нас гербы или родовые знаки высших сословий не сохраняли устойчивости, тогда как родовые гербы польских дворян постоянны и неизменны, и служили издревле представительными знаками — не двора только и дома (хозяйство), как у нас, но целого ряда фамилий, происходящих от одного корня или приписанных к одному роду.

***Приложение к третьей главе.
О значении супружеских и семейственных отношений
по другим частям русского законодательства.***

Супружеские и семейственные отношения во многих случаях принимаются в соображение нашим законом, с целью пособия или призрения от Правительства. Таковы постановления:

О пенсиях и единовр. пособиях женам и семействам чиновников, см. Устав о пенс. Ст. 200, 201, 205, 216 и след. 250–260, 261 и прил. 277–288, 297–307, 312 и след. 328 и др. Т. II, изд. 1892 г., Общ. Учр. Губ., ст. 20, прим., прил.: ст. 45 и другие законоположения. О праве детей чиновников в казачьих войсках на отцовские паи. Уст. Каз. Сел. 118 и след., прил. к ст. 53 ст. по Прод. 1863 г. П. С. З. № 50276, ст. 65.

О пособии женам и семействам ссыльных, следующим в ссылку за осужденными. Уст. ссыльн. изд. 1890 г., ст. 78, 173, 196, 230, 408, 423.

О пособии женам и семействам подсудимых, содержащихся под стражей, П т. изд. 1892 г., Общ. Учр. Губ., ст. 683 п. 9. Уст. Зем. Пов. 262. Уст. сод. под стр. изд. 1890 г., ст. 207, прил., ст. 2–6.

О пособиях вдовам и семействам на выезд из отдаленного края, где муж или отец был на службе, III т. Пол. о преимущ. гражд. службы в отдален. местн., изд. 1890 г., ст. 7, 38.

О пособиях солдатск. женам на отправление к мужьям. Уст. Зем. Пов. 490–492. 1870 ноября 16 (48919).

О средствах на воспитание детей чиновникам и кавалерам. I т. изд. 1892 г., Учр. Орд. 170. III т. Уст. Служ. Прав., ст. 225, прим., прил. и Пол. о преимущ. гражд. службы в отдален. мест., изд. 1890 г., Горн. Уст. изд. 1893 г., ст. 25. Уст. Почт. по Прод. 1886 г., ст. 121, 122. 1869 янв. 4 (46623) и февр. 9 (46729).

О пользовании квартирой. Уст. Земск. Повин. 258, 259–261, 293, 375.

О призрении семейств военнослужащих. Уст. воин. повин. изд. 1886 г., ст. 34 и прим. 2 по Прод. 1890 г., ст. 35, 306 по Прод. 1890 г.

О праве семейств оставаться на казенной квартире умершего 6 недель. III т. Уст. Служ. Прав. 554, 555. Уст. Зем. Пов. прим. 3 к ст. 259. IX т. прил. в ст. 411, ст. 63, 64.

По службе гражданской – членами прис. мест не определяются родственники и свойственники председателя и т.п. III т. Уст. Сл. Прав. 166. О сем же пред. см. т. IX, ст. 600.

Родство, свойство, опека, усыновление считаются поводами 1) к отводу судьи и должностного лица. Полож. о крест. учр. 34. Зак. Суд. Гражд. 125, 129, 681. Учр. Суд. Уст. 148, 324, 401. Уст. Угол. Суд. 85, 273, 600, 608. Уст. Гр. Суд. 195, 667, 1012. Нотар. пол. 75, 2) к устранению свидетелей: Пол. о крест. учр. 61. Зак. Суд. Гражд. 192. Уст. Угол. Суд. 94, 96, 458, 705, 707, 708. Уст. Гр. Суд. 83, 84, 86, 123, 370, 371, 373, 417, 520, 523. Нотар. пол. 87.

Материнские обязанности признаются поводом к отсрочке исполнения уголовных приговоров. Уст. Угол. Суд. 959, 970; личного задержания неосторожного несостоятельного Уст. Гр. Суд. ст. 1400 прим., прил. III, ст. 32, 33.

Семейственные отношения могут в некоторых случаях быть поводом к прекращению договора о личном найме. Пол. о крест. учрежд. Прил. II к 31 ст.; оправданием в упущении судеб. действий. Зак. Суд. Гр. 104. Уст. Угол. Суд. 388, 642, 650; по некоторым преступл., совершенным между родственниками, преследование начинается не иначе как по жалобе обиженного. Уст. нак. ст. 18, 19.

Жены и члены семейства служащих в Министерстве Землед. и Государст. Имуществ по горной части и по управлению казенными землями не могут заниматься горным промыслом повсеместно, а служащих по надзору за частной горной промышленностью – в их округах; жены и члены сем. служащих в Сибири не могут заниматься там рудным промыслом; не могут быть по сим промыслам и поверенными других лиц. III т. Уст. Служ. Прав. 529, п. 10, т. VII, Уст. Горн. изд. 1893 г., ст. 265–268, 436; Зак. Суд. Гражд., ст. 49 п. 4. Подобное же запрещение по другим предметам см. Уст. Сл. Прав. 529, п. 14, 15. Некоторые виды договоров, запрещаемые или ограничиваемые для некоторых чиновников, запрещаются или ограничиваются и для жен их. Зак. Гр. 2048. Пол. Каз. Подр. изд. 1887 г., ст. 43, прим. 2.

Разрешение жены от бремени приним. в оправдание по службе. Уст. Зем. Пов. 628.

Льготы в отправлении воинск. повинности по составу семейства. Уст. изд. 1886 г., 45–51.

В случае преступления, имевшего последствием лишение жизни, закон обязывает виновного обеспечить содержание сем убитого, когда сей последний содержал ее своими трудами, именно родителям по смерти их, вдове до нового брака и детям до совершеннолетия и до замужества. Зак. Гр. 657, 658. Подобная ответственность возлагается на виновного в повреждении здоровья или увечья (660, 661), в противозаконном лишении свободы (665) и в постановлении с небрежностью или злым умыслом приговора об осуждении невинного к наказанию (678).

О разных льготах по представительству, предоставляемых родственникам по уважению родства, см. т. II, изд. 1892 г., Пол. Земск. Учр., ст. 18, 19. Т. IX, ст. 111, 125. Учр. Суд. Уст. 19, 28.

О льготах о взыскании с имущества должника, во внимании к его семейству, Зак. Суд. Гражд. 527; Пол. Взыск. Гражд., ст. 120, прим., 383, 384, 394, 419; Уст. Гр. Суд. 973, 976, 1086–1089, 1400, прим., Прил. III, ст. 32; о льготах, предоставленных семействам в податных сословиях при взыскании недоимок с предметов, необходимых для жизни, см. т. II, изд. 1892 г., Пол. Инородц., ст. 300; Зак. Суд. Гражд., ст. 811.

Ходатайство по делам своей семьи разрешаются и лицам, не имеющим права хождения по делам. IX. 460. Уст. Гр. Суд. 246, п. 8.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ

УСЫНОВЛЕНИЕ И ОТНОШЕНИЯ, ИЗ НЕГО ВОЗНИКАЮЩИЕ

§ 26

Идея усыновления и римское его учреждение. – Значение и формы его в новейших законодательствах. – Отношение воспитателя к воспитаннику во Франции. – Присоединение детей в Германии.

Кроме естественного, возможно искусственное установление отношения родительского или подобного родительскому – посредством *усыновления*. Это учреждение в римском мире в первый раз приняло вид юридический, но юридический образ его в настоящее время совершенно

отличен от римского. Там семья имела строго юридический характер (*patria potestas – homines sui juris – alieno juri subiecti*), коего не имеет в наше время, так что в строгом смысле к нам перешла только идея римская об установлении отношений посредством договора или добровольного согласия. В Риме усыновление было важным национальным учреждением; оно согласовалось вполне в религиозным и политическим устройством римской семьи. Религиозное начало, лежавшее в основании древней семьи, требовало неперемennого поддержания домашней святыни и непрерывного ей служения. Для сего каждому начальнику семейства надлежало по долгу оставить по себе преемника. Если природа отказывала ему в кровном сыне, религиозный обычай требовал, чтобы он принял к себе в дом чужого сына, приобщив его к своему домашнему очагу торжественным обрядом вступления (*in sacra transitio*). В таком случае усыновлению соответствовала эмансипация (*emancipatio, sacro-rum detestatio*), т.е. отпуск этого чужого сына из прежнего дома, от прежней власти и прежней святыни. Впоследствии усыновление служило в Риме средством для поддержания знатных патрицианских родов, а также для пополнения и обновления самого патрициата из среды низшего сословия. В этом смысле в позднейшую эпоху усыновление получило свойство аристократического учреждения.

В Древней Греции (Афины, Спарта, Сицилийские Колонии) существовало оригинальное учреждение Эниклер или Патрокий, состоящее в связи с усыновлением. Это учреждение того времени, когда дочь и вообще женщина исключалась из наследства и сама по себе не могла держать домашний очаг. Одни сыновья считались к сему способными: заменой их, при их отсутствии, было усыновление. Но сын дочери, имея все-таки ближайшую кровную связь с умершим, мог быть способнее чужекровного лица к достижению цели усыновления. Итак, в случае нужды, закон обязывал такую дочь к браку с ближним родичем отца, и сын, имевший произойти от этого брака, вступал, через мать свою, в преемство после умершего отца ее. Это право было столь строго, что ближний, по указанию закона родич, в потребном случае, если оказывался сам женат, обязывался развестись с женой и вступить в брак с Эниклерой.

В нынешнем виде своем усыновление не устанавливает цельного, полного отношения между усыновителем и усыновляемым, какое возникает вследствие естественного рождения. Оно обнимает только некоторые стороны родительского отношения, оставляя другие вовсе нетронутыми; оно не разрывает связи усыновляемого с кровными родственниками его, оно не устанавливает родственного отношения между усыновляемым и кровными родственниками усыновителя. Отношение, подобное родственному, возникает только между усыновителем и самим усыновляемым и его нисходящими. Усыновление не дает вполне тех прав по имуществу,

которые соединены с естественными отношениями кровной связи, не дает усыновителю всех тех прав, кои принадлежат кровному родителю, не служит препятствием к браку в той мере, как было положено римскими и греко-римскими законами. Итак, в наше время усыновление служит лишь формальной и неполной заменой естественного происхождения по рождению. Таково ныне юридическое гражданское свойство усыновления. Черты его несколько изменяются, и возникающие из него отношения иногда определяются резче вследствие политических соображений, и этой стороной своей усыновление касается общественного права. Таково усыновление в высших сословиях для сохранения и поддержания рода. Учреждение это принялось особенно в германском праве. Во Франции усыновление, в качестве юридического учреждения, было неизвестно до республики (1792 г.) и до Наполеонова кодекса, в котором оно впервые появилось в виде организованного учреждения. В Англии вовсе неизвестны юридические формы усыновления.

В римском праве известны были две формы усыновления; одна *с передачей* родительского права, другая – без передачи, когда под родительскую власть поступало лицо, свободное от сей власти. Первая форма (*in adoptionem datio*) была в начале свободная; но впоследствии закон стеснил ее, дозволяя быть усыновителем только одному из восходящих родственников усыновляемого; для всех прочих родственников и для посторонних возможно было лишь неполное (*minus plena*) усыновление, без перехода полной родительской власти. В том и в другом случае требовалось разрешение общественной власти. Эта форма усыновления ныне уже утратила свое особенное значение, слившись с другой формой – *argogatio* (*Adoption. Wahlkindschaft*).

Для усыновления требуется соблюдение некоторых особых условий. *Во-1-х* – надобно, чтобы усыновителем был человек бездетный и способный к браку (поэтому и священники католической церкви не способны к усыновлению). Бездетная жена считается также способной к усыновлению, с согласия мужа, а французский закон (343, 344) и мужа связывает в подобном случае согласием жены. *Во-2-х* – усыновитель должен быть не моложе 50 лет (прусский, австрийский, французский). *В-3-х* – он должен быть старше усыновляемого положенным числом годов (австр. 18, франц. 15; в прусском нет этого условия). *В-4-х* – французский закон, для охранения внутренней силы учреждения от злоупотреблений, требует, чтобы усыновлению предшествовало состояние, служащее признаком особой личной любви и взаимной заботливости между сторонами, именно, чтобы усыновляемый по крайней мере 6 лет состоял под попечительством (*tutèle officieuse*) усыновителя; эта формальность, а равно и условия возраста не требуются, когда усыновитель должен усыновляемому спасением жизни в опасности (*Code Civ. 345. Adopt. rémunérative ou privilégiée*).

Но итальянский закон облегчил усыновление, не приняв французского правила об усыновлении за услугу (*adoption rémunérative*) и о предварительном попечительстве. В-5-х – должно быть согласие родителей усыновляемого или опекунов. В-6-х – усыновление совершается с разрешения правительственной власти (во Франции – мировой судья, потом суд 1-й степени), по предварительному рассмотрении обстоятельств. Итальянский закон требует только утверждения судебной власти.

Независимо от усыновления закон касается еще отношений воспитателя к воспитаннику или приемышу (*Pflegekind, pupille*), хотя в этих отношениях предполагается связь более нравственная, чем юридическая. Один только французский закон создал для сих отношений особое учреждение под названием *tutèle officieuse*. Отношение это возникает между несовершеннолетним (моложе 15 лет) и взрослым (не моложе 50 лет), обязавшимся безвозмездно заботиться о личности и об имении малолетнего, воспитывать его и приготовить к самостоятельной жизни (*Code Civ.* 361–370). И для сего закон ставит условия, чтобы у воспитателя не было детей и внуков, чтобы с той и другой стороны было согласие другого супруга воспитателя или воспитательницы, согласие родителей воспитанника; требует разрешения мирового судьи и т.п. Состояние *tutèle officieuse* должно, по общему правилу, предшествовать усыновлению; юридическая же сила его состоит в обязанности воспитателя и в праве его управлять имением воспитанника, впрочем, на отчете и без пользования доходами.

Наконец, следует еще упомянуть об одной форме искусственного сообщения родительских прав, которая образовалась в Германии и получила название *Einkindschaft* (присоединение детей, *unio prolium*). Это учреждение состоит в связи с германскими понятиями об отношении супругов по имуществу. Вдова или вдовец, вступая во второй брак, договаривается со вторым супругом, что дети, рожденные от прежнего брака (*Vorkinder*), будут состоять в одинаковых правах с детьми, имеющими родиться от нового брака. Договоры эти подлежат утверждению правительственной власти и требуют согласия со стороны наличных детей или их опекунов. Из таких договоров – где они допускаются – возникает личное родительское отношение отчима или мачехи к присоединенным детям; практическое же значение их состоит в том, что имущество присоединенных детей, в котором надлежало бы их выделить (*abfinden*) по смерти природного их родителя, остается за другим их родителем по-прежнему, а дети приобретают наследственное право относительно четы, вступившей в новый брак, наравне с будущими общими детьми их. Это право признано прусским законодательством, но неизвестно французскому и положительно отвергается австрийским.

§ 27

Усыновление по русскому закону. – Формы усыновления и его действие. – Приписка в податных классах. – Усыновление в прибалтийских губерниях.

К нам юридическая идея усыновления перешла в первый раз из греко-римского права и сохранилась в церковной юрисдикции. Дела об усыновлении подлежали церковному ведомству. Гражданских форм усыновления не было; но из памятников видно, что усыновленный входил в семейство и приобретал наследственные права. Гражданские формы усыновления возникли у нас и появились в законе при Александре I. Формы эти были различны, и усыновление совершалось с большей или меньшей легкостью и простотой – по различию сословий. У *дворян* потомственных и у принадлежащих к потомственному дворянству лиц духовного звания православного исповедания усыновление дозволялось только неимеющим потомков или сродников мужского пола той же фамилии, для возобновления фамилии; таким образом, усыновлению придавалось политическое значение. Могли быть усыновляемы только ближайшие законнорожденные родственники – не только один, но несколько, не только сирота, но и имеющий кровных родителей. В последнем случае требовалось их согласие. Для усыновления было необходимо Высочайшее разрешение, а для лиц духовного звания, сверх того, разрешение епархиальных архиереев (Зак. Гр. 145–147, 150).

Усыновление личными дворянами, не принадлежащими к потомственному дворянству, православными священнослужителями и церковными причетниками и почетными гражданами совершалось по постановлениям губернских правлений, а купцами – по постановлениям казенных палат, с утверждения в обоих случаях Сената. У крестьян и мещан усыновление производилось припиской к семейству, для последних с утверждения казенной палаты.

Подобно форме, действие усыновления также различалось по условиям. Усыновленным потомственными дворянами передавались при жизни усыновителя фамилия его и герб или присоединялись к его фамилии и гербу, но не присваивалось никаких прав наследования: усыновленные наследовали не иначе как по общим законам, стало быть, после кровных своих родственников. У лиц прочих состояний усыновленные вступали во все права законных детей усыновителей, следовательно,

приобретали чрез усыновление и право на наследство после усыновителя даже в соучастии с законными по крови детьми его и несли все обязанности детей по отношению к родителям (ср. Касс. реш. 1872 г., № 755; 1883 г. № 114; Сборн. Сен. реш. т. I, № 567). Усыновленные не приобретали лишь прав состояния и звания усыновителей: они сохраняли те, кои имели до усыновления.

Законом 12 марта 1891 года установлены общие однообразные формы для усыновления и с точностью определены его условия и последствия. На основании сего закона усыновление во всех сословиях, за исключением мещан и крестьян, совершается окружными судами, а где они не введены, судебными местами.

Особые правила об усыновлении действуют в казачьих войсках (Зак. Гражд., ст. 161 и прим. по Прод. 1890 г.).

По Уставу о воинской повинности, усыновление приемышей в крестьянском сословии доказывается приговорами сельских сходов, в коих должно быть удостоверено, что приемыши взяты были в семейство усыновителей ранее 10-летнего возраста. В 1892 году признано для сего достаточным и удостоверение полиции относительно лиц, принявших христианство (Уст. о воин. повин., ст. 45, прим. 3 по Прод. 1893 г.).

В предупреждение обхода законов о черте постоянной оседлости евреев им дозволено усыновлять только такие лица, кои сами имеют право на жительство в месте пребывания усыновителя. (Зак. Гражд., ст. 145, прим. по Прод. 1894 г.)

За изданием нового закона 1891 года остается ли в силе запрещение лицам привилегированных сословий усыновлять своих незаконнорожденных детей? Сенат отвечает утвердительно. Но либеральные органы нашей печати спрашивают: почему же не дозволить такое усыновление для всех беспрепятственно? Можно ответить: потому, что таким дозволением отменено было бы священное значение законного брака, как союза, освященного церковью, и все дикие, произвольные и случайные союзы мужчины с женщиной были бы поставлены в один ряд с законным браком, следовательно, закон подорвал бы значение целой семьи, как постоянного союза для воспитания в семейном духе целых поколений.

В 1863 году установлены для потомственных дворян особые правила о передаче фамилий, гербов и титулов. Дворянин (только мужчина), не имеющий сыновей или кровных однофамильцев, может передать свою фамилию, с гербом и титулом, одному из родственников или мужу (дворянину же) родственницы, носившей ту же фамилию до замужества (с ее согласия). Передача эта, хотя совершается при жизни, но осуществляется лишь по смерти передатчика и может относиться лишь к одному лицу, по вступлении его в совершеннолетие, а не ко всему его семейству; по смерти же его переданная фамилия сообщается жене его и из нисходящего потомства старшему в роде. На принятие фамилии требуется письменное согласие самого приемыша и его родителей. Передача уничтожается, если у передатчика родятся, после передачи, законные сыновья. Передачей

фамилии не сообщаются наследственные права. О передаче подается просьба на Высочайшее имя через Канцелярию Прошений, затем дело рассматривается в департаменте Герольдии Сената и через Государственный Совет восходит на Высочайшее утверждение (см. Зак. Гр. 148. Т. IX, ст. 324, прил.).

Иностранцы, не русские подданные, имеют право усыновлять подкидышей и непомнящих родства, с тем, чтобы неизвестные младенцы (кроме Остзейск. губ.) были воспитываемы в православной вере (Гр. 163).

См. еще особые правила об усыновлении питомцев Спб. и Моск. Воспит. Домов в т. X ч. 1, Зак. Гр., ст. 156, прим., прил.

По римскому праву и по греко-римским законам, вошедшим в Кормчую, из усыновления возникает отношение, подобное родству. По церковным законам, оно служит препятствием к браку до 7-й степени. Это препятствие ныне не принадлежит к числу безусловных, но требует разрешения архиерея (Нев. I, 194, 204).

Общие правила усыновления, в законах прибалтийских губерний, взяты из римского права. Усыновление совершается с утверждения суда, коему подведом усыновляемый, или сиротского суда, буде он несовершеннолетен. Усыновляемый приобретает все права кровных детей, но в потомственном дворянстве сообщение прав не дворянину зависит от согласия дворянского общества и от Высочайшего соизволения. От усыновленных отличаются приемыши, взятые на попечение: отношение их свободное и не соединяется с передачей прав (Остз. Гр. Зак. 175–196).

ГЛАВА ПЯТАЯ

ОПЕКА И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО

§ 28

Понятие об опеке. – Отличие его в римском и в новейших законодательствах. – Устройство органов опекунского надзора. – Установление опеки и общие правила опекунского управления.

Родительская власть, происходящая от кровной связи, объясняется и оправдывается, с одной стороны, чувством естественной любви, с другой, – необходимостью защиты и воспитания. В этом случае сама при-

рода указывает человеку, еще не пришедшему в полный возраст, защитника, покровителя, воспитателя и представителя в лице родителей.

Но когда нет ни родителей, ни замены их — усыновителей, тогда общество создает для человека искусственное попечительство, заботится о том, чтобы кто-нибудь принял его на свое попечение. Есть и другая потребность, по отдельному имуществу, которое принадлежит детям: чтобы был представитель их личности по отношению к этому имуществу, так как сами дети еще не способны к юридическим действиям. Эта последняя цель стояла на первом плане в римской опеке. Новейшее понятие об опеке обширнее римского. В него более входит понятие о нравственном и материальном попечении опекуна о питомце, и эта цель опеки стоит на первом плане. Далее, в праве новой Европы развилось понятие о верховной опеке или о верховном надзоре правительства за опекой, о верховном попечительстве и об ответственности опекунов по общественному званию. Опека и попечительство получают публичный характер. В этом отношении понятие об опеке простирается за пределы семейственного права и может быть отнесено к обязательствам. В этой части курса будет речь только об опеке в порядке семейственном.

По новейшим законодательствам, опекунские дела не предоставляются действию личной воли и личного интереса, но состоят в ведомстве и под надзором правительства. Обыкновенно делами этого рода заведуют или суды первой степени, или средние суд. инстанции, или особые, составные из судебных членов присутствия (депутации) под названием *Pupillen-collegien*, *Waisengerichte*, *Vormundschaftsgerichte*. В Англии делами опекунскими и назначением опекунов заведуют Лорд-Канцлер и Канцелярский Суд.

Совершенно особенное устройство опекунского правительства образовалось во Франции, под влиянием мысли — насколько можно освободить судью от всяких административных дел, препятствующих существенной судебной его деятельности. Высший опекунский надзор предоставлен специально мировому судье, чиновнику правительства, состоящему под судом 1 степени, но и не ему единолично, но как председателю семейного совета, вместе с коим он должен управлять опекой. В этом семейном совете заседают 6 родственников, свойственников или друзей, половина со стороны отца, половина со стороны матери. Определения этого совета в иных случаях требуют утверждения (*homologation*) суда 1 степени, в других подлежат обжалованию в суде. Сверх того, опекунские дела подлежат наблюдению прокурорской власти.

В Пруссии (Зак. 1875 г.) заведование опеками предоставлено участковым судьям, на действия коих допускается жалоба высшему колле-

гильному суду. Этим судьям принадлежит надзор за деятельностью опекуна. Опекунов может быть несколько; где назначен один, полагается при нем еще приставной опекун (*Gegenvormund*), коего обязанность надзирать за ним и помогать ему. В помощь судье по опекунским делам полагается опекунский член от местной общины, по назначению общинного Совета. Сверх того, по воле отца или матери или по ходатайству трех родственников или свойственников опекаемого до третьей степени, или же по требованию опекуна или приставного опекуна, может быть назначен, для надзора за управлением, семейный совет, под председательством судьи, не более как из шести членов. Совет этот заступает место судьи для опеки.

Установление опеки и общие правила опекунского надзора. Поводом к учреждению опеки служит *состояние*, требующее опеки по закону. Малолетство само по себе очевидно; но состояние душевного недуга требует врачебного удостоверения и *признания* (*interdictio*) по приговору суда. Опекун назначается или по закону, или по выбору суда, или по завещанию (*tutela legitima, dativa, testamentaria*). Четвертый из римских способов – назначение по договору (*t. pactitia*) – ныне вышел из употребления. Чаще всего назначение опекуна делается по избранию суда, если нет опекуна, назначенного в завещании; затем некоторые законодательства (Авст.) указывают избирать предпочтительного того из родственников, кто считается ближайшим законным наследником по малолетнем. По франц. закону (403, 404), только восходящие родственники имеют законное право на опеку. Все законодательства выставляют причины неспособности к опекунскому званию; в числе неспособных обыкновенно полагаются женщины, за исключением матери и бабки малолетнего, когда та или другая остается во вдовстве¹. Кто способен быть опекуном, тот не всегда имеет право отказаться от сего звания, ибо предполагается, что опекунство составляет общую для всех повинность: уклоняться от нее можно только по законным причинам (*excusationes*), с разрешения суда. К причинам отказа обыкновенно причисляются: дряхлость, болезнь, занятия по другим опекам, значительные занятия по службе, заботы о своих детях и т.п.; но и на предъявление законных извинений назначается определенный срок.

Заботу о личности и о воспитании малолетнего римское право предоставляло обыкновенно его родственникам; должность опекуна вообще

¹ По французскому закону, женщина устраняется от опекунского звания, кроме матери, бабки и проч. Итальянский закон прибавляет к исключениям еще родную сестру незамужнюю.

относилась к представительству малолетнего по имуществу. Не таково воззрение на этот предмет нового права: ныне на опекуна возлагается, совместно с управлением по имуществу, попечение о личности питомца. За имуществом же питомца опекун должен смотреть внимательнее, чем за своим, ибо закон вообще обязывает его управлять сим имуществом, как *доброму хозяину* свойственно, и сообразно тому возлагает на него ответственность за ущербы. При приеме имущества опекун обязывается сделать ему подробную опись; не довольствуясь этим, австрийский закон требует от опекуна обеспечения ценных движимых вещей и долговых бумаг, которые остаются у него на руках и не сданы в опеку; кроме того, обеспечением питомцу служит по закону все имущество опекуна, в силу законной ипотеки, где она допускается. По прусскому закону, опекунский суд также может потребовать обеспечения от опекуна, которому предоставлено управление значительным имуществом. Обеспечение может быть увеличено, уменьшено или вовсе отменено. Главным правилом управления полагается сбережение капитальной ценности имущества, приносящей доход; посему закон обыкновенно предписывает обращать немедленно в продажу все движимые вещи, ненужные для непосредственного употребления (С. Civ. 452, 453), а отчуждение недвижимых имуществ и затрата капитала допускается лишь с разрешения высшей опекунской власти. Разрешение это обыкновенно требуется для предъявления исков и для принятия наследства от имени малолетнего. Французский закон не дозволяет опекуну даже принимать дар за малолетнего, по своему усмотрению. Опекун обязан представлять опекунскому месту отчет в своем управлении. Иные законодательства (напр., прус. и австр.) требуют ежегодного отчета. Французское, следуя римскому образцу, требует безусловно лишь общего отчета по окончании опеки, разве бы семейный совет потребовал ежегодной отчетности. Французский закон, подобно римскому, не упоминает о вознаграждении опекуну за труды его, даже запрещает всякие дары при жизни или по завещанию от питомца опекуну, прежде подачи и утверждения окончательного отчета, дабы устранить всякую корыстную мысль или корыстный расчет из опекунского отношения (С. Civ. 907); напротив того, германские законодательства предоставляют опекуну вознаграждение за труды из сбережений от ежегодного дохода, по усмотрению суда, или не свыше установленной меры. Опека прекращается с наступлением совершеннолетия; но некоторые законодательства допускают исключения из сего правила; так, австрийский закон дозволяет опекунскому суду продолжать опеку и на неопределенное время, по требованию опекуна или родных малолетнего, ради физических, умственных или нравствен-

ных его недостатков (Oest. Gesb. 251). В случае эмансипации (*venia aetatis*, *Mündigsprechung*, *émancipation*), прежде полного совершеннолетия, устраняется личный надзор опекуна за действиями питомца, но участие высшего опекунского надзора в отчуждении недвижимого имущества признается еще необходимым. Французский закон позволяет родителям эмансипировать 15-летнего сына, а когда нет родителей, дает такое же право семейному совету (относительно 18-летнего); эмансипированному дается вместо опекуна попечитель (*curateur*), содействие коего необходимо для предъявления исков и для всяких обязательных действий; затем освобожденный владелец имеет право на самостоятельное хозяйственное управление (*pure administration*) имуществом, но для отчуждения недвижимых имуществ и для займов требуется разрешение семейного совета, от усмотрения коего зависит и отмена дарованной эмансипации (Code Civ. 478–487).

В Америке появилось замечательное исследование о системах отношений родства в семьях, изданное Смитсоновским Институтом в Вашингтоне (*Systems of Consanguinity and Affinity in the Human Family*). Автор этой книги, г. Люис Морган, наблюдая нравы и обычаи у краснокожих индейцев, заметил, что у них господствуют особливые понятия об отношениях родства, понятия, которым они придают в среде своей важное значение и которые совсем не похожи на обычай, принятый у всех цивилизованных народов. Он принялся за тщательное изучение этого предмета, о котором собрал сведения из всех частей света, и пришел к следующему выводу. Понятия о близости семейных отношений по кровному родству чрезвычайно разнообразны в человечестве, по различию племен; но при обобщении их можно свести в две отдельные системы. Одну из них Морган называет системой описательной (*Descriptive*), другую – системой классов (*Classificatory*). Описательная система – та самая, которая принята у нас, система 118 Новеллы: она идет от римского права. Сущность ее состоит в том, что особое название придается целому разряду родственников, происходящих от члена семьи, отделенного известным числом рождений (степеней) от данного лица (*ego*) или от общего родоначальника: название, напр., дяди, племянника и т.п. Запас этих названий не очень богат и на некоторой степени истощается, так что практика должна прибегать к искусственному усложнению терминов (как-то: праправнук, *great grand father*). Напротив того, в другой системе все родственники делятся на группы или классы неравного, иногда весьма обширного размера, в которых счет степенями не имеет значения. В одном классе соединяются, напр., отец данного лица вместе с его дядьями с отцовской, либо с материнской стороны, либо с теми и другими, – и все вместе носят название отцов. Родные братья его соединяются в одном классе с двоюродными, и все вместе зовутся братьями. Таким образом, мысль может обнять целым понятием множество лиц зараз, во всяком случае гораздо более, чем позволяет обнять наша система. Правда, что в целом классе не может быть тех оттенков индивидуального родства, которые мы

различаем по степеням и названиям; но эта система классов удовлетворяет в ином состоянии общественного быта, потребности объединить целую группу семейного состава в совокупном праве и в совокупной ответственности. На подобный случай у Кельтского племени в Ирландии указывает Мэн в своей книге: *On the early History of Institutions*. Гл. VII. См. еще о сем новую любопытную книгу: *Wake. The Development of Marriage and Kinsdhip*. Lond., 1889.

§ 29

Организация опеки в России. – Учреждение опекунского управления по сословиям и ведомствам. – Высший опекунский надзор. – Переходные меры.

У нас правильное устройство особых опекунских мест и опекунского управления началось с учреждения о губерниях императрицы Екатерины II. В организации опек законодательство наше руководилось сословным началом, и потому ведомство опекунских дел доньше у нас чрезвычайно раздроблено; но главные места устроены для дворянского и городского сословия, и до преобразования судебной части они составляли как бы делегацию сословных судов 1-й степени¹ (II т. Общ. Учр. Губ., изд. 1857 г., 4062–4071, 4560–4565).

Общее учреждение дворянских опек и сиротских судов простирается только на дворян потомственных и личных, на купцов, почетных граждан и мещан. Для прочих сословий, – не для всех, однако же, существуют особые учреждения. Сироты духовного звания поручаются попечению епархиального начальства; но для опек сего рода не было установлено правил до 1867 года. В сем году Государственный Совет постановил, что дела по опекам над сиротами духовного звания относятся к ведению епархиальных попечительств о бедных духовного звания. Опекуны состоят под ближайшим надзором местных благочинных, которым обязаны представлять отчеты для проверки; ревизия же отчетов производится в попечительстве. Продажа принадлежащих малолетним движимых имуществ и строений, возведенных не на собственной земле, разрешается епархиальным начальством, а продажа недвижимых имуществ – Синодом (Зак. Гр. ст. 236, 252 и Уст. духовн. консист. изд. 1883 г., Полн. Собр. Зак. № 1495, ст. 80). На основании Положения 12 июня 1890 г. о военном и морском духовенстве дела об опеке и попечительстве над сиротами, оставшимися после лиц, принадлежащих к этому духовенству, ведаются духовным правлением при протопресвитере военного и морского духовенства. Опекуны к упомянутым сиротам назначаются правлением с утверждения протопресвитера. Капиталы сирот и из-

¹ До издания Свода Зак. 1857 г. Опеки и Сир. Суды причислялись к судебным местам и имели судебную власть.

бытки от доходов опекуны и попечители должны обращать в государственные процентные бумаги и внести их на хранение в Государственный банк. Продажа движимого, принадлежащего сиротам, имущества разрешается правлением с утверждения протопресвитера, а недвижимого – Св. Синодом. Доходы и расходы записываются опекунами в особые, выдаваемые от правления книги, которые вместе с отчетом представляются в правление на ревизию (Зак. Гражд., Прод. 1890 г., ст. 252 прим., 268 прим. 2, 277 прим. 3, 288 прим.). Об участии Губернаторов и полиции в действиях по опеке см. II т., изд. 1892 г., Общ. Губ. Учр. 271, 363, 438, § VII, п. 40–42, 1173. Об участии предводителей двор. IX, 293, 295. Гор. Голов. Уст. Общ. Пр. изд. 1892 г., ст. 187, прил. ст. 9.

Для крестьян существовали у нас устроенные и постоянно действовавшие опекунские учреждения только в особых ведомствах – удельном и государственных имуществ, для удельных и государственных крестьян и колонистов; кроме того, особый надзор местной власти был устроен по опекам над малолетними детьми мастеровых на казенных фабриках и заводах (Зак. Гр. изд. 1857 г., ст. 241, 243, 244, 298–327). У помещичьих крестьян учреждение опекунского надзора за малолетними и их имуществом зависело от помещика, когда он обращал внимание на этот предмет. С освобождением бывших крепостных от помещичьей власти издано было учреждение для общественного их управления; но в сем уставе нет особого учреждения опеки, и не указано правил установления продолжения и прекращения опекунского надзора; только в 51 ст. Общего положения о крестьянах упомянуто, что ведению сельского схода подлежит, между прочим, «назначение опекунов и попечителей и проверка их действий». Отсюда следует заключить, что в кругу крестьянского быта опекунские дела предоставлены действию обычая и усмотрению органов местного управления. Это – очевидный недостаток, ибо относительно опеки и защиты интересов безгласных, особенно нужна установление порядка, особенно нужна проверка со стороны власти правительственной, поставленной над обществом. Неудивительно, что в отсутствии руководственных правил и власти, постоянно наблюдающей за их исполнением, опекунское призрение сирот и их имущества нисколько не обеспечено в крестьянском быту. С применением Общего крестьянского положения к государственным, удельным, заводским крестьянам и у них должны были потерять силу прежние положения об опеках, не замененные никакими новыми правилами. На указанные недостатки опекунских учреждений у крестьян обращено внимание лишь в последнее время; в Положении о земских начальниках 12 июля 1889 года на земского начальника возложен надзор за опеками над малолетними сельского состояния и разрешение жалоб, приносимых на действия опекунов, а наблюдение за земскими начальниками по опекунским делам поручен уездному съезду. Приговоры сельских сходов о разрешении продажи принадлежащих малолетним недвижимых и движимых имуществ (кроме предметов, подверженных скорому тлению и другим тратам) и об отказах от надела, следующего малолетним, представляется земским начальником на утверждение в губернское присутствие (IX т., особ. Прил. III по Прод. 1890 г., ст. 33, 38, 98 п. 30). Об обычаях у крестьян по опекам см. *Ефименко*. Юрид. обычаи Архангельской губернии и *Пахмана*: Обычное Гражданское Право России, т. II, гл. VII.

Особенные учреждения опеки в казачьих войсковых землях (Зак. Гр. 332–348; в Бессарабии (242); на Кавказе, в Сибири, Туркестанском крае и у инородцев (т. II, изд. 1892 г., Полож. Туркест. ст. 209, 252–254; Учр. Сибирск. 34, 69, 332, 366; Учр. Инородц. 519, 521; Учр. Суд. Уст., ст. 435), у колонистов (Уст. Кол. 194 и след.). За границей опека и попечительство над детьми русских подданных возлагаются временно на русских консулов, в округе коих умерли родители (Зак. Гр. 249; Уст. консульск., изд. 1893 г., ст. 2; 12, п. 5). Из 345 и 400 ст. Уст. о Промышл., изд. 1893 г., видно, что предполагается в цеховом управлении особое попечительство над вдовами и малолетними детьми умершего мастера, записанного в цех.

Наконец, помимо закона, есть случаи учреждения опеки на особых правилах, по особым Высочайшим повелениям (Зак. Гр. 261, 296 ст.). См., напр., указы об учреждении опеки над именем графини Борх и князя Барятинского, П. С. 3. 1871 г., № 50132 и 1882 г., № 669.

Итак, в общем порядке попечение о дворянских детях возлагается на дворянскую опеку (под председательством уездного предводителя, из определенного числа заседателей по выбору дворянства. Общ. Учр. Губ. изд. 1892 г., 1152), а в губерниях Олонецкой, Вятской и Архангельской – на Губернские по опекунским делам Присутствия (под председательством члена Окружного Суда или Соединенной Палаты, из мирового или городского судьи, по избранию съезда, и члена от административного ведомства, по назначению губернатора, там же, ст. 1175–1177); попечение о детях личных дворян и городских обывателей принадлежит Сиротскому Суду (под председательством городского головы, или особого выборного лица, из членов от сословий купеческого, мещанского и ремесленного, а где городское положение не введено – из городского старосты и двух членов, особо избираемых на этот предмет городским обществом, там же, ст. 1181). В Области войска Донского на правах дворянских опеки и Сиротских Судов учреждены Окружные Опеки (Зак. Гр. 332, 333). Все эти места ведают опеку непосредственно. Им принадлежит наставление опекунов в нужных и сомнительных случаях и ревизия опекунских отчетов; но продажу и залог имений малолетних опекунские установления не разрешают собственной властью: представления этого рода направляются ими через губернаторов в Сенат (для духовных – в Синод). Жалобы на опекунские установления приносятся окружному суду, а на окружной суд – судебной палате (Зак. Гр. 277, 286–288, 333. Общ. Учр. Губ. изд. 1892 г., 1158, 1160–1169, 1171, 1172, 1185)¹.

Особые случаи, когда вместо опеки предоставляется действовать сословному представителю (Зак. Суд. Гражд. 755).

¹ По учреждению о губерниях предполагалось установить в губернских городах губернские опеки в качестве 2-й инстанции опекунского надзора, но предположение это, неоднократно возобновлявшееся, не осуществилось.

Кроме распределения опеки по сословиям, в законе не высказано иного начала к определению ведомства опеки. На практике главным началом служит место нахождения имения, подлежащего опекунскому ведомству; буде имение осталось не в одном уезде, то опека сосредоточивается там, где большая часть имущества (правило это прямо высказано для Черниговской и Полтавской губерний. Зак. Гр. 235). Если имения не осталось вовсе, то попечение о сиротах ближе всего принадлежит опеке той местности, где дети осиротели. Впрочем, правило опекунской подсудности, по свойству ее, не может быть безусловным.

§ 30

Отличие опеки от попечительства. – Назначение опекуна и законные его качества. – Опекунская повинность. – Подчинение опекуна надзору. – Вступление в должность. – Управление и распоряжение имуществом. – Отчуждение имущества и займы. – Вознаграждение опекуна. – Ответственность. – Ревизия отчетов. – Недостатки опекунского учреждения в России и преобразование опеки. – Опека у крестьян. – Опека в прибалтийских губерниях.

До 14-летнего возраста определение опекуна совершенно зависит от правительства. С 14 лет сам малолетний может указать на лицо, которое желает иметь при себе для совета и защищения во всех делах, и это лицо получает название попечителя. По силе сего закона, с 14-летнего возраста малолетнего опека не может удерживать при нем опекуна, вопреки его желанию, если нет повода признать неспособным то лицо, которое изберет себе попечителем такой малолетний (см. реш. Общ. Собр. Сен. по делу Славской – в Собрн. Сен. реш. т. 2, № 999); впрочем, едва ли можно сомневаться в том, что опека может и такому попечителю назначить в помощь опекуна и по своему избранию. Но когда опекуном 14-летнего, по особенному его имени, состоит родитель, малолетний не вправе просить о замене его сторонним попечителем: в противном случае нарушено было бы право родительское в отношении к детям. Родителя можно устранить от опеки только по важным причинам законной неспособности, независимо от воли и указаний малолетнего (ср. там же, № 54. Собрн. Сен. реш. т. 1, № 308).

По нашему законодательству, в надзоре за человеком, еще не достигшим совершеннолетия, понятие об опеке отличается от понятия о попечительстве. Главные черты этого различия, насколько закон допускает

уловить их, определяются расширением способности несовершеннолетнего к юридическим действиям, которая начинается с 17-летнего возраста (ср. Уст. о колониях ст. 152 о возрасте совершеннолетия). До наступления этого возраста приставник, хотя и может носить название попечителя, состоит при малолетнем еще на опекунском праве, но с этого возраста вместо опеки наступает действительное попечительство, и попечитель служит уже не полной заменой личности малолетнего, как был опекун, но только дополнением личности несовершеннолетнего. Это дополнение оказывается необходимым, особенно для действий по имуществу, предполагающих полноту гражданской личности; но понятие о надзоре за личностью несовершеннолетнего, руководстве ее и направлении, о личной власти над действиями, получает уже второстепенное значение. До 17 лет опекун приказывает, а после того попечитель только советует и дает свое содействие распоряжениям или отказывает в оном. В опекунстве выражается положительная сторона надзора, в попечительстве – отрицательная. Впрочем, наше законодательство не проводит строгой формальной черты разделения между тем и другим званием¹.

По Уст. Сберег. Касс. 1895 г., малолетние и несовершеннолетние, которые сами внесли на свое имя вклад, распоряжаются оным без участия опекуна или попечителя.

Касс. реш. 1872 г., № 1049. Опека и попечительство учреждаются с целью охранить права несовершеннолетнего, а не стеснять эти права *к ущербу его*. Посему нельзя признать ничтожными такие действия несовершеннолетнего, которые совершены им, хотя бы и самолично, к ограждению его прав (напр., предъявление иска), и по достижении совершеннолетия им самим не опровергается. Приобретая некоторую правоспособность с достижением семнадцати лет, несовершеннолетний имеет право и без согласия попечителя участвовать в некоторых юридических сделках, напр., приобретать на наличные деньги движимость и отчуждать ее, получать проценты с капитала и вообще деньги по имению, уничтожать доверенности на управление его делами и т.п. Ср. Касс. реш. 1869 г., № 324; 1871 г., № 596, 858; 1875 г., № 928; 1880 г., № 98.

Дело попечителя – поверять и дополнять волю несовершеннолетнего в каждом отдельном гражданском акте, который требует по закону участия попечителя; цель этого закона – оградить человека, не достигшего еще полной умственной зрелости, участием попечителя, от невыгодных сделок. Такова, по закону, деятельность попечителя, но из сего не следует, чтобы попечитель имел право давать несовершеннолетнему общую или частную эмансипацию, уполномочивая его заранее на совершение всяких сделок, или известного рода сделок, и

¹ В 1864 г. апреля 27 состоялось мнение Госуд. Совета, в коем установлен один возраст несовершеннолетнего до 21 года и одна опека, без попечительства, с тем, чтобы это мнение, не вступая в то же время в силу закона, служило основанием для работ состоящей при Министерстве Внутренних Дел Комиссии по составлению опекунского устава.

без согласия попечителя. Такого рода полномочие, или изъявленное согласие попечителя на будущие сделки, выходит из пределов его власти, незаконно, и не может, само по себе, присвоить законную силу актам, которые несовершеннолетний совершает без согласия попечителя (Кас. реш. 1872 г., № 1092).

Учреждение опеки над малолетним есть учреждение обязательное. Без сомнения, нередко случается малолетнему вырастать без учреждения опеки, под бесконтрольным надзором родных или сторонних людей, либо вовсе без надзора; в низших и бедных классах населения так по большей части и случается. Однако же, по идее закона, учреждение опеки не состоит в зависимости от имущества; где только есть малолетний сирота, хотя бы и без наследства, там уже *предполагается* действие закона об опекунском надзоре. Итак, хотя в большей части случаев не возникает вопроса об опеке, но если вопрос сей возбужден кем бы то ни было, опека должна быть учреждена; а *намеренное* оставление малолетнего без опеки вовсе невозможно, и воля умершего родителя, когда бы она в сем смысле выразилась, недействительна.

Опекунское место, известясь об оставшихся сиротах, начинает свое попечение: осведомляется об имении и, если есть оно, назначает опекуна, если нет, заботится пристроить малолетнего (250, 252. Уст. Общ. Призр. изд. 1892 г., ст. 187, прил.: ст. 9, 15, 20). Всякий опекун без исключения должен быть утвержден опекой (259, 261). Назначение его совершается: 1. По завещанию родителей (227)¹. Родителям опекунская власть принадлежит, прежде всего по природе и по закону, и потому, если бы даже умершим отцом назначены были опекуны к детям, мать их во всяком случае не лишается права на соучастие в опеке совокупно с назначенными опекунами (см. о сем: Мн. Гос. Сов. 21 февр. 1865 г. по делу Хлудовых и Тенишевой, Журн. Мин. Юст. 1865 г., № 4). Во-2-х, назначение опекуна бывает по закону, при жизни родителей – отцу или матери принадлежит опека над имуществом, которое досталось детям (226, 229). В-3-х, опекун назначается по избранию опекунского места (231). Во всех этих случаях обращается внимание на личные качества опекуна (256).

Когда суд позволяет жене переселяемого администр. порядком мужа оставаться на месте жительства, и есть у них дети свыше 14-летнего возраста, – тот же суд обязан принимать меры к учреждению опеки над детьми (ср. § 13).

¹ В первом издании я допускал возможность стороннему завещателю (не отцу или матери) назначить опекуна не к личности малолетнего, а к имению, которое ему завещается. Ввиду сделанного мне возражения (Ж. Гр. Пр. 1871 г., № 2) я должен отказаться от этого мнения и признать, что стороннее лицо хотя и может назначить опекуна к имуществу в указанном случае, но это назначение не может противоречить законному родительскому праву; при отсутствии же родителей оно никак не имеет законного, т.е. обязательного для опеки значения. – Об опекунском праве родителей см. еще § 22.

Нет закона, по которому замужняя дочь не имела бы права при жизни отца избирать себе, помимо его, попечителем своего мужа. Статьи об опекунах сюда не относятся. Касс. реш. 1872 г., № 744.

Отцовское опекунское право не есть безусловное, но состоит в зависимости от опекунского надзора, и потому, когда опека признает родителя ненадежным к доброму попечению о малолетнем, то может отказать в назначении его, равно как и назначенного уже может устранить (Касс. реш. 1873 г., № 1239).

Не могут быть определяемы: люди, по характеру известные за дурных и порочных; известные суровыми поступками; лишенные всех или некоторых прав состояния; состоящие под уголовным судом (Сборн. Сен. реш. т. II, 967), расточители, несостоятельные, имевшие ссору с родителями малолетнего (Зак. Гр. 256). Женщины не исключаются из опекунского звания¹.

Сенат разъяснил, что во второй части 256 ст. сделано перечисление лиц, кои не должны быть назначаемы опекунами, лишь в виде примера, так как и в числе лиц, не подходящих под это перечисление, могут быть такие, которые не подают надежды к призрению малолетнего в здравии, добронравном воспитании и достаточном по его состоянию содержании и от которых нельзя ожидать отеческого к малолетнему попечения; посему на опекунских учреждениях лежит обязанность отказывать в назначении опекуном всякого, не соответствующего общему, выраженному в первой части приведенной статьи, требованию (Касс. реш. 1873 г., № 1239; 1885 г., № 106).

У нас опека – сословное учреждение. Однако в законе нет прямого постановления в таком смысле, что опекуны должны быть избираемы из того же сословия, к которому принадлежит малолетний; следовательно, нет прямого основания признать незаконным выбор опекуна из другого сословия, или принадлежность к иному сословию признать законной причиной для отказа от опекунского звания. За всем тем не подлежит сомнению, что, при существующем у нас юридическом, бытовом и хозяйственном различии сословий, в большей части случаев необходи-

¹ Из сенатской практики видно, что причинами неспособности к опекунству признаваемы были: иностранное подданство опекуна, принадлежность его к расколу, когда малолетний православной веры. Есть решения, в коих выражено, что с должностью опекуна несовместно вступление в договор с состоящим под опекой; на этом основании признаваемы были недействительными векселя, выданные попечителю состоящим под его попечительством несовершеннолетним (Сб. реш. об опек. № 124); также признаваемо было, что закон не дозволяет опекунам брать себе взаймы деньги малолетних, попечению их вверенные (там же, № 137).

Протестантский проповедник может принять опекунское звание с разрешения консистории т. IX, 461.

В Черниговск. и Полтавск. губ. 258 ст. Зак. Гр. запрещает назначать опекунами: 1) нерусских подданных и 2) не имеющих собственного имущества, достаточного к обеспечению опеки, разве бы опекун назначен был по отцовскому завещанию.

мость требует, и попечение о воспитании малолетнего, равно как об имуществе его, обязывает искать ему опекуна преимущественно в том сословии, к которому он принадлежит по рождению.

Число опекунов не полагается. Может быть назначен один или несколько (253). Вообще, если опекуном – родитель и ему по завещанию не назначено в помощь другого, то ему одному предоставляется опека (230). В некоторых случаях назначается постоянно или временно дополнительный опекун, когда главный опекун состоит с малолетним в общем интересе по имуществу, напр. может делить с ним имение или иметь денежную претензию на малолетнего, тяжбное с ним дело, или когда у матери есть второй муж, либо у отца вторая жена и т.п. Опекуны, когда их несколько, могут все совокупно заведовать опекой, или может быть между ними установлено разделение занятий, по усмотрению опеки и по обстоятельствам: напр., одному из опекунов может быть предоставлено воспитание малолетнего, с надзором за его личностью, другим – заведение имуществом или частью имущества (ср. Касс. реш. 1882 г., № 9; 1886 г., № 54).

Иностранные законодательства определительнее в этом отношении. Германские законодательства, не доверяя одной женщине, предписывают большей частью, на случай назначения опекуншей матери или бабки, придавать ей в помощь одного или двух опекунов (Гамб., Бавар., Австр.). По французскому законодательству, опекун не может быть один, но к каждому семейный совет назначает дополнительного опекуна (*subrogé – tuteur*), который должен надзирать еще за действиями опекуна и поверять их (Code 420–426, 448, 451). Прусское законодательство допускает два разряда опекунов: для непосредственного управления и для надзора (*geventes et honorarii*).

У нас влияние этого западного начала отозвалось в Литовском статуте: в Черниговской и Полтавской губерниях мать исправляет опеку вместе со старшими родственниками малолетнего или с дополнительными опекунами. Замужняя родственница призывается к опеке не иначе как вместе с мужем. Родственники призываются к опеке в определенном порядке постепенности (Гр. 232, 295). Отцу предоставляется безотчетное управление имуществом, доставшимся малолетним детям после матери или от сторонних лиц.

Русский закон не говорит прямо, имеет ли избранный опекун, и по каким основаниям, право отказаться от опекунской должности. О родителях прямо сказано, что они могут отказаться (230, 231), а о прочих не упомянуто. В иностранных законодательствах вообще предполагается, что принятие опеки есть общая гражданская повинность и что отказаться можно лишь в определенных законом случаях, с разрешения суда. У нас к этому предмету и закон и обычай равнодушны, и причины отказа вовсе не означены в законе. Впрочем, надо полагать, что и у нас опекунство считается обязанностью, а не правом, следовательно, должно иметь характер принудительности, обязательности. (Только в Уставе

врачебном изд. 1892 г., ст. 557 указана одна причина отказа: управляющим аптеками, в виде исключения, предоставлено отказываться от опеки.)

В Касс. реш. 1872 г., № 641 Сенат признает, что когда имущество малолетнего вверено нескольким опекунам, то каждый из них пользуется одинаковыми правами, и делами они заведуют вместе, следовательно, вместе и представляют личность малолетнего. На сем основании апеллян. жалоба, поданная одним из таких опекунов по делу малолетнего, без участия или полномочия прочих, незаконна. Ср. также Касс. реш. 1877 г., № 17. В правильности этого взгляда можно еще усомниться, ибо, как выше показано, не во всех случаях деятельность опекунов предполагается совокупной и представительство их совокупным.

Опека, подобно всякому управлению, требует *единства*; необходимо, чтобы центральное заведование опекой сосредоточено было в одном месте. Когда имения, состоящие в разных уездах или разных губерниях, ведаются разными опеками, от сего происходят значительные хозяйственные неудобства, разноречия распоряжений и столкновения; посему в подобных случаях опека сосредоточивается в одном месте, где удобнее для управления имениями или для воспитания малолетнего, или там, где находится значительнейшая часть имений. На сосредоточение опеки, а также и на перевод опеки, по дознанной хозяйственной необходимости, из одного места в другое, испрашивается обыкновенно разрешение Сената.

Опекуны состоят в непосредственной подчиненности тем местам, коими определены (259 ст. Зак. Гр.). Определение их совершается непосредственно опекой или сиротским судом; увольнение по законным причинам зависит от тех же мест. Порядок требует, чтобы этого действия ни Гражданская Палата (до судебного преобразования и до преобразования в заведовании опеками), ни Сенат не принимали на себя непосредственно (Сб. реш. по опек. № 79, 82). И Палата (ныне судебные установления) и Сенат могут судить о правильности того или другого действия, совершенного опекой, только по доходящим до них жалобам. И о первой опекунской инстанции надлежит заметить, что дело ее состоит главным образом в надзоре за опекунами и в руководстве, а не в непосредственных распоряжениях. Посему не следует опеке принимать на себя дела, принадлежащие к личному усмотрению и распоряжению опекунов (напр., продажу имущества, раздачу капиталов в заем и под залог, хозяйственные сделки по имению и т.п.)¹. К непосредственным сего рода распоряжениям опека должна приступать с крайней осторожностью, ибо в таком случае на нее падает непосредственно и ответственность, которая по порядку лежит непосредственно на опекуне

¹ При неопределительности закона на практике нередко возникают вопросы о праве опекуна продавать из имения лес на сруб, отдавать землю в аренду на продолжительные сроки и т.п. Вопросы эти разрешаются разнообразно; но по букве закона для подобных действий не положено требовать разрешения высшей или непосредственной опекунской власти. Иные опекуны, желая оградить себя от возможной ответственности, испрашивают разрешения опеки, другие не считают его нужным и подвергаются нередко обвинению в превышении власти.

(см. Сб. Сен. реш. т. I, № 638). Разрешение опеки, с утверждения губернатора, требуется для выдачи опекуну капиталов из Государственного банка и прочих государственных и частных кредитных установлений (Уст. Кред., изд. 1893 г., разд. IV, ст. 68; Касс. реш. 1882 г., № 24, 128).

Вступление опекуна в должность. Опекуну дается, на имя его, указ. По этому указу все имущество он принимает по описи, вместе с членом опеки, составленной в двух экземплярах: один для опекуна, другой для опеки. По сей описи он принимает все имущество в свое хранение (ст. 266, 268). Многие опеки приняли за обычай брать на хранение (в кладовой казначейства) нетленные вещи, деньги, билеты и т.п., не доверяя их на руки опекуну; но такое распоряжение не основано на законе, что было неоднократно признаваемо и Сенатом (Сб. реш. опек. № 139). С минуты принятия имени по описи начинается и ответственность опекунов за целостность онога.

Нет сомнения, что при самом вступлении опекуна в должность и в течение его управления опека может давать ему особые наставления и правила в руководство, по роду имени и по свойству управления. С этими наставлениями опекун обязан сообразоваться, если они не окажутся чрезмерно стеснительными и не будут по сей причине отменены.

Управление. Должность опекуна состоит: в попечении об особе малолетнего и в управлении его имуществом (262–265). В первом отношении обязанности его те же, что и родителей – воспитать и приготовить малолетнего к жизни, сообразной с его состоянием. Опекун ищет за него в личных обидях (263–265). Согласие опекуна требуется при вступлении в брак лиц, состоящих под опекой (Зак. Гр. 6; Уст. Иностр. Исп. 203. У лютеран опекуны могут отказывать в своем согласии лишь по означенным в законе причинам).

В последнем отношении: опекун приводит в известность имущество малолетнего, справляясь обо всех капиталах, которые могли быть внесены в Государственный банк умершими вкладчиками или переданы в банк из бывшей сохранный казны (267). Капиталы малолетнего опекун вносит для хранения в кредитное установление, либо обращает в процентные бумаги, либо отдает в частные руки за проценты под верные залоги и заклады или под векселя, или употребляет в торги и промыслы и т.п. До 1859 года закон был стеснительнее: капиталы малолетних из дворян дозволялось отдавать только под закладные (ср. Сб. Сен. реш. т. II, № 919). Ныне допускается законная возможность опекуну употреблять капиталы малолетнего на выгодные для него (но не сопряженные с рискованной спекуляцией) операции, на покупку выгодных имений, выгодных кредитных бумаг и т.п. Для этой цели опекун не лишен возможности брать капиталы малолетнего, хранящиеся в кредитных установлениях, но не иначе как с разрешения такой власти, которая может знать положение малолетних и личность опекунов и оценить основательность причин и побуждений к взятию и употреблению капитала. Разрешение это дается дворян. опекой или сиротск. судом, с утверждения губернатора (Уст. Кредитн., изд. 1893 г., разд. IV, ст. 68). Несовместным

почитаются с должностью опекуна, когда сам он берет в заем себе капиталы малолетних (примеч. к 268 ст. Зак. Гр.).

Опекун управляет недвижимым имением (269, 270), к поддержанию и улучшению хозяйства и к пользе малолетнего¹. Взыскивает денежные претензии и ходатайствует по тяжбы делам малолетнего (274, 282). Заботится об уплате долгов малолетнего, преимущественно из доходов; когда нечем платить проценты, может на сумму их выдавать, с разрешения опеки, заемные обязательства (275, прим.). В нужных и сомнительных случаях испрашивать разрешения опекунского места (286).

Обращение вещей и имуществ в деньги совершается на следующем основании. Тленные вещи продаются опекуном без особого разрешения, но с отчетом опеке. (В законе нет прямого предписания опекунам обращать в продажу тленные имущества, во избежание порчи и гибели, но от усмотрения опеки или сиротского суда зависит, по роду имущества, вменить таковую продажу в обязанность опекунам. Ср. Сб. Сен. реш. т. I, № 646). Нетленные вещи и недвижимое имущество продаются в особенных случаях, с соблюдением особого порядка: по просьбе опекуна, опекунское место, буде признает необходимость продажи, входит с представлением через губернатора в Сенат, от коего зависит окончательное разрешение.

Продажа ценных нетленных вещей допускается: 1) по необходимости, для уплаты долгов малолетнего или для содержания его; 2) если вещи составляли товар того лица, от кого дошли к малолетнему. Продажа недвижимых имуществ допускается: для платежа наследственных долгов, по ветхости и бездоходности строения. Разрешение Сената требуется в видах охранения собственности малолетних от растраты и продажи оной недобросовестными опекунами без действительной необходимости, следовательно, Сенату надлежит всякий раз поверять выставляемую опекунскими местами побудительную причину продажи. Эта проверка оказывается полезной во многих случаях, особливо при небрежном или пристрастном управлении опекаемым имением. (Бывали, напр., случаи, что мать требовала продажи имения детей своих за претензию свою к отцу их, никому еще не предъявленную и никем в порядке не признанную, и продажа признаваема была за нужную опекунскими местами, но когда дело доходило до Сената, Сенат отказывал в разрешении.) Разрешение Сената признается необходимым, когда предполагается вольная продажа; оно не нужно на публичную продажу в исполнение судебных решений по Уставу Гражд. Судопроизводства, или по просрочке платежей по залогу имения в кредитном установлении (Касс. реш. 1878 г., № 184, 1881 г., № 31). Положения эти применяются только там, где введен новый порядок судопроизводства; в местностях же, где еще остался прежний порядок, разрешение Сената требуется всякий раз, когда при малолетстве владельца возникает повод приступить к продаже, и условие это столь существенно, что продажу, учиненную без разрешения Сената, велено признавать не-

¹ Опекуны и попечители участвуют за малолетних и несовершеннолетних в выборах по зем. учр. (т. II, изд. 1892 г., Полож. Зем. Учр., ст. 18).

действительной, хотя бы она произведена была с публичного торга и хотя бы состоялся приговор судебного места об обращении в продажу имения. Только в таком случае разрешение Сената не нужно, когда продажа производится на основании окончательного решения судебного места, состоявшегося еще при жизни прежнего, совершеннолетнего владельца (Зак. Суд. Гр., ст. 627).

Под правило о продаже недвижимостей обыкновенно подводится продажа на сруб леса, так как лес на корню может быть причислен к вещам, тлению не подверженным, и притом составляет до сруба такую часть недвижимости, от которой зависит нередко главная ее ценность (Общ. Собр. Сен. 1869 г. по д. Калиновских); но для продажи имения, заложенного и просроченного в кредитных установлениях, согласно разъяснению Сената, разрешения его не требуется (Сб. Сен. реш. т. I, № 726). Продажа не по приговору судебному, а для хозяйственных целей и по распоряжению опеки совершается повольной ценой, чрез самих опекунов (Зак. Гр. ст. 277).

Об отдаче в аренду земель из помещичьих имений, принадлежащих малолетним (см. Зак. Гражд. 277, прим. 1).

Займы под залог имений малолетних в кредитных установлениях (или перезалог) или у частных лиц совершаются также не иначе как с разрешения Сената, когда того требует благосостояние и польза малолетнего (ст. 280). Это правило надобно разуметь в тесном смысле, т.е. разрешение Сената требуется на каждый отдельный случай займа и залога, с объяснением поводов и нужд. Залог дозволяется лишь для нужды, а не для промысла. На сем основании едва ли возможно допустить общее разрешение опекуну обращать в залог имущество малолетнего, по усмотрению, или доверять оное частным лицам для представления залогом по подрядам и поставкам.

Разрешается ли опекуну входить в личные (а не под залог) займы от имени малолетнего, — об этом закон не упоминает; но одно не вытекает из другого, ибо займы под залог имения по необходимости ограничиваются ценностью сего имения, а личный кредит не имеет внешней меры. Без сомнения, могут быть случаи, когда личный заем представляется полезным и даже необходимым средством для хозяйственной операции по имению (напр., когда нечем платить на срок проценты по существующему долгу, можно выдать на сумму сих процентов отдельное обязательство, с расчетом уплаты в денежную пору, при поступлении доходов); но во всяком случае опасно предоставлять опекуну возможность кредитоваться лично от имени малолетнего, ибо таковой кредит соединен с риском, с увлечениями и с ошибками в расчете, которые могут быть губительны для малолетнего. Разумеется, в тех случаях, когда наследственное имущество состоит в торговом капитале, пущенном в оборот, и опекунское хозяйство состоит в поддержании и продолжении оборотов, тогда кредитные сделки по ним принадлежат уже к сущности опекунского управления.

Раздел наследства, в коем участвуют малолетние, производится опекунами, под их ответственностью и под надзором опеки; отдельные акты во всяком случае должны быть представлены на утверждение Окружного Суда или суда первой степени (ст. 1336 и 1337).

Вознаграждение за труды опекуны (все вместе, если их несколько) получают 5 процентов ежегодно (в Черниговской и Полтавской губерниях 10%) из доходов с имения (284, 285).

Неоднократно возникал и возникает еще вопрос: с *чистого* или с валового дохода надлежит полагать это вознаграждение. Вопрос сей разрешается весьма разнообразно, и можно привести немало решений в том и в другом смысле. В 1865 году Общее Собрание Сената приступало было к решительному определению сего предмета, и Мин. Юст. заявил мнение, что проценты следует исчислять с валового дохода; но Государственный Совет предпочел оставить сей вопрос в нерешении до общего пересмотра законов об опеках. Нельзя не заметить, что при разрешении сего вопроса по букве закона правильнее производить исчисление с валового дохода, хотя в отдельных случаях такое исчисление может оказаться несправедливым и обидным для малолетних. Общее выражение «доход» без прибавления «чистый», употребляемое в законе, указывает сумму, которой представляется общая производительность имения¹. Для Черниговской и Полтавской губерний отдельной статьей определено производить исчисление процентов с чистого дохода (см. Журн. Мин. Юст. 1865 г., № 6, ст. Любавского и № 9, решение по д. Попова). Кроме того, нельзя не различать в сем отношении роды имущества, состоящего в управлении. Если доход состоит в процентах с капиталов, хранящихся в кредитных установлениях, то может возникнуть вопрос: имеют ли право опекуны на 5% из сего дохода, так как обороты капиталов в банке совершаются сами по себе, независимо от трудов и стараний опекунов? Иные разрешают вопрос сей отрицательно, полагая, что опекуны имеют право на % с капитала лишь в том случае, когда капитал образовался из доходов с управляемого опекуном имения и положен опекуном в кредитное установление без вычета 5% в свою пользу; но с таким решением едва ли можно согласиться. Закон определяет вознаграждение опекунам за труды, не объясняя, за какие именно; но, кроме управления имением, может быть опекуну не менее труда в воспитании малолетнего, в надзоре и попечении, следовательно, приведенное толкование теснее того закона, к которому относится. Впрочем, нельзя оспаривать, что в отдельных случаях, по обстоятельствам дела, и в случае доказанной небрежности или беспечности опекуна, может возникнуть вопрос о праве его на вознаграждение² (см. Сб. Сен. реш. т. II, № 798).

Практика Сената склоняется, однако же, к тому воззрению, что определяемое опекунам вознаграждение 5% следует исчислять с чистого, а не валового дохода, ибо толкование 284 ст. Зак. Гр. в смысле исчисления с валового дохода имело бы невыгодные последствия для опекаемых, так как во многих случаях за

¹ 95–97 ст. Пол. Взыск. Гражд. называют годовым доходом *чистую прибыль* с имения, но едва ли справедливо придавать общее значение этому специальному правилу, взятому из инструкции для описи недвижимых имений; притом Положение об описях издано в 1849 году, а 284 ст. Зак. Гр. взята из постановления, изданного в 1775 году.

² По Уставу о колониях (ст. 153), опекун, по сдаче опеки, получает в вознаграждение $\frac{1}{4}$ часть из приобретенной в управление его движимости.

вычетом вознаграждения, причитающегося опекуну с валового дохода, на содержание и воспитание малолетнего ничего бы не осталось из чистой прибыли. Вместе с тем Сенат признает, что вознаграждение опекуны получают только с доходов, а не с иных прибылей в имуществе опекаемых, поэтому вознаграждения опекунам не полагается, напр. с взысканных с должников капиталов, из сумм, вырученных от продажи леса, когда они представляются не доходом, а когда сама продажа уменьшает ценность имения; с выигрыша на билет внутреннего займа (Касс. реш. 1872 г., № 614, 1879 г., № 177, 1880 г., № 45).

Опекуну над имением кн. Мингрельского было отказано в выдаче 5%: а) с ежегодной аренды в 10.000 р., пожалованной на 20 лет в возмещение убытков, понесенных домом Мингрельских в восточную войну, и б) с 12.000 р. ежегодно, на время пожалованных, в возмещение прежнего таможенного сбора по княжеству Мингрельскому. Отказано на том основании, что эти суммы составляют не ежегодный доход, а замену потерянного в прежнее время имущества другим капиталом. Сенат (Касс. реш. 1872 г., № 1087) признал это рассуждение неправильным и несогласным с 284 ст. Зак. Гр., по смыслу коей под доходом разумеется «не только приращение к недвижимому имению опекаемого и прибыль от обращения его капиталов, но и вообще всякого рода *постоянно и ежегодно* (?) получаемое малолетним, вследствие его исключительного личного или общественного положения, денежное приобретение, которое посему может и не иметь никакого основания (?) в самом имуществе лица».

В 1870 г. по делу Новосильцевых Сенат рассудил, что вознаграждение рассчитывается по доходам, а не по трудам, следовательно, опекун, продавший собранный до него другими опекунами хлеб, вправе получить % с вырученной суммы.

Опекун утверждается в своем звании правительством, и звание это происходит от государственной повинности, а не из договора; всякая должность, устанавливаемая правительственной властью, есть ответственная и, поколику соединена с управлением, есть отчетная. В этом смысле нельзя представить себе и нельзя допустить опеку безотчетную, хотя бы умерший вотчинник имения, по особому доверию к лицу, рассудил за благо освободить его от всякой отчетности по управлению имением и по воспитанию наследника: такое доверие не имеет места в отношении государственном — правительства к опекуну, ибо в государственном отношении вообще нет места личному, колеблющемуся и изменчивому чувству доверия. Посему все завещательные распоряжения такого рода признаются недействительными. Таковы были решения по сему вопросу Правительствующего Сената и Комитета Министров (в 1855 году по делу девицы Петровой, см. Сборник решений об опеках в трудах Комиссии, т. II, № 211–215. Сб. Сен. реш. т. II, № 569). Итак, всякий опекун обязан отчетностью опекунскому месту, определившему его в должность. По прошествии каждого года, в январе, представляет

он Дворянской Опеке или Сиротскому Суду отчет о доходах, расходах, содержании, воспитании и промыслах малолетнего. Опекунское место ревизует эти отчеты, поверяя статьи оных, причем наблюдается, чтобы сомнительные статьи расходов были удостоверены (ст. 286–288).

Опека ревизует отчеты по должности собственной властью, независимо от иска и жалобы. Такая ревизия, по сущности своей, ограничивается предметами, не представляющими сомнения или спора. Сюда относятся: проверка правильности показываемого прихода и расхода, надзор за распоряжениями опекуна и соображение их с данными ему наставлениями и формами, общее попечение о том, чтобы управляемому имению приносима была польза, а не гибель и разорение (ст. 287). При сем, без сомнения, те расходы, которые признаны будут явно произвольными и несообразными с положением имения, могут быть относимы на счет опекуна, если он не докажет, что они были правильны и нужны¹. Но, независимо от правительственной ревизии отчетов, действия опекуна по управлению чужим имением, как и всякого лица, действующего на чужой счет, по условию или поручению, подлежат проверке того лица, в чью пользу опекун действует и распоряжается, как скоро настоящий владелец приобретет законную возможность таковой проверки, и в сем случае (независимо от утверждения отчетов опекой) сохраняется ему право доказывать на суде свой убыток и требовать возмещения от виновного (см. Касс. реш. 1869 г., № 935; 1873 г., № 578). По общему правилу, опекуны и попечители, *в случае нерадения или умысла* в упущении прав лица, попечению их вверенного, отвечают собственным имением по мере происшедшей от того или могущей произойти для малолетнего потери (290, 677, 684 ст.). Эта ответственность определяется судом по иску, предъявляемому последующим опекуном или самим состоявшим под опекой, по пришествии в совершеннолетие. Давность по сему иску исчисляется по времени совершеннолетия, но может быть и еще отсрочена, если опекун, оставшийся до конца, не представил общего отчета по имению, который обязан представить за все года, по окончании опеки (ст. 286).

Бохан, назначенный опекуном к имуществу умершего Королько, растратил из этого имущества выигрышные билеты и проценты на них. По признании имущества выморочным, к Бохану был предъявлен казной иск в 4963 рубля, против которого Бохан указал на истечение давности. Гр. Касс. Департ., до которого дошло настоящее дело, признал, вопреки решению Судебной Палаты, исчислившей течение давности со дня заклада билетов, давность не пропущенной, так как в делах о растрате опекунами переданного им имущества право на

¹ Сенат признавал, что опека может лишить опекуна 5% вознаграждения, если от его распоряжений последовал вред имуществу малолетнего (Сб. Сен. реш. т. II, № 826).

иск возникает лишь с того времени, когда для опекуна наступила обязанность сдать имущество, т.е. со времени увольнения его от звания опекуна; с другой стороны, по мнению Сената, неправильное распоряжение имуществом, вверенным опекуну, не ограничивается одним фактом этого распоряжения, а продолжается все время, пока опекун остается его хранителем, т.е. до сдачи по окончании опеки (Касс. реш. 1894 г., № 22).

Опекунские дела такого свойства, что невозможно обсуждать их и принимать подлежащие распорядительные меры исключительно на основании юридических соображений и формальных доказательств. Где те и другие не требуются по свойству предмета или прямо по закону, напр. при соображении о качествах лица, о пользе и характере, там определение меры зависит от *усмотрения* установленного опекунского правительства, которое в иных случаях подлежит ревизии высшей же опекунской инстанции, но вовсе не допускает ревизии со стороны судебной власти, даже в порядке опекунского делопроизводства. Одно необходимо признать — что усмотрение самой опекунской власти должно быть не безотчетное, но основанное на соображениях и резонах, состоящих в связи с распоряжением, и потому распоряжение может быть отменено, если оно само по себе не оправдывается, т.е. не объясняется резонами и имеет вид произвола, тем более, если имеет вид пристрастия. Притом надлежит еще заметить, что пределы власти, предоставленной каждому из органов опекунского надзора, должны быть строго охраняемы. Так, напр., невозможно допустить, чтобы распоряжения, зависящие от совещания в целом составе опекунского учреждения, исходили лично от одного из членов этого учреждения (от предводителя двор. или от заседателя в составе опеки и т.п.).

Малолетние при трех опекунах, проживали со смерти матери своей и еще при живом отце, до кончины его, у своего деда по матери. Один из опекунов одобрял это, а двое прочих просили передать детей опекунам, выставляя неудобства проживания их у деда. Окружной суд уважил это ходатайство, но Палата оставила оное без уважения, приняв на вид, что дети проживали у деда еще при живом отце, а опекуны не представили положительных доказательств, чтобы детям от того происходил вред. Опекуны показывали, что дед неграмотен, что он имел ссору с родителями сирот и что в семействе его есть незаконнорожденные (ст. 263 Гр. Зак.).

Палата нашла, что неграмотность не лишает деда возможности печься о малолетних, что ссора была неважная и не вела к нарушению семейного согласия и что последнее обстоятельство само по себе не имеет значения, если не доказано, что от него именно происходит какой-либо вред для сирот в совместной с дедом жизни. Сенат оставил в силе определение Палаты, признав, что обсуждение фактической стороны дела зависело от ее усмотрения (Касс. реш. 1872 г., № 1076).

К ограждению малолетних от ущерба со стороны опекунов постановлено, что опекун и попечитель отвечает несовершеннолетнему за всякую потерю в капитале, который по распоряжению его был вверен лицу, оказавшемуся впоследствии несостоятельным. Но если сам опекун

или попечитель, употребив капиталы или имущества, попечению его вверенные, по делам своим, придет в несостоятельность, то имущества сии и ценности не поступают в массу, но сохраняются для несовершеннолетних сполна, с процентами по день открытия несостоятельности (ст. 291, 292 Зак. Гражд., Уст. Суд. Торг., изд. 1893 г., ст. 560, 561). С сим правилом не вполне согласуется ст. 599 Уст. Суд. Торг., в которой в порядке удовлетворения долги сего рода упоминаются в первом разряде.

Последствием ревизии отчетов может быть и удаление опекуна от должности, когда опека имеет основание заключить, что действия опекуна вредны или управление его неблагонадежно. На этот предмет закон не дает прямых указаний, и решение зависит от справедливого хозяйственного усмотрения¹ или от обнаружения в лице опекуна таких качеств и отношений, которые несовместны с опекунским званием.

Вообще судебная практика наша клонится к тому воззрению, что увольнение опекуна от должности не должно быть произвольным и безотчетным действием опекунской власти, но должно быть основано на соображении о положительном вреде, происходящем для имения или для малолетних от деятельности или от бездействия опекуна. Никому из родственников или должностных лиц закон не предоставляет в этом отношении решительной власти усмотрения. Если жив один из родителей малолетнего и если даже сам участвует в управлении, в качестве опекуна, жалобам его и заявлениям на других опекунов не дается особой силы, если они не подкреплены положительным удостоверением (по сему предм. реш. Общ. Собр. Сен. 1867 г. по д. Ржевуского).

Настоящее устройство и состояние у нас опеки совсем неудовлетворительно. Причина тому – не только в самом учреждении опеки, но и в условиях общественного быта. Опекунское учреждение не может исправно действовать, если в нем мало оставлено места свободному действию семейных отношений и если все в нем основано не на доверии нравственном и хозяйственном, а на соблюдении внешнего правила и канцелярской формальности; а таково именно наше учреждение опеки. Опекунское учреждение у нас получило значение присутственного места, имеющего указанный ему круг ведомства и порядок делопроизводства. И назначение опекунов, и наблюдение за их действиями, и проверка от-

¹ Трудно определить наперед в общих чертах достаточные причины к удалению опекуна: это предмет не судебного, но административного соображения. Для примера указываем на такой случай. Некто завещал матери малолетних дом и капитал в 20.000 руб., и самим малолетним по 20.000 руб. с тем, чтобы воспитание и содержание их шло из доходов с имущества, завещанного матери; но если бы сего источника не было достаточно, в таком случае употреблять на сей предмет проценты с капитала малолетних. Мать, быв определена опекуншей к детям, не подавая 2 года отчетов, на третий год показала в отчете 3.000 руб., издержанных ею на малолетних из своих денег, и требовала возмещения сей суммы из процентов с детского капитала. В таких обстоятельствах мать была признана неблагонадежной опекуншей, когда оказалось, что она уже растратила в 2 года имущество, лично ей завещанное, и стала требовать детских денег.

четов, и попечение опеки о малолетних – все это стало у нас делом формы и обряда канцелярского, так что опекунское дело, поставленное в зависимость от канцелярской формы, становится нередко отяготительно и несносно для добросовестного деятеля в той же мере, в какой оно удобно для своекорыстного и недобросовестного, когда он может злоупотребления свои прикрывать соблюдением внешних формальностей. Опекунское учреждение состоит у нас из должностных лиц, которые, по канцелярской привычке, ограничивают свою должность составлением и подписанием бумаг, до опеки относящихся. Естественно, что в этом порядке производства всякое дело чисто хозяйственного соображения, как, напр., ревизия отчетов, становится делом формы, применение коей или канцелярская очистка зависит от произвола и разумения чиновников, большей частью от канцелярии опекунского места, от которой вследствие того зависит утверждение или отрицание хозяйственных распоряжений. Таким образом, опекунская должность, сама по себе отяготительная и ответственная, становится вдвое тяжелее для добросовестных деятелей, и для многих опеки не находится желающих взять на себя это бремя, когда нет в виду близких родственников малолетнего. В таких случаях, для замещения опекунской должности, присутственное место избирает неволей местных обывателей, так что должность эта для одних получает значение тяжелой повинности, от которой стараются всеми мерами освободиться посредством той же канцелярии опеки; для других получает значение выгодного промысла, который стараются получить теми же средствами.

Эти недостатки учреждения опеки давно уже требуют исправления и преобразования. Преобразование это предположено было еще гр. Сперанским, под руководством коего начаты были работы для составления проекта Положения об опеках. Составленный в 1838 году проект рассматривался в Государственном Совете, коим признана необходимость отделить места опекунского управления от мест судебных и учредить для ревизии опекунских дел Губернскую Опекунскую. Делу об опеках дано было вновь законодательное движение, вследствие чего составлен был в 1847 году новый проект, также не получивший окончательного утверждения. После новой попытки к решению дела, в 1861 году, образована была при Министерстве Внутренних Дел особая Комиссия, которой составлен в 1865 году новый проект положения. В сем проекте, между прочим, предположено приурочить опекунское учреждение к Земским Уpravам, в качестве земской опеки, вторую опекунскую инстанцию (не существующую уже в настоящее время) признать вовсе ненужной и призвать к участию в опекунском надзоре ближайших родственников малолетнего в общем родственном совете. Проект этот не был внесен на рассмотрение в законодательном порядке, а ныне, по учреждении комиссии для составления проекта гражданского уложения, на сию комиссию возложен пересмотр законов об опеке, и предположения ее по сему предмету Высочайше повелено внести в Государственный Совет, не ожидая окончания работ по названному проекту.

Комиссия уже исполнила свою задачу. В составленном ею проекте предположено уничтожить разделение опекунских установлений по сословиям и установления эти образовать под ведением съездов мировых судей и уездных

сездов, где введены земские начальники, а ближайшее наблюдение за опеками возложить на опекунских начальников – мировых и городских судей и земских начальников. По делам об опеках в сездах предполагается участие сословных представителей – от Думы и дворянства (где не введены земские начальники), а также от земства. Опека по проекту продолжается до достижения состоящими под оной лицами 21 года, так что существующее теперь различие между малолетними и несовершеннолетними, по утверждении проекта, уничтожится. Несовершеннолетние не исключаются, однако, от всякой самостоятельной деятельности; по достижении 17-летнего возраста им разрешается совершение сделок, относящихся до обыкновенных потребностей жизни, и, может быть, родителем или опекуном дано право получать доходы с имуществ и проценты с капитала, управлять имениями, производить торговлю и промысел и совершать нужные для этого сделки. Те же права принадлежат, по проекту, несовершеннолетним по вступлении в брак, хотя бы им было и менее 17 лет. Опека принадлежит, по проекту, отцу несовершеннолетнего, а после него – матери. Отец и мать – суть законные опекуны. Когда их нет и никто ими не назначен в завещании или ином акте опекунов, опекун назначается опекунским начальником из ближайших родственников несовершеннолетнего, а при неимении их, из посторонних. Опекуны должны удовлетворять определенным условиям, должны быть способны к опеке. Им предоставляется право отказа от опекунской должности по определенным причинам; так, могут отказаться женщины, лица старше шестидесяти лет, состоящие на военной службе и пр., а также предоставляется право просить об освобождении от опеки, напр., вследствие болезни, малограмотности, перемены места жительства и т.п. При опекуне может быть учрежден семейный совет под председательством опекунского начальника из родственников несовершеннолетнего, а когда совета нет, то для решения некоторых дел опекунский начальник должен для совещания приглашать родственников несовершеннолетнего.

Независимо от опеки над совершеннолетними в проекте имеются правила об опеке над душевнобольными, глухонемыми, немыми, слепыми и расточителями.

Понятие о попечительстве не упразднено в проекте, но получило другое, чем по действующему закону, значение. Попечительство назначается к несовершеннолетнему тогда, когда родители или опекуны временно не могут исполнять свои обязанности по опеке или когда сделано распоряжение лицом, предоставившим несовершеннолетнему какое-либо имущество безвозмездно, об устранении родителя или опекуна. В этом случае попечительство назначается только к данному имуществу. Попечительство на основании проекта назначается также над непринятым наследством, при споре против завещания и при судебном разделе, над имуществом отсутствующего или безвестно отсутствующего.

Особыми правилами определены в проекте опеки и попечительства у сельских обывателей. Их предположено приурочить к ведомству волостных судов и на эти суды возложить обязанности опекунских начальников, а обязанности сездов – на земских начальников и мировых судей.

Проект Комиссии рассылался на заключение дворянских собраний; от них получены замечания, вызвавшие необходимость некоторой переделки, после чего он будет внесен в Гос. Совет.

Вообще трудно приложить опеку, как юридическое установление, к крестьянскому быту, в настоящем его виде, по хозяйственным его условиям. Опекунское дело у всех сословий крайне затруднительно, а у крестьян и подавно. Оно, как и всякое другое дело, имеет свою экономическую сторону, которая не зависит от определений законодательства и не поддается им. Опекунская администрация устанавливается с удобством там, где, по свойствам хозяйственного быта, имущество может быть с удобством отделено от личного хозяйского труда, и поддается, помимо прямой воли владельца, чей бы то ни было администрации, сохраняя свою ценность и производительность; другими словами, опекунская администрация тем проще и правильнее, чем определительнее рыночное, меновое значение имущества, подлежащего опеке. В таком случае незатруднителен и надзор за опекунским управлением, ибо удобен и доступен каждому во всякую минуту учет ценности и производительности имущества, равно как и издержек, потребных на охранение его и администрацию. В противном случае, как бы ни были строги и принудительны законы опеки, сколько бы ни было установлено формальностей для надзора, надзор будет затруднителен, ибо учет затруднен, либо вовсе невозможен. У нас, как известно, ценность и производительность имуществ в большей части случаев зависят от личных и случайных обстоятельств, а не от законов рыночной мены, подвержены многообразным случайным колебаниям, и в редких случаях допускают ясный и правильный учет. Отсюда происходят крайняя неясность и неопределимость отношений по опеке и крайние затруднения опекунской администрации. Крестьянское же хозяйство находится, можно сказать, в первобытном состоянии; здесь ценность и производительность имущества зависят вообще почти исключительно от личного труда, и отделенное от него имущество весьма часто теряет ценность или понижается до последних пределов ценности. Обыкновенно имущество крестьянского дома не представляет безличного, определительного капитала, который мог бы поддержать и сохранить свою ценность и производительность в течение опеки; а потому оно и не выдерживает опеку как учреждение. В особенных случаях может, конечно, найтись стороннее лицо, которое, из участия к малолетнему, вступает в его хозяйство в интересе его, в качестве опекуна; но и деятельность такого опекуна, по самому свойству хозяйства, не выдержала бы сопряженного с опекой формального контроля и формальной отчетности. Кто возьмет сироту в дом, тот и опекун. Иногда бывает, что опекун выбирается и утверждается обществом по приговору, но вообще в крестьянском быту не требуется формальное утверждение опекуна (это признано и Сенатом. Касс. реш. 1867 г., № 352; но в другом решении 1872 г., № 210 подтверждено, что назначение опекунов и попечителей лежит на обязанности сельского схода.). Правильный, периодический учет опекуна тоже не в крестьянском обычае, что объясняется незначительностью, в большей части случаев, крестьянского имущества. Сиротские деньги хранятся иногда в волостном правлении или в церкви, а земля сда-

ется в общество. До отчетности опекуна, когда у него есть на руках имущество, доходит дело только в случае обнаружения растрат и злоупотреблений.

Итак, учреждение опеки чуждо крестьянскому быту, по сущности оно, до того чуждо, что в некоторых местностях есть обычай: за смертью хозяина, оставившего малолетних, отдавать хозяйство на руки одному из родственников, на правах не опекуна, но полного хозяина — на всю его жизнь, в совершенной независимости от малолетних детей прежнего владельца с тем, что лишь по смерти нового хозяина имущество переходит к старшему сыну прежнего владельца. В таком отношении (которое решительно немыслимо в быту других сословий) ясно выражается исключительное значение, придаваемое личному труду, сравнительно с капиталом, не допускающим правильного учета. Только у колонистов менонитов есть правильное обычное, писаное право, которым подробно определяется порядок опеки и опекунского управления¹.

Опека по закону прибалтийских губерний. Несовершеннолетие полагается до 21 года, но по достижении 18-летнего возраста допускается с утверждения судебной власти эмансипация. Опекуны устанавливаются по закону (родители) или назначаются по завещанию и по определению от правительства. Опека принадлежит ближайшим родственникам в порядке призвания к наследству. Опекунами не могут быть женщины (кроме матери и бабки); требование о назначении опекуном не допускается. Опекунство составляет общественную повинность; отказываться от него и, приняв, слагать его с себя, дозволяется лишь по означенным в законе причинам (Гр. Зак. Остз. 269–336). Остзейский закон об опеках весьма развит сравнительно с русским и может служить во многих отношениях образцом для последнего, особенно в том, что касается до юридической идеи представительства, до инструкции управления и до ответственности. В распоряжении имуществом опекуну предоставлена значительная свобода, с коей закон соединяет и строгую ответственность, определяя с точностью случаи, в коих требуется утверждение суда. Опекунов определяется, по общему правилу, два, и все они связаны по совокупному управлению круговой порукой в ответственности. Они обязаны представлять сиротскому суду ежегодные отчеты (кроме родителей, деда, бабки и уволенных по завещательному назначению от отчетности). В вознаграждение опекунам полагается (за местными исключениями) 5% с чистого дохода. По прекращении опеки представляется заключительный отчет. На предъявление иска к опекуну полагается особливая краткая давность. Попечительство устанавливается лишь для совершеннолетних, по особым причинам вне семейственных отношений (ст. 337–493).

¹ Труды Ком. о волостных судах. Т. V. 398. VI. 349. Кроме этого издания о крестьянских обычаях относительно опеки и о *семейных советах* у крестьян см. книгу Ефименко: *Юридические обычаи Арханг. губернии*.

ГЛАВА ШЕСТАЯ

ОТНОШЕНИЯ РОДСТВЕННОГО СОЮЗА

§ 31

Понятие о роде, степени, линии и колене. – Линии прямые (восходящая, нисходящая) и боковые. – Счисление степеней и названия родства. – Родные полнородные и неполнородные. – Свойство двухродное и трехродное и счисление степеней его. – Римская и германская системы счисления родства.

Род есть связь всех мужских и женских членов семьи, происходящих от одного общего родоначальника, хотя бы и не все из них носили имя его или прозвание (ст. 196 Гр. Зак.). Итак, целость и единство рода определяются общим происхождением от одного лица: в родоначальнике объединяется род. Каждый человек по рождению своему принадлежит к какому-нибудь роду, но не к одному роду исключительно, а к нескольким родам, кои с ним имеют кровную связь непременно, но между собой могут и не иметь ее. Так, напр., всякий по отцу своему принадлежит к одному роду, а по матери, – к другому, по бабке, матери отца и по другой, материной матери – принадлежит к третьему, четвертому роду и т.д. Каждый из этих родов, считая его в числе своих членов, связан с ним кровным союзом, но в то же время каждый имеет свою цельность и своего особого родоначальника, в лице коего объединяется с другими и от коего получает прозвание. Таким образом, каждое лицо может иметь *родство* свое в нескольких родах, к коим принадлежит по кровной связи.

К определению рода в 196 ст. надлежит заметить, что в этом общем понятии разумеется *родоначальник* общий, источник фамилии, принадлежащей роду. В этом смысле я, когда говорю: мой род, – род Федорова, – разумею род, не от меня лично происходящий, но от начальника рода, от коего и отец мой, и дед, и мы все, Федоровы, происходим; происходят и те члены ж. пола, которые, примкнув браком к другим родам, носят их фамилии, со своими нисходящими; они тоже *из* нашего рода по крови.

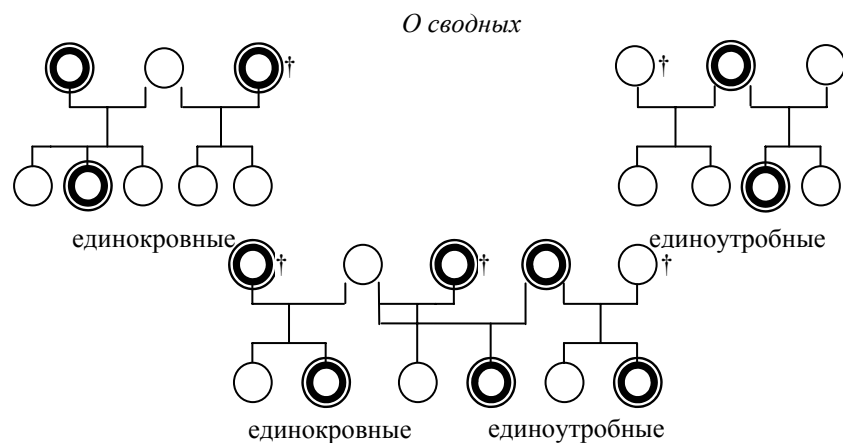
Но может быть теснейшее определение рода, из коего исключается происхождение через женщин, – *«род по мужской линии»*. Начало, выраженное в 196 ст., и сюда прилагается. Итак, если, напр., завещатель выразился: *в род мой по мужской линии*, не право было бы понимать, что завещатель говорит о

мужском потомстве дочерей своих. Он разумеет род свой, происходящий от общего родоначальника, и всякого члена из того рода, в мужской линии, носящего ту же фамилию.

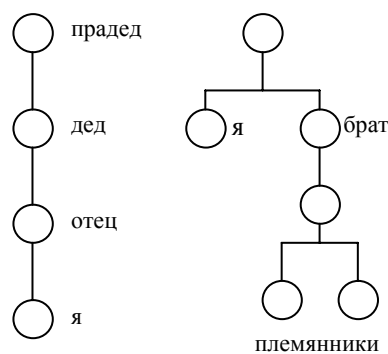
Родство есть отношение одного из членов рода к другому члену *того же* рода. Это родство может быть более или менее близкое или отдаленное. Родство зависит от единства фамильной крови у родственников. Единство это состоит в том, что один из членов рода получил кровь свою от другого, приняв от него непосредственно или посредством иного еще члена бытие свое, или в том, что один из членов получил кровь свою вместе с другим от одного общего родоначальника. Родство считается близким, если недалеко приходится искать источник общения крови между двумя лицами: считается далеким, если этот источник отдален на несколько рождений или поколений. Отсюда понятие о *линиях* и *степенях*, коими определяется близость родства (197 ст.).

Между двумя лицами, из коих одно произошло, родилось от другого, есть *одно* только *рождение*. Кроме этого случая, между двумя лицами того же рода всегда можно насчитать несколько рождений. Чем менее насчитывается рождений между двумя лицами, тем ближе их родство, и наоборот – чем более рождений, тем родство отдаленнее. Эти рождения называются *степенями*. Так, напр., между мной и прадедом моим три рождения: от меня до отца моего, от него до его отца или до моего деда, от последнего до его отца или до моего прадеда. Три раза совершался акт рождения, три раза передавалась кровь, откуда дошла от прадеда моего до меня; следовательно, между нами *три* степени. Между мной и моим родным братом два рождения, ибо я родился от своего отца, и от того же отца родился другой сын, брат мой: надлежало произойти двум актам рождения, дабы я получил себе *брата*; итак, между нами две степени, и по тому же расчету, стало быть, между мной и племянником моим, братним сыном, три рождения и три *степени*. Связь рождений или степеней, непрерывно исчисляемая между двумя данными лицами, составляет между ними *линию* родства (198 ст.).

Родство оказывается либо в прямой (восходящей или нисходящей), либо в боковой линии. Если родство между двумя лицами такого свойства, что одно из них происходит *от* другого, то они оба состоят в прямой линии родства, и если считать это родство вниз, *от* источника крови (напр., от прадеда к прародам Алексеевых и Семеновых, и в каждом из сих родов могут иметь родственников в боковых линиях.



Близость родства выражается *числом* степеней или рождений. В прямой линии, дабы определить близость родства между двумя лицами, надлежит считать между ними число степеней. Так, между мной и отцом одно рождение: я родня ему (одной) первой степени. Между мной и прадедом три рождения, следовательно, я родня ему в третьей степени и т.д. В боковой линии, для определения родства между двумя лицами, надо отыскать, кто у них *ближайший* общий родоначальник, в ком прежде всего у них кровь объединяется, и затем сосчитать, сколько рождений через этого родоначальника между этими двумя лицами; иначе: надлежит сосчитать сначала число рождений от одного данного лица до общего родоначальника и от сего последнего до другого данного лица: число всех рождений покажет искомую степень.



Так, если требуется определить степень родства у меня с родным племянником, надо отыскать, в ком мы объединяемся кровью. Мой племянник сын моего брата, а с братом у меня общий отец; следовательно, я с племянником объединяюсь в своем отце, а его деде. От меня до отца одно рождение, да от моего отца до моего племянника два рождения, итак, я родня своему племяннику в третьей степени.

См. Кормчую, гл. 48 пр.7.

По порядку сего счисления различаются термины: родные, двоюродные, троюродные, четвероюродные и т.д.

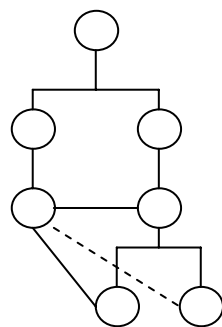
Под словом *родной* разумеется обыкновенно родственник в первой боковой линии. Родной брат, родная сестра происходят от одного отца со мной; родной племянник – сын моего родного брата и т.д.

Но есть и еще оттенок родных между собой. Всякий человек происходит от пары, т.е. от отца и матери. Дети одного отца и одной матери имеют полное общение двойной крови; но если отец, по смерти матери, с коей прижиты дети (или мать после отца), вступил в другой (или даже после другого в третий) брак, то рожденные от последующего брака с рожденными от прежних браков детьми имеют одного лишь общего родителя, следовательно, имеют неполное, половинное общение крови. От того из братьев и сестер одни считаются полнородными или в ближайшем смысле родными (*vollbürtige*), другие – неполнородными (*halbbürtige*) или сводными; имеющие общую мать, но разных отцов, именуются *единоутробными* (*uterini*) братьями и сестрами; а имеющие общего отца, но матерей разных – именуются *единокровными* (*consanguinei*). Это отличие родства, по природе, побуждает предполагать связь теснее и взаимную любовь крепче между детьми общих родителей, чем между детьми, имеющими одного лишь родителя общего, и сообразно сему предположению многие законодательства в наследстве дают предпочтение братьям и сестрам полнородным перед неполнородными. Наше законодательство, не высказывая прямо сего предпочтения, в одном только случае выражает его косвенно, причем называет *родными* полнородных, противопоставляя их с *единоутробными* и *единокровными*. О сем подробнее будет сказано при изъяснении 1140 ст. Зак. Гражд.

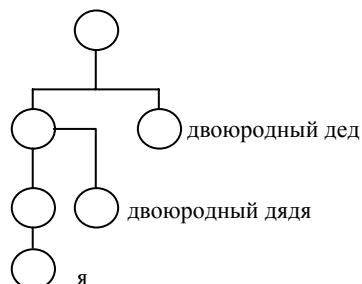
Для дяди есть еще старинное название: *стрый*; племянники по брату – *братанич*, *братанка* (этим же именем называются в иных местах двоюродные); по сестре – *сестренич*, *сестричищ*, *сестрична*.

Во второй боковой линии, исходящей от дедов и бабок, находятся *двоюродные*.

Двоюродные братья, двоюродные братья и племянники, дети племянника и племянницы, или двоюродные внуки. Двоюродные в старину именовались еще: *стрыйные первые*. Брат родного деда или двоюродный дед назывался *стрый великий*; сестра деда или бабушки, двоюродная бабушка – *великая тетка*; двоюродная тетка называется *малая тетка*. См. Кормч. гл. 50. В просторечии употребляются еще такие названия двоюродных: *изродные*, *сродные*, *супротивные* братья, *сестреницы*.



В третьей боковой линии, исходящей от прадедов и прабабок, находятся *троюродные*, иначе называемые *внучатными*, и т.д.

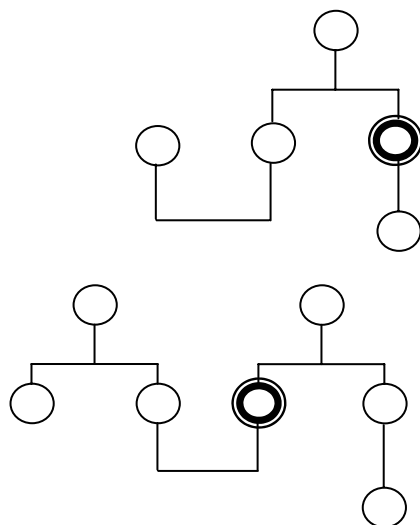


Всякое рождение и, стало быть, всякое родство происходит от пары, т.е. от мужа и жены в союзе. Однако муж и жена, составляя *одно* по кровному и духовному общению, не состоят ни в какой степени родства между собой (буде один супруг не принадлежит к роду другого и по самому рождению). Тем не менее, союз мужа с женой представляется столь цельным и полным, что к этому союзу приобщаются и роды того и другого. Образуется союз двух родов (мужнего и женина), так что члены каждого из сих родов вступают с супругом другого рода и друг с другом в отношение, подобное родству. Это отношение так называемого *свойства* (affinitas). Чем ближе по степени родства родственник одному из супругов, тем

ближе он по свойству другому супругу и его родственникам. Такова, напр., связь между мной и братом жены моей, между мной и моей мачехой, между мной и мужем моей дочери, между мной и сыном моей мачехи, сведенным моим братом. Это будет отношение свойства, в коем участвуют два рода посредством одного брака: свойство *двухродное*. Но свойство может простираться еще и далее, на *три рода*, когда к нему приобщаются три рода посредством двух браков. Это будет свойство *трехродное*. Таково, напр., свойство между моей мачехой и братом жены моей. (Моя мачеха в свойстве со мной по браку отца моего, а брат жены моей со мной в свойстве по моему браку.) Таково свойство между моим пасынком, сыном первой жены моей, и между моей второй женой; между мной и мачехой моего тестя, между моим шурином и моей невесткой.

Близость свойства так же, как и близость родства, определяется степенями, коих счисление, подобно счислению степеней родства; только при сем необходимо помнить, что свойство происходит от брака и что муж с женой составляет одно лицо, следовательно, между ними нет степени. Итак, если приходится определить свойство двухродное между одним супругом и родственником другого, то достаточно исчислить степень родства кровно-

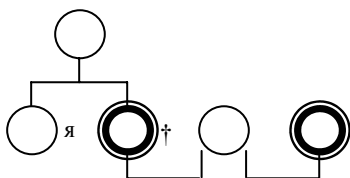
го; тем же числом определится и степень свойства, ибо поколику лицо в родстве с одним из супругов, потолику оно в *свойстве* с другим супругом.



Племянник жены моей состоит в третьей степени родства с ней; следовательно, со мной он в третьей же степени свойства, ибо я одно с женой.

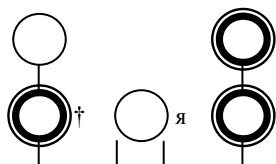
Если приходится определять свойство между родственником одного супруга и родственником другого, то надлежит исчислить родство одного лица с мужем, потом родство другого лица с женой и сложить вместе степени, считая опять мужа с женой за одно лицо. Племянник жены моей родня ей в третьей степени, а мой родной брат родня мне во второй степени; следовательно, свойство сих обоих лиц — в 5-й степени.

Свойство трехродное происходит либо от двойного брака, либо от двух отдельных браков. В первом случае исчисление свойства трехродного во всем сходно с исчислением двухродного свойства, ибо два брака одного лица, равно как и один брак, не составляют степени.

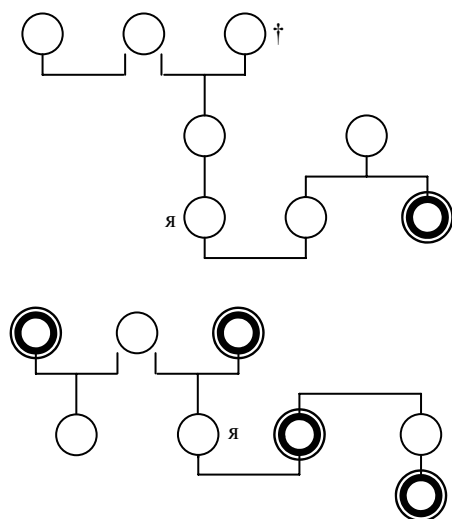


Так, напр., если зять мой — свой мне во второй степени двухродного свойства, то, по смерти жены зятя, а моей сестры, если он в другой раз женится, его вторая жена будет мне своя во второй же степени свойства трехродного.

Отец первой жены моей и мать второй моей жены будут во второй степени свойства трехродного.



Когда трехродное свойство происходит от двух отдельных браков, степени его исчисляются по линиям, идущим как от одного, так и от другого союза, и затем складываются вместе числа. Напр., когда исчисляется свойст-



во между отчимом отца моего и сестрой жены моей, то от первого до меня оказывается две степени свойства двухродного, да от меня до последней тоже две степени двухродного свойства; следовательно, данные лица оказываются в четвертой степени свойства трехродного. Исчисляя свойство между моим сведенным братом, сыном моей мачехи, и племянницей жены моей, нахожу, что первый со мной во второй степени двухродного свойства, а последняя – в третьей степени двухродного свойства, следовательно, данные лица оказываются в пятой степени свойства трехродного.

В свойстве двухродном употребительны следующие названия:

Отчим – муж матери.

Мачеха – жена отца.

Пасынок – сын мужа или жены от прежнего брака.

Падчерица – дочь мужа или жены от прежнего брака.

Сводные или *сведенные* братья и сестры, от прежнего брака мачехи или отчима; *сведеники*, *сведеницы*.

Сват, *сватья*, *сваты* – родители супругов.

Свекор – отец мужа.

Свекровь – мать мужа.

Тесть – отец жены.

Теща – мать жены.

Сноха – жена сына.

Шурин – брат жены (по Кормчей, и муж жениной сестры).

Деверь – брат мужа.

Свояченица – сестра жены; еще – *свись*, *свесть*.

Золовка – сестра мужа.

Зять – муж сестры, муж дочери.

Невестка, *сестричка* – жена брата.

В трехродном родстве есть названия:

Ятровь – жена деверя.

Свояк – муж жениной сестры.

Закон прибалтийских губерний различает в союзе родственном *агнатов* (Agnaten, Schwertmagen), соединенных кровью через мужчин, — от *когнатов* (Cognaten, Spillmagen), состоящих в родстве через женщин. Женщины, родные по женскому поколению, именуются особливо *нифтелями* (Nifteln). Остз. Гр. Зак. 260.

По силе 209 ст. I-й ч. X т. Зак. Гр. доказательством *близости родства* приемлются приходские (метрические) книги и, смотря по званию лиц, коих родство отыскивается, родословные дворянские книги, городовые обывательские книги, ревизские сказки и прочие *акты состояния* (1032 ст. IX т.), следовательно, акты, имеющие официальное значение. Если сравним это правило с правилом о доказательствах *законности рождения* (ст. 120–122, 125, 131 и Зак. Суд. Гражд., ст. 458–466; сравни § 17 сей книги), то последнее окажется обширнее первого. И по самому предмету естественно, что закон имел основание благоприятствовать искам о законности рождения, основание, коего не видно в исках о близости родства; притом иск о законности рождения может иметь самостоятельное значение и самостоятельный интерес, независимо от утверждения на рождении прав по имуществу; значения столь самостоятельного не имеет иск о близости родства: он всегда имеет в виду утвердить на близости родства иное, зависящее от сей близости право. Наконец, иск о рождении, по самому предмету своему, допускает больше простора в доказательствах. В нем не требуется утвердить непосредственную связь законного происхождения между родителями и детьми, а для определения близости родства может оказаться необходимость проверить и удостоверить целую цепь рождений, которой два лица в родственной связи между собой соединяются. Сын носит простое имя, и оправдать имя сына возможно по закону не только актом о законном рождении, но и доказанным сознанием отца о том, что такое-то лицо есть законный сын его. Но имя, — напр., *двоюродного племянника* совсем не просто, и необходимо оправдать его актами, свидетельствующими о последовательности рождений, коими близость родства устанавливается. Трудно допустить, чтобы заменой доказательства могло и в сем случае служить удостоверенное сознание дяди, что такой-то приходится ему двоюродным племянником.

В исках о наследстве нередко возбуждается вопрос: какие доказательства суд может признать достаточными для определения близости родства, и следует ли акты, означенные в 209 ст. Зак. Гр., разуметь в исключительной формальной силе? Есть решения Сената (Касс. реш. 1875 г., №№ 761, 975; 1878 г., № 177), коими признано, что доказательствами род-

ства могут служить исповедные росписи, выписки из отказных книг, сознание противной стороны; но на основании Касс. реш. 1867 г., № 347 свидетельства частных лиц и родословные, удостоверенные частными лицами, не могут быть принимаемы в доказательство близости родства, и что правило 209 ст. не должно смешивать с правилом ст. 123 и 124 (соответственно ст. 459, 460 Зак. Суд. Гражд.); этими суждениями разрешается, однако, лишь частный случай. Вообще же должно, кажется, признать, что ст. 209 не имеет строго исключительного значения, т.е. что она не устраняет возможности доказывать близость родства и другими актами, кроме актов состояния; следовательно, суд едва ли вправе будет отринуть без рассмотрения представленные о сем доказательства потому только, что они не принадлежат к числу актов, поименованных в 1032 ст. IX т. Без сомнения, если проситель домогается помимо сих актов, на основании иных документов, утвердить свое родственное отношение *непосредственно*, напр. свое имя внучатого племянника оправдать тем одним, что это имя присваивается ему в акте, не принадлежащем к числу актов состояния, такое требование незаконно. Но, если, заявив родство свое с известным лицом в известном порядке родословного соединения, успеет он каждое рождение в сем соединении, каждое звено в сей цепи, оправдать и удостоверить, особливо посредством несомнительных актов, то суду не представляется, кажется, затруднения, ввиду 209 ст., совокупно с 459 и 460 ст. Зак. Суд. Гражд. и с 1356 ст. Уст. Гр. Суд., принять все доказательства к совокупному соображению, и на основании оных признать показанную близость родства несомнительной.

Примечание о метрических свидетельствах

(Относится и к § 17)

Метрическое свидетельство по существу своему есть не что иное, как выпись из метрической книги, т.е. точная копия с записи, удостоверяющей событие рождения, брака и смерти непосредственно вслед за совершившимся событием, по строго установленной форме (IX т. ст. 1033–1053).

Метрическое свидетельство выдается только из консистории, где хранятся присылаемые ежегодно из приходов подлинные метрические книги.

Записи эти охраняются законом весьма строго. В случаях допущенной в них ошибки (напр., в имени или отчестве лица и т.п.) исправление оной допускается не иначе как по определению консистории и по точном

исследовании. Сверх того, могут быть случаи, когда существующая запись оказывается сомнительной или вовсе ее не оказывается (что нередко бывает за стародавнее время или за сгоранием, истреблением метрических книг). Ст. 259, 265 Уст. дух. конс. В таком случае возникает вопрос об исправлении существующей записи или о восстановлении незаписанного события и о выдаче удостоверения о нем из консистории в форме самостоятельного (так сказать задним числом составляемого) метрического свидетельства. Для восстановления же события требуется уже исследование. Оно состоит, по указанию закона (Уст. конс. 260, 261, 265–269), 1) в справке с другими, не столь уже несомнительными церковными актами, в коих записаны церковные действия лица, при означении числа и возраста, т.е. с обыскными книгами и исповедными росписями; 2) в соображении других гражданских документов, из коих может быть видно, в какой родственной связи состояло и признавалось, и когда именно, то или другое лицо; 3) когда эти справки не приводят к несомнительному выводу, производится следствие с допросом – причта, венчавшего брак или бывшего при крещении, свидетелей события, восприемников и других достоверных лиц. Если по соображении всех сих данных консистория придет к заключению о несомненности события (зак. брака, зак. рождения от известной четы), то выдает свидетельство с означением и времени события, если оно несомненно. В противном случае отказывается в выдаче свидетельства.

Отсутствие или истребление метрических записей явление нередкое в России. Посему нередки и случаи ходатайств со стороны заинтересованных лиц (особливо по делам о наследстве) о выдаче из консисторий метрических свидетельств о происхождении или браке лица, давно умершего; причем частные лица в своем интересе расположены переносить в консисторское производство аргументацию, свойственную лишь состязанию в суде гражданском. Но условия, равно как и цели того и другого производства, не одинаковы. Гражданскому суду предстоит удостовериться в родстве или брачном союзе одного лица с другим, для чего может быть достаточно, – и без метрического акта, – удостоверенное актами несомнительное взаимное сознание *связи* между лицами, подкрепленное гражданскими действиями, соответствующими сему сознанию, признание этой связи со стороны родных, сторонних лиц, присутственных мест и т.п. Для целей консисторского производства этого недостаточно, чтобы могло быть выдано свидетельство, – притом непререкаемое, безусловное, – что *событие* совершилось в известное время, в известном месте. К сожалению, и консистории не всегда понимают ясно это существенное различие и расположены выдавать метрические свидетельства там, где событие не

может быть несомненно восстановлено с фактической обстановкой, существует разве одно предположение о событии или его вероятности.

Неясное понятие о метрической записи отражается и на просьбах об исправлении метрических свидетельств по случаю последующего *узаконения* детей, рожденных вне законного брака. Удовлетворение таких ходатайств невозможно, ибо противоречит самому существу метрической записи. Ей нет дела до законности или незаконности события. Она отмечает только *факт*, не свидетельствуя о праве. Когда ребенок родится у матери, не имеющей мужа, в записи идет речь об одной родительнице и не может быть речи о родителе, коего никто не знает. Итак, этой минуте, минуте рождения *без отца* нельзя присвоить свойство законное, подставить отца в запись задним числом. С другой стороны – когда ребенок родится у матери, имеющей мужа, он записывается к имени жены и мужа, хотя бы муж состоял фактически в долговременном отсутствии из места рождения и хотя бы вследствие того общее мнение почитало ребенка незаконным.

Вышеизъясненная система счисления родства перешла в наше церковное право из римского права, откуда она начально происходит, и носит название *гражданского* счисления (*computatio civilis*). Но эта система счисления не единственная. В историческом смысле имела, кроме нее и наряду с ней, важное значение другая система счисления, перешедшая из старого германского права в церковное право на Западе. Эта система известна под названием старогерманского, или *канонического*, счисления (*computatio canonica*). Различие этих двух систем коренится в различии римского и германского понятия о семье и роде. В римской системе все родственники (не различая семейств, к коим принадлежат, и лиц, от коих непосредственно происходят) считаются за одно целое, в составе коего, для определения близости родства между двумя лицами, исчисляется только количество рождений или степеней (*quot generationes, tot gradus*); только одна эта безусловная мера служит к определению близости родства, причем исчезает всякое значение *семейственной* близости, и ни одной линии не отдается предпочтения перед другой: нисходящая не ближе восходящей, боковая не дальше нисходящей – все зависит лишь от числа рождений. Напротив, в германском счислении преобладает идея органического единства семьи в составе *членов*, и потому единицей счисления принимается *член* или поколение. Германская система различает в составе рода *семью* и круги более или менее близкого родства, и для того, когда требуется знать, какая родня между собой два лица, – необходимо определить, прежде всего, от кого они совокупно происходят, кто у них общий родитель или ближайший начальник семьи. Посему, для исчисления близости родства оно не только исчисляется, но и взвешивается. Очевидно, что это счисление естественнее, ибо соответствует природному чувству семейного родства, которое различает ближних и

дальних не по счислению степеней, а по единству и по силе семейной связи. Отношение сына к отцу, внука к деду, отца к сыну, деда к внуку, дяди к племяннику, племянника к дяде, братьев между собой нельзя измерить одной общей мерой, ибо каждое – само по себе – есть *живое* кровное отношение, и одно по естественному чувству ближе другого. Посему германское счисление, различая родство по близости общего родителя (*tot generationes, quot parentes*), удовлетворительнее для родственного чувства, ибо не ограничивается, подобно римскому, механическим счислением степеней. Каждое лицо считается в ближайшем родстве с общим родоначальником, поколику оно состоит в ближайшем к нему поколении. Так, напр., если, по римскому счислению, братья состоят во *второй* степени родства, считая по рождениям, то по германской системе они оказались бы в *первом* поколении, двоюродные во *втором* и т.д. Если линии неровны степенями, то в римской системе это обстоятельство не изменяет счисления, и потому при счете, напр., дяди с племянником, они оказываются в третьей степени по счету рождений; напротив, германская система в сем случае различает неравенство линий и ведет счет родства по длиннейшей линии, соображаясь с расстоянием состоящего в ней лица от общего родоначальника, так что племянник относительно дяди оказывается во *втором* поколении двух неравных линий. По римскому счислению, внук моего брата, двоюродный брат мой и брат моего деда, – все трое в одинаковом родстве со мной, в 4-й степени; а, по германскому счислению, первый приходится мне родня во втором поколении, второй – в третьем, а последний – в четвертом. С IX столетия и на Западе эта система счисления стала понемногу уступать римской, как простейшей системе, и ныне счисление степеней сводится повсюду на практике к римской системе, которую имеет в виду светское законодательство. Но каноническое счисление западной церкви держится старого германского начала. Кроме того, германское воззрение на *близость* родства по счету поколений отразилось и в действующих на Западе законах о браке и о наследстве.

Что касается до свойства, то в западной церкви имеет практическое (запретительное) значение только свойство самого супруга с родными другого супруга, но не придается особого значения свойству между родными обоих супругов.

Приложение к шестой главе.

Особенные права и обязанности, возникающие из семейных и родственных отношений.

1. Обязанность доставлять содержание и соответственное право (*droit d'aliments, Alimentationspflicht* и *Recht, alimenta*). Эта обязанность, независимо от договора и завещания, утверждается и на законе, именно по поводу семейных отношений.

Обязанность доставлять содержание предполагается необходимо, как принадлежность семейной власти, при совместном жительстве семьи. Так родители содержат детей во время воспитания и бесспорно обязаны содер-

жать детей даже взрослых, до отдела или покуда дети еще не имеют своих средств к жизни. Так муж обязан содержать жену. Но сверх того, и независимо от власти и совместного жительства, в силу кровного только отношения и родственной связи между некоторыми лицами, признается отношение алиментарное. Не все законодательства определяют алиментарное право одинаково, но оно определено подробно в римском законе. Право это бесспорно существует между восходящими и нисходящими; оно признается почти всюду между усыновленным и усыновителем; только прусский закон признает его и между братьями и сестрами. Право это предполагается лишь там, где есть, с одной стороны, действительная нужда, а с другой, – состоятельность к ее удовлетворению. Право это прекращается со смертью обязанного лица и не простирается на его наследников (разве в случае самой крайней нужды, по римскому закону); его лишается тот, кто сам уклоняется от исполнения подобного же долга. Под содержанием разумеется, что потребно для телесной только нужды (как-то: жилище, одежда, пища), а мера его должна соответствовать как состоянию требующего, так и средствам дающего. Потребность воспитания не причисляется к алиментам; но прусский закон различает два рода содержания: одно сообразное состоянию (*standesmässige*), другое крайнее (*nothdürftige*): алименты последнего только рода даются братьям и сестрам и обедневшему во своей вине, а в иных случаях причисляется к алиментам обучение ремеслу или художеству. В последнее время в науке и в законодательствах германских возникло сильное разногласие по вопросу о праве незаконных детей требовать содержания от отца своего (см. о сем выше, о незаконных детях).

В нашем законодательстве признается обязанность детей доставлять содержание родителям и мужа – жене (см. о сем выше § 13 и 23).

Право получать содержание может быть предметом особого договора, заключаемого не только между кровными родными, но и между чужеродцами, причем поводом к заключению договора обыкновенно бывает сдача или передача имущества от одного лица другому, с обязанностью содержать сдатчика на своем иждивении. Такие договоры весьма употребительны у нас в простом быту, напр. при разделах имущества, по поводу сдачи имущества или отдела от отца детям, по поводу брака, когда тесть идет в дом к зятю, наконец, по поводу бывшей в употреблении сдачи мест между священно- и церковно-служителями. Но договор этого рода, между родителями и детьми, не может, как признал Сенат (Касс. реш. 1873 г., № 1446), иметь решительное значение. Свойство и мера содержания определяются, независимо от соглашения, средствами одной стороны по имуществу и личными потребностями другой стороны. В этом смысле Сенат признал, что, несмотря на договор между сыном и матерью о платеже 5 рублей в месяц на содержание, размер сего платежа может быть увеличен вследствие вздорожания жизненных припасов.

2. К числу особых прав и обязанностей, проистекающих из семейных отношений, принадлежит обязанность погребальная и право избирать место для погребения умершего родственника. Обязанность эта сама собой предполагается, но как с ней могут быть соединены более или менее значительные издержки, то и могут возникать пререкания о том, кто обязан возместить их. Прежде всего повинность эта ложится, конечно, на наследника или наследников, в мере полученной доли наследства; независимо же от наследственной ответственности, по обыкновенному предположению, погребальная обязанность лежит прежде всего на оставшемся супруге, а затем на том, на ком лежала бы по семейным отношениям обязанность доставлять содержание умершему. Из положительных законодательств только прусское содержит в себе постановления по сему предмету, возлагающая означенную обязанность на супруга (Allg. Ldr. II. 1. § 434).

Обязанности соответствует право избирать место погребения для умершего, буде сам он не завещал, где похоронить себя. С местом погребения соединяется для остающихся особый интерес родственной любви и религиозной потребности; посему между родственниками возможны пререкания о месте погребения. В таком случае решать их приходится суду, который руководствуется в решении соображениями сравнительной близости того или другого родственного отношения. Можно указать на несколько решений французских судов, коими признано преимущественное право выбора за оставшимся супругом умершего. При сем истолковано, что предметом спора в подобных делах служит не распоряжение телом умершего, но особого рода обязанность или повинность (*obligation de faire ou de laisser faire*), и признана законная возможность соглашений и взаимных уступок между родными о месте погребения (Журн. Мин. Юст. 1862 г., № 11, стр. 442. Dalloz. Repertoire. Culte. № 785. Jurisp. générale 1869 г., 2. 233).

Подобный же процесс о месте погребения историка Мишле, в тулонском гражданском суде, в марте 1874 г.

В 1892 году (С. узакон., № 28) получил утверждение устав взаимной помощи рода баронов Корф Шмизинг, первое этого вида учреждение, по примеру коего утвержден в 1893 году устав взаимной помощи рода баронов Раденов и затем другие уставы. Цель подобных учреждений — поддержание чести и знатности рода и денежные вспомоществования нуждающимся родичам, для чего составляются из денежных взносов и пожертвований капиталы и могут быть приобретаемы недвижимые имущества. Управление принадлежит общему собранию членов учреждения (записывающимся в члены по особым заявлениям) и выборному родовому совету, постоянно действующему. Общему собранию предоставляется исключать членов, опорооченных судом или совершивших бесчестный поступок.

ВТОРОЙ ОТДЕЛ НАСЛЕДСТВО ПО ЗАКОНУ

ГЛАВА ПЕРВАЯ ОБЩИЕ НАЧАЛА НАСЛЕДСТВЕННОГО ПРАВА

§ 32

**Общие понятия о наследстве и о наследственном преемстве. –
Отношение завещания к законному наследованию. – Римское
господство завещательного начала и отрицание его в
германском праве. – Историческое развитие
наследственного порядка в римском праве. –
Допущение к наследованию кровных родственников.**

Наследование есть переход имущества со всеми правами и обязанностями от одного лица к другому по случаю смерти.

Имущество в идеальном значении (см. 1-ю часть § 2) есть совокупность всех прав и обязанностей, принадлежащих лицу относительно всех предметов, которые входят в круг юридической его личности, юридической власти. Из этих прав и обязанностей иные, – впрочем, немногие, – столь тесно связаны с его личностью, что исчезают с ней совершенно. Сюда относятся: личные сервитуты, узуфрукт, пожизненное владение (у нас, напр., право вдовы просить об указанной части), право на содержание (alimenta), пожизненная рента, – при некоторых условиях право иска за личную обиду. Но большей частью эти права и обязанности не исчезают и не могут исчезнуть со смертью лица, по своему объективному свойству, либо коренятся в юридических отношениях, продолжающихся независимо от воли и случая: твердость гражданского союза не позволяет им исчезнуть. Понятие о вещи, как о предмете внешнего мира, еще может держаться без понятия о лице, к кому она приурочена; но как скоро предмет стал имуществом, нельзя уже вообразить его без лица и держателя.

Поэтому со смертью лица, бывшего держателем прав и обязанностей по имуществу, возникает в гражданском обществе вопрос о том, кто затем будет держателем этих прав и обязанностей. Кто-нибудь должен быть преемником умершего, если только осталось после него что-нибудь, с чем связано понятие о праве и обязанности гражданской, юридической. Этот преемник есть *наследник*. Совокупность прав и обязанностей по имуществу, в коей совершается преемство, называется *наследством*; а вступление преемника в права и обязанности называется наследованием.

Итак, понятие о наследстве указывает, с одной стороны, на *приобретение* имущества наследником, и в этом смысле наследование есть один из законных способов приобретения; с другой стороны, указывает на *продолжение* гражданской личности умершего в лице его наследника. В этом последнем смысле, казалось бы, в наследнике должно существовать такое же единство личности, какое видим в умершем, но, как обнаружится далее, историческое развитие наследственного права приводит к понятию о нескольких наследниках после одного лица, к раздроблению наследства между многими. Это происходит от того, что наследование тесно связано с семейственным правом и с развитием отдельной личности среди семейства. Вопрос о том, кто должен быть наследником, зависит от соображений семейственного права, от существующих в данную эпоху понятий: во-1-х, об имуществе и собственности по отношению к семейству и о власти главы семейства над его членами; во-2-х, о взаимном отношении членов семейства между собой и к общему главе семейства. Отдельные лица призываются к наследству, во-1-х, на основании избрания личной волей умершего вотчинника; во-2-х, на основании ближайшей кровной связи между ними и умершим вотчинником. По этим предметам понятия, обычаи и законы разных народов представляют величайшее разнообразие. Они так тесно связаны с внутренними условиями местного воззрения и развития, что нет возможности определить общими чертами порядок наследства. В этом отношении особенно любопытно изыскание: 1) об отношении завещательного права к наследственному; 2) о развитии того порядка, в котором родственники призываются к наследству.

Завещательное распоряжение, как право хозяина располагать своим имением на случай смерти, по своей воле, в пользу кого бы то ни было, не согласуется с первоначальным состоянием общественного быта, в коем семейство, основанное на религиозной идее, господствует над отдельными лицами. В этом состоянии имение, коего целость неразрывно связана с целостью семейной религии, считается принадлежностью семейства, и по смерти хозяина переходит в пределах семейства под власть того, кому следует по обычаю и по праву. Новейшими ис-

следованиями доказано, что древние, в первую эпоху общественного быта, не знали завещания (см. F. de Coulanges – la cité antique). Судя по всем признакам, и древний быт римского народа не представлял исключения в этом отношении; но в законе XII таблиц, в числе самых отличительных и бесспорных прав римского гражданина полагается право делать завещания о своем имуществе (*paterfamilias uti legassit ita jus esto*). С того времени власть завещателя является в римском праве самой определительной принадлежностью того права собственности, коего строгий образ римляне первые внесли в круг юридических понятий. В Риме главным законом наследования стала воля завещателя, и только тогда, когда после умершего не осталось завещания, допускалось, как необходимость, наследование по правилу закона. Оттого у римлян завещательное наследство представлялось положительной стороной учреждения, а наследство по закону – отрицательной стороной, и называлось *successio ab intestato*. В случае столкновения этих двух начал в имуществе и в случае сомнения первое брало решительный перевес над последним.

По римскому понятию завещательное право несовместимо с законнонаследственным, в имуществе одного и того же умершего вотчинника (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Farum rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*). Кто объявил последнюю волю свою об имуществе, о том нельзя сказать, что воли его не было, или воля его была иная, нельзя вместо его собственной воли подставить волю законную. В силу этого правила, законное наследство у римлян не могло простираться даже на ту долю имущества, о коей умолчано в завещании – доля эта следовала во всяком случае наследникам, названным в завещании, и когда из числа их кто-либо оказывался выбывшим или неспособным, его удел присоединялся к уделу прочих наследников по завещанию (исключений из этого правила допускалось немного – напр., в солдатских завещаниях, при *querela inofficiosi test.* и проч.).

Совершенно иное воззрение открывается в новом европейском обществе у германских народов – и оно совершенно согласно с тем характером германского семейства, на который указано было выше, и с тем состоянием общественного быта, в коем застали римлян германцы при первом столкновении с ними. Завещание вовсе не было в обычае. Наследственное право основывалось исключительно на *естественной кровной связи членов семейства между собой*, так что по смерти лица, в наследство вступали непосредственно ближайшие родственники его по крови (у Тацита: *heredes successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum. Si liberi non sunt, proximus gradus in successione fratres, patrui avunculi*). То есть в законном наследовании выражалось у германцев

положительное начало этого учреждения, не так как в Риме, и завещательное право развилось у них уже впоследствии. Но и завещание в германском праве лишь мало-помалу распространилось на недвижимые имущества. Вначале имело силу такое мнение, что человек, готовясь умирать, не вправе лишить имущества, даже движимого, своих родичей, в пользу посторонних. Если и допускалась возможность человеку при жизни или перед смертью разделить или *урядить* свое имущество между членами семьи, то этот *ряд* ограничивался тесным кругом близких людей – прямых наследников и не имел ничего общего с римским тестаментам, т.е. с автоматическим правом римского гражданина сотворить себе наследника. Потом это представление смягчилось, в особенности под влиянием той мысли, что умирающему человеку надобно устраивать душу свою (*vermachen*), и потому может он делать распоряжения о движимости – для души, ради Бога. Оттого первые завещательные распоряжения имели свойство религиозное, церковное (*Seelgeräthe, Seeldinge*). Затем уже начал расширяться мало-помалу круг завещательных распоряжений, под влиянием церковного и римского права.

Итак, в германском понятии о наследстве было коренное отличие от римского. По римскому понятию, наследство служило главнейшим продолжением личности умершего по имуществу; по германскому – оно вытекало из семейственного, из кровного права. Римский собственник сам устанавливал своей частной волей наследственный закон для своего имущества, и мимо этой воли никто не мог иметь к оному притязаний, ни ожидания. По германскому понятию, у всякого был свой кровный наследник по природе (*Deus, non homo, facit heredes*), так что при жизни владельца можно указать, кто его наследники по крови, в имуществе, которое считалось само по себе наследственным. Даже при живом владельце наследники его имели право ожидания, так называемое *Wartrecht*, в силу коего могли воспротивиться распоряжениям его в пользу чужеродцев.

Здесь не у места рассматривать подробности исторического развития наследственного права у разных народов, но необходимо указать на главные начала, под влиянием коих оно развилось, и на главные видоизменения сих начал.

По естественному порядку наследство идет в *семью*, т.е. тем родственникам, кто всего ближе к умершему. Спрашивается: кто ближе? В Риме, где семья имела строго юридический характер, наследственные права первоначально истекали из родительской власти, и круг наследования ограничивался членами гражданской семьи, т.е. лицами, кои состояли в родительской власти умершего или состояли бы, когда бы жив был глава семейства. Эти лица носили название *агнатов*; напротив того, одно род-

ство по крови, или *когнатство* (*cognatio*), не считалось основанием к наследованию, и даже лица, выбывшие из гражданской семьи и из-под родительской власти (посредством эмансипации), не имели наследственных прав. По мере того как разлагалась семья гражданская, обозначалось явственнее естественное значение кровной или природной семьи, и кровное родство заявляло справедливые основания к наследству. Отсюда происходят постепенные преобразования римского наследственного права, завершившиеся при Юстиане знаменитой 118 новеллой, в коей решительно уже признано главным основанием наследственного права – кровное родство, или когнатство. По первоначальному закону наследники призываемы были к наследству в трех порядках или классах (*ordines*), обнимавших исключительно круг лиц, составлявших под родительской властью *дом* умершего вотчинника. В первом классе являлся дом или семья в самом тесном объеме: так называемые *sui*, не исключая женщин с правом представления (*succ. in caput praedefuncti parentis*). Во втором классе являлся второй, обширнейший круг дома, т.е. агнаты, или все те, кои вместе состояли бы под одной властью, если бы жив был общий родитель. Здесь в наследстве участвовали только ближайшии степени, и право представления не допускалось, так что, напр., при братьях и сестрах племянники не могли наследовать. Третий класс составляли *gentiles*, все члены родового союза, связанные общим происхождением от известного или неизвестного родоначальника. В течение столетий, предшествовавших Юстинианову преобразованию, старая гражданская семья распалась, и агнатство утратило свое политическое и юридическое значение; место его заняла семья кровная. В ней, по естественному порядку, к наследству ближе тот, кто ближе к умершему по крови; но так как для определения близости родства принято было в римском праве одно неизменное механическое мерило – счисление рождений или степеней, то надлежало, для пропорционального разделения наследственных прав, умножить разряды родственников, которые, один за другим, призываются к наследству. Так образовано четыре наследственных разряда. В первом поставлены старинные *sui*, т.е. дети умершего, дети детей его и дальнейшие нисходящие, без различия степеней, поколику имеет место право представления. Во втором классе совокуплены общим правом восходящие, полнородные братья и сестры и дети их – племянники и племянницы, но далее их право представления не допускается. В третьем классе – братья и сестры единокровные и единоутробные, также с правом представления только для детей умерших братьев и сестер. В четвертом классе все прочие боковые родственники, кто ближе по степени без различия полнородных от неполнородных, и уже без права представления.

§ 33

Общее правило о переходе наследства к детям. – Отличие отделенных от неотделенных. – Право представления. – Право родительское. – Право боковых родственников. – Римская система определения прав по классам и степеням. – Германская система определения прав по линиям и коленам.

Итак, в самом Риме, по разрушении семьи юридической в позднейшую эпоху римской истории, и особенно в новой европейской истории, где семья с самого начала является в качестве природной семьи, органического союза, – наследственное право определяется близостью кровного родства. Покуда держится еще родовой, политический характер семьи, покуда семья представляется еще преобладающей единицей общественного союза и сохраняет целостность в самой себе, наследственное право вместе с властью переходит к старшему в семье, который считается представителем ее, держателем прав и обязанностей семейных, так что после умершего – брату его, а не сыну принадлежит первое место. Но семьи дробятся и обособляются все более и более, с умножением склонности к разделам, и тут выступает вперед новое начало, по которому наследственное право идет тем же путем, каким передается кровь родственная, т.е. не в сторону и не вверх, а *вниз*, к детям умершего.

При этом надлежит отметить следующие особенности.

Право сыновей на наследование состоит иногда в зависимости от того обстоятельства, существует ли в минуту смерти действительная, совокупная связь по имуществу между отцом и детьми, или связь эта уже прекратилась. Отсюда различие в правах между детьми, которые при жизни отца отделились уже от сожительства с ним, получили от него удел и основали собственное свое хозяйство, и теми детьми, которые во время смерти отца состояли еще в составе общего хозяйства, сожительствовали в одном доме, не разделенные (в отношении к дочери предполагался выдел при жизни отца, по случаю замужества). Вначале обычай клонился к тому, чтобы неотделенные дети вовсе исключали из наследства детей, уже отделенных, но потом строгость этого начала смягчается до уравнивания долей между отделенными и неотделенными.

Отцу наследует сын. Повсюду вначале это правило разумелось в такой строгости, что живой сын исключал вовсе сыновей другого сына, уже умершего, так что когда в минуту смерти вотчинник оставлял после

себя одного сына и внуков от другого сына, прежде умершего, то последние не имели права на наследство при дяде. Новое европейское право долго не признавало давно известного в римском законе права *представления*, в силу коего ближайшие потомки лица, которое было бы ближайшим наследником, если бы в минуту открытия наследства находилось в живых, заступают его место.

Право представления, издавна созданное в Риме, было вначале совсем чуждо германскому сознанию и считалось в противоречии с принятым мнением, что кто ближе к родителю, тот ближе к наследству (*näher am Gut, näher am Blut*); поэтому не допускались даже внуки, умершего сына дети, к участию в наследстве деда, когда у него был живой сын наследник. Справедливость, однако, была на стороне внуков, и право их признано в Германии в первый раз в X столетии, по поводу спора, разрешенного знаменитым в истории права судебным поединком – впрочем, только для сыновних детей, а не для дочерних, которые получили себе право представления не ранее XV столетия. Право представления и ныне ограничено в западных законодательствах для боковых линий, иногда вовсе, иногда – для линий и степеней, более отдаленных. Только австрийский закон допускает его безусловно.

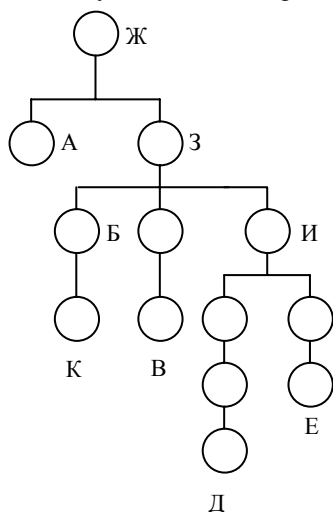
Но если не осталось после умершего детей и нисходящих, если поэтому наследство не может идти вниз вслед за кровью? В таком случае нельзя идти иначе как вверх, к родителям умершего, ибо, минуя родителей, нельзя дойти ни до кого из боковых родственников. На этом основании западные законодательства вообще не обходят родителей. Родители, за отсутствием нисходящих, получают либо все наследство (прусский закон), либо делят его с братьями и сестрами умершего (французский, итальянский, австрийский), либо даже с дальнейшими боковыми родственниками (французский). Мера участия их в разделе тоже не одинакова, смотря по тому, оба ли в живых остались или только один, и дележ бывает либо поколенно (австрийский), либо поголовно (итальянский). Дальнейшим восходящим родственникам предоставляется участие в наследстве – либо вместо родителей, соразмерно их части (итальянский), либо в дальнейшем только разряде, с дальнейшими боковыми родственниками (французский).

Итак, за родителями умершего, или вместе с ними, призываются к наследству их ближайшие потомки, т.е. братья и сестры умершего, причем делается отличие между полнородными и неполнородными, т.е. единоутробными и единокровными. Прусский закон ставит последних в четвертый класс, с дальними восходящими. Французский закон дает

неполнородным участие совокупно с полнородными только в меньшей доле, соразмерно половинному общению рода.

За родными братьями и сестрами идут потомки дальнейших восходящих, т.е. дальнейшие боковые родственники.

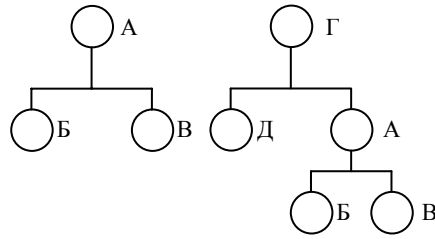
Выше было упомянуто о двух различных системах исчисления близости и признания к наследству. Одна система ведет свое начало от римского права, другая германского происхождения. И германская и римская система состоит в связи с германским и римским семейственным правом и с германской и римской системой исчисления степеней родства. Римское право, не обращая внимания на направление крови — вниз ли она идет или вверх, — относительно восходящих и нисходящих и боковых родственников, считает только число рождений между двумя данными лицами: умершим и родственником его, предполагаемым наследником. Здесь каждое из лиц, призываемых к наследству, призывается только на основании своего индивидуального, личного права, и потому что оно состоит в известной степени, в какой бы линии степень та ни находилась, так что родственники в восходящей и боковой линии делят наследство между собой поголовно. Этот дележ не есть следствие понятия об общем достоянии членов семейства, но есть следствие состязания между лицами, имеющими одинаковое право. Относительно наследства родственники делятся в римском праве на четыре порядка или класса, и в каждом классе указанные степени призываются к наследству, хотя бы они принадлежали к разным линиям.



За смертью Е, напр., в четвертом классе призываются к наследству в одно время — А и В и Д, несмотря на то, что все они принадлежат не к одинаковым линиям: А — внучатый дядя Е в линии прадеда Ж; В — двоюродный брат Е в линии З — деда; Д — внучатый племянник в линии И — отца. Во втором классе: после И призываются к наследству в одно время отец З, родной брат Б и племянник В, сын умершего брата, не исключая друг друга.

Напротив того, в германской системе производится совершенно иначе исчисление степеней родства и призыв к наследству. В основании германского исчисления лежит понятие о колене

(parentela)¹. Parentela – это совокупность родственников по отношению к тому лицу, от которого они ведут общее происхождение. В обширном смысле – это целый род, но если возьмем, напр., два лица и станем отыскивать *отношение* их к *ближайшему* общему родоначальнику, то окажутся колена неровные, связь более или менее отдаленная. Таким образом,



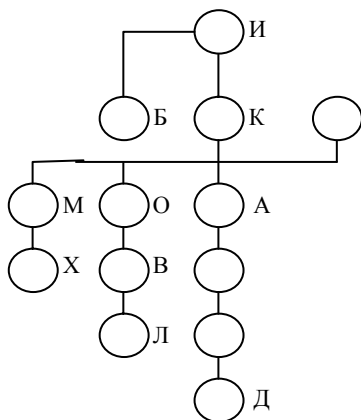
я в отношении к брату своему и в отношении к дяде состою не в одинаковом колене: с братом у нас общий отец, с дядей общий дед. Семейство отца моего и семейство моего дяди, со всеми от них нисходящими, – это два колена, которые на высшей ступени соединяются между собой, объединяются в семействе или колене моего дяди.

Таким образом, в воззрении новейших народов родство, связь членов рода, органически составляется из разных семейств или колен, и по этому порядку производится определение близости родства, тогда как римляне не обращали внимания на это взаимное отношение семейств, входящих в состав рода, а считали просто рожденьями. Итак, когда надо было определить близость родства по случаю наследства, в римском счислении брали отношение между умершим вотчинником и наследником и определяли его числом рождений, а по новейшему германскому воззрению, брали предполагаемого наследника, отыскивали, какой у него ближайший родоначальник с умершим вотчинником, и затем определяли счетом рождений отношение этого наследника к этому общему родоначальнику.

Положим, что надо найти степень родства Б, В и Д, в отношении к А. Б ему дядя, В – племянник, Д – правнук.

По римскому счислению, все они трое находятся в отношении к нему в *третьей* степени, следовательно, в совершенно одинаковом, равном к нему отно-

¹ Надлежит, впрочем, заметить, что понятие о так называемом германском начале наследования не совершенно еще утвердилось в науке. Оно считалось бесспорным, но в последнее время подверглось критике, сначала в сочинениях Зигеля (Deutsches Erbrecht nach den Quellen des Mittelalters. Giessen. 1853) и Вассершлебена (Das Princip der Successions-Ordnung. Gotha. 1860). Еще продолжается оживленная полемика по сему предмету. Желаящие могут с ней познакомиться по статьям: *Блунчли*, Zur Lehre von dem deutschen Erbrecht, в Krit. Ueb. 1853, *Левиса*, Zur Lehre von der Successions-Ordnung – в Krit. Viert. 1867. См. еще у Гербера – System des deutschen Privatrechts, 8. Aufl. стр. 652.



шении. Понятно, почему нам кажется теперь формальной и неестественной такая система счисления: потому именно, что в ней не принимается ни в какое внимание взаимное отношение колен. По германскому способу исчисления, всех этих родственников нельзя поставить на одной линии. Надо принять во внимание колено. Очевидно, что связь А с Д, Б и В вовсе неодинакова. Д с А находится в одном колене, в ближайшем к нему, в его собственном, хотя и в третьей степени. Племянник В находится с А в одном

колене, отцовском, а чтобы определить степень, сочтем число рождений между В и общим начальником семейства К, – выйдет вторая. Степень ближе, но колено, очевидно, дальнейшее. Далее: Б – дядя находится с А в одном колене дедовском; степень родства выйдет еще менее – первая, а колено еще дальше. Очевидно поэтому, что правнук Д всего ближе и всех прочих исключает из наследства.

Итак, вот каким образом применяется новое, более разумное начало наследования. Кто ближе по крови, тот ближе к имени. Здесь главное правило то, что ближайшее колено, ближайшая линия родства исключает дальнейшую. Если в линии отцовской есть родственники, то нечего восходить выше и искать еще наследников в линии деда. Право боковых родственников на наследство принадлежит им в той мере, в какой они происходят от *ближайшего* родителя к умершему родственнику. *Другое* правило: внутри линии тот, кто ближе к общему родителю, исключает дальнейшего. Так в приведенном чертеже родной племянник В исключает сына своего Л, а если бы был жив родной брат О, то ни В ни Л не имели бы права. *Третье* правило: родственники, состоящие в равных степенях равных линий, имеют одинаковое право и делят между собой наследство. Нельзя не отдать этому способу, как более разумному, предпочтение пред римским. Такова, как увидим впоследствии, и наша система определения родственных прав на наследство. Это чистая система наследства по линиям (Linealfolge).

Эта система, однако же, не удержалась во всей чистоте своей в новейших законодательствах. В Германии, в XII уже столетии, взяла верх римская система разделения на классы; однако во многих местах система линий удержалась и до нашего времени. Из европейских законода-

тельств всего строже и последовательнее держится ее австрийское законодательство. Почти повсюду в других законодательствах она смешалась с началами римской системы, и призвание к наследству определяется по степеням (Gradualfolge). В этой системе право известного лица на наследство есть чисто личное право, в силу степени, а не линии, и равные степени, а не равные линии делят между собой наследство поголовно. В этой системе одно и то же лицо может наследовать несколько наследственных долей, если оно приходится в двояком родстве с умершим, ибо и то и другое дает ему особое право (напр., может случиться двоякое родство через деда или прадеда – общего у наследника с умершим, и по отцу и по матери; боковые родственники через полнородных братьев и сестер примыкают к двум родам, в тех же степенях, в коих родственники через единоутробных примыкают к одному роду общему с умершим). В системе же линий это различие не может иметь подобного значения.

Прусская и французская системы держатся разделений на классы (в прусском 9, во французском 3), из коих каждый, призываясь один за другим к наследству, вмещает в себе родственников разных степеней и даже линий. Так, напр., по французской системе полагаются: в 1-м классе нисходящие всех степеней, во 2-м родители вместе с братьями и сестрами умершего и их нисходящими, в 3-м ближайшие за родителями восходящие и прочие боковые родственники. Но дележ между ними не равный, то поголовно, то по долям.

§ 34

Смешанные системы в новейших законодательствах. – Происходящее от различия сих систем различие в порядке раздела и в допущении права представления. – Ограничение наследственного права пределами родства. – Ограничение женщин. – Разделение наследства между родами. – Возвращение подаренного родителями. – Наследование супругов и незаконных детей и родителей. – Закон наследования в Англии.

От различия в системах наследственного порядка зависит различие в основаниях дележа имущества между многими наследниками. Там, где главным основанием наследственного права служит близость и единство линии, субъектом наследственного права признается в сущ-

ности целый семейный круг лиц, примыкающих в известной линии к умершему вотчиннику, и в этом кругу наследство ищет себе личных преемников между членами, смотря по месту и положению, которое они занимают в этом кругу. Наследство, или известная его доля, идет в известный круг, в одно колено, в котором делят его между собой члены по взаимному отношению. Итак, прежде всего, идет круг, или идут круги – нисходящей линии после умершего; за ними вступают круги, примыкающие к восходящим родственникам умершего, т.е. боковые линии и т.д. В каждом кругу ближайшими преемниками признаются ближайшие степени; если же в сих степенях нет живого лица, то в степень его вступает потомство, в лице ближайшей к нему степени, и принимает его долю по праву представления. Если оказывается несколько равных представителей одной степени, то они делят всю ее долю между собой поголовно.

На иных началах утверждается система наследования *по степеням*. Здесь наследство идет не в линию или колено, но к известному лицу, которое само по себе в силу своей степени и личного своего родственного права, является законным преемником наследства, и дальнейшая степень безусловно уступает ближайшей степени, уступает не потому (как в первой системе), что выше и ближе ее по степени стоит в семейном кругу живое лицо, а потому собственно, что она дальнейшая степень; если же несколько известных степеней в одном классе и совокупно призываются к наследству, то наследство делится между ними поровну поголовно, независимо от того, что все эти степени, по счету различные, принадлежат к разным кругам, в сущности между собой несоизмеримы. Ровный дележ между ними зависит (не так, как в первой системе) не от того, что они равны и соизмеримы по кровному происхождению, а от того, что они стекаются по закону в одном классе и делят одно количество, причитающееся им вместе. В этой системе все части наследников, вместе призываемых, равные, тогда как в первой системе равенство долей есть лишь случайное явление. В наследстве по линиям возможно бывает наследнику даже совокупить в лице своем несколько долей наследства, если он состоит в двояком родстве с умершим вотчинником, по двум линиям (напр., через деда по отцу и деда по матери, в полнородном родстве сравнительно с неполнородным), а в последней системе такое совокупление долей невозможно.

От этого различия в основных началах наследования происходит и различие в самом праве представления. В первой системе право представления является общим началом и необходимым последствием пре-

емства по кругам и линиям. Здесь правило: «*в степень умерших вступают их потомство*» несомненно и незатруднительно, в применении к известному кругу, где еще оказывается в живых потомство прежде умерших родственников. Напротив того, в другой системе право представления является не общим правом, а привилегией, предоставляемой лишь некоторым степеням. Так, напр., во французской системе право представления применяется только к потомкам нисходящих и родных братьев и сестер, не применяясь к потомкам прочих боковых родственников (Code C. 739–744).

Система *наследства по линиям* основывается на единстве семейных кругов, к которым принадлежал умерший. Но это единство, за пределами отцовской линии, разбивается. В следующем поколении видим уже четыре отдельных круга: отцовского и материнского деда и бабки. Поднимемся еще выше, к прадеду: выйдет уже 8 кругов, еще дальше – 16 и т.д. – круги, которые чем выше, тем более чужды становятся между собой. Но, при системе наследства по линиям, в каждом из этих кругов могут найтись в равных степенях наследники, не имеющие ровно никакой связи с умершим, и наследство между ними будет дробиться до бесконечности.

Эти неудобства умеряются, однако же, следующими правилами, которые частью историческим путем вошли в законодательства, частью установлены из политических видов.

1. Положение законного предела родства, до которого может простираться право на наследование. Новейшие законодательства почти все ввели у себя подобные ограничения: напр., австрийское – до шестой линии или шестого поколения; французское – до 12-й степени родства; итальянское – до 10-й; прусское – допускает наследственное право во всех степенях и линиях неограниченно.

2. Исключение из права на наследство дочерей и женщин. Римскому праву было неизвестно это различие в правах на наследство того и другого пола. Оно появилось в первый раз у германских народов и состоит в тесной связи с устройством брачного союза и с характером собственности, особенно поземельной. Оно связано с системой служебных и феодальных повинностей, лежавших на дворянском и крестьянском сословиях, а потому развилось в этих сословиях преимущественно. Повинности эти лежали на мужчине; службой он тоже был обязан, а не женщина. Женщина должна была довольствоваться тем, что ей дано в приданое, а сыновья считались настоящими наследниками: только тогда, когда сыновей не было, и женщина могла принять участие в наследстве. Впрочем, и независимо от исторических, политических при-

чин и местного национального воззрения, женщина, по самому положению своему семейному и общественному, не могла быть в одинаковых с мужчиной отношениях к наследству. Сын должен сделаться главой семейства; женщина, по германскому воззрению, может быть только членом его, она не основывает свою семью, а примыкает к чужой: она выходит из семьи своей по рождению и переходит в другую по браку, следовательно, несовместно было с понятием о целостности родового или семейного имущества предоставить ей одинаковое с мужчиной участие в наследстве. Понятия церковного и римского права о брачном союзе, римские понятия о собственности, развитие среднего городского класса людей, в котором главнейшее значение принадлежит капиталу движимому, а не поземельной собственности, усиление философских идей XVIII столетия и повсеместное уравнивание лиц и сословий, ослабление родового значения недвижимой собственности: вот деятели, под влиянием коих повсюду мало-помалу изменилось первоначально строгое понятие о преимуществе мужчины перед женщиной в правах наследства, и новейшие законодательства уравнивают в этом отношении оба пола между собой. В настоящее время это уравнивание совершилось или совершается почти всюду.

3. В римском понятии о наследстве не обращалось внимание на состав имущества, остающегося после умершего, и на происхождение его: все имущество составляло сплошную массу, переходившую к ближайшему родственнику, которого закон призывал к наследству. Эта система, отличавшаяся простотой, могла вести к несправедливостям в применении. Так целое имущество могло переходить разом из одного семейства в другое; но римское право обращало мало внимания на права крови и семьи. Так, напр., когда умирал NN, наследовавший после отца, и оставлял по себе боковых родственников с отцовской стороны и боковых родственников с материнской стороны, стало быть, чужого рода, то последние, если были ближе по степени, делались наследниками всей массы имуществ, доставшихся умершему от отца (только при наследстве восходящих в обеих линиях имение, по римскому праву, делилось на две половины). Право новой Европы отступило в этом от римского права, допустив во многих случаях при разделе наследства различие между имуществами, входившими в состав его, так что имущество, доставшееся от отца, шло в род отца, а материнское – в род матери. Это начало наследования имело особенно важное значение во французском местном праве, где постоянно отличалось родовое (*propres*) от благоприобретенного (*acquêts*), и в родовом наследстве шло по правилу – *paterna paternis, materna maternis*.

Это называлось *fente*, но за *fente* следовало еще дальнейшее раздробление – *gefente*, так что, восходя от колена в колено, имущество дробилось снова. Новое французское законодательство, уничтожив различие между *propres* и *acquêts*, удержало, однако же, отчасти правило дробления, ограничив его. Если у умершего вотчинника не осталось потомков, французский закон устанавливает делить наследство на две половины, из коих одна полагается на отцовский его род, другая – на материнский, хотя бы в том и в другом роде были родственники неодинаковой близости по степени, так что дальнейший в одном роде может получить больше, чем ближайший в другом. Дробление это непременно происходит, если только есть в каждом из родов хотя бы один родственник умершего. По этому правилу, братья полнородные, участвуя в разделе с неполнородными, берут из обеих половин, тогда как последние берут только на свой один род. Это правило, составляющее особенность французского кодекса, возникло из господствовавшей при составлении его мысли, что нужно всячески благоприятствовать раздроблению имуществ и противодействовать их накоплению в одних руках. Подобно тому, по французскому закону, и часть, следующая восходящим родственникам, дробится на две половины, из коих одна идет в линию матери, другая – в линию отца.

4. Некоторые законодательства (таков и французский закон) в наследовании после бездетных выделяют из наследства все, что дошло от родителей (или восходящих) при жизни их к детям посредством дара, и возвращают тем, от кого что дошло (*Heimfallsrecht*); другие (Гамбург, Любек, Пруссия, Саксония) в наследстве дают вообще родителям предпочтение пред братьями умершего (*Schossfallsrecht*). Во французском праве родители призываются к наследству вместе с братьями и сестрами умершего, но получают $\frac{1}{4}$ часть, если жив только один, половину, – если оба в живых.

5. Наконец, супруги допускаются еще к участию в наследстве после умершего. Степень участия их зависит от того, допускаются ли они в отсутствии других наследников или при других наследниках, в особенности же при детях, и от того еще, существовало ли в браке общение или было разделение имуществ между супругами. Право оставшегося простирается или на определенную числом долю наследства, или на пожизненное владение имуществом.

Наследование супругов при раздельности имуществ. В римском праве наследственное право супругов было двоякое: в недостатке других законных наследников и при других наследниках. В первом случае супруг имел право просить об отдаче во владение всего наследства

(bonorum possessio ex edicto, unde vir et uxor). В последнем случае вдова получала право на долю наследства, большую или меньшую, смотря по тому, каковы прочие наследники, но это право предоставлялось только неимушей вдове (indotata, inops mulier). По общему правилу, назначалась ей четвертая часть наследства, буде делить его приходилось не с детьми умершего, и притом в собственность. Если же дележ приходился с детьми, то часть ее не могла быть больше детской (следовательно, могла быть и меньше четверти), и притом, если доводилось ей наследовать вместе со своими детьми, она получала свою долю не в собственность, а в пожизненное пользование.

Из римского закона это супружеское право перешло в германские законодательства, частью даже с усилением. Так, прусский закон предоставляет одному из супругов право на все наследство, когда нет наследников кровных ближе 7-й степени; а в дележе с другими наследниками предоставляет супругу определенную долю в собственность, а не в пользование: именно *третью* долю, когда сонаследуют восходящие, братья, сестры, племянники, и *половину*, при сонаследниках дальнейших степеней (Ldr. II, 1. § 502–539). Австрийский закон ближе подходит к римскому, а во французском законе вовсе не допускается совместное наследство супруга вместе с другими наследниками: супруг может наследовать только в таком случае, когда после умершего не осталось вовсе законных наследников (Code C. 767). Всего благоприятнее для супругов итальянский закон. При законных детях умершего супруг получает равную с ними часть, в пользование; при восходящих, братьях и сестрах получает целую треть наследства, а при дальнейших родственниках – две трети, в собственность.

Наследование супругов при совокупности имуществ. По смерти одного из супругов общение распадается, и живой супруг, получая свою часть в разделе, в том должен полагать и свое наследственное право. Только прусский закон предписывает прежде всего делить общее имущество на две части, и в половине умершего дает живому супругу участие с наследниками умершего (кроме нисходящих). Если же у обоих супругов остались общие дети, совокупность имуществ не прекращается, но продолжается у живого супруга с детьми (communio bonorum prorogata), до раздела по взаимному согласию или до наступления событий, в силу коих надлежит производить раздел (таковы – вступление супруга в новый брак, расточительность его и т.п.). Некоторые из германских законодательств предоставляют супругу, когда нет у умершего нисходящих наследников, общее имущество в пожизненное пользование. При разделе прежде всего выделяются из массы

те имущества, которые супруги имеют право присвоить себе исключительно, как свою ближайшую собственность, как свое особенное (*prélèvement, Voraussnahme, Voraus*); какое это имущество, о том в разных законодательствах разные постановления. Целость этого особенного имущества обеспечивается всей совокупностью имущества (особенности обеспечения вдовы, по французскому закону, см. *Code Civ.* 1472–1495).

При некоторых условиях участие в наследстве допускается и в силу связи незаконного рождения. Иные законодательства, как, напр., австрийское, допускают наследственное право только между матерью (лично) и незаконнорожденными детьми, не признавая наследственной связи с отцом. Прусский закон отказывает отцу в наследстве после незаконных детей, дети же после такого отца имеют право не более как на $\frac{1}{6}$ часть наследства. Во французском законе принята довольно сложная система: незаконные дети не получают ничего (даже из материнского наследства), если не были признаны. В последнем случае они получают все наследство, если других наследников нет; если есть таковые – получают либо $\frac{1}{3}$, либо $\frac{1}{2}$, либо $\frac{3}{4}$ против доли законных детей, смотря по тому, с кем входят в дележ – с близкими или с более отдаленными по крови родственниками умершего. Родители наследуют лишь после признанных ими детей (*Code N.* 756–766). Несравненно благоприятнее для незаконных детей итальянский закон. Он допускает их к участию в наследстве совокупно с законными детьми, в половинной доле сравнительно с долей законных, и призывает их исключительно к наследству, за отсутствием восходящих, нисходящих и супруга (французский закон призывает их к исключительному наследству только после *всех* родственников до 12-й степени). Участие усыновленного в наследстве после усыновителя признано почти повсюду; но обратное право усыновителя, существовавшее в римском законе, отвергается: французский закон возвращает только усыновителю имущество, от него дошедшее к усыновленному, по смерти последнего (*Code N.* 351); австрийский же закон усиливает право усыновленного, предоставляя ему участие в наследстве не только после усыновителя, но и после супруга его, давшего согласие на усыновление.

СРАВНИТЕЛЬНАЯ СИСТЕМА КЛАССОВ

Нисходящие всех степеней, с поколенным разделом

<i>Римское право</i>	<i>Прусское право</i>	<i>Французское право</i>	<i>Австрийское право</i>
2 (3). Ближайшие восходящие с полнородными братьями и сестрами и их потомством.	2. Отец, мать. 3. Полнородные братья и сестры, с потомством.	2. Родители вместе с полнородными и неполнородными братьями и сестрами или их потомством.	2. Оба родителя, или один с потомством другого. Поколенный дележ.
3 (4). Неполнородные братья и сестры или их потомство.	4. Дальнейшие восходящие ближней степени; неполнородные братья и сестры или их потомство.	3. Ближайшие из восходящих в обеих линиях или ближайшие из родственников в боковых линиях до 12-й степени.	3. Деды и бабки, с потомством умерших дедов и бабок — поколенный дележ.
4. Дяди, двоюродные дяди, племянники, двоюродные племянники и т.д. в ближайшей степени.			4. Прадеды и прабабки, с потомством умерших прадедов и прабабок, и т. далее 5 и 6 кл.
	5. Дяди родные и двоюродные; племянники родные и двоюродные и т.д. в ближайшей степени, включительно до шестой степени (дальнейшие поставлены уже в 8 разряд).		

В Англии закон наследства утверждается доныне на древних началах феодального быта; только в 1834 году он был отчасти дополнен, отчасти разъяснен

допущением к наследованию восходящих и полукровных родственников. Основные начала наследственного порядка во всех линиях следующие: мужчина в равной степени исключает женщину; где в равной степени несколько мужчин, там наследует только старший из них¹; где призываются наравне женщины, там они наследуют совокупно, во всех линиях допускается право представления. Наследство идет прежде всего вниз, к потомству последнего вотчинника (*last entitled to the Land*). Если потомства нет, наследство идет вверх, к ближайшему из восходящих, и опять по тому же порядку – мужская линия исключает женскую, и в линии мужчина исключает женщину. При восходящем нет места наследованию его потомков, т.е. боковых родственников умершего; но потомки ближайшего из восходящих исключают дальнейшего из восходящих и его потомков, т.е. дети отца (родные братья) исключают деда и его потомков; а буде родных братьев нет, наследство идет к деду, минуя его детей, т.е. двоюродных умершего, но род матери, по общему правилу, не наследует, доколе есть наследник в роде отца, отцова отца и т.д. по мужской линии, разве бы оказалось, что наследственное имя происходит из женской линии – тогда оно в нее возвращается. Полукровные родственники уступают полнокровным и их потомству, разве бы наследство дошло в женскую линию, и родство связывалось женской кровью (напр., когда у бездетного нет наследников через отца и есть наследники только через мать, тогда и единоутробные по ней наследуют). См. Gundermann. *Engl. Privatrecht*. Tübing. 1864. Solly. *Grundsätze des engl. Rechts über Erbfolge*. Berl. 1853.

Этот порядок наследства относится, впрочем, только до так называемого в Англии вещного имущества (*real property*) – объяснение этого термина см. в первой части сего сочинения; для имущества личного (*personal property*) существует другой наследственный закон так называемого распределения остатков (*Statute of Distributions*)². Имущество сего рода, по смерти владельца, поступает в распоряжение *администратора*, утверждаемого, по прошению, *явочной палатой* (*Court of probate*, см о сем ниже – о завещании по английскому закону). Право на администрацию присвоено ближайшим по крови родственникам в последовательном порядке, определенном по закону. (Муж есть непреременный администратор после жены.) Администратор обязан прежде всего *очистить* оставшееся имущество от долгов, выдач и т.п.; затем, не ранее года по смерти вотчинника, распределить имущество по статуту, которым определен весьма подробно порядок наследования тех или других близких родственников в личном имуществе умершего. В этом порядке дети наследуют поровну. Замечательно, что муж после жены получает все ее личное имущество, а жена после мужа получает треть при детях и половину при других родственниках. Отец исключает братьев, но мать делит с братьями.

¹ Из этого основного правила о первородстве допущено издревле исключение для некоторых имений в графстве Кент, имеющих особое свойство *Gavelkind* (*Gave all kinde*), т.е. свойство распределения между всеми детьми.

² В 1870 г. предполагалось внести в парламент билль об уравнивании того и другого порядка.

Римское наследственное право послужило для всех законодательств готовым образцом, к которому все рано или поздно должны были обратиться за определениями, когда оказалась в них нужда; напротив того, у всех народов в первое время гражданского быта, в скудости капиталов и простоте хозяйственного быта, свое наследственное учреждение оказывается просто и скудно определениями. В Риме же, в самом начале гражданской его истории, встречаем уже наследование замечательно развитым учреждением. Уже в эту пору в Риме является наряду с наследованием по закону наследование по завещанию и определение законных частей к обеспечению ближайших наследников; наследование уже имеет свойство универсальности, т.е. представительства прав и обязательств по всему имуществу; наследство отличается от отказа или легата (и то и другое в новой Европе проникло в сознание уже к концу средневековой эпохи); существует уже право представления, и открытие наследства отличается от приобретения. Позднее, посредством преторского права и учения юристов, понятие о наследственном праве расширяется, с изменением семейственных прав. Устанавливается форма *bonorum possessio*; наряду с агнатами призываются к наследованию и когнаты. С умножением ценностей требуется уравнивание их в составе наследства; для удовлетворения этой потребности возникает учреждение *collatio*, к уравниванию ценностей, приобретенных наследниками из общей массы имущества как прежде, так и после смерти умершего вотчинника. Из понятия универсальности образуется учреждение *hereditas jacens*. – Из установившегося различия между открытием наследственного права (*delatio*) и приобретением (*acquisitio*) развивается (уже в позднейшую эпоху) право *трансмиссии* или передачи открывшихся прав. В связи с учреждением сроков для принятия наследства образуется учреждение наследственной субституции. К обеспечению справедливости в ответственности наследников, в удовлетворении кредиторов, возникают известные бенефиции для тех и других (*b. b. abstinendi, separationis, inventarii*). В позднейшую эпоху права образуются, и при помощи юристов разрабатываются учения о приращении в наследстве, о прелегате, о разных видах исков по наследству, о требеллиановой и фальцидиевой четверти.

§ 35

Поводы к открытию наследства. – Имущества, составляющие наследство. – Способные, неспособные и недостойные к наследованию. – Призвание к наследованию и приобретение наследства. – Договоры о наследстве и предварительный отказ от наследства. – Прямой и непрямой наследник. – Праздное и выморочное наследство.

Для осуществления идеи о наследстве необходимы три условия.

1. Смерть прежнего вотчинника, достоверно известная или предполагаемая (в случае безвестного отсутствия). Одинаковое со смертью

действие могут иметь, по особым началам некоторых законодательств: вступление в монашество с обетом нищеты и смерть политическая или лишение всех гражданских прав (французский закон). Раньше смерти человека не может открыться наследство в его имении. Только в некоторых германских законодательствах (напр., в прусском) допускается отделение детей первого брака при вступлении одного из родителей во второй брак (*Abschichtung* см. § 21), причем выдел касается имущества родителя, остающегося еще в живых, так что этим действием предваряется осуществление наследственного права. Допускается еще (см. ниже) раздел имущества между детьми при жизни родителя.

2. Должно быть имущество, составляющее предмет наследования: все имущество, принадлежавшее умершему. Из этого имущества исключаются во всяком случае некоторые права чисто личные, о коих упомянуто выше и кои, по свойству своему, не могут быть передаваемы. Из общей массы исключаются некоторыми законодательствами – имения, полученные от родителей и восходящих, или имения особого свойства, как то: ленные, фидеикоммисы, женины имения разных наименований (*Gerade, Niftel, Eingebachtes* и пр.), получают особое назначение. С другой стороны, состав наследственной массы может увеличиваться такими имуществами, которые не принадлежали умершему в минуту его смерти: это случается, когда законом постановлено полагать между сонаследниками в зачет долей все то, что каждым из них было получено даром от умершего вотчинника при его жизни (*collatio*).

3. Должен быть налицо законный наследник, способный к наследованию. Способными предполагаются вообще все, обладающие полнотой гражданских прав. Однако же некоторые лица в прежнее время почитались, а отчасти и ныне почитаются неспособными к наследованию, или по общим причинам их состояния, или по особым отношениям к умершему. Так, в старое время признавались неспособными к наследованию незаконнорожденные, еретики, иностранцы. Запрещение наследственного права иностранцам впоследствии, смягчившись, обратилось во многих странах в право казны на вычет более или менее значительной доли из наследства, доходящего иностранцу (*gabella hereditaria, Abschossrecht*). Этот вычет ныне почти везде уничтожен, и где он существует, там допускается разве в виде возмездия другим государствам за подобное ограничение (подобное начало возмездия выражено во французском законе общим правилом. *Code N. 726, 912*). В истории законодательств известно и другое подобное право, в силу коего казна присваивала себе все имение по смерти иностранца в пределах государства (*jus albinagii, de alibi natis, droit d'aubaine*). Право юридических лиц,

корпораций, учреждений и пр. получать наследство по завещанию подвергается всюду различным ограничениям.

Кроме того, во многих законодательствах установлены особые ограничения в наследственном праве некоторых лиц, за *недостойнство* личное; в прежнее время число таких ограничений было значительное, потому что казна извлекала из них выгоду, присваивая наследство себе вместо недостойного наследника. Нынешние ограничения (напр., в прусском, во французском законе Ldr. I. 12. § 85. 599–610. Code N. 727–730) не обращаются в пользу казны и выводятся из личных отношений наследника к умершему вотчиннику, напр. из оскорблений и обид, нанесенных ему при жизни, покушения на жизнь его и т.п. Ср. § 54.

Наследник призывается к наследству, или наследство открывается для него, в силу известной законной причины, дающей ему такое право. Это событие, т.е. призвание к наследству при открытии оногo (*delatio hereditatis*), по римскому праву, строго отличается от приобретения и принятия наследства (*acquisitio, aditio hereditatis*). Кому открывается наследство, тому надлежит еще приобрести оное решительным выражением или действием воли; в минуту приобретения в лице приобретающего должна быть та же законная способность к наследству, какая была в минуту открытия, и покуда приобретение не совершилось, предполагаемый наследник не может (за немногими исключениями) передать право на наследство своим преемникам. К приобретению принудить невозможно. Приобретение наследства соединялось, по римскому праву, с открытием оногo только в лице так называемых *сущих* или *необходимых* наследников (*sui heredes, necessarii*), потому что они со смертью главы семейства прямо и необходимо вступали в личность его, по римскому началу единства семейственной личности, сами собой, без передачи, следовательно, такие наследники не могли и уклониться от принятия. Новые законодательства не удерживают такого строгого различия между открытием и принятием наследства и никому не препятствуют отказаться от наследства открывшегося.

Римское право знало только два основания к открытию наследства: завещание либо законный порядок. В германском праве явилось третье основание — договор (*Erbvertrag*), коегo римское право вовсе не допускало в наследстве: оно объявляло недействительными всякие договоры, коими ограничивалась бы свобода завещателя, и даже договоры об отказе от имеющего открыться наследства. По началам германского права недействительными считаются только договоры двух лиц о наследстве после третьего, в живых находящегося — без его участия. Римский закон допускал, правда, дарение по случаю смерти, в виде особого договора

между живыми, но таковой договор не считался обязательным для дарителя (ср. 1-ю часть сей книги, стр. 381).

Напротив того, германское право допускает договор о наследстве, не только в отрицательной форме (*pactum renunciativum*, *Erbverzicht*), но и в положительной (*p. acquisitivum*). Всего ближе к римскому праву постановления по сему предмету французского и австрийского закона. Первый позволяет наследственные договоры лишь по случаю брака, между супругами, даже с участием третьих лиц (*Code N. 1082* и сл.); последний, кроме того, позволяет в некоторых случаях придавать дарению на случай смерти безвозвратную силу (*Ges. b. 956, 602*). Остальные германские законодательства еще более расширяют пределы договора о наследстве. Договоры об отказе от наследства вообще дозволяются (как было и в римском праве) с согласия того лица, чье наследство в виду имеется; но австрийский закон допускает такие договоры без всякого ограничения, а французский (*Code N. 791*) вовсе их запрещает.

Уступка еще не открывшегося права на наследство повсюду запрещается, но иностранные законодательства вообще допускают договоры об отчуждении наследства по открытии оно; однако не все одинаково определяют отношения стороннего приобретателя к наследству. По римскому праву, наследником в сем случае, относительно сторонних лиц, считается прямо призванное к наследованию лицо, а не приобретатель наследства по договору с прямым наследником, но в отношениях между сторонами, участвующими в сем договоре, наследническое звание приемлет приобретатель. В таком же смысле выражается французский закон (*Code 780, 1696*); но по прусскому закону (*Ldr. I. 11. § 445*), приобретатель и относительно сторонних лиц считается наследником.

В наследстве вообще предполагается преемство прямое и непосредственное, от умершего вотчинника к наследству. Напротив того, непрямой наследник будет тот, кто получил следующее имущество через посредство прямого наследника или третьего лица. По римским понятиям, всякий преемник совокупного права (универсальный наследник) есть прямой, а преемник особенного имущества или отказа – непрямой. Но по новейшим понятиям, допускается участие третьего лица как исполнителя или душеприказчика (*exécuteur testamentaire*, *trustee*), при посредстве коего имение передается наследнику. Французский закон признает прямым наследником (*héritier*) того только, кто, по закону, в силу кровного родства, призывается к наследству, непрямые же наследники признает всех прочих, равно и всех наследников по завещанию, хотя бы завещано было все имущество (*légataire universel*).

Наследство открывшееся, но еще не приобретенное, получает в римском праве особое свойство праздного наследства (буквально – лежащее, *hereditas jacens*); если же наследников не окажется, становится

выморочным (erblooses Gut, bona vacantia) имуществом, которое либо обращается на возмещение долгов умершего, составляя конкурсную массу, либо, в качестве бесхозного, присваивается казной, по праву оккупации. Однако, ради справедливости, с этим обращением имущества в казну соединяются некоторые свойства наследственного приобретения; казна вступая в права умершего по своим требованиям, кои соединены с имуществом, отвечает за него в обязательствах и даже обязана исполнить волю его относительно отказов на случай смерти. Римское право позволяло уже некоторым учреждениям и корпорациям вступать, вместо казны, в выморочное имущество своих сочленов. В средневековую пору присвоение выморочных имуществ считалось регалией, которая передаваема была, в виде лена, некоторым учреждениям и вотчинным властям. В новейших законодательствах встречаются еще, хотя и реже, подобные уступки казенного права учреждениям, особливо благотворительным; только французский закон (Code N. 768) умалчивает о таких уступках.

О наследстве после юридического лица, в сущности, не может быть и речи, так как у такого лица не может быть ни кровных наследников, ни завещательной власти. Возникающие нередко вопросы о том, куда должно быть обращено имущество прекратившегося учреждения (напр., приходской церкви), разрешаются различно и не принадлежат к кругу наследственного права.

§ 36

Непосредственное вступление прямых наследников. – Трансмиссия. – Утверждение в наследстве. – Принятие наследства и отречение. – Последствие принятия. – Принятие по описи и разделение долгов. – Раздел наследства. – Возвратные учеты. – Разделение прав и ответственности. – Передел. – Наследство у мусульман.

Римское право в приобретении наследства отличает сущих или прямых наследников (sui heredes) от всех прочих, почитавшихся непрямыми (extranei): первые наследуют в силу своего права (ipso jure), независимо от своей воли; от последних требуется еще изъявление воли на принятие наследства. И те и другие приобретают наследство, независимо от вступления в действительное владение оным: овладение вообще не требуется для приобретения наследства. Прямой наследник не может

прямо отречься от наследства по строгому праву: только преторским правом дана ему возможность косвенно уклониться от наследства не отзывом, а безмолвным уклонением от действительного вступления в оно (beneficium abstinendi). Непрямые же наследники обязаны изъять волю свою, когда, узнав об открывшемся наследстве, пожелают принять его или отречься от него. Для принятия наследства не требуется, однако, публичного или судебного объявления: всякое деятельное вмешательство в наследственные дела по имуществу (pro herede gestio) служит признаком принятия. Если наследник умер прежде принятия, строгое право признает его отрекшимся от наследства и не позволяет переносить непринятое им наследство на его наследников (hereditas nondum adita non transmittitur ad heredes heredis); но в позднейшем праве допущены были из этого правила многочисленные исключения (transmissiones).

В германском праве исстари принято было несогласное с римским понятие о переходе наследства. Предполагалось, что наследство переходит к наследнику само собой, в минуту смерти вотчинника (der Todte erbt den Lebendigen. Le mort saisit le vif), следовательно, для *перехода* не требуется, как в римском праве, отдельный акт принятия наследства, изъяснение решительной воли наследника. Эта мысль выражена почти во всех новейших законодательствах (напр., австр. Ges. b. 537. Code Civ. 724)¹. Практически – это значит, что права и обязанности наследника по наследству, когда бы он ни получил его, возводятся к минуте открытия наследства. Однако это общее правило не может иметь значения безусловного, подобно римскому правилу о необходимом преемстве прямых наследников (sui, necessarij). Ныне никого нельзя принудить к восприятию наследства со всеми юридическими его качествами. Поэтому, независимо от вышеозначенного общего правила, весьма важно определить минуту приобретения наследства несомнительным признаком, ибо от приобретения зависит преемство прав и ответственности, в коем всякая неизвестность и неопределенность особенно вредит интересам третьих лиц. Вот причины, почему все законодательства обращают на

¹ В силу этого начала юридическое римское понятие о праздном наследстве (hereditas jacens) чуждо германскому праву (ср. ст. Виндшейда – Die ruhende Erbschaft в Kritische Ueberschau. 1853); но в древнем германском обычном праве придавалось особое юридическое значение тридцатидневному периоду со времени смерти вотчинника. В основании этого обычая была та мысль, что в первое время по смерти человека должен почивать мир на жилище и на всех делах его, и скорбь об усопшем не должна быть нарушаема. Вследствие того, вдова умершего могла жить спокойно в доме – наследники ее не тревожат; если она беременна, то остается в доме до разрешения. Прислуга тоже остается на своих местах и на содержании до тридцати дней. До того же срока не вскрывается завещание. О праве тридцатого дня есть монография Гомейера (Berl. 1864. *Der Dreissiqste*).

этот предмет особое внимание и определяют признаки совершившегося безвозвратно приобретения. Из новейших законодательств австрийское, а затем прусское всего ближе подходят к римскому праву, требующему от наследника положительного изъявления воли на принятие. По австрийскому закону, наследник должен быть утвержден в наследстве судом, для чего всякий желающий обязан предъявить суду основание своего наследственного права и объявить положительно, что принимает наследство (Ges. b. 799–808). Тоже требуется и прусским законом. Другие законодательства не так строги в сем отношении; во главе их состоит французский закон, в котором приобретение наследства совпадает с его открытием, и особого утверждения в наследстве не требуется. Французский закон различает в сем деле прямых и непрямых наследников: первые или так называемые законные (*légitimes*) вступают силой закона, непосредственно (*sont saisis de plein droit*), во все имущества, права и требования умершего; а для непрямых наследников, для незаконных детей, для супругов и для государства требуется судебное утверждение в наследстве (Code C. 724). Таким образом, французский закон относительно наследства устанавливает начало овладения независимо от воли, намерения и действия, в совершенную противоположность римскому началу, не допускавшему приобретения владения без содействия и совершения воли. Правило это не относится, впрочем, к наследству по завещанию, кроме некоторых случаев. Однако же такое непосредственное вступление в наследство основано на юридическом предположении, стало быть, не безвозвратно. Nul n'est héritier qui ne veut, следовательно, предположение это разрушается в лице наследника, отказывающегося от принятия наследства. Но принятие наследства может совершиться безмолвно, самим делом, произвольным вступлением (774 и сл.), а отречение от наследства не предполагается, но должно быть выражено в судебном акте (784 ст.); кто принял наследство, тот предполагается, что принял его с минуты открытия, а кто отрекся от него, тот предполагается, что никогда не был наследником (777, 785).

Новейшие законодательства отступают еще от римского права в том, что безгранично допускают *трансмиссию*, которая в римском праве допускалась лишь в виде исключения, т.е. признают, что право на открывшееся наследство переходит само собой и к наследникам наследника, хотя бы последний не дал отзыва о принятии или об отречении (австр. 809, прус. 1, 9, § 397, франц. 781).

Иск о наследстве (*hereditatis petitio*) имеет некоторые особенности, коими отличается от общего вотчинного иска, и эти особенности отличны в римском праве. Истцом признается наследник, все равно один ли он или в доле с други-

ми, или заступающий место наследника (как-то: фидеикомиссар универсальный, казна или приобретатель наследственного права), а ответчиком – всякий, у кого во владении наследственное имение. Предметом иска служит вся наследственная совокупность (*universitas juris*). Отсюда следует, что все, приобретенное наследником посредством наследства, все, приращенное и замещенное в его составе, входит в предмет спора. Ответственность добросовестного и недобросовестного владельца пред наследником несколько усиливается сравнительно с общим вотчинным иском, и наоборот, возвышается и право владельца на возмещение издержек. Из новейших законодательств одно саксонское отличает подробно эти особенности иска о наследстве (*Sächs. Ges. b. 2291*); прусский и французский кодексы, включая наследство в число общих способов приобретения собственности, не отличают особенностями и иска о наследстве, хотя на практике эти особенности сами собой обнаруживаются и признаются судами.

Принятие наследства уравнивается с обязательными юридическими действиями, и потому к отзыву о принятии уполномочены только вполне правоспособные лица. Вследствие того, по французскому праву, женщина не может сама собой принять наследство, без согласия мужа, или, в отсутствие мужа, – судебной власти. Принятие наследства имеет особливую важность, потому что соединяется с принятием ответственности, и что эта ответственность может быть принимаема условно, в меру количества и ценности принимаемого имения. В этом состоит так называемое льготное принятие наследства по описи (*beneficium inventarii, bénéfice d'inventaire*). О последствиях такого принятия будет сказано ниже.

Как с принятием наследства или с отречением соединяются последствия, важные для третьих лиц, то право на то и на другое не может быть бессрочное. Покуда наследство еще не открылось, не может быть еще речи об отзыве наследника относительно принятия или отречения (даже отзыв, данный наследником, *не знающим* об открытии наследства, признается недействительным); а со времени открытия наследства устанавливаются сроки для принятия его или для отречения. Таким сроком принимается обыкновенно общая давность, если не было в виду других лиц, заявивших свои интересы, состоящие в зависимости от прав наследника (таковы могут быть другие наследники, требователи по завещанию, кредиторы, должники умершего). Буде со стороны таких лиц заявлены требования к предполагаемому наследнику, несправедливо было бы оставлять за ним право молчания в течение неопределенного или продолжительного времени, и потому на сей случай устанавливаются краткие сроки. Римское право дает наследнику на сей случай срок для соображения (*spatium deliberandi*, 9–12 месяцев); по новейшим законодательствам, назначаются для сего сроки или определенные, или по усмотрению суда (австрийское). За истечением же срока, буде не было

отзыва, заинтересованному лицу предоставляется истолковывать молчание наследника в свою пользу. Однако же и в таком случае, когда наследник имеет законное право молчать, пока он не приступал еще к принятию наследства, он имеет право в качестве предполагаемого наследника, приступить, с разрешения судебной власти, к распоряжениям по имуществу, имеющим целью предохранение его от порчи или убытков (Pr. Ldr. I. 9. § 386. Code C. 796).

Последствия принятия наследства. Преемство. Кто принял наследство, тот вступает в преемство после умершего во всех правах его и обязательствах, представляет его личность по имуществу. В этом отношении между умершим и его наследником существует *единство* личности. Чтобы это единство было полное, необходимо, чтобы отношения умершего по имуществу ни на минуту не прерывались до перехода на лицо наследника. Вследствие этой-то потребности вступлению в наследство, когда бы оно ни последовало, придается обратная сила, возводимая к минуте открытия наследства (в римском праве, чтобы избежать перерыва отношений между смертью одного и вступлением другого, этот промежуток наполнялся представлением о праздном наследстве (*hereditas jacens*), коему присваивались качества представительной или юридической личности). Итак, при вступлении в наследство, по закону, не допускается вообще никакого неопределенного промежуточного состояния, не допускается условий, отсрочивающих или задерживающих переход наследства. Мысль эта выражается в известной поговорке: *semel heres semper heres*.

В силу сего представительства наследник вступает в права и в обязанности умершего; но если, сверх того, умерший вотчинник наложил на своего наследника обязательные повинности, на случай своей смерти и перехода наследства, это единство личности наследника с личностью умершего не может служить первому основанием или предлогом к извращению или уничтожению по своей воле того, что определено волей умершего. Наследник обязан подчиниться повинностям, даже в таком случае, когда они возложены на его собственное имущество, если только повинности эти не превышают материальной силы (ценности) получаемого наследства и если ими не нарушается и не отягощается через меру законная доля наследника.

Если бы это начало единства личности применяемо было всегда во всей строгости, последствия были бы во многих случаях крайне отягонительны для принимающих наследство. Приняв однажды наследство — в каком бы то ни было количестве, надлежало бы отвечать и за все обязательства, с ним соединенные, — в каком бы то ни было количестве. Справедливость требует допустить некоторый учет приходной части с

расходной в наследстве. Вследствие того, к смягчению строгого начала наследственной ответственности, введены следующие учреждения.

1. *Принятие наследства по описи*, или *beneficium inventarii*, – введенное в первый раз императором Юстинианом в Риме. В силу этого учреждения наследник может уклоняться от полного представления личности умершего, от соединения личной ответственности за свои долги с ответственностью за долги умершего. Долги умершего остаются, как были до смерти его, исключительно на его имени. Наследнику предоставляется просить об учинении описи открывшемуся наследству и принять его по этой описи: в таком случае он отвечает перед наследственными заимодавцами в качестве льготного (*beneficialis*) наследника, т.е. в мере ценности наследственного имущества; ему дозволяется даже полагать в счет собственные свои требования на умершем вотчиннике, хотя по общему порядку таковые требования погашаются в лице наследника. Для третьих лиц было бы невыгодно, когда бы наследник мог отлагать требование описи или растягивать саму опись на неопределенное время, и потому назначается ему срок (с того времени, как он известился об открывшемся наследстве) просить описи, и срок, в течение коего опись должна быть кончена. Кто опустил просить об описи, на того, по Юстинианову закону, возлагается обязанность платить сполна все долги умершего и даже удовлетворять все завещательные назначения, хотя бы они превышали саму ценность наследственного имущества (это последнее правило принято в австрийском законе § 801). Французский закон ставит такого наследника по описи в положение ответственного администратора по наследственному имению (Code C. 803–810).

2. *Разделение долгов*. Когда у самих наследников или у некоторых из них много долгов, для кредиторов наследственного имущества может быть очень невыгодно объединение ответственности в лице наследников; в таком случае наследственные кредиторы должны будут войти в состязание с кредиторами самих наследников и получить неполное удовлетворение из массы соединившихся имений. Закон предоставляет им в таком случае просить в определенный срок о разделении долгов и об удовлетворении наследственных долгов исключительно из наследственного имущества, но с тем вместе устраняются они от всякого притязания к имению самих наследников (Code Civ. 878. Oest. Ges. b. 811); прусский закон предоставляет подобное же право и личным кредиторам наследников, относительно долгов, лежащих на наследстве.

Наследство во всей совокупности своей принадлежит всем наследникам, когда их несколько, со времени открытия, но не все они вступают в наследство в одно и то же время. Может замедлиться принятие наслед-

ства, могут явиться вновь наследники, прежде не бывшие в виду. Во всяком случае, справедливость требует, чтобы и те и другие – относительно общей массы наследства – были уравнены в количественных правах своих на оные, каждый в меру своей доли. Итак, доколе каждому своя доля не выделена, все количественные приращения или уменьшения наследства должны составлять общую принадлежность. В минуту раздела должно быть совершено полное уравнение долей. Для того чтобы одни из наследников не были изобижены пред другими, следует положить в учет все, что каждый успел прежде других получить из имущества, принадлежавшего умершему вотчиннику, не только по смерти его, когда уже открылось наследство, но и при жизни его, с воли его и согласия. На этом соображении основано римское право *возвратного учета* (*collatio, rapport*). В силу этого правила нисходящие, вступая в наследство, обязаны были причесть обратно в наследственную массу все то, что дошло к ним даром от умершего, если притом не было умершим изъявлено прямой воли – не полагать данное в учет при наследстве. Чтобы избавиться от этой обязанности, когда она оказывалась невыгодной, надлежало отказаться от наследства. Римское правило вошло почти без изменения в австрийский закон, в других же законодательствах более или менее расширено, а всего более во французском законе, который обязывает к возвратному учету не только нисходящих, но и восходящих и боковых родственников, и простирает возврат не только на дарственные, но и на завещательные назначения умершего вотчинника, если в завещании именно не сказано, что назначение делается без возврата к учету (*à titre de préciput ou hors part*. Code Civ. 843, 844, 849, 919).

Вследствие раздела каждый из наследников, по римскому правилу, становится представителем умершего – в мере своей доли. До раздела каждая часть наследства принадлежит каждому наследнику и всем вообще, а с разделом соединяется у них обмен частей, в силу коего все друг от друга приобретают и все передают друг другу, так что разделом каждый наследник *приобретает* свою часть. От этого понятия намеренно уклонился французский закон, постановив (ст. 883), что каждый наследник почитается непосредственно и исключительно принявшим свою материальную долю от умершего вотчинника.

С разделом наследства раздробляется ли между наследниками ответственность за долги умершего? Римское право отвечает на этот вопрос утвердительно: все наследственные долги (кроме тех, кои по сущности неделимы) разделяются между всеми наследниками соразмерно доле каждого: каждый отвечает исключительно за свою долю. То же правило высказано и во французском законе (ст. 873). Совсем иного начала дер-

жаты австрийское и прусское право: наследники отвечают все вместе, друг за друга и каждый за всех в наследственных долгах; исключение допускается австрийским законом (550, 820, 821) только для наследника по описи, а прусский закон не признает и этого исключения.

Общее владение наследством, без раздела, возможно по взаимному согласию наследников, но необязательно ни для кого; повсюду более или менее ограничено даже право завещателя обязывать своих наследников, чтобы не делились. Всего решительнее выразился французский закон об этом предмете: он не допускает и безусловных договоров о нераздельном владении наследством, допуская лишь на 5-летний срок действие такого договора или последней воли умершего вотчинника о неразделе (815). Прусский закон позволяет отсрочку раздела по воле вотчинника *на определенный срок*; саксонский – на срок не более 20 лет.

Допускается некоторыми законодательствами и наследственный раздел, или, правильнее сказать, выдел детей или нисходящих при жизни родителя, по его усмотрению (*divisio parentum inter liberos*), или распределение имущества по завещанию между детьми и нисходящими. Французский закон постановляет о таком разделе особые правила в 1075 и сл. статьях.

Когда раздел не учинен полюбовно, по договору, он совершается при участии суда или под его надзором, но не иначе как по просьбе одного из соучастников, – или требуется во всяком случае, когда в числе наследников есть малолетние, состоящие под опекой, отсутствующие. Иск о разделе (*act. familiae herciscundae, communi dividundo*) возникает в сущности не из наследственного права, но из наследственного общения прав, т.е. из особого юридического состояния, в коем одинаково все стороны участвуют. Посему в иске сего рода всякий истец есть вместе с тем и ответчик, и ответчик вместе с тем истец. При иске о разделе предполагается уже бесспорность наследственного права, если же о сем возникает спор, то действие иска о разделе приостанавливается¹.

С разделом обыкновенно соединяются следующие действия: оценка недвижимости, превращение в ценность (ликвидация) имуществ и вещей, не подлежащих раздроблению в натуре, составление жребиев по возможности равномерных, утверждение и распределение их между наследниками. Французский закон предписывает, чтобы это распределение совершалось вынуждением жребия. Особливой сложностью отличается производство о разделе в прусском законе (*Nachlassregulirung, Auseinandersetzung* – когда при сем надлежит отделять пережившего супруга). Здесь в производстве непосредственно участвует и действует

¹ О сущности и принадлежностях сего иска смотри любопытную статью Циммермана: *Die Theilung unter mehreren Kommunionen Interessenten* в *Arch. Civ. Pr.* 1851 г.

суд; но, по французскому закону (Code 815–870), в суде только заводится дело подачей просьбы, сам же раздел (partage) совершается посредством нотариусов и экспертов. Передел, после совершившегося раздела, не допускается, разве по случаю доказанного обмана; но французский закон допускает уничтожение раздела за доказанным ущербом наследника против других долей, свыше четвертой части ценности, по просьбе одного из сонаследников, когда он докажет, что получил слишком на четвертую долю меньше, чем прочие соучастники. Французский закон простирает даже слишком далеко свою заботу об уравнивании наследников. Замечательно, что по этой же причине (т.е. по недостатку $\frac{1}{4}$ части против других) он допускает уничтожение раздела (или распределения, напр. в завещании), учиненного самим умершим вотчинником, хотя бы жалующийся на неравенство получил от завещателя с избытком свою указанную часть (Code C. 887, 1079). Напр., сын, имеющий по закону право на 20.000 и получивший по завещанию 22.000, может требовать себе уравниения с частью брата только за то, что брат получает 38.000.

Наследство у мусульман. В мусульманском праве нет понятия, соответствующего принятому у нас понятию о наследовании, как о преемстве с представительством личности умершего. Наследование представляется только как приобретение выморочного имущества лицами, имеющими ближайшее отношение к умершему хозяину. Лица эти прежде всего суть родные по крови и по супружескому общению. Некоторые из них, именно родители и супруги, призываются к наследованию непременно и, во всяком случае, либо одни, когда других родных нет, либо вместе с другими, и в первом случае получают все наследство, а в последнем определенную долю оно, которая либо остается неизменной, либо уменьшается, смотря по тому, с какими родственниками лица эти должны войти в состязание. Кроме того, есть еще некоторые родственники, имеющие подобное право на получение определенной доли; но части супругов и родителей исчисляются со всего имущества, а части прочих или тоже со всего, или с того, что останется по выделе супругов и родителей. Остальные наследники делят между собой все остальное, за наделом первых. Все наследники призываются к наследству в трех разрядах, из коих дальнейший исключается ближайшим. В первом или ближайшем разряде состоят: родители, дети, внуки и все нисходящие. Во втором – дед, бабка и все восходящие, братья и сестры. В третьем – дяди, тетки и боковые родственники со стороны отца и матери. В каж-

дом разряде все наличные лица имеют право совместно. Женщина при совместном праве с мужчиной получает вдвое менее против него. Важная особенность мусульманского закона та, что в нем допускается право представления в восходящей линии неограниченно, до лица, имеющего нисходящее потомство; напротив того, в нисходящей линии право представления, как мы его разумеем, не существует, и потому, напр., сын умершего исключает своего племянника, сына другого сына.

Супружескую указную часть составляет $\frac{1}{2}$ имения (мужу, если нет нисходящих), $\frac{1}{4}$ часть (мужу при нисходящих, жене без нисходящих) и $\frac{1}{8}$ часть (жене при нисходящих). Доля эта делится между вдовами поровну, если их несколько. Супружеская часть выделяется прежде всего и во всяком случае.

Родители при других наследниках первого разряда получают по шестой части наследства. Во втором разряде дети умершего в отсутствии его родителей.

Усыновление не дает наследственного права. Незаконнорожденные дети, признанные отцом, допускаются к наследству; но после них наследует только мать, а не отец.

Неспособными к наследованию считаются неправоверные, убийца после убитого, невольник после свободного и обратно, супруг, проклятый другим супругом.

Впрочем, для ясного уразумения наследственного порядка у мусульман, вышеизложенное не вполне достаточно, ибо правила суннитов во многом существенном отличаются от шиитских. Так, напр., вышеуказанное исключительное преемство в 3 разрядах у шиитов заменяется у суннитов преемством в 13 разрядах. Право одной матери, право дочери при сыновьях и их потомках, право восходящих со стороны матери, единоутробных с единокровными и т.п. значительно различаются в том и другом законе.

Когда нет наследников по крови, наследство предоставляется по особливому праву, именуемому *вело*, сторонним лицам, именно: *во-1-х*, бывшему хозяину после отпущенного на волю раба, *во-2-х*, по наследственному дружескому условию, если оно было, и *во-3-х*, идет в пользу имама (у шиитов, а у суннитов – в общественную казну).

Раздел наследства у мусульман сопряжен с немаловажными затруднениями и отличается крайней сложностью расчетов для сводки и уравнивания разноколичественных долей, причитающихся лицам, имеющим различное право. Посему раздел считается самым трудным и искусным делом мусульманской юридической казуистики.

По закону Ислама, всякое личное обязательство прекращается со смертью должника, т.е. ни на какое иное лицо не переходит. Этим объясняется вышеуказанное отсутствие идеи о представительстве умершего его наследником и соответственная необходимость очистить долги умершего из всего *имущества*, какое после него осталось. Все долги умершего уплачиваются до раздела наследства, и что останется, то идет в раздел. Эта ликвидация, равно как и последующий раздел, поручаются *казию*, на обязанности коего лежит прежде всего уплатить издержки на лечение и погребение и долги умершего, затем исполнить его завещание, если есть, и разделить имение. Вызов наследников и давность для приобретения наследства неизвестны в мусульманском законе. Для расценки наследства и для технического распределения долей могут быть избираемы казием особливые эксперты, известные под именем *касимов*.

ГЛАВА ВТОРАЯ

ПОРЯДОК НАСЛЕДОВАНИЯ ПО РУССКОМУ ЗАКОНУ

§ 37

Исторический очерк русского наследственного права. – Первые начала наследования по договорам с греками, по Русской Правде и судебникам. – Влияние родового начала и политической борьбы с боярством на постановления о наследстве. – Отличия в наследовании между поместьями и вотчинами. – Образование вдовьей и дочерней части. – Право женщин-родственников при мужчинах. – Недоумения о праве представления. – Соединение поместий с вотчинами и указ о единонаследии. – Отмена его. – Причины затруднений и недоумений по вопросам о наследовании до издания Свода Законов. – Бытовые и хозяйственные объяснения нашего закона. – Скудость определений русского закона о наследовании.

Первые начала наследования выводят обыкновенно из договоров русских с греками, сопоставляя их с постановлениями краткой Русской

Правды о кровной мести и предполагая, что она производилась родственниками в том же порядке, в каком они наследовали. Из этих выводов следовало бы, что родственники призывались к наследству в таком порядке: *брат*; если его не было – *сын*; если и его не было – *отец*; далее – *племянник* от брата, *племянник* от сестры. В этом означении иные (Неволин) видят постепенность призвания; другие (Кавелин) ее не находят. На основании указанных соображений заключают, что боковые родственники, кроме братьев, не призывались к наследству; в предпочтении брата сыну видят действие родного начала, указывают на исключение женщин и право жены на получение некоторой части (жена убитого да имать толищем же прибудет по закону). Выводы эти нельзя признать точными, ибо они основаны на гадательных соображениях. Из договоров с греками следует бесспорно только то, что на Руси имение умершего поступало в семью, к милым ближним, и что находившемуся на чужой стороне естественно было на случай смерти *творить обряжение* о своем имении (см. у Никольского и Цитовича).

На основании *пространной Русской Правды* обыкновенно отличают общий порядок наследства от особенного, для смердов, бояр и княжих мужей – членов дружины. *Общий* порядок: после отца, если умер без ряда, не урядив имения, наследуют *дети*; при этом дается часть по душе умершего и часть вдове, если муж ничего ей не назначил. Из детей – незамужние дочери ничего не получают при братьях, но братья выдают их замуж, наделяя *како си могут*. Дети от рабы не наследуют, равно и мать их. После матери-вдовы в ее участке наследует тот из детей, у кого она жила в доме и кто кормил ее. Сводные дети наследуют после родителей своих, но после отчима или мачехи не наследуют. *Особенный* порядок: в имении смерда наследуют одни дети мужского пола, а если их нет, то князь; но предполагается, что в таком случае он незамужним дочерям дает часть на приданое. После бояр и дружинников, если нет сыновей, наследуют и *дочери*. О наследстве боковых родственников вовсе не упоминается. Поэтому Неволин думает, что в отсутствии детей имение шло князю. Он видит в этом признак, что родовое начало было потрясено в период междоусобий от смерти Ярослава до нашествия монголов. Если станем смотреть на наследство с точки зрения княжеского права и зависимого владения (ср. 1 часть сей книги, § 16), то можно думать, что в отношении к князю владельцем имения, принадлежавшего дружиннику, мог считаться только представитель семьи, а не рода. Правило о смердах, т.е. податном и преимущественно земледель-

ческом сословии, должно было относиться к движимости, ибо поземельной собственности у них, по-видимому, не было¹.

Кроме Русской Правды есть еще известие о порядке наследования в Псковской Судной Грамоте (XV столетии). По ней умершему наследовали: отец, мать, сын, брат, сестра, другие ближние родственники (кто ближнего племени): стало быть, и боковые допускались к наследованию. Сын лишался наследства, если отца и матери не скормит до смерти, а пойдет из дому. Супруги друг после друга наследовали только пожизненно, в кормление, пока не вступали в следующий брак (т.е. пока не будет основано новое хозяйство).

Наконец, Судебники обоих Иванов постановляют, что после умершего *без духовной* наследует *сын*, когда нет его – *дочь*, а если нет и дочери, то ближний из его рода (статок весь и земли взять).

Из этих сведений видно: 1. Женщины вообще не наследовали или наследовали в отсутствии мужчин; но давалась им часть на случай замужества. 2. До судебных родовое начало успело прийти в упадок, а семейное усиливается (см. критику этого мнения у Цитовича, стр. 142). Нигде не говорится о наследовании внуков; о праве представления нет и помину; внуков, по-видимому, исключают братья умершего. 3. В призвании родителей к наследству после детей, супругов друг после друга до нового брака или до смерти (Псков), некоторые (Кавелин) видят признак того, что здесь было в обычае членам семьи не делиться, но жить вместе, и наследство удерживалось за старшим; по сему в постановлениях Русской Правды видят следы южнорусского, киевского, малороссийского обычая – делиться после каждого замужества. Это различие связывают исторически с нынешним различием великорусского и малорусского крестьянского быта. У первых личность поглощается семьей, домом и даже общиной. Дом составляет одно целое, в котором общая казна в ведении старшего или того, кто признан способнее вести хозяйство. Что члены зарабатывают, то должны вносить в общую кассу. Здесь понятие о наследовании уступает понятию о разделе дома. Но пока нет раздела, нет и наследства после умершего.

Известно, что владение землей на вотчинном праве доступно было у нас до нынешнего столетия только служилому классу (см. сей книги ч. I, § 16–18) и не было почти вовсе доступно массе земледельческого населения. В таком состоянии хозяйственного быта не могло утвердиться поня-

¹ Надлежит заметить, что и мнение о различии особых порядков наследования, по странной Русской Правде, не установилось еще в науке окончательно (ср. у Никольского и Цитовича).

тие о наследстве лица после лица, и не предстояло надобности законодателью устанавливать точное правило о наследовании, доколе оно не коснулось личной поземельной собственности или личного владения. Вследствие того мы видим, что в ту самую эпоху, когда начинает слагаться понятие о поземельной собственности, в период Судебников и затем Уложения, определения закона о наследстве имеют в виду не целую массу народа, а только одно сословие служилых людей, развивают не общее земское право, а право служилых людей Московского государства, владевших вотчинами и поместьями. В законах не встречается особых постановлений о праве наследства в тех сословиях, которые, не принадлежа к служилым, могли владеть недвижимым имуществом, в городских, тяглых сословиях. В соответствии с этим различием состоит и различие в юрисдикции. По общему правилу, водворившемуся у нас с принятием греческого церковного права и церковной организации, дела о наследстве разбирались церковной властью, и законом для разбирательства этих дел были вошедшие в Кормчую книгу греко-римские постановления о наследстве. Но как скоро вопрос о наследовании коснулся до имуществ, имевших специальное значение государственных, и до владения, коего свойство было государственное, так для этих имуществ образовалось специальное, полугосударственное, полугражданское право наследования, и споры о наследстве в этих имуществях перешли в особое ведомство мест, заведовавших этим родом имуществ (поместный приказ); следовательно, для имуществ тяглых осталась в силе общая церковная юрисдикция, а в отношении к имуществам низшего земледельческого населения не встречалось еще (с государственной точки зрения) надобности ни в какой юрисдикции, следовательно, и ни в каких законах.

Это-то специальное наследственное право для служилых классов, по мере распространения на все классы личного поземельного владения, мало-помалу обобщается, получает значение общего, земского права.

В образовании у нас наследственного права замечаем следующие главные черты.

1. Стремление удерживать в роде принадлежащие к нему недвижимые имущества. Это стремление оказывается сначала в высших классах, у потомков владетельных князей, знатных и вельмож.

2. Борьба московских государей с потомками удельных князей и с боярством вызывает некоторые постановления, определяемые не семейным началом, а временными, случайными политическими целями и стремлениями государства.

3. За исключением немногих потомков удельных князей, удержавших свои земли на вотчинном праве, служилые классы получили свои

имения большей частью от Московских государей в виде поместий для службы или в виде милости и жалованья за службу. Вследствие того владение не имело свойств определительного и безусловного права, не имело всех признаков права полной собственности и подлежало ограничениям в распоряжении. Притом, по служебному характеру владения, мужчины должны были получить решительный перевес над женщинами: последние получали только долю на прожиток и на приданое, а наследовали, когда не было мужчин.

Порядок наследования образовался неодинаковый в *поместьях* и *вотчинах*. Вотчины были *родовые*, принадлежавшие членам одного рода и по смерти владельцев переходившие к членам того же рода; *купленные* у частных лиц; *выслуженные*, пожалованные в частное владение по царской милости; *купленные* из поместий и казенных порожних земель в вотчину.

Оставляя в стороне постановления Иоанна IV относительно княжеских и боярских вотчин, как имевшие характер исключительно политический и изданные под влиянием борьбы с боярством, переходим прямо к XVII столетию, когда борьба успокоилась и стали выясняться начала, определившие порядок наследования в вотчинах и поместьях.

1. *В поместьях*. По сущности поместного права к нему не могло применяться начало наследования. Это было по существу своему временное, условное, пожизненное владение, — право, принадлежавшее лицу владельца в той мере, в какой он лицом своим отправлял служебную повинность. Поместья давались в определенном окладе, соответствовавшем месту, чину, службе. Следовательно, сын, поступая на службу, получал соответственное поместье не потому, что он сын отца своего, а потому, что имеет по службе право на известный оклад; мог, стало быть, получить отцовское поместье, мог получить и не отцовское, чужое. Женщинам же, так как они не служили, вовсе и следу не было получать поместья. Но по силе обстоятельств поместья стали мало-помалу принимать характер наследственных имений, и наконец, вовсе с ними сравнились. Прежде всего надлежит заметить, что всякое поместное владение всюду и всегда стремится сблизиться с вотчинным. Если право на поместье состояло в зависимости от личной службы, а не от родового начала, то, с другой стороны, и право служить, быть служилым человеком и помещиком зависело от происхождения. Семейное начало, кровная связь необходимо должны были отразиться и на праве по имуществу. Естественно было, что сын, не имевший своего поместья, желал получить по смерти отца оклад свой из того самого поместья, которое принадлежало отцу его. Этого требовали и соображения хозяй-

ственные. Само правительство имело в виду как эту хозяйственную цель, так и цель служебную, чтобы люди, принадлежавшие к одному роду военной службы, были помещены в одних местах, и можно было предполагать, что сыновья причисляются к одному роду службы с отцами. Под влиянием, вероятно, этих или подобных соображений мало-помалу признано за правило давать сыновьям поместья предпочтительно из отцовских, так что даже розданное чужеродцам стали поворачивать к сыновьям. Но если сыновей не было или за наделом их остались лишние четверти, то остальные четверти отдавались уже в оклад дальнейшим родственникам умершего и чужеродцам, последним после родственников.

У умершего служилого человека, не имевшего вотчин, а только поместья, могли оставаться еще малолетние, не приспевшие в службу сыновья, жена, дочери, мать и другие родственники, жившие на его попечении. Надо было обеспечить их существование. Так появилось правило (1611 г.): вдове с малолетними детьми, даже дочерьми, давать поместье умершего на прожиток. Но сыновья, достигнув возраста и службы, получали свои поместные оклады из этого поместья. На такой случай появлялся закон — бездетной жене и дочери назначать из поместья умершего часть на *прожиток* до замужества, пострижения в монастырь или смерти. Эта часть, вначале неопределенная, определилась постепенно ($\frac{1}{2}$ XVII столетия): вдовам побитых на службе — 20 четвертей со ста; вдовам умерших в походе — $\frac{15}{100}$ четвертей; вдовам умерших вообще на службе — $\frac{10}{100}$ четвертей; а дочерям — в половину против вдов. Из этого образовалась потом средняя доля жены в недвижимом имуществе — $\frac{1}{7}$, средняя доля дочери — $\frac{1}{14}$ (из животов $\frac{1}{8}$ и $\frac{1}{4}$ части, по правилу греко-римского закона). Этим путем установилось наследственное право жены и дочери; сначала получали прожиточное поместье бездетные жены, потом вдовы и при детях. С установлением же дочерней части устранялась и прямая обязанность родственников кормить родственников и давать им приданое в тех случаях, в коих они получали часть свою по закону. Семейное начало все более и более вкрадывалось в поместное владение. Кончилось тем, что в 1684 году все поместья отца велено отдавать нисходящим — сыновьям, внукам, правнукам, без различия, совершеннолетни они или нет, поверстаны или нет в службу. На деле поместья уже уравнились с вотчинами.

2. *Наследство в вотчинах.* В начале XVII столетия видим, что наследниками вотчин считались дети умершего, да жене давалась часть. Однако закон не решался еще объявить боковых родственников прямыми наследниками после бездетного владельца. Но в течение XVII столетия этот взгляд мало-помалу изменился. Право наследования признано

за боковыми родственниками без посредства выкупа у церкви. Утвердилось в наследстве и имуществе родовое начало в новом своем виде, с преимуществом нисходящих пред боковыми, с правом боковых на наследство, с правом личной собственности для владельца, с правом продажи, присвоенным лицу владельца родового имения, с правом выкупа для родственников. Относительно наследства в боковой линии выработалось правило: ближайшая линия исключает дальнейшую (беспредельное право боковых было ограничено, и то на время, только указом 1712 г. о единонаследии, – по женскому колену до внучатых).

Затруднения касались вопроса о наследстве женщин. Вопрос о мере и степени наследственного права их состоял в связи с понятием о том, что женщина принадлежит чужому роду. Покуда такое мнение не утвердилось окончательно, жены могли почитаться наследницами после мужей. Еще в XVII веке бездетная жена наследовала после мужа не только в выслуженных, купленных из поместья, но даже в родовых вотчинах. Но потом право это было ограничено, когда выяснилось в законе преимущество родового и фамильного начала: жене, как не принадлежащей к роду, стали давать выслуженные и купленные из казны имения только в прожиток после мужа, в кормление, а не в собственность; а затем, по вступлении жены в новый брак, по пострижении или по смерти, эти имения возвращались в род мужа. Вотчины еще долго были наследуемы женами в исключительную собственность, но, наконец, и в отношении к ним признано, что по смерти жены они возвращаются детям умершего с их потомством, а если детей нет, то идут назад в род мужа, а не в род жены. По окончательном соединении поместий с вотчинами, окончательно определилось право жены в самом простом виде на наследство в недвижимом имении, по размеру поместного права, т.е. $\frac{1}{7}$ и $\frac{1}{4}$ части (1731 г.).

Относительно права женщин-родственниц в судебнике признано было, что дочери наследуют, когда нет при них братьев. Это коренное правило оставалось постоянно в силе, но когда в XVI столетии ограничено было указами право наследования рода в вотчинах, дочери и вообще женщины-родственницы устранены от наследства в старинных княжеских вотчинах; на преемника возлагалась только обязанность устроить женщин приданым. О праве их на наследство в вотчинах родовых и выслуженных указы Ивана IV умалчивают, но при царе Михаиле приказано, что вотчины сего рода могут оставаться за женщинами по духовным и данным, следовательно, по актам воли умершего, а не по законному наследству; однако вскоре после того, в 1628 году, признано, что дочери имеют право на получение таких вотчин тогда только, когда

нет при них братьев; сверх того, признано (повторенное и в Уложении) правило, что дети, сыновья и дочери дочерни после деда наследуют с его сыновьями и дочерьми и своими дядьями и тетками. В то же время установилось правило об указной части из *поместий*, исключительно в пользу *дочери*; относительно же вотчин правило: сестра при братьях не вотчинница, разъяснено в 1677 году в строгом смысле как для нисходящей, так и для боковой линии, так что лишь за отсутствием мужского потомства от братьев сестры наследуют со своим женским потомством.

К числу самых неясных и спорных вопросов наследственного права в XVII столетии принадлежал вопрос о праве представления, т.е. о праве детей, сколько бы их ни было, получать на свою долю часть, которую получил бы отец их, когда бы в минуту открытия наследства оставался в живых. Законодательство сбивалось на исключении женщин из наследства при мужчинах. Должны ли внуки от сына наследовать вместе с тетками? С дядьями? Сыновья от дочери исключают ли теток? Наследуют ли вместе с ними дочери от другой дочери? Возникало множество подобных вопросов, и все они разрешались то так, то иначе.

В таком состоянии было наше наследственное право при Петре. Он хотел устроить его на простых основаниях, по своим государственным соображениям. Раздробление недвижимых имуществ между многими наследниками показалось ему вредно во многих отношениях. Для государства, говорит он в указе, по мере разделения имений благонадежность взноса податей более и более уменьшается, между тем как тягости крестьян увеличиваются. Для фамилий: знатные фамилии, чем более в них делится имение, тем более беднеют и наконец совершенно упадают. Для нравственности: наследники, получив по наследству хотя небольшой участок и, следовательно, быв обеспечены в своем содержании, уклоняются от службы государственной и предаются праздности – матери всех пороков. Совершенно иных последствий ждал Петр от нераздельности недвижимых имений. Различные виды недвижимых имений в то время уже сблизились между собой. Петр соединил их под общим именем недвижимых имений и учредил 23 марта 1714 года для всех единонаследие на следующих основаниях. 1) Все недвижимое после отца или матери наследует один старший сын. 2) После бездетного недвижимое поступает к одному ближайшему по имени родственнику. 3) Последний в роде может для возобновления фамилии отдать все недвижимое одной из родственниц с тем, чтобы муж ее принял ее фамилию. 4) У бездетной жены недвижимое имущество мужа остается на прожиток до смерти, до вступления в новый брак или в монастырь, а затем идет в род мужа, на основании единонаследия.

Этот порядок наследования удержался недолго. В 1731 году, 17 марта, указом Императрицы Анны Ивановны он отменен и восстановлен прежний порядок. Причины восстановления следующие: родители по равной любви ко всем детям употребляли все средства, чтобы разделить между ними имение по равным частям, прибегали для того к подложным продажам и закладам, обязывали детей великими клятвами, чтобы получивший после них все имение передал часть его своим братьям; из наследства рождались между родственниками ссоры, ненависть, смертоубийства. (Впрочем, кроме этих причин, могло быть и другое, политическое побуждение – предупредить усиление знатных родов, которое могло произойти от единонаследия.) С изданием указа 1731 года прежнее разделение недвижимых имуществ на разные виды не восстановлено, а прежний порядок отличал вотчины от поместий. Поэтому сделаны в законе новые изменения. Уничтожено отличие вотчинного порядка наследования от поместного, и на всякие недвижимые имущества распространен поместный порядок. Определены части супругов и дочерей, причем указная часть жены и дочери, первоначально установившаяся для поместья, получила значение общего права на выдел из всех недвижимых имений умершего, и притом не на прожиток, как прежде, по Уложению, но в собственность.

За отменой указа о единонаследии велено было дела решить по Уложению и по новоуказным статьям, изданным не в противность, а в пополнение к Уложению. Между тем ни в Уложении, ни в новоуказных статьях не высказано было твердых, определительных и общих правил наследственного порядка. Прежнее, существовавшее в эпоху Уложения разделение недвижимых имуществ уничтожилось, и не всегда можно было решить, какие из новоуказных статей противны Уложению, какие только дополняют его. Отсюда возникали во множестве противоречия и недоумения в применении законов о наследовании. Разрешения недоумений со стороны высшей законодательной и судебной власти не всегда способствовали к разъяснению вопросов, а нередко еще более их запутывали. Соглашение противоречий и установление общих начал наследования последовало не ранее как с изданием Свода. С того времени эта часть нашего законодательства подвергалась наименьшему изменению, и коренные правила, установленные при издании Свода, доныне остаются в действии.

Русский закон наследования развивался органически и в полноте лишь относительно порядка, в коем родственники призываются к наследованию, и относительно ограничений наследственного права для некоторых лиц и по некоторым имуществам. Во всем прочем русское наследственное учреждение отли-

чается отсутствием или крайней скудостью определений, и определения, какие есть, имеют вид отрывочный, случайный, без связи с ясно сознаваемой идеей, к которой должны примыкать все определения, возникшие путем органического роста или развития. Эта скудость, впрочем, становится понятной, когда подумаем, что наш наследственный закон возник в крайней простоте и скудости хозяйственного быта, в коем земледелие преобладает над промышленностью, капиталов образуется немного и обращение их медленно. Первые памятники русского закона о наследовании относятся к такому состоянию общества, в коем основной формой быта была семья, и к семье приурочивалось имущество, состоявшее в ведении старшего. К такому состоянию трудно применить римское понятие о наследовании, как о преемстве личности по имуществу. К такому состоянию естественнее всего применяется понятие о разделе общего хозяйства, *по смерти* старшего, к лицу коего оно примыкало, или даже *при жизни его*, когда один из членов семьи, своей парой и породой, *отделяется* от нее в особую семью. Каждый член семьи имеет основание ожидать и требовать своей доли из общего хозяйства, когда оно дробится на отдельные семьи, имеет потолику, поколику он представляет собой единицу в семье, способную дать начало семье особой. Такой единицей нельзя признать женщину, потому что она идет в чужую семью: ее надо только снарядить к выходу, при мужчинах, и потому естественно, что женщина не имеет прямого удела в своей кровной семье, когда в ней есть мужчины. Такой единицей нельзя признать в хозяйстве отца, мать, деда, бабу, потому что им отделяться нечего, нечего основывать новое хозяйство, и потому естественно, что по смерти хозяина нет отдела для восходящих. Когда кто из членов семьи умер, не дождавшись отдела, — дети его не теряют права при общем разделе на отцовскую часть — вот право представления в простейшем смысле. Таков правдоподобный вид первоначального наследства, как его представляют нам первые памятники русского законодательства; не удивительно, что мы не встречаем в них положительного указания и на порядок, в котором призываются к наследству члены семьи, а о праве членов *рода* на наследство и не упоминается, поелику за семьей не видно рода ни в юридическом, ни в политическом его значении (см. о сем у Цитовича). Понятие о роде в связи с наследством выясняется с организацией служилого сословия в государстве и соединенного со службой личного землевладения. Вместе с тем возникают и получают мало-помалу разрешение вопросы о том, кто после кого вступает по наследству во владение имуществами того или другого рода, — но вопросы эти исключительно государственного свойства, и в разрешении их не видно органического развития начал гражданского права. Так, мало-помалу, отдельными указами строится у нас порядок наследственный, без стройной системы. Нынешний наш закон о наследовании есть по началу своему учреждение для высшего владеющего сословия, и ныне имеет практическую важность почти исключительно для меньшинства, по числу незначительного в сравнении с миллионным большинством, для коего закон этот почти не имеет практического значения. Хозяйственная среда, в которой этому закону надлежало действовать, немного подвинулась вперед в своем развитии и надолго еще оставалась при свойствах земле-

дельческого быта. Удивительно ли поэтому, что мысль об универсальности наследования не была у нас прямо выражена до издания Свода Законов? В отсутствии правильного кредита, при слабости промышленного развития, при всеобщей неопределительности ценностей и скудости промышленных сделок не могла достаточно выясниться потребность этого установления. Мысль об ответственности наследника долго, и после Уложения, оставалась еще у нас на той степени, на которой является она в Уложении: «истцов иск правити на жене должника и на детях или на брате *кто после его во дворе и в животах... кто в тех его вотчинах и в животах...* не тех роду его, кому животы и вотчины достанутся». В этих выражениях нет ничего указывающего на идею об универсальном представительстве умершего по имуществу; наследство является просто переходом имущества с лежащими на оном обязанностями и принадлежащими к нему правами. Оттого *принятие* наследства и *отречение* от оного долго не выясняются в юридическом своем значении; можно сказать, что и доньше идея того и другого еще не выяснилась вполне и не выработала из себя соответствующих ей учреждений. От римского гражданского права мы были отрезаны историей, бытом, бедностью науки и образования; у нас не было того богатого развития городской промышленности, которое на Западе, умножив капиталы и создав кредит, возбудило потребность к сознанию идей и к принятию учреждений римского права. Вот причины, почему и доньше наследственное право наше с этой стороны так бедно содержанием.

§ 38

**Когда открывается наследство по русскому закону. —
Ограничения наследственного права. — Имущество,
составляющее предмет наследования. — Отношение наследования
по закону к завещанию. — Кто может быть наследником?**

Наследство по закону есть совокупность имуществ, прав и обязательств, *оставшихся* после *умершего* без *завещания* (1104). Стало быть, вот какие необходимые условия понятия о наследстве.

1) *Смерть*. Ранее смерти вотчинника не может быть речи о наследстве помимо его воли (по воле его может быть выдел). Исключение допускается только в случаях, означенных в 1151 и 1153 ст. Но, по общему правилу, прежде смерти вотчинника никто не имеет действительного права на его наследство, и всякого рода записи об уступке, продаже или обременении долгами ожидаемого наследства, при жизни вотчинника, не имеют силы перед законом (Зак. Гражд. 710).

Не одна только смерть физическая служит поводом к открытию наследства. Оно открывается еще смертью политической, т.е. лишением

прав состояния того лица, кому принадлежит имение. Вотчинник считается в сем отношении как бы умершим, и имение переходит к законным его наследникам. Если бы впоследствии открылось в пользу его наследство, то оно идет к тем, кому и в случае смерти его дошло бы по праву представления (1222). Но если с преступлением, повлекшим за собой лишение прав, соединяется еще и конфискация имущества, то законное наследство после такого преступника не имеет места. Буде родители его во время конфискации еще живы, от из открывшегося после них при жизни преступника наследства доля, следующая ему, обращается в казну; из сего надлежит заключить, что буде сие наследство откроется уже *по смерти преступника*, то конфискация не касается следовавшей ему доли (см. правила о ликвидации по конфискованным имениям, 1868 года, Полн. Собр. Зак. № 45431, § 27, 28).

Наследство открывается со вступлением в монашество, т.е. с отречением от мира и всякого стяжания. IX. 354, 438–411, 475. Зак. Гр. 1223. Вступающий в монашество ничего при себе не удерживает (незначительные исключения у католиков см. IX. 440, 443). Духовным властям токмо дозволяется делать завещания о движимом имуществе в пользу частных лиц. Отсюда следует, по соображению 363 ст. IX т., что после них открывается и законное наследство.

Все, что останется по смерти монашествующих, обращается в монастырскую казну; однако же, если бы оказались у них капиталы, отданные в ссуду, на сохранение, в оборот и т.п., до поступления в монашество, и не поступившие к наследникам при пострижении, то имущество такого рода по смерти их следует их наследникам, а не в монастырь. В таком смысле состоялось в Моск. Общ. Собрании Сената решение по делу монахини Ксанфии.

На Востоке, в Византийском законодательстве, различалось в епископском имуществе приобретенное до епископства (*bona partimonialia*) и приобретенное после хиротонии (*b. clericalia*). Первым он мог распоряжаться на полном праве, последнее считалось достоянием церкви и находилось в пожизненном его пользовании, а при жизни управлялось экономией кафедры. В настоящее время в Константинопольской церкви существует такой порядок, что по смерти епископа *все* его имущество без различия поступает в ведение Епитропии, которая вырученную от него ценность делит на 3 части: одна идет в пользу патриархии, другая в пользу епархии; третья – родственникам. В новогреческой церкви наследство после епископа определяется общими гражданскими законами.

У монахов различалось также имущество, приобретенное *до* и *после* пострижения. Первое могло переходить к наследникам. Но соборное постановление 861 года, со строго церковной точки зрения, признало всякое имущество после монаха – достоянием монастыря; однако государственное законодательство не держалось этой строгой точки зрения.

В России различалось у епископов имущество *домовое*, или казенное, и *келейное*. Последним обыкновенно распоряжались по смерти епископа цари, однако духовные власти могли делать и завешания о сем имуществе. Порядок этот отменен Дополн. к Дух. Регламенту 1722 года. Велено – все имущество после высших чинов препровождать в Синод, а после низших – в монастырскую казну. В том же смысле выражается инструкция коллегии экономии 1763 года. Но указом 20 февр. 1766 года дозволено монашествующим властям делать завешания в пользу частных лиц, но не в пользу монашествующих, как разъяснено в Мн. Гос. Сов. 1858 года. Любопытную переписку о сем см. в Собр. Мн. и отз. Митроп. Филарета Т. IV, № 457.

А) Открывается ли, и каким порядком, наследство в имении безвестно отсутствующих? Об этом наш закон, к сожалению, вовсе умалчивает. Статьи 1 ч. X т., относящиеся к безвестно отсутствующим (1243, 1244), хотя и помещены под заглавием: *о вызове наследников*, странным образом имеют в виду совсем не наследственное право, а право отсутствующего, по явке, получить свое имение, которое, за отсутствием его, должно быть взято в казенный присмотр. И эти законы, вместе с 326 и 327 ст. Улож. о наказ. и 852 ст. Уст. Угол. Суд., разумеют случай самовольного пребывания за границей. В новом Уст. Гр. Суд. 1451–1460 ст. определяют порядок удостоверения в безвестном отсутствии, но оставляют по-прежнему в неизвестности вопрос о юридическом значении безвестного отсутствия, не разрешаемый и гражд. законами. В силу этих статей становится возможным предъявить иск к лицу безвестно отсутствующего, но не открывается еще наследникам его право иска о наследстве; хотя в 1455 ст. упоминается о являющихся на вызов наследниках (по истечении 5 лет, со времени первой публикации, суд приступает, по явке наследников, к рассмотрению дела), но нет такого постановления, на коем прямо утверждалась бы их возможность осуществить свое наследственное право. Надлежало бы дополнить этот недостаток положительным постановлением гражданского закона, что по истечении 5 лет со времени публикации признанные наследники могут вступить во владение имением и владеют им до истечения 10-летнего срока, указанного в 1244 ст. Зак. Гр. условно, без права на отчуждение имения. Однако и прежде 5-летнего срока надлежало бы дать сим наследникам возможность наблюдения за опекуном управлением и, по крайней мере, некоторое участие в пользовании доходами с имения (ср. Касс. реш. 1870 г., № 546).

Б) Безвестное отсутствие ведет не к лишению и не к ограничению, но к приостановлению прав на имение. Но есть подобные случаи, в которых приостановление прав на имение соединяется и с некоторым их ограничением. Таково, напр., состояние имений, принадлежащих лицам, самовольно удалившимся за границу.

В) По силе ст. 12 прил. к прим. 1 к ст. 1238 Зак. Гр. наследование не имеет места, когда 1) при самой смерти лица, производившего торговлю, или после того откроются законные признаки его несостоятельности; 2) когда эта несостоятельность будет объявлена судом. Но это ограничение условное. О наследовании после такого лица не может быть и речи в течение производства о несо-

стоятельности, но по окончании одного несостоятельному должнику, согласно п. 4 ст. 618 Уст. Суд. Торг. изд. 1893 г., возвращаются, буде есть свободные остатки имущества, и в таком случае на этот остаток могут предъявить права его наследники (ст. 6 прил. к прим. 1 к ст. 1238 Зак. Гр.). Ср. еще Уст. Суд. Торг. изд. 1893 г., ст. 623, 624 п. 4 и реш. Кассац. Деп. 1870 г. № 244.

2) Должно быть *имущество* после умершего. Если нет имущества, то не может быть и речи о наследственном переходе прав и обязательств, ибо личные права, напр. по состоянию, переходят на детей, по рождению, при самой жизни родителей вследствие самого события рождения в известную минуту.

А) О наследственности некоторых должностей у инородцев см. Учр. инородц., изд. 1892 г., ст. 122, 123.

Б) Существовавший в белом приходском духовенстве обычай передавать наследникам, родственникам или зятям места и должности отменен в 1867 году. См. Уст. Общ. Призр. изд. 1892 г., ст. 539.

В) Не переходят по наследству имущества, состоящие на личном пожизненном или присвоенном должности праве – напр., Уст. Казач. Сел. ст. 48, Прод. 63 г.

Г) О праве патроната в лютеранской церкви закон говорит, что оно наследственно, буде не соединено с имением; но может быть принадлежностью только христианина (Уст. Ин. Исп. 660). Право сие нераздробимо при разделе наследников (662 ст.).

Д) Если населенное имение доходит по наследству лицу, не имеющему прав потомственного дворянства, то оно не может вступить в непосредственное его владение впредь до совершения акта о выкупе крестьянами поземельного надела, а поступает до того времени в ведомство опеки; Впрочем, наследник волен продать или передать имение и в этом состоянии потомственному дворянину (Гр. 3. 1304, 1308).

Е) Некоторые имущества, по роду своему, могут быть принадлежностью только лиц, принадлежащих к особому сословию, коему особо присвоено владение ими, или устраняются из владения лиц, принадлежащих к сословию, которое лишено сего права. Посему есть случаи, в коих лица, лишенные прав на владение некоторыми имуществами, буде таковые дойдут им по наследству, обязываются продать их в положенный срок. Такова была до освобождения крестьян обязанность наследников недворян, относительно доходящих по наследству дворянских имений. Но, с ослаблением значения дворянских имений, это ограничение утратило свою силу, равно как и подобное же ограничение для иностранцев. Ныне в законе остаются лишь следующие ограничения. Еврей, получив по наследству недвижимое имение вне тех местностей, в коих дозволено евреям владеть такими имуществами, обязан продать его в 6-месячный срок. Т. IX. 960.

Подобное же ограничение в последнее время установлено для иностранцев в Царстве Польском, в губерниях Бессарабской, западных и прибалтийских, кроме Эстляндской, а также для русских подданных из иностранцев и переселенцев из Царства Польского в Волынск. губ. (IX. 1003, прим. 2, прил. по Прод. 1890 г. и пол. Ком. Мин. 1895 г., Собр. узак. № 472).

Особая авторизация правительственной власти требуется при переходе по наследству типографий, литографий и металлографий. См. Уст. Ценз. изд. 1890 г., ст. 161. – Об аптеках см. 556 ст. Уст. Врач., изд. 1892 г.

Когда золотые прииски достанутся по наследству лицам, не имеющим права заниматься золотым промыслом, лица эти обязываются, в течение двух лет со дня приобретения, продать или передать свое право; в противном случае прииски продаются с публичного торга. См. Уст. Горн. изд. 1893 г., ст. 438, 439.

Ж) Есть личные права, возникающие вследствие смерти другого лица, но не составляющие наследства. Таково, напр., право вдовы или дочери на пенсию. Право на пенсию нельзя причислить к имуществам, входящим в состав наследства и имеющим ценность в лице умершего вотчинника, следовательно, получение пенсии не сопряжено и с той ответственностью за долги умершего, которая нераздельна с принятием наследства.

З) Авторское право не может продолжаться более 50 лет по смерти первого приобретателя или после первого посмертного издания. Право это переходит после самого сочинителя к его наследникам в том же объеме, как и у него было, т.е. у наследников сохраняет оно при материальной ценности и личное или духовное свое значение. Как у автора, так и у наследников его не могут быть арестованы сочинения и переводы рукописные и печатные, с правом издания, продажи и отчуждения в пользу кредиторов: для сего требуется согласие наследников (Пол. Взыск. Гражд. 354–356. Уст. Гр, Суд. 1041. Зак. Гр. 1185). Оно требуется и для издания в свете частной переписки и частных записок (Зак. Гр., ст. 4209, прим. 2, прил., ст. 9, 10).

Решением сената по делу Павлова (Касс. реш. 1868 г., № 552) признано, что право на издание журнала или газеты, как право по имуществу, составляет часть наследства, и потому продолжение наследником издания составляет законный признак принятия наследства.

3. О наследстве по закону может быть речь только тогда и потоплику, когда и поколику умерший при жизни не распорядился своим имуществом посредством завещания. Когда осталось законное завещание, тогда в том имении, на которое простирается завещание, не может уже быть наследства по закону. Но свободному распоряжению вотчинника на случай смерти подлежит только имущество благоприобретенное, а родовое во всяком случае должно следовать законным наследникам. Отсюда правило 1110 ст.: наследство переходит к наследнику по закону: а) когда умерший оставил родовое имение; б) когда осталось благоприобретенное имение без завещания; в) когда завещательное распоряжение признано по суду ничтожным. Стало быть, когда после умершего осталось завещание, то все имущество, правильно завещанное, исключается из законного наследства и следует не по законному порядку, а по воле умершего, а законное наследство открывается только в том имуществе, которое не вошло в завещание или не могло быть завещано.

Законными наследниками почитаются лица, кровным родством связанные с умершим, без ограничения известной степенью, до совершенного прекращения рода. Если нет никого из кровного родства, то имущество признается выморочным и, как бесхозное, поступает в казну или в пользу некоторых учреждений и сословий, о чем будет сказано ниже.

Но и лица, кровным родством соединенные, должны быть юридически способны к наследованию. Некоторые обстоятельства делают их неспособными. Не могут наследовать родственники, если родство их не происходит из законного брака (1113 и 136, 137), разве бы они были и в этом отношении сопричены к законным детям по Высочайшему указу или узаконены установленным порядком (144, 144¹ по Прод. 1891 г., 1119; ср. Касс. реш. 1880 г., № 91). Усыновленные имеют наследственные права наравне с родными детьми усыновителей только в их благоприобретенном имуществе, и если у усыновителя остались только дочери, то наследуют в одинаковой с ними доле (156 по Прод. 1891 г.). Связь по свойству не дает права на наследство (1120).

Вообще наш старый закон вотчинных отношений обращал внимание на права наследственные только в тех случаях, когда перед лицом государства имело значение имущество, переходящее по наследству. Так было в сословиях, имевших право вотчинного владения. Податное и особенно крестьянское сословие стояло вне этого права.

Наследником может быть лицо, еще не родившееся в минуту смерти вотчинника, лишь бы оно в эту минуту было зачато; может быть и иностранный подданный. Могут быть и лица с умственными и физическими недостатками; безумный не исключается от наследства (1106). Магометанин, принявший христианскую веру, не устраняется от наследства и получает часть, следующую ему, в случае раздела, даже по магометанскому закону (ст. 1340).

Наследник должен быть в полноте гражданских прав своих: лишенный всех прав состояния не наследует и почитается как бы умершим для наследства (Гр. Зак. 1107). Не могут наследовать монашествующие, отрекшиеся от мира (Зак. Гр. 1109. IX. 356, 439, 475). Исключение для католических монахинь и для армянского монашества см. IX. 443, 475.

С лишением прав состояния прекращаются и все гражданские права, возникающие из супружества и союза родственного; следовательно, и естественная кровная связь через посредство лица, лишенного прав, не дает право на наследство (см. о сем реш. Гражд. Касс. Деп. Сената 1874 г. по д. Муравьевых).

О наследниках, не способных по недостойности, наш закон не упоминает. По делу о завещании бригадириши Лопухиной Государственный Совет (в 1839 г.) рассуждал, что в наших законах нет решительного постановления о прямом устранении детей от наследства за непокорность их родителям; но если

бы устранение сие, в отношении к имению благоприобретенному, и было допущено, то и тогда оно не должно быть вечным, ни в отношении к устраненным — через лишение их навсегда возможности вступить во владение имением, по могущим даже впоследствии открыться правам наследства, ни в отношении к потомкам, невинным в проступках своих предков.

Поземельные участки, купленные от казны в Царстве Польском, на основ. Полож. 1871 г., могут переходить по наследству только лицам русского происхождения, если же таких нет, то продаются, и лишь цена продажи достается наследникам (П. С. Зак. № 49763, ст. 20).

§ 39

Общие положения наследственного порядка. — Наследование в нисходящей линии. — Указная доля дочери. — Уравнение дочерних частей с сыновними. — Преимущество мужчин перед женщинами. — Право представления. — Право сводных детей. — Отличия в Литовском статуте.

После умершего вотчинника призываются к наследству родственники его, члены рода его, связанные с ним союзом *законного* родства. Они призываются к наследству не просто по близости степеней, по счету рождений, но и по близости *линии*. Для того чтобы определить право на наследство после известного лица, надобно прежде всего определить, в какой линии родства с умершим находится претендующее лицо, и если это — линия, ближайшая к умершему, то претендент может быть после него наследником. О значении рода, линии и степени, о правилах исчисления родства по линиям и степеням см. выше.

В наследстве ближайшая линия исключает дальнейшую. Итак, если есть претендент на наследство после меня в 1-й боковой линии, напр. брат родной, то уже не может быть и речи о праве 2-й боковой линии, где мои двоюродные братья. Если претенденты в линиях, равно близких ко мне, напр. двоюродные от деда и от бабки, то между этими линиями может быть состязание в наследстве.

Когда определены линии, в каждой из них считаются степени. В каждой линии ближайшая степень исключает дальнейшую. Но если при открытии наследства лицо, ближайшее в степени к умершему, не находится уже в живых, а есть его потомки, то место этого лица занимают и в степень его вступают эти наличные потомки, дети, внуки, правнуки и т.д. Это называется правом представления (ст. 1123). Так, если после умершего А остался брат его З с сыном и внуками, то сын Ж и внуки Д и Е при живом отце и деде не имеют права на наследство после А, потому что З в ближайшей степени родства с умершим вотчинником, а ближайшая степень исключает дальнейшую. Но когда после А остался брат Ю и сын

(Ж), либо внуки (Д, Е) другого брата З, прежде умершего, то эти потомки вступают в степень умершего родителя или деда своего и делят наследство после А вместе с Ю, т.е. с тем лицом, которое состоит в одинаковой степени с тем родителем или дедом, кого они представляют. Они получают ту же самую часть, которую получил бы родитель или дед их, если бы находился в живых при открытии наследства после А, и делят эту часть между собой *поголовно* (1125 ст.).

Женщины в таком только случае пользуются наследством, когда нет с ними мужчины в равной степени; на этом основании пользуются они и правом представления, т.е. дочь тогда только представляет отца своего, или внука — деда или бабу, когда у ней нет в живых братьев (1126 ст.).

Восходящие родственники не пользуются правом представления. К наследству призываются родители, но ни как не деды и не бабушки, и родители не безусловно, а лишь в ограниченном смысле: они предпочитают, при некоторых условиях, боковым родственникам умершего, но никогда не входят в состояние с детьми умершего, своими внуками (1124).

Супруги получают друг после друга определенную часть; право их основывается не на кровной, родовой связи, а проистекает исторически из обязанности взаимно поддерживать друг друга в средствах к содержанию. Отсюда следует, что супруги, не имея один после другого наследственного права, не имеют и права представления; посему едва ли правильно рассуждал Сенат, в решении 1879 г., № 342, что супруги пользуются правом представления в случае, предусмотренном в ст. 1149.

Наследование в нисходящей линии

Ст. 1127–1132

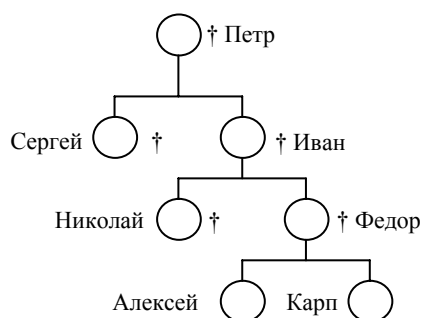
Ближайшее право на наследство после умершего отца или матери принадлежит *сыновьям*. Если останутся после умершего одни только сыновья, то они делят наследство между собой поровну, *поголовно*. То же право принадлежит *дочерям*, если останутся *одни только дочери*.

Но когда при сыновьях останутся и дочери, родные их сестры, то сестра в строгом смысле при брате не наследница. Каждая дочь получает тогда из родительского имения только так называемую указную часть, именно $\frac{1}{14}$ из недвижимого и $\frac{1}{8}$ из движимого¹. Эта часть дочери ни в каком случае не должна по величине своей превышать часть, достоящуюся каждому брату, и потому, если после умершего останется при сыновьях столько дочерей, что по назначении им указанных частей (из движимого или недвижимого имения) сыновние части оказались бы менее дочерних, то части сыновей и дочерей сравниваются. Так, напр., когда бы

¹ По местному праву в Грузии, Имеретии и Гурии, братья (и их потомки) выкупают указную часть у сестры порядком, означенным в приложении к примечанию к 1130 ст. Зак. Гр.

осталось 10 дочерей и 5 сыновей, то из недвижимого первым следовало бы $\frac{10}{14}$ частей и затем осталось бы только $\frac{4}{14}$ части на 5 сыновей, так что на долю каждого сына пришлось бы менее $\frac{1}{14}$ части; тогда и сыновьям и дочерям следует назначить по $\frac{1}{15}$ части. Когда бы осталось 5 дочерей и 5 сыновей, то из движимого следовало бы дочерям $\frac{5}{8}$, а остальные $\frac{3}{8}$ достались бы 5 сыновьям, т.е. каждому менее одной восьмой части: тогда и сыновьям и дочерям следует назначить по $\frac{1}{10}$ части.

Все дети умершего, состоящие в живых в минуту его смерти, имеют право на наследство. Если кто-нибудь из них умер до этого времени, не оставив после себя детей и потомства, в таком случае не может быть и речи об участии его в наследстве. Но если в минуту смерти вотчинника существует потомство одного из умерших прежде детей его, то это потомство пользуется правом представления, вступает по наследству в право родителя своего, которое принадлежало бы ему, когда бы он сам при открытии наследства находился в живых: *живые получают часть умершего*, коего личность представляют (ср. Касс. реш. 1876 г., № 444; 1880 г., № 272). Этим правом наследства пользуются они *непосредственно*: они наследуют не родителю своему, а прямо тому предку, после кого открывается наследство, но наследуют ему по той причине, что *представляют личность своего родителя*.

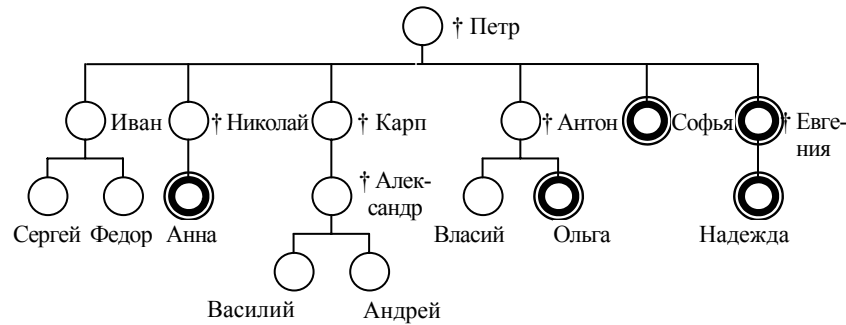


В минуту смерти Петра все его дети и внуки не находятся уже в живых: ему наследуют правнуки его Алексей и Карп, потому что представляют личность отца своего Федора и деда своего Ивана. При этом никак не предполагается, что имущество умершего Петра переходит сначала к тем, кого уже нет в живых — к сыну его Ивану, потом к внуку Федору, и уже через последнего — к детям его Алексею и Карпу. По праву представления в наследстве имущество переходит прямо к представителям, не

задевая лица представляемого, без всякой мысли о *передаче* от представляемого. Это различие имеет практическую важность. Если бы имущество прадеда Петра, достоящееся правнукам, переходило к ним не иначе как по наследству от отца или от деда Ивана, который должен был наследовать отцу своему Петру, когда бы при смерти его находился в живых, в таком случае наследство перешло бы к правнукам не только с долгами прадеда, но и с долгами деда или отца; но так не бывает и быть не должно (ст. 1262). Напротив, когда бы Иван хотя одним днем пережил отца своего Петра, то Алексей и Карп получили бы тоже самое прадедов-

ское имение в наследство уже не от прадеда своего Петра, а от деда Ивана, стало быть, оно перешло бы к ним и с долгами Петра и с долгами Ивана.

В какой мере наследство принадлежало бы представляемому лицу, в той мере принадлежит оно представителю.



Умирает Петр. Если бы живы были в эту минуту сыновья его Николай, Карп, Антон, то сыновья и внуки их не имели бы никакого права на наследство. Так не имеют этого права Сергей и Федор, сыновья Ивана живого. Но Николай, Карп, Антон не живы в минуту открытия наследства после Петра. В степень их входят их потомки следующим образом. После Карпа следовал бы сын его Александр, но и Александра нет, а есть в живых сыновья его Василий и Андрей, дети Александра, внуки Карпа, правнуки Петра. Они получают и разделят поровну ту часть, которая следовала бы Карпу. После Николая осталась дочь, *одна только* дочь Анна. Она единственная представительница Николая, который, как сын Петра, получил бы полную наследственную долю. Она и получит сполна долю отца своего Николая. Осталась в живых и тетка Анны, дочь Петра. Она как дочь, как женщина, сама по себе получит после отца только $\frac{1}{14}$ долю недвижимости из его наследства, тогда как племянница ее Анна, представительница мужчины, отца своего Николая, получит его полную, мужскую долю. Но был у Петра еще сын Антон. Его тоже нет в живых; после него остались сын Власий, да дочь Ольга. Как тут поступить? Один ли Власий пользуется правом представлять отца своего Антона в наследстве и получит всю долю, следовавшую отцу его, или вместе с тем и сестра Власия, Ольга, пользуясь тоже правом представления, должна получить из этой доли $\frac{1}{14}$ часть недвижимого и $\frac{1}{8}$ движимого?

Здесь мы касаемся вопроса, многими почитаемого за спорный, вопроса о праве представления, принадлежащем женщине при мужчинах. Иные полагают, что в приведенном случае внука, сыновнина дочь, по смерти деда участвует в наследстве его, в степени умершего отца своего, по праву представления, даже при живом брате, и получает указную дочернюю часть из того имущества, которое досталось бы отцу ее, когда бы он при открытии наследства оставался в живых. Мнение это трудно признать основательным.

Припомним прежде всего общее правило 1126 ст., общее для всех линий: лица женского пола пользуются правом представления тогда, когда они *за недостатком мужского пола* призываются к наследству. Правило это, конечно, не было бы высказано, когда бы закон допускал наследство женщин по праву представления и при мужчинах, состоящих в одной с ними степени.

Далее – припомним строгое различие между наследством и правом представления: последнее есть не наследство, а, так сказать, путь, способ к наследству. Когда мы говорим о наследстве, то должны иметь в виду то лицо, после которого открывается наследство. В приведенном примере речь идет о наследстве после Петра, а никак не после Николая, Карпа, Антона и пр. Здесь речь может идти только о наследстве Ольги после деда ее Петра, а не после отца ее Антона. Когда бы она после Антона наследовала, то получила бы свою указную дочернюю часть: она, конечно, и получила ее в свое время, когда при смерти отца ее оказалось у него имение. Но после деда, при внуке его Власии, наследнике мужского пола, внучка не наследница.

В нашем законодательстве исторически выработалось следующее общее правило. Женщина участвует в поголовном разделе наследства только тогда, когда в одной степени с ней нет мужчины. Кроме этого случая допускается наследство женщины в одной только форме; в форме *указной доли*, а эта форма может быть только двойная: *вдовья* и *дочерняя*. Затем о других формах не было никогда помину в нашем законе. *Внучатной доли* быть не может. Вспомним историческое происхождение указной доли: это определенная в постоянном размере часть имения, выделяемая жене на прожиток после мужа, дочери – на прожиток же или на приданое после родителей. Дочь выделяется из семейства, предполагается непременно к переходу в чужую семью, и с выделом указной части из родительского имения прекращаются все ее имущественные притязания к семье, если есть у нее братья. Эти братья считаются представителями отцовского рода, наследниками родителей, а дочь переходит в чужую семью и становится в начале своей семьи, которую вновь основывает с мужем: таково общее предположение закона. Когда умирают родители ее, она в таком только случае является представительницей рода их по имуществу, когда не осталось после них сыновей. Если в роде, к которому принадлежит она по рождению, оказывается надобность в представителе, она в таком только случае допускается к этому представительству, когда в равной с ней степени нет мужчин. Все, что может женщина получить при братьях, она получает *как дочь*, но *как внучка* ничего не получает. Говорят: если бы после Петра успел наследовать Антон, то сумма его имения увеличилась бы этим наследством, и в той же пропорции увеличилась бы указная доля дочери Антоновой Ольги. Из этого выводят, что Ольга не должна быть лишена этого увеличения и в том случае, когда наследство после Петра не застает уже в живых сына его, а застает в живых потомков сына. Вывод, очевидно, неправильный. Наследство после Антона открывалось уже раз и единожды навсегда; в другой раз открытие это не может повториться. Только в эту минуту Ольга при брате могла считаться наследницей после отца своего. В другой раз наследство открылось после деда; как дочь, Ольга получила все, что могла получить при брате; как внучка, она могла бы получить

добавление к отцовской доле в таком только случае, когда бы закон именно установил и для внучки особую указную часть. Такого правила нет, и если бы оно было, оно состояло бы в противоречии со всей системой наследственного права женщин по нашему закону.

Скажут: обидно, несправедливо. Но этот аргумент относится к области нравственных, а не юридических доказательств. Место ему при обсуждении закона в области законодательства; но там, где дело идет о применении силы данного, известного закона к данному случаю, остается только определить истинный смысл данного закона, и соображения *справедливости* могут быть допущаемы только *в пределах* этого законного смысла.

Итак, Ольга ничего не получит после деда при брате своем Власии. Иное дело – другая внучка Петра – Надежда. Она вступает в степень матери своей Евгении, представляет мать свою, и если мать ее при жизни отца не была *окончательно* выделена в своей указной части, Надежда получит по смерти Петра все то, что следовало бы ее матери.

Последнее правило: дети *сводные*, принадлежащие одному из супругов, наследуют только в имении *своих* родителей, а не отчима или мачехи, потому что между пасынком или падчерицей и отчимом или мачехой существует только свойство, а свойство не дает права на наследство.

Особый порядок наследства, по Литов. стат., для Черниговской и Полтавской губерний. Имущество после отца идет к сыновьям и, по праву представления, внукам и т.д.; дочери же при сыновьях с нисходящими получают только приданое по местному праву, на осн. 1005 ст. Зак. Гражд. Они наследуют, с нисходящими, лишь когда не осталось сыновей или их потомства. После матери как родовое, так и благоприобретенное имущество дочери делят с сыновьями поровну; но буде при жизни матери сын или дочь получили уже от нее выдел или приданое, то уже не участвуют в разделе наследства после нее; участвует только потомство их, по праву представления, когда их самих уже нет в живых (Зак. Гражд. 1133).

§ 40

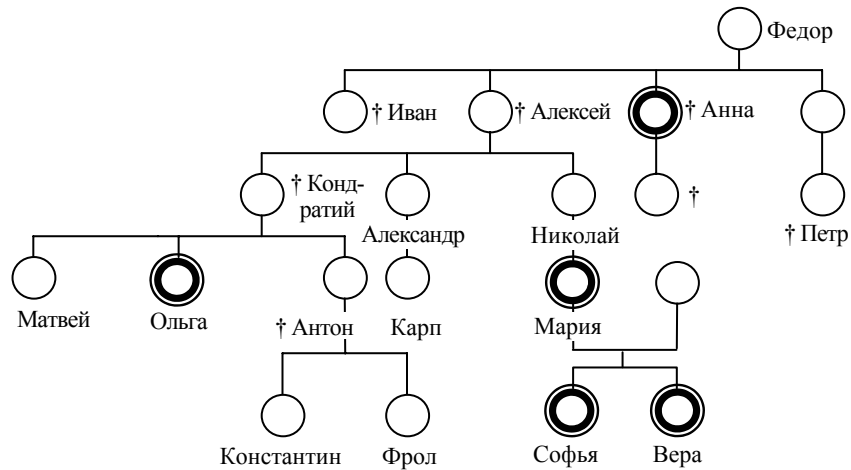
Наследование в боковой линии. – В каких случаях женщина пользуется правом представления. – Наследование в родовом имении сообразно происхождению имени. – Наследование в благоприобретенном имении. – Предпочтение полнородных неполнородным (ст. 1133–1140).

Когда после умершего не осталось детей и их потомков, т.е. когда нет никого в нисходящей линии, наследство переходит в боковые линии.

Если есть родственники в ближайшей линии, то нечего искать наследников в дальнейшей, ибо ближайшая исключает дальнейшую. Стало быть – если есть братья родные или их потомство (в первой линии), то двоюродные братья умершего или их родители, дядя умершего (во второй линии) не могут иметь претензий и т.д.

В каждой линии ближайшая степень исключает дальнейшую. Стало быть, при живом брате моем, дети его, мои племянники, не могут наследовать после меня, а наследует брат. Если у меня остался дядя родной, то дети его, мои двоюродные братья не наследуют, а наследует после меня дядя: брат – всего ближе ко мне по степени, в первой боковой линии; дядя – во второй боковой линии. Равные степени делят наследство поголовно: стало быть, если после меня во второй боковой линии осталось двое дядей, они оба в равной степени и разделят мое наследство поголовно, по равным частям. Умерших – наследников в ближайшей степени – заменяет их потомство, вступает в степень их и получает всю ту часть, которая следовала бы умершему, которого представляет; в таком случае потомство наследует по праву представления поколенно, хотя бы наследники и не носили имени или прозвания умершего. Когда представителей несколько, то все они, получая часть представляемого, делят ее между собой поголовно, если состоят в одинаковой степени; поколенно, когда состоят не в одинаковой степени относительно представляемого лица. В дележе не участвуют лица женского пола, когда в одной с ними степени есть мужчины. Сестры при братьях родных и их наследниках обоего пола не имеют права на наследство. Стало быть, если у меня остался брат с сестрой, то наследует один брат, а сестра не получает ничего. Если остались после меня – брат, да дети другого брата, сын и дочь, то эта дочь, моя племянница, не может представлять своего родителя, а один брат ее пользуется правом представления, и наследство мое разделят поровну – брат мой с племянником, а племяннице моей не достанется ничего. Но когда бы при ней брата не было, то она одна представляла бы отца своего и получала бы половину моего наследства. Правило о том, что сестры при братьях родных и их потомках обоего пола не имеют права на наследство, по разъяснению Государственного Совета, распространяется на все боковые линии и на все в них степени (ст. 1135, прим.; ср. Касс. реш. 1879 г., № 264).

Наследство открывается после Петра, бездетного. Родных братьев у него нет, нет, следовательно, родственников, которые происходили бы от одного с ним родителя, – в первой боковой линии, стало быть, открываются права дальнейшей, второй боковой линии, в линии деда его по отцу, Федора. В этой линии могут быть дядя его, тетки, братья двоюродные, племянники двоюродные и пр. Если бы жил дядя его, Алексей, да другой дядя, Иван, то оба они прямо получили



бы все наследство, состоя в ближайшей степени родства к умершему вотчиннику во второй боковой линии; тогда никакого поколенного дележа не было бы, а был бы между Иваном и Алексеем только чистый поголовный дележ наследства поровну, так как Иван и Алексей никого не представляли бы, а наследовали бы прямо в силу своего права: отец их, Федор, сам не мог бы наследовать после внука, следовательно, о праве представления его личности здесь и речи быть не могло бы, а Иван и Алексей наследовали бы после Петра просто по кровной связи с ним, как дядья его, без всякого представления. Но ни Алексея, ни Ивана нет в живых, а осталось потомство одного Алексея, и оно вступает в права его. Но при этом ни сестра его Анна, тетка умершему вотчиннику, — когда бы была в живых, — ни потомство ее не могут иметь никакого участия в наследстве по силе 1135 ст.

В каком же порядке наследство Петра разделится между потомством дяди его Алексея? У Алексея было три сына: Кондратий, Александр и Николай. Если бы все трое были в живых при открытии наследства после Петра, то все они поровну разделили бы оное между собой без всякого участия своих потомков, так как ближайшая степень загораживает дорогу всем степеням дальнейшим. Они получили бы наследство по праву представления, но разделили бы между собой *поголовно*, состоя в одинаковой степени родства относительно представляемого лица — Алексея и относительно умершего вотчинника Петра.

Но из них жив один только Александр, а Кондратий и Николай умерли, оставив по себе потомство. С этим-то потомством (но никак не с сыном своим Карпом, которому загораживает дорогу) Александр и должен вступить в состязание и в дележ.

Дележ этот будет вообще *поколенный*, а в частности — и *поголовный*. Поколенный, потому что живые лица, претендующие на наследство, состоят все в различной степени родства с умершим вотчинником, но, представляя своих

родителей и дедов, входят в их степень, и только на одной из высших степеней сводятся к единству того лица, которое и без представления, непосредственно могло бы наследовать умершему. Так, здесь права всех претендентов сводятся к праву Петрова дяди Алексея. В частности, придется раздроблять наследственные доли *поголовно*, когда в дальнейших степенях сыновья будут делить между собой поровну долю своего родителя, которого представляют.

Итак, Александру достанется треть наследства, другая треть – потомству Кондратия и третья треть – потомству Николая. У Кондратия два сына – Матвей и Антон, да дочь Ольга; ее, при живых братьях или при их потомстве, все равно что нет; ей ничего не достанется (1135 ст.). Матвей разделит долю отца своего Кондратия с потомством брата своего Антона, прежде умершего. Дележ опять поколенный. Матвей получит половину Кондратьевой доли, а другую половину разделят между собой уже *поголовно*, пополам, сыновья Антоновы, Фрол с Константином.

Последнюю треть Петрова наследства получит потомство Николая. У него была дочь *Марья*. Так как при ней нет ни живых братьев, ни их потомства; то она могла бы представлять отца своего Николая, а так как ее нет, то ее представляют и получают третью долю Петрова наследства две ее дочери – Софья да Вера, хотя они по отце своем носят чужую фамилию, а не Петрову. Зато по матери они принадлежат к роду Петра и, не имея при себе братьев и их потомства, могут представлять мать свою. Долю матери своей, долю деда своего Николая делят они между собой *поголовно*.

По вопросу о праве женщин при мужчинах наследовать в боковых линиях продолжаются еще пререкания, хотя этот вопрос, кажется, несомненно разрешается 1135 ст. Гражд. Законов (см. полемику по сему вопросу в Журн. Мин. Юстиции 1865 г. № 12 и 1866 г., т. I, стр. 267 и т. II, стр. 47 и 53, и аргументацию в решении Моск. окружн. суда по делу Щербинина. Юридич. Вестн. 1869 г., № 2; 1872 г., № 4. Есть и судебные решения, допускающие племянниц при племянниках к участию в наследстве, по праву, будто бы, представления. Напр., реш. 7 Д. Сен. 29 апр., 1870 г. по д. Согбатовых. Но Касс. реш. 1872 г., № 505 признало, что сестры при братьях не наследуют в боковых линиях по праву представления). Возражают, что 1135 ст. имеет в виду не сестер наследника, а сестер умершего вотчинника – толкование, очевидно, неосновательное. Статья, по буквальному своему смыслу, имеет в виду определить, кто при ком, т.е. в составлении с кем, не наследник, и притом вообще в боковой линии, а не только в *первой* боковой линии. Правило 1135 ст. согласуется вполне и с общим постановлением 1126 ст., что женщины пользуются правом представления *тогда*, когда они, за недостатком мужчин, призываются к наследству; согласуется и с историческим ходом нашего законодательства, которое никогда не признавало за женщиной самостоятельного права на наследство при мужчине (ср. что сказано выше о наследственном праве внушки).

Ссылаются на 4 ст. XVII гл. Уложения, в коей сказано: «А у кого сыновей не останется, и родовые и выслуженные вотчины давати и дочерям их – и у которых дочерей будут *дети*, и те вотчины детям их и внучатам, после дедов

своих и бабок их родных и с дядьями и с тетками своими родными в старинных и в выслуженных вотчинах быти им вотчинам же». Против этой ссылки заметим, что из нее еще менее, чем из иных, можно выводить коренное, будто бы, право племянниц при родных своих братьях наследовать совокупно с дядьями или тетками. Невозможно признать ясное общее начало в том, в чем господствовало в эпоху Уложения полное смешение понятий – именно в праве представления. Практика бродила по всем вопросам, в коих надлежало судить по праву представления. *Во-1-х*, в самой статье не говорится ни слова о племянницах или *дочерях* дочерей, а говорится просто о детях, следовательно, позволено еще усомниться, разумеются ли в этом слове дочери, когда вообще сестры при братьях не имели участия в наследстве. *Во-2-х*, если под словом *дети* разуместь и одних сыновей (а тем более дочерей), то правило статьи в совокупности своей, представляет странное противоречие, которое обнаруживает нам, как смутны были понятия того времени о представлении и как опасно выводить общее начало из приказного приговора по частному делу, послужившего основанием целой статье. Именно: в первой половине статьи говорится несомненно: дочерям давать вотчины, когда не осталось сыновей; иначе – сестра при брате не наследница. А из второй половины следует явное, по нашему понятию, нарушение этого правила, ибо там, где сын остался, потомству дочери дается совокупное с сыном (т.е. племяннику, дочернему сыну с дядей) участие в наследстве, стало быть, потомству, представляющему умершую, дается более прав, чем сама она имела бы, когда бы жива была. Явное дело: или мы не понимаем, что хочет выразить статья, или практика приказная на этой статье бродила в потемках, как бывало в эту пору и после, когда, напр., по неведению о праве представления, мужчине из женского колена давалось право, коего не имела бы мать его, потому только, что он мужчина, независимо от степени, в которой право его уравнивается с правом другого наследника. Наконец, что бы ни означала означенная статья, правило ее исчезло безвозвратно за указом 10 авг. 1677 года, коим решительно признано преимущество мужчин пред женщинами во всех боковых линиях без исключения. На этом начальном правиле стоит наш закон и донныне, только оно разъяснилось несомненно с установлением понятия о праве представления и правила 1126 ст. Защитники противоположного мнения сбиваются, как было замечено, на понятиях о наследственном праве по представлению. Им кажется, что, при наследовании по праву представления, наследниками надлежит считать представляемых, т.е. прежде умерших, и что их право передается уже представляющим их потомкам – понятие неверное: наследство переходит прямо от умершего, и наследниками считаются прямо те, кои лично призываются к наследованию, хотя бы и по праву представления.

Раздел наследственного имущества в боковых линиях затрудняется и усложняется следующим правилом. Всякое недвижимое имущество у своего владельца принадлежит к одному из двух разрядов: либо оно родовое у него, либо благоприобретенное. На случай бездетной смерти владельца, когда наследство должно идти в боковую линию, непременно следует

принимать в соображение свойство каждого отдельного имения: родовое ли оно было у умершего вотчинника или благоприобретенное.

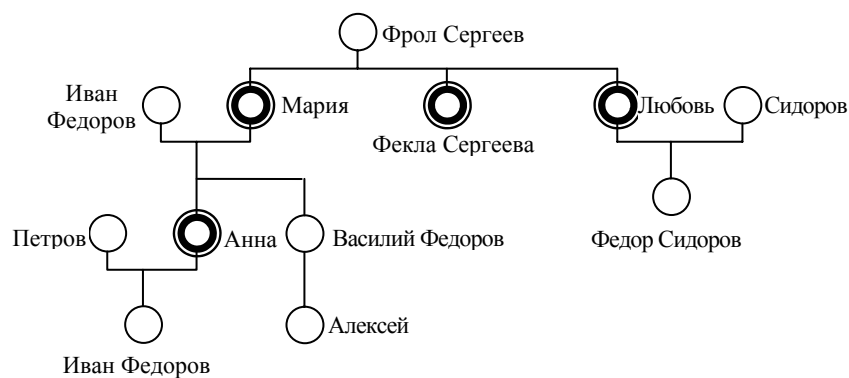
Возьмем сначала первый случай: имение было *родовое*. Родовое имение непременно имеет свою историю. Оно досталось умершему вотчиннику по наследству, или по акту, только из его же рода. В том или другом случае родичи его, владевшие до него этим имением, принадлежали или к роду отца его или к роду его матери, или имение непосредственно дошло к нему от отца, либо от матери. Спрашивается: если оказываются претенденты к наследству такого вотчинника в обоих родах: в роде отца и в роде матери, на каком основании распределять между ними имение? Закон отвечает: в боковых линиях имения родовые переходят — отцовское всегда в род отца, материнское в род матери. Необходимо знать, *откуда шло* родовое имение и *через какие роды* проходило. Родовое имение отцовское — есть то, которое наследовано от отца; материнское — от матери. Всякое отдельное имение, если переходило несколько поколений по наследству, имеет свою наследственную историю, которую можно проследить по родам, из коих оно досталось последнему владельцу. Напр.: Иван Иванов умирает, оставляя два имения: Коптево и Федоровское. Коптево дошло ему от отца Иванова, отцу от матери его из рода Алексеевых, а ей от дяди по матери Васильева. Федоровское дошло к нему от тетки родной по матери из рода Афанасьевых, а ей досталось от брата двоюродного из рода Петровых. Таким образом, Коптево, прежде чем дошло до Ивана Иванова, было в двух родах — Алексеева и Васильева; и Федоровское в двух родах — у Афанасьева и Петрова.

Спрашивается: как же следует истолковать правило о том, что родовое отцовское имение идет в род отца, материнское в род матери? С первого взгляда кажется, что применение этого правила просто: все, что досталось от отца — без различия дальнейшего происхождения (родовое *отцовское* по букве закона), достанется тому, кто ближе по линии и по степени к умершему в роде отца. Но исторический обычай и судебная практика издавна дают этому правилу иное истолкование, глубже проникающее в сущность родового свойства имений. По этому истолкованию, в определении наследственного права на родовое имение, принимается не только близость родовой связи между лицами, но и историческое отношение имения с теми фамилиями, из которых оно вышло. Безотносительно род отца моего (или матери) состоит из линий, примыкающих к тем предкам, от коих получил я кровь через отца своего (или через мать). Относительно известного родового имения отцовского (или материнского) род, куда оно должно идти, состоит из линий, примыкающих к тем предкам, за кем состояло и от кого переходило имение в наследственном обо-

роте. Итак, имение, когда идет в род отца или матери, буде не находит себе наследника в ближайших линиях к последнему преемнику и владельцу, и должно идти в дальнейшие линии, следует в ту линию, из которой вышло. В первой боковой линии разрешение вопроса просто: братья и сестры полнокровные наследуют родовое имение безразлично, потому что принадлежат одинаково к роду отца и к роду матери. Братья по отцу получают отцовское родовое, братья по матери – материнское. Когда доходит до второй боковой линии и оказываются в ней наследники, затруднение тоже устраняется. Отцовские или материнские двоюродные всегда находятся в одной только линии (потомки моего дяди, моей тетки по отцу, либо по матери). Итак, от кого бы ни дошло родовое имение к отцу моему – от отца его или от матери, никто из дальних не может по этому имению вступить в состязание с потомками родного моего дяди, потому что дядя мой – сын тех же родителей, от которых и отец мой произошел. Двоюродные положительно исключают в наследстве дальнейшие линии, хотя бы доказано было, что имение, полученное умершим вотчинником от отца, происходит из рода его (отцовской) матери, ибо двоюродные во всяком случае, примыкая к тому же роду, оказываются близкими и по имению и по крови умершему вотчиннику. Но уже в троюродных возможны столкновения наследственных прав между линиями, из которых вышло родовое отцовское или материнское имение, так что дальнейшая степень, примыкающая к имению по его происхождению, может отстранить, относительно сего имения, ближайшие степени, и ближайшая линия должна уступить дальнейшей, из коей вышло имение. В таком смысле применяется 1138 ст. Зак. Гр. Имение родовое возвращается в тот род, из коего вышло.

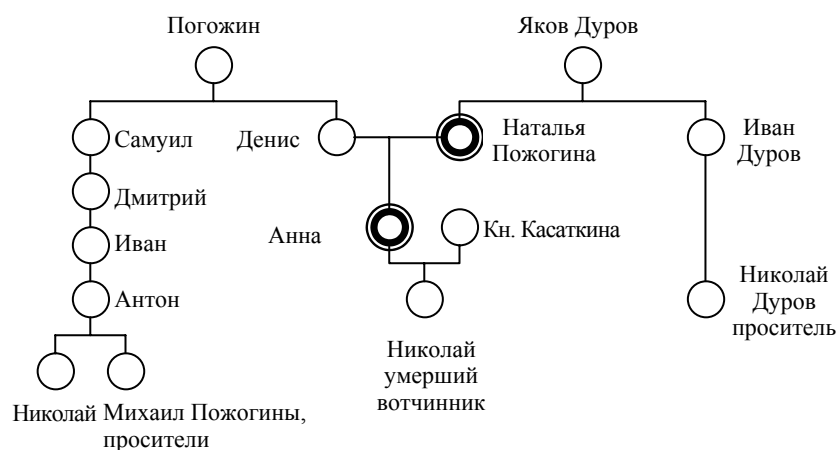
Уложение и последующие указы, на коих основана 1138 ст., служат подтверждением того основного правила, что имения бездетного вотчинника должны идти в тот род, чьи они старинные были. В указе 1 апреля 1763 года, между прочим, сказано: «вотчины, данные дочерним детям и внучатам, коих не стало бездетных, родственникам тех дочерних детей и внучат не давать, а быть им, по Уложению, и отдавать в род того рода, чьи те вотчины были старинные, родовые и выслуженные; следовательно, такие вотчины, данные из чужих родов не только дочерним детям и внучатам, но если бы и далее по нисходящей линии обращались наследственной линией, по пресечении той линии, как они не того рода, и что кроме собственных потомков того колена, от которого они, или другой никто наследовать не может, по тому указу непременно подлежат к возврату в тот род, чьи они были». При точном действии сего правила материнское родовое имение уже не может идти в род отца, и если в роде матери нет наследников, становится выморочным.

Для пояснения приводим следующие примеры:



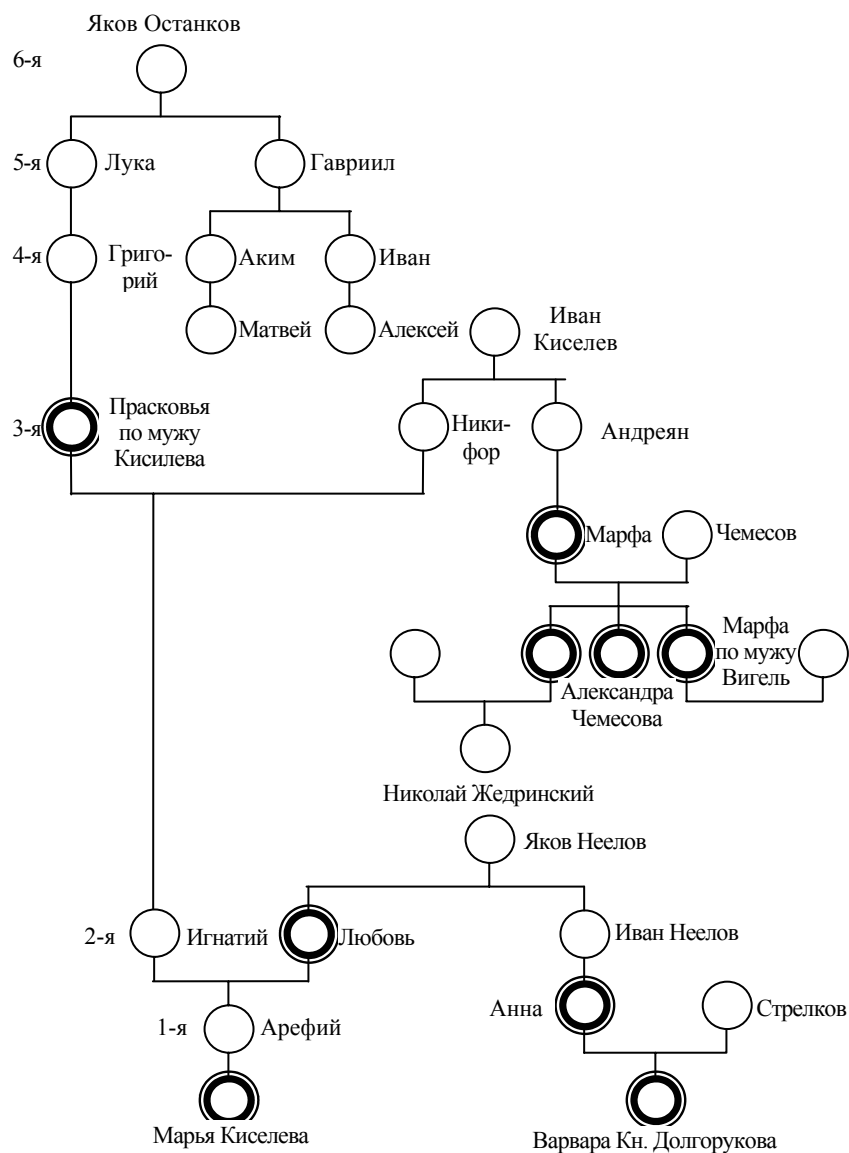
А. Наследство открывается после бездетного Ивана Петрова. Осталось у него материнское родовое имение, село Заразы, которое матери его Анне досталось от ее родной тетки по матери, Феклы, из роду Сергеевых. К этому имению претенденты: двоюродный брат умершему, по матери, Алексей Федоров, и из троюродных Федор Сидоров, родной племянник той Фекле Сергеевой, от которой шло имение. Но в этом случае Федор Сидоров не имеет никакого преимущества, по происхождению имения, перед Алексеем Федоровым, ибо и сей последний, через бабушку свою Марию, тоже примыкает к роду Сергеевых, из коего дошло имение, и сам мог бы наследовать после Феклы Сергеевой; стало быть, он, состоя в одинаковых условиях с Федором Сидоровым по происхождению имения, по крови имеет перед ним преимущество, ибо, как двоюродный умершему вотчиннику, состоит в ближайшей к нему линии.

Б. После бездетно умершего кн. Николая Касаткина-Ростовского осталось, между прочим, родовое имение, дошедшее к нему от матери, Анны, урожденной



Дуровой. К этому имению объявляли себя наследниками из рода матери – троюродные племянники умершего, братья Пожогины-Отрошкевичи, за кои имение и было утверждено, ибо в ближайшей линии не оказалось наследников. Но затем явился к тому же имению другой претендент, Николай Дуров, двоюродный дядя умершего, через бабуку его по матери, принадлежавшую к роду Дуровых. Он доказывал, что те самые села и деревни, из коих состоит спорное материнское имение умершего, дошли к матери его кн. Анне из рода Дуровых, коему принадлежали в XVIII и в конце XVII столетий, – что подтвердилось по документам. На сем основании Сенат, убедившись, что спорное имение не было в роде Пожогиных на праве собственности, но состояло всегда родовым в роде Дуровых и из сего рода дошло княгине Анне Касаткиной, признал Николая Дурова единственным наследником к сему имению, без участия Пожогиных.

В. Имение осталось после бездетной Марьи Киселевой. В первой боковой линии у нее нет наследников. Во второй линии тоже нет. В третьей линии есть потомки прадеда вотчинницы (через мать) Якова Неелова: есть правнучка сего последнего кн. Долгорукова, состоящая в 6-й степени родства с умершей вотчинницей. Есть еще в четвертой линии потомки прапрадеда умершей (через отца ее), Ивана Киселева, происходящие от внучки его Марфы, по мужу Чемесовой, две дочери той Марфы: Александра Чемесова, Марфа Вигель, и третьей дочери сын Николай Жедринский (в 7-й степени родства). Затем есть в шестой боковой линии потомки прапрапрадеда Марьи Киселевой, прадеда прабабки ее, – Якова Останкова, правнуки его Матвей и Алексей Останковы (в 9-й степени родства). Все эти лица принадлежат к отцовскому роду умершей Киселевой; имение ее родовое отцовское, и, когда бы не различалось происхождение сего родового имения, из числа всех сих лиц надлежало бы наследовать одной кн. Долгорукой, так как она состоит в ближайшей линии. Но наследственное отцовское имение умершей перешло к отцу ее, деду и бабушке из разных родов, между прочим, из рода Останковых и из рода Нееловых, и каждое должно возвратиться в свой род. Именно деревни и села, из рода Нееловых вышедшие, и с того времени непрерывно бывшие родовыми, достанутся Долгорукой, вышедшие из Останковского рода достанутся Останковым, хотя они состоят и в отдаленной, сравнительно с Долгорукой и Чемесовыми, боковой линии (Ср. Мн. Гос. Сов. по делу Киселевой в Журн. Мин. Юст. июнь 1861 г.)



Г. Феофила́тьев завещал благопр. имение жене своей с тем, чтобы после нее оно перешло к внукам их, детям их дочери, кн. Кугушевым. Феофила́тьева, приняв

имение, умерла, а после нее оно утверждено за внуками ее Кугушевыми. По смерти их к сему имению предъявили права по наследству троюм братьям их Кугушевым. Им отказано, потому что имение происходит у вотчинников из рода матери, а просители принадлежат к отцовскому роду. Жалоба принесена была на неправильное применение в сем решении 1138 ст. 1 ч. X т. Просители утверждали, что статья говорит исключительно об имениях (отцовское родовое), которые у отца или матери были уже родовыми, а в деле имение стало родовым только при переходе к самим умершим вотчинникам Кугушевым. Сенат отверг это толкование (Касс. реш. 1872 г. № 1288), рассудив так: в 1138 ст. имение, благоприобретенное самим бездетным владельцем, противопоставляется имению, полученному им от родителей, и потому на основ. 399 ст. Гр. Зак. следует признать, что все имения, дошедшие к умершему вотчиннику от его родителей, хотя бы у сих последних они были и благоприобретенными, следуют в дальнейшем переходе порядку, указанному в 1138 ст.

1890 февр. 20 № 61. В деле Кокоревой с Воронцом по вопросу о порядке перехода родовых имений по наследству в боковых линиях, Гражд. Касс. Департ. признал, что употребленное в 1138 ст. 1 ч. X т. выражение — имения родовые переходят: «отцовское в род отца, материнское — в род матери» — не может быть истолковано в том смысле, что имение, полученное умершим от отца своего, должно непременно переходить к родственникам отца, независимо от того, каким образом имение это перешло к отцу умершего и у кого из прежних собственников оно сделалось родовым. При подобном толковании родовое имение, доставшееся отцу умершего от его бабушки, у которой оно было уже родовым, следовало бы передать родственникам деда, как принадлежащего к роду отца, а не родственникам бабушки, причем родовым имением унаследовал бы не тот род, из которого оно дошло, а род, никогда оным не владевший. Между тем закон имеет в виду, при наследовании в родовом имении, сохранить его в роде, из которого оно получено, и что поэтому право боковых родственников на наследство в родовом имении обуславливается не одним кровным родством с отцом или матерью умершего, но и принадлежностью их к тому роду, из которого досталось имение, т.е. общим происхождением умершего и отыскивающего наследство от того родоначальника, от которого досталось родовое имение, составляющее предмет наследства.

По Литовскому статуту (Черниг. и Полт. губ.), после бездетного владельца материнское имение делится поровну между родными его братьями и сестрами, а если нет их, ни потомства от них, то идет по правилу 1137 ст. дальше в род матери, в дальнейшие боковые линии (Зак. Гражд. 1139 ст.).

Это правило 1139 ст. служит местным исключением из общего порядка, означенного в 1135 ст., в силу коего сестры при братьях в боковой линии не наследуют; по материнским имениям (умершего вотчинника) наследуют сестры наравне с братьями. Спрашивается: простирается ли это исключение и на те случаи, в коих, по смерти брата, за отсутствием живых сестер, наследство переходит, по праву представления, к потомству сих последних, состоящему из братьев и сестер? Наследуют ли и тут сестры наравне с братьями, т.е. племянницы умершего вотчинника наравне с племянниками? Одни отвечают: наследуют, ибо если уравни-

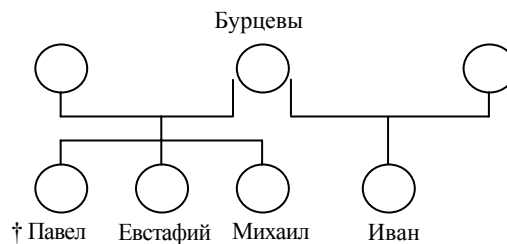
нение сестер допущено в одной степени, то нет резона не допускать его и в другой, при праве представления; ссылаются притом на 5 и 6 п. 1133 ст., допускающие поголовный дележ материнского имения между сыновьями и дочерьми. Другие, опираясь на буквальные выражения 1139 ст., допускают исключение только для братьев и сестер умершего вотчинника, так как статья, поминая и нисходящих от братьев и сестер, не присовокупляет и для них такого же исключения. Но, кажется, справедливо было бы приложить к этому случаю более широкое толкование закона. В правиле 1139 ст. закон отступает от общего начала – предпочитать братьев сестрам и допускает, по соображению *со свойством имения*, а не с близостью родства, начало уравнивания женщины с мужчиной. Посему нет основания не распространить это исключение и на потомство братьев и сестер умершего вотчинника, представляющее своих родителей. Вопрос этот возникал в деле о наследстве после кн. Прозоровского, в правах потомства двух сестер умершего вотчинника – Фроловой-Багреевой и Канцевичевой. Сенат (во 2 отд. 3 Д. 21 окт. 1869 г.) рассудил, что исключение, установленное в 1139 ст. для братьев и сестер умершего вотчинника, простирается на их потомство и теряет силу, уступая общему правилу только тогда, когда наследство, в отсутствии родных, идет в дальнейшую линию к двоюродным. Этому же воззрению держится и практика Кассационного Департа. Сената; см., напр., реш. 1879 г. № 264; 1882 г. № 49.

В применении правил о наследстве родового имения братья (и сестры) от одного отца, но от другой матери (единокровные) и от одной матери, но от другого отца должны быть уравниваемы с полнородными братьями и сестрами относительно имения, принадлежавшего общему родителю. Нет ни малейшего основания (когда прямо не установил его закон) предпочитать в сем случае полнородных неполнородным братьям и сестрам, ибо единокровные мои братья по отцу без всякого сомнения принадлежат к роду отца, и единокровные по матери – к роду матери, следовательно, состоят вполне в условиях, требуемых законом. Соответственно с сим, в кассационных решениях 1874 г., № 738 и 804 и 1876 г., № 102 и 214 Сенат рассуждал, что близость родства определяется происхождением от общего родоначальника, поэтому полнородные и единокровные братья имеют одинаковое право на наследование в родовом отцовском имуществе; при недостатке таких братьев и их нисходящих наследуют сестры полнородные и единокровные, а когда и их нет, то дяди и тетки с отцовской стороны. Родовое материнское переходит к братьям полнородным и наравне с ними к единокровным; если таких братьев, ни их потомства нет, наследуют сестры полнородные и единокровные и за ними дяди и тетки с материнской стороны и т.д. Таким образом, в родовом отцовском имуществе не имеют права на наследование единокровные, а в материнском – единокровные. Преимущество полнородных перед неполнородными признано законом, как увидим ниже, лишь относительно благоприобретенного имения (см. о сем реш. Гражд. Кассац. Департ. 1868 г., № 25. Бывали и противные сему

решения Сената, но отменяемы были, когда доходили до рассмотрения высшей ревизионной инстанции. См. реш. 4 Департ. Сената 16 окт. 1869 г. по делу Вышеславцевых, слуш. в Общ. Собр. Сен. 13 сент. 1874 г.).

Относительно благоприобретенного умершим вотчинником имения мог быть предложен вопрос: обращать ли его в раздел между линиями отцовского и материнского рода или обращать исключительно в тот, либо другой род? В 1823 году вопрос сей был разрешен окончательно; постановлено, что благоприобретенное имение должно считать выморочным, когда из того рода, к коему умерший принадлежал *по отцу*, не осталось более ни одного лица, как в прямой нисходящей, так и в побочных линиях. Правило это выражено в Своде Законов следующими словами (ст. 1138 Зак. Гражд.): «Имение, самым бездетным владельцем приобретенное, когда об оном не сделано особых распоряжений, поступает в род отца».

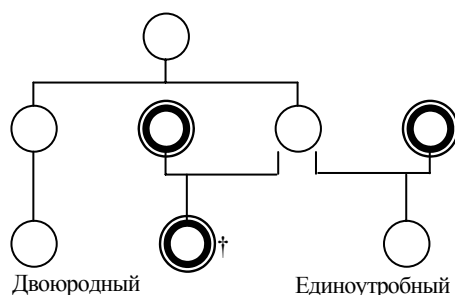
Между тем в тяжбах о наследстве в благоприобретенном имении возникали сомнения по другим вопросам, требовавшие определения. Один вопрос был таков: при полнородных братьях (или сестрах), у коих оба родителя общие с умершим, имеют ли право участвовать в разделе благоприобретенного имения и неполнородные братья и сестры, происходящие от одного отца с умершим, но от другой матери (единокровные)?



Рассуждая о сем по делу Бурцевых, Сенат, в 1817 году (П. С. З. № 26867), признал, что, по Уложению, надлежит вотчины умершего отдавать прежде всего братьям его родным, а дети, рожденные от одного отца, но от разных матерей, почитаются между собой не иначе как родными, *поелику они одного и того же рода*. В сущности это решение Сената важно тем, что в нем братья, имеющие одного только общего родителя, признаны *родными* братьями.

Но это понятие о родственной связи полнородных братьев с неполнородными еще не составилось окончательно, как впоследствии оказалось. В 1818 году возник в Сенате вопрос: кто должен быть почитаем ближайшим наследником благоприобретенному имению, по смерти бездетного приобретателя: брат ли единокровный той же матери, но другого с ним отца или

двоюродный брат по отцу. Двоюродный по отцу, состоя во второй боковой линии родства с умершим, должен ли иметь преимущество пред единоутробным его братом, состоящим в ближайшей линии и степени родства, потому только, что двоюродный принадлежит к роду отца, а единоутробный не принадлежит к оному? Общее собрание Сената, имея в виду и прежние решения по подобным делам, рассудило, что брат умершего единоутробный ближе ему родня, чем двоюродный отцовский, следовательно, и должен единоутробный получить благоприобретенное имение умершего, не имеющее связи с родом отца. Для рассмотрения сего мнения в законодательном порядке дело внесено было в Государственный Совет, где сам вопрос был расширен за пределы, в коих первоначально возник и рассматривался он в Сенате. Виной сего распространения была Комиссия составления законов, которая, по поводу сего вопроса, внесла в Государственный Совет состоявший из 9 статей «проект предварительного закона о взаимном наследовании благоприобретенного имения в боковых линиях после умерших бездетно и без завещания братьев и сестер от одного отца, но от разных матерей и от разных отцов, но от одной матери рожденных».



Этот проект замечателен тем, что в нем в первый раз употреблена терминология, в которой принято неизвестное дотоле и вовсе несоответствующее исконным понятиям о родстве различие между *родными* братьями, с одной стороны, и *единокровными* (от одного отца, но другой матери) и *единоутробными* (от одной матери, но другого отца),

с другой стороны, и за первыми признано преимущественное право на наследство после *родного* брата, независимо даже от родового происхождения наследственных имений. В первых статьях этого проекта Комиссия определяла правила о наследстве в противоположении двоюродных единоутробным, отдавая последним преимущество, но допускала право на наследство для единоутробных только в таком случае, когда после умершего не осталось *братьев и сестер родных и их потомства*.

В этом виде вопрос не расходился с понятием о праве *отцовского рода* на наследство в благоприобретенном имении, ибо в отсутствии братьев умершего по отцу предстояло разрешить состязание лишь между единоутробными и двоюродными. Но в последней статье проекта Комиссия, упомянув о *единокровных* братьях, поставила и их в одинаковые условия с единоутробными по наследству в благоприобретенном имении; от сего и

дано было неправильное направление вопросу. Именно в сей статье было сказано: *те же самые правила наблюдать и в рассуждении братьев или сестер единокровных (рожденных от одного отца, но от разных матерей), так что если бы случилось, что после бездетно умершего остались братья или сестры единокровные и единоутробные* (в отсутствии родных братьев и сестер, в новом смысле термина: родные), *то все благоприобретенное его имение делится между ими по сему постановлению без всякого различия – единокровные ли они или единоутробные.* Из сего следовало, что и братья единокровные, хотя принадлежат бесспорно к роду отца, не входят по благоприобретенному имению умершего брата в состязание с его братьями полнородными, имеющими с ним общих родителей, не входят в состязание *даже и с полнородными сестрами* и их потомством, но наследуют только в отсутствии полнородных братьев и сестер, – и в сем случае наследуют на одинаковом праве с единоутробными. Такое правило основывалось на предположении, хотя прямо и не высказанном, но явно вытекающем из редакции закона, что, независимо от кровной связи и близости степеней и линий, близость родства между братьями и соответствующее ей наследственное право зависят еще от общей связи их с *обоими* родителями и что одни только полнородные братья могут быть признаны *родными* – предположение, совершенно не согласное с коренным понятием о родстве отца с сыном и противоречащее самому смыслу слова: *родной*, которое указывает на род и на рождение – от известного лица. Это предположение выразилось, однако, к сожалению, и в редакции, принятой законодательной властью (1818 г. ноябр. 25 П. С. З. № 27579) и вошедшей в состав 1140 ст. Зак. Гражд. «Братья единоутробные *и единокровные*, в наследстве *благоприобретенного* имущества после владельца, умершего бездетным и без завещания *и не имевшего родных братьев и сестер, ни их потомства*, предпочитают прочим его родственникам. Таковое наследство поступает к ним в одинаковом порядке, как от приобретателей мужского пола, так и женского, и поелику единоутробные признаются *в сем случае* в равных правах на наследство, то там, где есть наследники те и другие, имение делится между ними, на законном основании, *как бы между родными братьями.* Когда братьев единоутробных и единокровных не осталось, то право, в сей статье определенное, переходит в той же силе к сестрам единоутробным и единокровным с их потомством». – Таковое правило 1140 ст. Надлежит, однако же, заметить, что это правило, со всеми сокрытыми в нем предположениями и выводами, надлежит по всей справедливости и по силе 65 и 70 ст. Основного Закона применять *исключительно* к тем случаям, на которые оно состоялось, т.е. к наследству братьев в благоприобретенном имении. Только в этих случаях будет законное основание прилагать название *родных* только к полнородным братьям и

предпочитать их и подобных же сестер, в наследстве после отца, братьям единокровным; а во всех прочих случаях, без сомнения, надлежит руководствоваться общими, выраженными в Законах Гражданских (1112–1120) положениями о родственной связи и правах, из нее возникающих. В этом смысле толковал 1140 ст. и Правительствующий Сенат (ср. Касс. реш. 1868 г., № 25; 1874 г., № 739), а в 1877 году, мнением Государственного Совета по делу Лубье, для руководства практики, постановлено, что 1140 ст., как исключение из общих начал о порядке наследования (ст. 1134–1138), должна быть применяема к тем *единственно* случаям, когда к благоприобретенному имению бездетно умершего владельца предъявят права братья его или сестры единокровные и единоутробные, при неимении у умершего братьев или сестер родных (т.е. полнородных), и потому содержащиеся в ней правила не могут быть распространяемы на случаи, прямо в ней не предусмотренные (1140, прим.). Ср. Касс. реш. 1881 г., № 30.

Из вышеизложенного извлекается следующее положение для наследства в боковой линии.

В родовом имуществе наследуют, по близости линий и степеней, члены того рода, к которому оно относится. Посему единокровные (по отцу) братья на родовое отцовское имеют одинаковое право с братьями полнородными и исключают сестер полнородных с их потомством. Напротив того, единокровные братья не имеют доли в родовом материнском и единоутробные – в родовом отцовском имении умершего.

В благоприобретенном имуществе наследуют прежде всего – полнородные братья умершего, затем сестры его полнородные; когда ни тех, ни других, ни потомства от них нет, наследуют единокровные братья одни, либо совокупно с единоутробными, буде таковые есть; наконец – сестры единокровные и единоутробные.

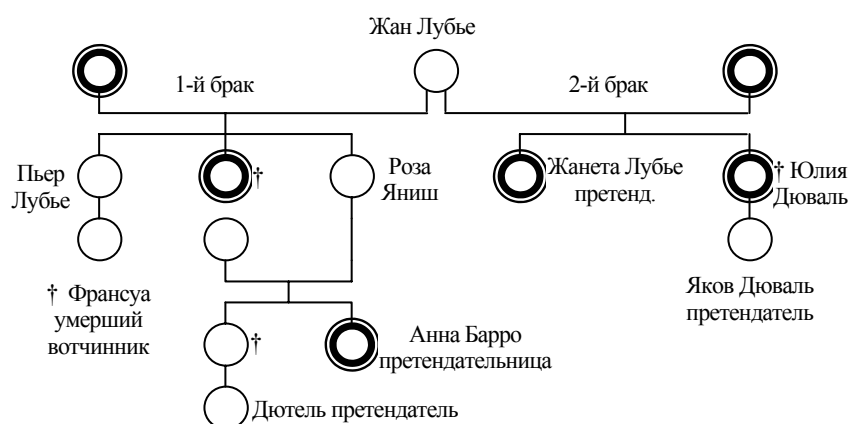
Правило 1140 ст. постоянно ставляло судебную практику в недоумение извращением общих начал наследования, существующих для других случаев, и применялось к делам разнообразно. Для примера укажем на Касс. реш. 1872 г., № 1188 по делу Гераковой, в коем состязание по благоприобр. имению возникло между полнородными *сестрами* умершего и потомством *единокровных* его братьев. По выведенному смыслу 1140 ст. надлежало бы признать, что в этом случае сестры, в отступление от общих начал нашего законодательства, исключают братьев. Но Сенат дал иное толкование статье, соответственное с общими началами, но не согласное с особым смыслом 1140 ст. По рассуждению Сената, «буквальный смысл 1140 ст. вовсе не выражает того правила, что родные братья и сестры умершего исключают собой единокровных и единоутробных братьев и сестер; в ней не сказано, чтобы единокровные и единоутробные призывались к наследству тогда только, когда нет родных братьев и сестер. Статья эта нисколько не касается отношения наследственных прав родных братьев и сестер к правам единоутробных и единокровных; напротив того (?), она имеет в виду такой случай, когда братьев и сестер

родных вовсе нет, а остались одни единоутробные и единокровные, и на этот только случай определяет преимущество сих последних перед прочими боковыми родственниками более отдаленных линий. Из сего следует, что 1140 ст. не разрешает вопроса о том, как поступать тогда, когда после бездетного владельца благоприобретенного имущества остались не только единокровные и единоутробные, но и родные братья и сестры». Напротив того, из предыдущего изложения видно, что правило 1140 ст. обнимает и этот случай, да и буквальное ее изложение показывает, что постановляемый ею раздел благопр. имущества между единокровными и единоутробными совершается тогда, когда нет родных братьев и сестер, ни их потомства.

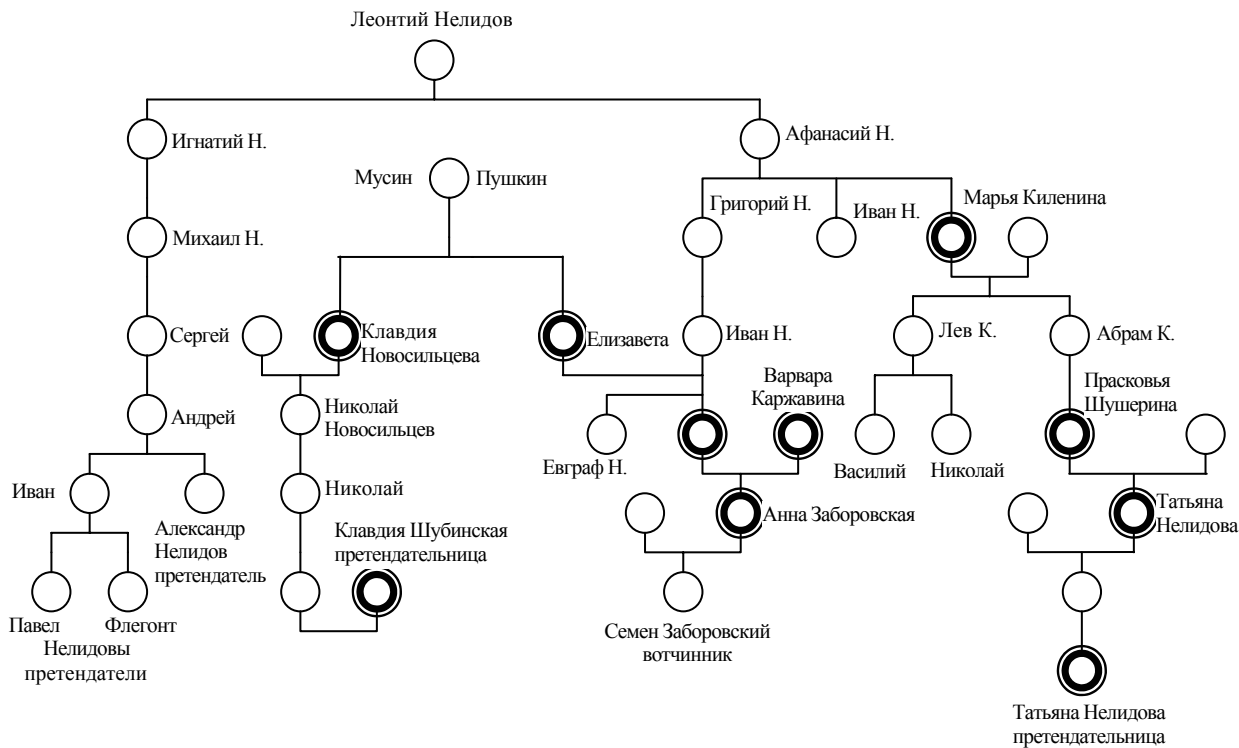
А. Независимо от случая, указанного в 1140 ст. Зак. Гражд., наш закон не дает общего предпочтения в наследственных правах *полнокровному* происхождению перед *неполнокровным*, и нет ни одной общей статьи закона, на коей утверждалось бы подобное предпочтение. Логически можно вывести из нашего закона лишь следующее заключение. Родовое имя идет – отцовское в род отца, материнское в род матери. К роду *отца* полные родные (от одной пары происшедшие) принадлежат совершенно одинаково с единокровными (т.е. имеющими лишь общего *отца*). К роду матери полные родные принадлежат одинаково с единоутробными, следовательно, те и другие состоят в одинаковых правах на родовое имя из того рода, к коему *одинаково* принадлежат. Благоприобретенное идет в род отца: к этому только случаю, по смыслу 1140 ст., относится упомянутое в ней исключение. Еще менее резона оправдывать в дальнейших боковых линиях какое-либо предпочтение одних родственников перед другими, состоящими в равной степени и принадлежащими к тому же роду, потому только, что первые происходят от одного деда и одной бабки, прадеда и прабабки и т.п. Есть, однако же, решения, в этом смысле постановленные. В пример такого неосновательного суждения можно указать на следующие мотивы одного решения. Суд рассуждает так: «По 1137 ст. Зак. Гражд. ближайшее право к наследству в боковых линиях имеют братья, а при недостатке оных, сестры, но статья эта не обозначает в точности, каких братьев она понимает – родных ли только, или и единокровных и единоутробных, но из следующих за ней статей ясно, что она разумела родных братьев, ибо если бы разуметь в ней всех, т.е. и единоутробных и единокровных, то этой статье противоречила бы ст. 1138, по смыслу коей единоутробные братья не могут наследовать из родового имени, если же бы ст. 1137 исключала только единоутробных братьев, то непременно выразила бы, что в боковых линиях наследуют прежде всех братья родные и единокровные; не сделав этого, статья закона, очевидно, имела в виду только родных братьев и сестер. Это подтверждается и содержанием ст. 1140, по которой братья единокровные и единоутробные, при отсутствии родных братьев и сестер наследодателя, предпочитают прочим его родственникам; значит, в родовых именах они не предпочитают сим прочим родственникам (напр., родным дядям), и следовательно, тем менее могут предпочитаться родным братьям и сестрам. Сверх того, в 1118 ст. 1 ч. X т. сказано, что близость боковых линий определяется происхождением их от общего родоначальника; ближайшие боковые линии суть те, кои происходят от отца и матери, за ними следуют те, кои происходят от деда и бабки, и т.д. Из этой статьи положительно видно, что при определении близости боковых линий необходимо руководствоваться происхождением лиц не только от одного отца, но и от одной матери. По сим

основаниям, ввиду родных сестер умершего вотчинника и их нисходящих наследников, единокровный брат его не имеет права на родовое имение умершего». Не останавливаясь на подробном разборе этого решения, которое состоит все из неправильного применения статей, укажу только на крайне несоответственное применение ст. 1118. Эта статья принадлежит к числу описательных, помещенных в Своде Законов при первой его редакции, для разъяснения, в общей системе, родословных начал. И по месту, которое занимает эта статья, и по буквальному ее смыслу, она имеет в виду (вместе с соответствующими 204–208 ст.) только указать различие между боковыми линиями, первой, второй по счету и т.д., происходящими от ближайшего или дальнейшего родоначальника, т.е. от отца, деда, двух и более дедов (с одной стороны) и от матери, бабушки, двух и более бабок (с другой стороны). Она не заключает в себе ни малейшего указания на то, что происхождение от одной общей пары дает в чем-либо более прав, чем происхождение от одного общего родителя, и устанавливает *ближайшее* в юридическом смысле родственное отношение. Напротив того — имея в виду *один* род, по происхождению от одного лица, эта статья и не может иметь в виду совсем особой идеи, что *совокупная* принадлежность к *двум* родам, к коим примыкал по своему происхождению умерший вотчинник, дает преимущество в родстве с ним и в наследовании после него. Такая идея вовсе несвойственна нашему закону и нигде в нем не выражена.

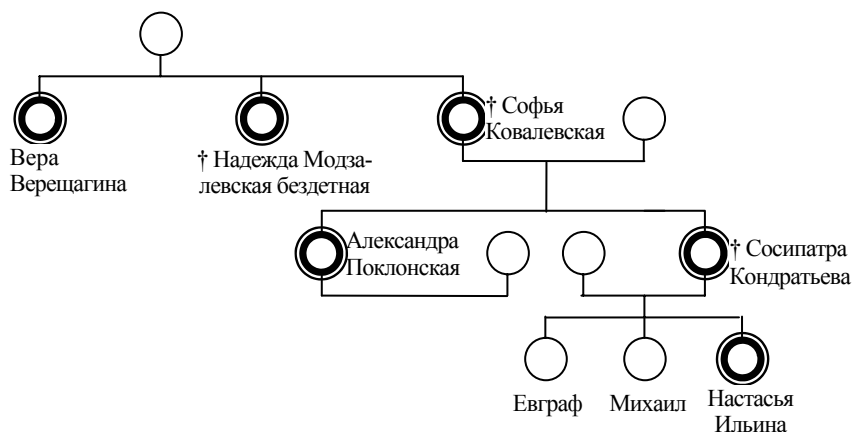
В пример неосновательного применения той же 1118 ст. укажем еще на решение по следующему делу.



К родовому отцовскому имению после Франсуа Лубье претендовали: потомки *родной* тетки его Розы (родившейся от одной пары с отцом умершего Франсуа, Пьером), Дютель и Барро, да *родная* же тетка его Жанета (родившаяся от одного отца с Пьером, но от другой матери), и сын другой такой же тетки, Юлии, Яков Дюваль. Суд, приведя ту же 1118 ст., признал только Розу Яниш *родной* теткой умершего, а Жанету и Юлию признал *тетками единокровными* (тогда как закон вовсе не отличает единокровных или единоутробных теток от родных), и предоставил имение потомкам так называемой родной тетки исключительно.



Б. После Семена Заборовского осталось имение: 1. Костромское, доставшееся ему от матери, а ей из рода Нелидовых. 2. Ярославское от прабабки Елизаветы, из рода Мусиных-Пушкиных, и от деда Евграфа Нелидова. 3. Тверское из отцовского рода и от деда по матери, Каржавина. Из числа означенных на чертеже претендентов присуждено: Костромское имение из рода Нелидовых – Татьяне Нелидовой, как ближайшей по линии, а Павлу, Флегонту и Александру Нелидовым отказано, а Ярославское и Тверское, из рода Пушкиных – Клавдии Шубинской (см. Сбор. Сен. реш. II. № 598).



не может иметь применения к настоящему делу, в котором должна быть принята основанием 954 ст. Зак. Гр., постановляющая, что в боковых линиях сестры при братьях родных и их потомках не имеют права на наследство. Посему, хотя при наследстве в боковой линии так же, как в нисходящей, разные степени делят наследство поголовно, а в степень умерших вступает их потомство и наследует по праву представления, то сие право представления ограничивается только сыновьями, с исключением дочерей, буде при них братья существуют.

Г. По делу Плюсковых (Сб. Сен. реш. № 735) признано, что предъявившие право на наследство после Ивана Плюскова – Наумов за детей своих, Александра Плюскова, Турне и Кострова, происходят от Алексея и Дмитрия Плюсковых, которые вотчиннику Ивану Плюскову, по происхождению от Якова Алексеева Плюскова, единокровные братья, Александра же Яковлева Плюскова, происходя от одного отца и матери с Иваном Плюсковым, есть родная ему сестра. Посему дошедшее к Ивану Плюскову по наследству от отца имение решено утвердить за потомками единокровных его братьев, а родовое материнское и благоприобретенное отдать девице Александре Плюсковой. По д. Жиленковых Сенат (Общ. Собр. Моск. 28 апр. 1867 г.) решил отдать благоприобр. имение умершего сыну родной сестры его, предпочтительно перед детьми единокровного брата.

Д. По делу Байкова (Сб. Сен. реш. т. I. № 73) Сенат признал, что до издания Мн. Гос. С. 1818 г., на коем основана 1140 ст. Зак. Гр., в законах прежнего времени не видно, чтобы между братьями, рожденными от одного отца и матери и рожденными от того же отца и другой матери, полагалось различие в правах наследства. Посему благоприобретенное имение умершего Байкова положено разделить между двумя его братьями полнородными и двумя племянниками, сыновьями брата, рожденного от одного отца с умершим, но от другой матери.

Об устранении единокровных братьев (по одному отцу) от наследства в родовом материнском имении умершего см. Сб. Сен. реш. т. I. № 100. По сему предмету см. еще решения по делу Анучиной, Журн. Мин. Юст. 1860 г., № 6, стр. 432. По делу Юкина, Ж. М. Ю. 1861 г., № 3. По делу Искры реш. Общ. Собр. и Мн. Гос. С. 1850 г. По делу Нестеровских Сб. Сен. реш. т. II, № 343. Юр. вест. 1871 г., № 4, д. Демидовой, там же № 9, ст. Снегирева. О предпочтении полнородных неполнородным братьям и сестрам см. еще реш. 1 отд. 3 Деп. Сен. 2 окт. 1868 г. по делу Крупского.

В губерниях Черниговской и Полтавской, когда умерший оставил имение, доставшееся от матери, то его делят поровну все родные братья и сестры; когда же не будет родных братьев и сестер или их потомства, то наследуют родные по матери дяди или тетки с их потомством и т.д.

§ 41

Наследование родителей. – Наследование супругов. – Выдел указной части. – Особливые преимущества вдового супруга при выделе. – Выдел из имения свекра и тестя. – Свойство права на иск о выделе и переход сего права к наследникам. – Отличия в Черниговской и Полтавской губерниях. – Особливые постановления по разным ведомствам (ст. 1141–1147).

Родители *вообще* не наследники после детей своих, когда дети умерли, оставив потомство. Когда дети умрут бездетны, наследство переходит в боковую линию, и родители не имеют совместного с прямыми наследниками участия в разделе имения. Наш закон, в историческом образовании своем, не признавал за родителями наследственного права, что, по мнению Комиссии составления законов, данному в 1823 году, не соответствует настоящему времени¹. Однако же, не взирая на стремление преобразовательных умов согласить по сему предмету наше законодательство с иностранными, доныне сего еще не сделано. Только в 1823 году (июня 14. П. С. З. № 29511) состоялось Высочайше утвержд. мнение Государственного Совета, коим предоставлено родителям в некоторых случаях исключительное право на некоторые из детских имений.

На имения родовые, дошедшие к детям от других родственников, а не от родителей, родители ни в каком случае не имеют наследственного после детей права: эти имения обращаются к родителям только в таком случае, когда имение, оставшееся после бездетных детей, дошло к ним от живых родителей в виде дара; имение это после детей возвращается, не в виде наследства, но *яко дар*, к тому из родителей, от кого было получено. Под словом «дар» здесь должно разуметь не только прямое дарение, но всякую уступку детям родительского имения при жизни родителей, хотя бы в виде выдела или приданого (в подлинном Мн. Гос. Сов. сказано: уступленное сыну или дочери родителями. Ср. реш. Кассац. 1867 г., № 279). Если же после бездетных детей остались имения, благоприобретенные

¹ Наследственное родительское право встречается у народов лишь в позднейшие времена их истории. По замечанию Неволина (Истр. Гр. Зак. т. 3, стр. 353), у народов, ведущих простую жизнь, при крепости союза семейственного, дети обыкновенно живут не в разделе с родителями. Если в этом состоянии умерли дети, то обыкновенно у них не остается отдельного имущества; если же умерли в отделе от родителей, то уже этим отделом родители как бы отказываются от всякого участия в имении отделенных детей.

ими самими от других лиц, а не от родителей, то таковые имущества отдаются в пожизненное владение отцу и матери совокупно, буде оба в живых останутся. Правила эти прилагаются не только к недвижимым имениям, но (как истолковано в 1827 году) и к денежным капиталам детей, внесенным в кредитные установления. Капиталы эти отдаются родителям в собственность, когда есть судебное удостоверение в том, что они дошли к детям от родителей; в противном же случае, т.е. если такого удостоверения нет, родители пользуются только пожизненно процентами с сих капиталов.

Для Черниговской и Полтавской губерний постановлено, что имение, полученное детьми от родителей посредством выдела им приданого, возвращается к родителям по смерти детей и в таком случае, когда последние оставили детей, но дети эти умерли до своего совершеннолетия; в благоприобретенном же имуществе бездетных детей родительское наследственное право открывается лишь тогда, когда нет наследников в первой боковой линии (1143). К этому предмету относится Мн. Гос. Сов. 22 янв. 1851 г. по делу Остен-Сакен, об имении Трошинского.

А) По делу Никитиной Сенат (Касс. реш. 1869 г., № 16), толкуя 1141–1147 ст. Зак. Гр., признал, что имущество, подаренное сыну или дочери одним из родителей, не может, после бездетной смерти владельца, быть отдано отцу или матери безразлично, но должно поступить к тому именно из родителей, от кого было уступлено, *яко дар*. В подкрепление сего вывода принято на вид, что браком не составляется общее владение имуществом.

Б) Может возникнуть недоумение, следует ли приравнять к наследству то возвращение имущества от детей к родителям, о котором говорится в 1142 ст. Зак. Гр. (см. Журн. Гр. Права 1871 г., № 1), так как в Мн. Гос. Сов. 1823 г. именно выражено, что оно возвращается *не в виде наследства*, но *яко в дар*? Следует ли, напр., из такого имущества, при возвращении его родителям, выделять часть вдове умершего? Есть, конечно, основание признавать этот переход возвращением дара, но, с другой стороны, нельзя не принять во внимание, что означенное Мн. Гос. Сов. состоялось по вопросу о наследовании родителей и что в системе Свода Законов правило это отнесено не к дару, а к праву наследования, в главе же о дарении оно не помещено вовсе. Итак, нет прямого основания к изъятию этого перехода от действия наследственного права. В судебной практике, впрочем, право родителей на имущество, возвращаемое им *яко дар*, не признается правом наследования, посему родители освобождаются от ответственности за долги детей собственным своим имуществом; они отвечают лишь в размере полученного ими, так как от ответственности за долги умершего это имущество не освобождается (ср. Касс. реш. 1875 г., № 821; 1876 г., № 274).

В) По делу Лубье решением 4 Департ. Сената в 1868 году признано: 1. Что жена, хотя бы и разведенная с мужем, не лишается права на пожизненное владение имением бездетно умершего сына, который прижит ею в браке с тем мужем; 2. Что капитал, хотя и по наследству от отца доставшийся тому бездетно умершему сыну, составляя благоприобретенное имущество, по смыслу 1141 ст. 1 ч. X т., может быть унаследован матерью умершего в пожизненное владение. Последнее

заключение едва ли основано на прямом разумении 1141 ст. и Указа 1823 года. В смысле закона разумеется не *благоприобретенное* имение отвлеченно, а имение, *самими детьми* приобретенное, и никак уже не имение, унаследованное детьми от одного из родителей. Праву 1141 ст. противопоставляется, по 1142 ст., право родителей получить обратно имение, при жизни переданное ими детям, *как дар*.

Г) Есть случаи, в коих родители, получившие содержание от детей, имеют право, по смерти сих детей, получать за них пособия от Комитета призр. засл. гр. чиновников. III т. Уст. пенс. 601, 604.

Наследование супругов

Ст. 1148–1157, 1159–1161.

Законный муж по смерти жены и жена по смерти мужа имеют право на седьмую часть из всего недвижимого и на четвертую часть из движимого имущества умершего супруга, какое осталось и *состояло во владении его* в день его смерти: из благоприобретенного имущества, какое осталось не завещанным, ибо воля завещателя в сем имении свободна; из родового, какое осталось. По смерти родителей, сын при разделе родового имущества с братьями и сестрами, прежде отделенными, имеет право требовать уравнивания долей и обращает в расчет общего дележа то, что братья его и сестры получили при жизни родителя из наследственного имущества, ибо право всех детей есть общее для них родовое, кровное право наследства. Напротив того, переживший супруг не вправе обращать в расчет для исчисления своей доли все то, что было при жизни умершего супруга выделено детям, ибо муж по жене и жена по мужу в прямом смысле не наследники по роду и по крови, а получают только, по связи супружеской, указанную долю на прожиток.

Выдел указной части производится не только из того имущества, которым умерший супруг действительно владел при жизни, но из того, которое досталось бы ему *после отца*, если бы при открытии наследства после отца своего он в живых находился. Вдове производится выдел из имущества *свекра* и вдовцу из имущества *тестя*; закон о сем должен быть изъясняем в тесном смысле, т.е. право выдела не простирается на имение *свекрови* и *тещи* (так объяснил Государственный Совет в Выс. утв. мнении по делу Струкова 10 янв. 1841 года; см. Ж. М. Ю. 1861 г., № 1)¹.

Это право вдовы и вдовца само по себе – замечательно льготное; но оно оказывается еще льготнее тем, что в некоторых случаях овдовевший супруг может получить выдел из имущества свекра или тестя еще при жизни

¹ Для Грузии, Имеретии и Гурии оставлено в силе местное право выкупа вдовьей указной части наследниками. См. Зак. Гражд. 1148¹ и 1153¹.

их, прежде открытия после них наследства. Стало быть в этом случае супруг сына или дочери имеет, относительно родителей того или другой, более прав, чем могли бы иметь сами те сын и дочь при жизни своих родителей. Сын при жизни отца, по общему правилу 995 и 1004 ст. Зак. Гражд., не имеет открытого и осуществимого права на его имущество и не может требовать себе выдела, а вдова его получает это право. Именно: если за умершим супругом было свое недвижимое имение, то овдовевший супруг может просить подлежащего выдела из имений свекра или тестя только по смерти его и по открытии его наследства; причем, без сомнения, должно быть полагается в зачет все то, что умерший супруг получил уже на свою долю от родителя. Но когда за умершим супругом собственного недвижимого имения не было, а осталось только движимое (о вдовце сказано: когда не доходило до него никакого имущества ни по рядной, ни по другому какому-либо акту), то овдовевший получает *при жизни свекра или тестя* указную свою часть из той доли недвижимого имения сего последнего, которая следовала бы («надлежала бы», по подлинному выражению указа 1731 года) умершему супругу; выдел сей производится из того только недвижимого имения, которое *действительно было* во владении тестя или свекра в день смерти сына или дочери. Но на движимое свекра или тестя овдовевший супруг, при жизни того или другого, не имеет права: из сего имения можно требовать подлежащего выдела только по смерти свекра или тестя, и притом из той лишь движимости, какая в день смерти самого владельца окажется в наличности.

Такое право овдовевшего супруга, весьма уже обширное, может быть еще расширено пространном истолкованием 1151 ст. Гражданских Законов. За тестем или свекром в день смерти сына или дочери может оказаться и родовое, и благоприобретенное имение. Спрашивается: из какого имения овдовевший супруг может требовать себе выдела при жизни свекра или тестя: из одного ли только родового или вместе с тем из благоприобретенного? Последним истолкованием предоставляется на указную часть право не в меру обширное, не совсем справедливое и явно несогласное с общим правилом наследства и с правом полной собственности владельца в благоприобретенных имениях. В самом деле, невозможно собственнику понять закон, в силу коего вдова умершего сына может ограничить свободное право его распоряжения в благоприобретенном имении со дня смерти сына и предъявить свое участие в выгодах производимых отчуждений, воспретить даже сами отчуждения до полного расчета с ней, — тогда как подобное требование мужа той вдовы, родного сына владельцу имения, при жизни отца было бы немислимо, сочтено было бы явным беззаконием и даже оскорблением

родительской власти. Вот причина, почему судебная практика во многих случаях решительно уклоняется от истолкования приведенного закона в смысле столь обширном и несообразном с общим законом собственности, и признает овдовевшим супругом в указанном случае право требовать выдела только из *родового* имения тестя или свекра.

В сем смысле состоялось решение Общего Собрания Сената по делу вдовы Мацкевич (Сборн. Сен. реш. т. I, № 356), и сему решению придано значение руководства на все подобные случаи, в предупреждение недоумений, для чего и дано знать об оном указами всем Палатам Гражданского Суда и судам 1-й степени (ср. Касс. реш. 1868 г., № 869 и 1884 г., № 23). В подтверждение сего мнения приведены весьма уважительные соображения. Изъяснено, что при явном противоречии противоположного толкования 1151 ст. с коренным правом владельца благоприобретенных имений надлежит принять толкование более сообразное с сим правом. Если допустить, – сказано в упомянутом решении, – выдел указных частей из всякого недвижимого имения свекра или тестя, то закон, дающий право распоряжаться благоприобретенным имением по усмотрению, не мог бы быть исполняем в точном его значении, и предоставляемая законом свобода распоряжаться благоприобретенным имением неограниченна, стеснялась бы равномерным, при жизни владельцев, выделом такой части имения, о которой каждый из них мог бы сделать распоряжение по своему произволу.

Кроме того, в подтверждение того же мнения указывают (см. Юрид. Вестник 1868 г., январь, решение по д. Груздева и там же ст. Вицына), что хотя в 1731 году повелено давать невестке указную часть из недвижимых имений свекра, без различия родовых от благоприобретенных, но в то же время различие сие не утвердилось еще в законодательстве, а когда оно установилось окончательно, то и упомянутое выражение указа 1731 года должно быть изъясняемо сообразно сему различию. Это доказательство принадлежит к числу слабейших, но в подкрепление указанного мнения указывают еще на хозяйственное значение вдовьей части, каковое выразилось в первоначальном установительном указе и должно быть предполагается в восстановительном указе 1731 г. Этим последним указом императрицы Анны, с отменой единонаследия и его принадлежностей, восстановлен был порядок наследства по Уложению, с его принадлежностями, в том числе восстановлено и право невестки, определенное начально указом 1676 года. Сим указом постановлено было: когда за умершим особого поместья не было, а служил он с отцовского поместья или имел только малую дачу, то вдове его, чтобы было ей на чем прожить и прокормиться, выдавать на прожиток из свекрова поместья сообразно окладу его умершего сына. Отсюда видно, что при издании указа для выдела указана бы-

ла известная норма в поместном окладе свекра и мужа, в известной доле хозяйственного капитала, необходимо принадлежавшей служилому человеку, и с этой-то доли назначена часть вдове служилого человека.

Все эти соображения могут быть уместны и убедительны для того, кто рассматривает закон о вдовьей части с законодательной точки зрения, с целью подвергнуть его критике, доказать его несправедливость, несогласие его с первоначальной идеей законодателя и необходимость исправить и изменить его. Но эти соображения неуместны и неубедительны там, где дело идет о применении существующего закона в истинном его смысле. В сем отношении едва ли возможно доказать, что 1151 ст. должна относиться к одному родовому имению тестя или свекра, когда это прямо не выражено в самой статье закона. Закон о выделе вдовьей части так же, как и все наши постановления о наследстве, возник из поместного права и рассчитан был на поместную дачу. Но после того поместья слились с вотчинами в общем названии недвижимых имений, и отличие тех и других не восстановлено с отменой петровских указов о единонаследии и с изданием указа 1731 года; следовательно, употребленное в этом указе выражение: «из свекровых недвижимых», одинаково относится к поместьям и к вотчинам, к наследственному и к купленному и выслуженному и нажитому имению; в том же смысле надлежит, конечно, разуместь и слова: недвижимого имения, употребленные в 1151 ст. Зак. Гр. Одно только это толкование может быть признано произвольным и последовательным; противоположное же толкование непременно окажется произвольно и непоследовательно. Произвольно, потому что подставляет вместо общей категории, названной в законе (недвижимое), частную категорию (родовое): вывод, который вовсе не оправдывается употребленными в законе словами: «доли... которая *следовала бы* умершему ее мужу», ибо наследственная (следующая) доля выделяется как из родового, так и из свободного благоприобретенного имения. Непоследовательно, потому что при сем толковании затруднительно будет решить, надлежит ли производить выдел невестке, когда у свекра нет вовсе родового имения, а есть одно благоприобретенное. Если отказать ей вовсе на сей случай в выделе, то окажется уже явное пренебрежение закона, положительно допускающего выдел из наличного имения; если же на сей случай признано будет необходимым произвести выдел из одного благоприобретенного, окажется коренное противоречие в самом толковании.

Итак, по точной силе 1151 ст. овдовевший супруг может, в указанном случае, требовать выдела из родового и из благоприобретенного имущества свекра или тестя. Закон этот едва ли справедлив, едва ли согласен с общими свойствами собственности, едва ли соответствует нынешним условиям хозяйственного быта, но он в этом смысле существует. Затем остается еще место вопросу о принадлежностях и последствиях этого обширного права, предоставляемого невестке и зятю на имущество свекра или тестя при жизни их. Право вдовы или вдовца возникает в минуту смерти другого супруга и простирается на совокупность имуществ, какие состоят в эту минуту во владении свекра или тестя; но право имеет свои особые свойства, не совсем однородные с общими свойствами законного наследства после родственников. Наследство вообще открывается непосредственно от лица к лицу (чему не препятствует право представления), смертью вотчинника. Право на открывшееся наследство *с этой минуты* принадлежит всем законным наследникам в совокупности, кто бы они ни были и в какое бы время ни огласили права свои. Наследнику предстоит только *назвать* себя, т.е. предъявить и удостоверить свое имя и родственную связь свою: это имя одно, и само по себе, служит основанием прав его. Ничего более не требуется, как законное имя, для оправдания иска о наследстве. Приняв наследство, наследник вступает в совокупность прав умершего вотчинника по имуществу, возвращая их к минуте открытия наследства, и если наследников несколько, то все они с этой минуты друг другу отвечают за целостность имущества; все они в совокупности отвечают за долги и повинности, переходящие к ним с имением.

Но право невестки и зятя, когда рассмотрим в сущность его, не есть чисто наследственное право. Это право само по себе, право на выдел известной доли из имения свекра или тестя, — на *прожиток*, на *содержание*. Этот мотив вдовьего права — совершенно чуждый чистому началу наследства — сам по себе указывает уже на особенность этого права. Непосредственного перехода здесь нет, ибо свекор или тесть, из имений коего должен производиться выдел, еще жив и наследство после него не открылось, а умерший супруг вовсе не имел в своем владении того имущества, из коего предстоит выдел, — не имел даже по закону ни малейшего права на это имущество при жизни своего родителя, и чего не имел, того передать не мог. Это право получает вдовий супруг сам по себе, в силу своего *супружеского* имени, и простирает его к живому владельцу наличного имения. Можно признать, что для вдовы открывается наследство после мужа в том имении, которое за ним состояло и в котором совокупно открылось наследство для всех его законных наследников, но нельзя в юридическом смысле сказать, что в приведенном случае для вдовы открывается наследство в имении свекра. Вдова только *получает* право просить подлежащего выдела из имения свекра, право на *иск* особого рода, который должен быть обращен ею к живому ответчику-свекру, и для того, чтобы оправдать сей иск, недостаточно ей только удостоверить имя свое: ей надлежит еще удостоверить, что за умершим ее мужем не было своего недвижимого имения. Притом это право принадлежит вдове лишь при жизни свекра; если же она не пережила свекра, то никакого права на его имение, за смертью своей, никому по себе не оставляет. Осуществление прав наследника в общем порядке

начинается с той минуты, *когда открылось наследство*. Но для вдовы осуществление прав ее на выдел из свекрова имения начинается с той минуты, когда она предъявила свекру права свои и потребовала от него выдела¹. Простирать право вдовы (или вдовца) за эти пределы, возводить и его к минуте смерти мужа, — тогда как требование ее обращено лично к свекру, и наследство в свекровом имении, как выше показано, еще не открывалось, — было бы уже вовсе несправедливо: это значило бы предоставить вдовому супругу преимущества совсем несообразные с сущностью того права, которое предоставляет ему закон, и с сущностью того юридического отношения, которое из сего права возникает. Поэтому несправедливо было бы допустить, что, ввиду сего права вдовы или вдовца, свекор или тесть с минуты смерти сына или дочери отвечают овдовевшему супругу за все действия, распоряжения, отчуждения и уменьшения ценности по своим имуществам, из коих тот супруг имеет право просить себе подлежащего выдела. Ответственность эта во всяком случае начинается с той минуты, когда предъявлено свекру или тестю требование о выделе от овдовевшего супруга. Если в эту минуту имение свекра или тестя остается в том же составе, в каком находилось при смерти дочери или сына, то по расчислению сего состава и выдел производится, если же что было уменьшено, отчуждено или роздано владельцем до предъявления к нему требования, то нет основания поворачивать отчужденное и розданное.

О вдовце в особенности сказано (1153 ст. Зак. Гражд.), что он имеет право просить выдела из имений тестя при жизни его, когда за умершей женой собственного имения не было, и *оного нисколько не доходило ни по рядной, ни по другому какому-либо акту, до оставшегося в живых мужа*. Эта редакция статьи оставляет место недоумению, ибо в ней не пояснено: не доходило — *от кого?* Закон не мог иметь в виду исключительно акты, от имени жены на имя мужа совершенные, хотя такие акты, без сомнения, прежде всего были на мысли у законодателя. Акты от жены мужу на имение могли быть всякого рода: мог быть составлен на основании 116 ст. Зак. Гражд. акт на предоставление женина имения в пожизненное владение мужу, могла быть выдана мужу дарственная запись, могла быть совершена купчая от жены мужу. В этом случае акты всякого рода, как дарственные, так и возмездные, устраняют право мужа просить о выделе из имения тестя при жизни его, ибо доказывают во всяком случае, что за женой *было при жизни ее* собственное недвижимое имение (в чем состоит главное условие закона). Но 1153 ст. разумеет и акты, не от одной жены данные, ибо упоминает о *рядной*, которая пишется не от имени жены мужу, а от имени родителя жены зятю. Рядная запись на недвижимое имение, хотя бы писана была от тещи, входит в условия 1153 ст., ибо доказывает все-таки, что за женой было, или мужем за женой получено недвижимое имущество. Но подходит ли под те же условия акт, непосредственно и по случаю брака выданный тестем на имя зятя? Думаю, что подходит,

¹ Ср. Ук. 1770 г. марта 15 (№ 13248), где сказано, что наследство вообще утверждается не по челобитьям или получениям дач наследниками, но *причиной смерти*, и цитаты под 1152 ст. Гражд. Зак., из коих видно, что выдел вдовьей части должен производиться не иначе как *по челобитью*.

если акт был дарственный, ибо надлежит предполагать (если не доказано иное побуждение по особым обстоятельствам), что прямым побуждением такого дара было благоволение отца к дочери, мужу ее и семейству; если же акт был возмездный (напр., купчая) или по содержанию его и по обстоятельствам видно, что побуждением к выдаче его были причины сторонние, вне брака и семейных отношений, то акт сего рода не подходит под условия 1153 ст. Акты, выданные мужу на имение, помимо жены, от тещи, ни в каком случае не соответствуют требованию сей статьи, ибо между зятем и тещей нет того юридического отношения, которое устанавливает 1153 ст. между зятем и тещей в праве требовать выдела.

Итак, овдовевший супруг получает:

А) если за умершим супругом было свое недвижимое имущество – указную часть из наличного, свободного от завещания недвижимого и движимого имущества умершего супруга;

право требовать *по смерти* свекра или тестя указную часть из наследственной мужниной (или жениной) доли, исчисляемой по соображению с открывшимся по свекре или тесте наследством.

Б) Если за умершим супругом не было своего недвижимого имущества – указную часть из наличной движимости умершего супруга;

право требовать *при жизни* свекра или тестя указную часть из наследственной мужниной (или жениной) доли недвижимого имущества, исчисляемой по соображению с тем, что окажется у свекра или тестя в день смерти дочери его или сына;

право требовать *по смерти* свекра или сына указную часть из наследственной мужниной (или жениной) доли движимого имущества, исчисляемой по соображению с открывшимся по свекре или тесте наследством.

Праву супруга на указную часть присвоены еще следующие преимущества. Право это для самого супруга не прекращается никакой давностью и не устраняется вступлением в новый брак. Если сам овдовевший супруг при жизни своей не просил о выделе указной части, то право его уничтожается; к наследникам переходит только право продолжать начатый уже иск о выделе (1152).

Разумеется, если под словом «наследники» будут значиться в сем случае родные дети овдовевшего супруга от брака с умершим супругом, то они ни в каком случае ничего не теряют, ибо наследуют после обоих своих родителей (сыновья Марьи вдовы получают, в качестве детей умершего ее супруга, все то, что мать их могла бы получить себе в указную часть после мужа, когда просила при жизни своей о выделе). В сем только, а не в ином каком-либо смысле сказано в 1152 ст. Гражд. Законов: если *бездетная* жена умрет, не просив при жизни своей о выделе указной части, то наследники ее не имеют права требовать сей части, и она поступает к наследникам мужа (ср. Касс. реш. 1882 г., № 101). Неправильно было бы из сего выражения заключить, что наследники жены, не просившей о выделе, полу-

чают право просить за нее, если она умерла *не бездетной*. Случалось, что на сем основании дети вдовы – от второго брака – требовали за умершую мать ее выдела указной части из имения первого ее мужа, хотя она при жизни о том не просила. Такая претензия вовсе неосновательна: в таком смысле Государственный Совет в 1832 году (Полн. Собр. Зак. № 5741), истолковал указ 1817 года, на коем основана приведенная 1152 ст. Цель закона о наследственном супружеском праве, рассуждал Государственный Совет, состоит единственно в обеспечении положения лица, остающегося во вдовстве и, со смертью другого лица, теряющего те способы к содержанию, коими пользовалось оно при его жизни. Сначала указные доли выделялись вдовам только в пожизненное владение и по смерти их возвращались родовым наследникам, но впоследствии найдено более удобным заменить пожизненное владение выделом указных частей в собственность и распространить те же права на вдовца. Но сим цель закона вовсе не изменилась, и она еще более подкреплена положением 1817 года, дающим право супругу просить о выделе во все продолжение его жизни и отказывающим в сем его наследникам, когда сам он при жизни не просил. При таком внимании к лицам, в супружестве бывшим, тот же закон не считал нужным распространяться о других родственниках, ибо несправедливо было бы допустить брата или другого родственника умершей супруги требовать, в лице ее, выдела указной части из имения мужа и тем переводить оное в чужой род. (Ср. еще указ 1872 года марта 14 № 15364 по делу Коптева. В том же смысле состоялись Выс. утв. мнения Госуд. Совета 15 июля 1861 г. по делу Озеровой, Журн. Мин. Юст. 1861 г. № 12 и 1868 г. по делу Мясликовых и Белкина.)

Нисходящим вдовы, не просившей выдела, если сами они не соединены кровным родством с тем лицом, из имения коего следовал выдел, право самой вдовы, не просившей о выделе, никак не может быть предоставлено; оно исчезает со смертью ее, и в нем невозможно для ее нисходящих право представления – относительно свекра, ибо представлять и заступать может только лицо, соединенное с умершим вотчинником по кровному родству, а не по свойству.

По одному делу (Хитрова, 24 ноября 1868 г.) Государственный Совет признал достаточным оглашением формального желания вдовы – просьбу ее о выделе, за несколько дней до смерти поданную ею в Уездный Суд, хотя эта просьба, за подачей не в надлежащее место, была возвращена с надписью. В том же смысле реш. 2 Общ. Собр. 1870 г. по делу Пименовой и Касс. реш. 1878 г., № 188 и 1882 г., № 101.

Всякий волен просить или не просить о выделе своей указной части; но если супруг, имеющий право на сей иск, признан и объявлен несостоятельным должником с учреждением конкурса, или и без того наличное его имение оказалось недостаточным на удовлетворение кредиторов, то право требовать выдела переходит к конкурсу или непосредственно к кредиторам. Но это право возбуждать иск о выделе предоставляется им лишь при жизни должника; буде должник умер, сам не просив о выделе, кредиторы не имеют уже права просить о сем: они могут по смерти должника воспользоваться лишь предъявленным при жизни его иском (1155).

Указная часть супруга выделяется ему всегда сполна; выделяется, как можно заключить из 1128 ст. Зак. Гр., наперед всего (дети делят между собой наследство, *за выделом супругу указной части*) и не подлежит никакому зачету или уравниванию с долями прочих наследников, сколько бы их ни было: доля жены или мужа всегда неизменна. В этом отношении доля эта пользуется важным преимуществом пред указной долей дочери, которая подвергается учету и уравниванию.

Право вдовы на указную часть из родовых имений *умершего* свекра, в тех случаях, когда оно по закону ей предоставляется, должно быть соразмерно с той частью родовых его имений, которая должна была составлять законный наследственный удел ее мужа. Посему, если бы свекор, при жизни своей, разделил родовые свои имения между своими наследниками, обойдя того мужа ее, или с уменьшением законной его доли, вдова имеет право требовать следующей себе части по расчету, не стесняясь условиями означенного раздела, хотя бы даже сей раздел состоялся при жизни ее покойного мужа и хотя бы он сего раздела не оспаривал.

Наконец – в указную долю жены не зачисляется приданое и собственное имение, приобретенное по вступлении в брак (ст. 1001, 1150).

Указная часть супруга, хотя бы выделена была из родового имущества, почитается во всяком случае благоприобретенной у получившего супруга: это свойство указной части подтверждает, что супруг не есть прямой наследник после супруга. Прямое наследство бывает по крови; прямым наследником почитается лицо, поколику принадлежит к роду умершего. Но супруг не принадлежит к роду супруга; он живет в роде, и со смертью супруга, выделяется из рода (ср. ст. 1352).

Указная часть вдовы (и вдовца) почитается наследством, ибо права вдовы на получение сей части основаны на общем законе наследства, следовательно, принятие сей доли в качестве наследства подвергает вдову общим последствиям наследственной ответственности, от чего не вправе оградить ее муж и своим духовным завещанием, которое не может нарушать прав третьих лиц, т. е. кредиторов завещателя, на удовлетворение из его имущества, или прочих наследников, на равномерное распределение ответственности. Ср. статью о сем предмете в Журн. Мин. Юст. 1863 г., № 11, стр. 445.

Супружняя указная часть не пользуется наследственным приращением; следовательно, как бы ни уменьшилось число наследников по крови, указная часть супружняя от сего не увеличивается. Право супруга – не общее наследственное право с родом умершего, а особое право супруга на указную часть, которая ему и отделяется (ср. реш. по д. Симонова. Сбор. Сен. реш. т. I, № 490). Впрочем, это положение, по существу правильное, отвергается новейшей судебной практикой, которая признает, что из содержания 1154 ст. Зак. Гр. нельзя вывести заключения, что овдовевший супруг лишается права воспользоваться

приращением доли своей в наследстве по причине отречения кого-либо из наследников (Касс. реш. 1884 г., № 23).

Просьбой вдовы (и наоборот, вдовца) о выделе указной части *охраняется*, как видно из 1152 ст., право как ее, так и ее наследников. Посему право это не исчезает в составе мужнего имущества; когда оно перешло к наследникам мужа, наследники жены вправе требовать за нее выдела из этого имущества. Если же наследники мужа суть в то же время и наследники жены (именно общие их дети), то, принимая отцовское наследство, они в составе его принимают и материнскую указную часть, стало быть (хотя бы ничего иного после матери не наследовали), могут быть по этой только причине привлечены к ответственности за долги матери (см. Сб. Сен. реш. т. II, № 595).

Итак, право вдовца или вдовы осуществляется – или *выделом*, или переходом в общем составе имения к общему наследнику. Но только выделом *обособляется* указная часть. Это обособление имеет важность на тот случай, когда надлежит определить свойство имения (благоприобретенное), доставшегося на указную часть вдовы. Родовым или благоприобретенным можно признать только известное, пределом ограниченное, обособленное недвиж. имение. Только обособленное имение, при наследственном переходе, получает, вследствие этого перехода, то или другое свойство. Итак, когда указная часть жены, не быв выделена из мужнего родового имущества, в общем составе его перешла к общему наследнику, нет возможности определить, что именно в составе этого имущества стало благоприобретенным. Для этого требуется обособление, отдел.

Если такого отдела не было, различие между отцовским и материнским в общем составе имения существует только в личном сознании владельца.

Последствия такого состояния имеют особый интерес. Если бы сын принял по наследству отдельно отцовское имение и отдельно имение, *полученное* матерью на указную часть, одно стало бы у него родовым отцовским, другое – родовым материнским. Но когда, приняв отцовское наследство, он принял в составе его и указную часть матери, еще не выделенную ей, – нет возможности указать в общем составе имения *родовое материнское*. Между тем может произойти следующее. Такой владелец может умереть бездетным, и в таком случае со стороны родственников его матери может возникнуть претензия на ту часть его имения, которая соответствует материнской указной части, на том основании, что эта часть была у него родовым материнским. Возможно ли признать их наследниками умершего вотчинника в этой части? Возможно ли, т.е. выделив из *количественной* массы часть ее содержания, никогда еще не имевшую отдельного существования, в ту же минуту создать для нее такое *качество*, которое определяется не иначе как предшествовавшим отдельным существованием и прежней историей имущества? Думаю, что невозможно. Не отыщешь твердого начала для оправдания такой операции, даже в таком случае, когда имение, принятое умершим вотчинником после отца, сохранилось до смерти его во всей целости. А если не сохранилось? Если некоторая часть этого имения была отчуждена им при жизни, как определить, что из отчужденного в общей массе относилось к родовому отцовскому, что к родовому материнскому имению?

Приведенные соображения не согласуются с сенатским решением (2 Общ. Собр. 1870 г.) по делу Пименова. В этом деле Фекла Бычатина, овдовев, просила о выделе указной части из имения мужа, но, не получив выдела, умерла. Сын ее Федор, став наследником отцовского имения, умер бездетен. К его имению предъявили права: родной его племянник, и сверх того, брат умершей матери его Феклы на ту часть имения, которая соответствует указной вдовьей ее доле. Сенат рассудил, что Федор Бычатин, приняв родительское имение, осуществил и право своей матери, ею при жизни не утраченное, на указную часть, которая у нее была благоприобретенным, а у него стала родовым материнским имуществом, следовательно, по смерти его эта часть должна перейти в род матери, к ее брату.

Все вышеизложенное показывает особливую заботливость нашего законодательства о жене. Правила нашего закона внушены заботой о положении вдовы после мужа; но право вдовы впоследствии распространено на вдовца, в чем нельзя не признать отступления от первоначальных оснований закона, ибо льготы, которые объясняются и оправдываются заботой о вдове, непонятны и представляются не совсем справедливыми в применении ко вдовцу. И о льготах, предоставляемых вдове, надлежит заметить, что они соответствуют той эпохе общественного быта, когда вдова, теряя мужа, представлялась несравненно более сирой и беззащитной, чем в нашу пору. Однако же и в наше время эти льготы не потеряли еще своего значения; в нынешнем состоянии законодательства ими несколько вознаграждается невыгода для женщин общих правил о наследстве. Ни в одном законодательстве супруги не пользуются такими преимуществами, как в нашем. Римское право призывает жену к наследству только в определенных случаях и при некоторых условиях; французский закон призывает ее, когда нет других родственников.

Особливый случай наследства после жены бывает, когда муж дворянского состояния примет с Высочайшего соизволения фамилию жены своей, по пресечении рода ее в мужском колене. Тогда, по смерти жены, если детей не осталось, все недвижимое ее имение, какое дошло к ней от отца, переходит к мужу (ст. 1160 Гражд. Зак.).

Постановления Литов. статута о праве жены после мужа (но не мужа после жены), сохраняющие силу для Черниговской и Полтавской губерний, ближе подходят к западным законодательствам. Супруги вообще не имеют права наследовать друг после друга в отдельном имуществе каждого. Когда оба они, не имея ничего при вступлении в брак, приобрели потом имущество общими трудами, оба вместе купили или приняли по дарственным актам, то получают друг после друга – при детях третью часть сего имущества, а без детей – все, что

осталось. Приданое жены, когда было обеспечено на имении мужа, возвращается к ней, если же не было обеспечено или вовсе его не было, вдова получает по смерти мужа *во владение* (а не в собственность) часть, равную с общими от них детьми (толкуется: часть, равную сыновней части), буде же детей не было, третью часть всего мужнина имения; но если вступит во второй брак, то имеет право лишь на пожизненное владение четвертой части мужниного имения; впрочем, наследникам предоставляется выкупить и это право уплатой половинной цены его по судебной оценке. Таково право вдовы первобрачной; вдове после второго ее брака присваивается менее прав: она получает в пожизненное владение часть, равную с общими детьми, когда их несколько, а если один только сын останется или одна дочь, она пользуется пожизненно только третью частью.

Вдова, вышедшая за вдовца, по смерти его пользуется пожизненной равной частью с общими детьми; а буде детей не было, владеет частью, равной с детьми от первого его брака, доколе не выйдет замуж; в последнем случае лишается и сей части. Но все эти права предоставляются жене в таком только случае, когда муж при жизни ничего недвижимого или движимого ей не укрепил законным актом или не отдал в пожизненное владение. Вдова дворянка, вступившая в новый брак ранее 6 месяцев по смерти первого мужа, лишается назначенного ей мужем по веновой записи имения. См. 1157 ст. Зак. Гражд. и примечание к ней и статью г. Пестржецкого в Журн. Мин. Юст. 1860 г., № 12.

А. В наследстве у магометан все жены умершего, сколько бы их ни было, получают совокупно из всего имения, при детях, одну восьмую часть, а без детей четвертую, и полученное на всех делят между собой поровну (1161).

Б. По уставу рижского лоцманского цеха, в случае смерти лоцмана на службе, одной вдове его предоставляется половина той доли лоцманских сборов, какая причлась бы умершему при ближайшем разделе: другие наследники не имеют права на участие в сих деньгах. См. II Собр. Зак. 1854 г., ноябрь 24 (28760) § 67.

В. Вдовы после мужей чиновников имеют право на пенсию, в случаях и по правилам, означенным в Уст. о пенс., но право просить пенсию ограничивается особым сроком (III т. Уст. пенс. 171–173, 217–227), и пенсия прекращается со вступлением вдовы в другой брак и лишением прав состояния или поступлением в монашество (там же, ст. 155, 251, 252).

Г. О праве вдовы протестантского проповедника на квартиру и доходы с места в течение траурного года см. Уст. Ин. Исп. 357.

Д. По смерти инвалида, поселенного в Павловской или Николаевской слободе, вдова, если имеет мал. детей, может до совершеннолетия их пользоваться помещением или участком умершего. П. С. З. № 49663.

Е. Об участии вдов в поземельном наделе по смерти мужей у крестьян и инородцев см. т. IX, Особ. Прил. XVI, Пол. Башкирск., ст. 20. У Казаков Уст. Казач. Сел. 118 и след. прил. к 53 ст. по Прод. 1863 г., п. 30; см. еще Уст. о ссыльн. изд. 1890 г., ст. 363.

§ 42

Выморочное наследство. – Случаи, в коих выморочные имущества обращаются в пользу разных учреждений и сословий.

Когда после умершего не оказалось наследников, т.е. не явился никто в течение 10-летнего срока по вызову, или из явившихся никто не доказал своего права, тогда оставшееся имение признается *выморочным*; оно или обращается в состав государственных имуществ, или, по особому праву, предоставляется в пользу некоторых учреждений или обществ, к коим принадлежал умерший. Таким особым правом пользуются: учебные заведения (вед. народ. просвещения), после чиновников при сих заведениях, состоящих на службе; Университеты и Медико-хирургическая Академия – после своих членов, преподавателей и чиновников; учебные заведения ведомства Императрицы Марии, после служивших в тех заведениях, а также после воспитанников и воспитанниц, духовное ведомство после духовных властей (в их движимости)¹; католические монастыри, после монахинь (в их денежных приданных капиталах); города после городских обывателей, в недвижимом имуществе, если оно состояло в черте города и отведенных ему земель (недвижимые вне сей черты, движимость и капиталы поступают в госуд. имущества ср. Касс. реш. 1878 г., № 47); сельское общество после приписанных к обществу крестьян; войска казачьи, после чиновников и казаков, малороссийские казачьи общества после своих казаков, в их потомственных казачьих землях (земли, лежащие внутри общественной дачи, но приобретенные от посторонних, равно движимость и капиталы поступают в общество лишь с его согласия; в противном случае, равно и земли, приобретенные от посторонних вне общественной дачи, обращаются в госуд. имущества); общество Сарептских и Прибалтийских Евангелических колонистов, после умершего колониста (Уст. Кол. 179); инвалидный капитал – в призовых долях, следующих убитым в сражении; эмеритальная касса морского ведомства – после служивших в сем ведомстве, кроме нижних чинов, артельные и собственные деньги коих обращаются в съестную или харчевую сумму, а если они умерли на казенном корабле или судне, то имущество их отдается в госпитали; дом призрения сирот женского пола Одесского благотво-

¹ Это правило 1170 ст. не распространяется на католическое духовенство; см. Ж. М. Ю. 1865 г., № 12.

рительного общества – после призреваемых в нем (Зак. Гр. ст. 1162–1172, 1174, 1176, 1178, 1179)¹.

По закону 1893 года, выморочные имущества после потомственных дворян обращаются (за исключением случаев, указанных в ст. 1168–1172, 1174, 1176–1178 и 1180–1182 Зак. Гр.) в пользу дворянских обществ. Доселе это простиралось лишь на имущество дворян, записанных в родословную книгу; новый закон простирается и на имущество дворян не записанных. Недвижимые обращаются к дворянству той губернии, где оные находятся. Движимость обращается туда, где умерший записан в родословную книгу, а если он записан в двух или более губерниях, делится поровну. Если не был записан, но имел недвижимость, то и движимое следует по недвижимости тем же порядком. Буде же недвижимости у него не было, то движимость следует туда, где отец или дед по отцу был записан, тем же порядком.

1891 г. *Апр. 3 № 45*. – По возникшему в деле Тамбовского управления государств. имуществами вопросу о признании выморочным имущества статского советника Кашкадамова, применимо ли правило 1169 ст. Зак. Гражд. об обращении выморочных имуществ, оставшихся по смерти воспитанников и воспитанниц учебного ведомства Императрицы Марии, в пользу тех учебных заведений, – в коих умершие воспитывались, к имуществу, оставшемуся после тех лишь лиц, кои умерли в то время, когда воспитывались в сих заведениях, или к имуществу бывших воспитанников и воспитанниц, умерших и после выхода из сих заведений, Гражд. Касс. Деп. нашел, что этот вопрос должен быть разрешен в первом смысле.

А. Монастырям присваивается наследственное право на ризницы монашествующих властей и на выморочное их имущество, на всякую движимость простых монахов и на строения внутри монастырей, остающиеся по смерти простых монахов. IX. 393; 442, 443. Уст. Иностр. Исп. 1016 (по Прод. 1890 г.). У армяно-грегориан имущество патриарха, епархиальных начальников и викариев, если не завещано в пользу богоугодных заведений, обращается в пользу Эчмиадзинского монастыря, а имущество монастырских настоятелей и монашествующих, в подобном же случае, идет в пользу их обители. Уст. Иностр. Исп. 1015, 1016 (по Прод. 1890 г.) и 1871 г. марта 1 (49304).

Б. По правилам для устройства крестьянских волостей в Остзейских губерниях, наследства, в коих не откроется законных наследников, обращаются в волостную кассу. Полн. Собр. Зак. 1866 г. (43383) § 11.

В. Имущество, оставшееся после ссыльного в месте поселения, буде в *Сибири* не осталось у него прямых наследников или жены, продает-

¹ В ст. 1177 и 1180 означены еще два случая, которые относятся по существу не к выморочности, но скорее к конфискации.

ся, и деньги поступают в экономический капитал ссыльных, особливо в ту губернию, где умерший находился (Уст. ссыльн. изд. 1890 г., ст. 431, 433). Имущества ссыльного умершего до распределения поступают – мимо наследников, в экономическую сумму Иркутского и Приамурского генерал-губернаторств (примеч. к ст. 431). Строения, оставшиеся после каторжных, поступают, буде нет наследников, в ведомство того завода, где умерший находился (427 ст.). После ссыльных имущества выдаются ближайшим их родственникам, если они последовали за сосланными, в противном случае поступают, через продажу, в экономический капитал ссыльных. Уст. ссыльн., ст. 431, 434.

Г. Деньги после убитых или умерших в полку чинов Войска Донского, буде нет наследников, обращаются в казну приходской церкви той станицы, где умерший имел жительство (ср. Зак. Гражд. 1219).

Д. Из собственных денег, принадлежащих умершим, убитым и без вести пропавшим чинам, также жалованья и других сумм, следовавших им от казны, но по какому-либо случаю невыданных, уплачиваются их долги, остальные же затем деньги выдаются ближайшим родственникам или тем, кому они по духовному завещанию назначены будут. Но если завещания сделано не будет, а родственники умерших в течение года не явятся за получением наследства, то деньги те обращаются в инвалидный капитал. Св. Воен. Пост. Ч. II. Кн. I. 2210 ст. по V Прод.

Е. Частные вакуфы, по пресечении родов, в пользу коих были установлены, обращаются в госуд. имущества. Уст. Иностр. Испов. Прил. к 1203 ст. и 1874 г. июля 5 (53703).

Ж. Дома, оставшиеся по смерти отставных или уволенных в запас нижних чинов, водворившихся в бывших казенных селениях, если нет наследников, обращаются в пользу селения на общественные надобности. Уст. Лесн. изд. 1893 г., ст. 281, 413, прим. 2.

З. Частные случаи выморочности или обращения в казну, либо в пользу особого ведомства некоторых сумм, см. Учрежд. Орд. изд. 1892 г., ст. 172.

И. Если по продаже имущества несостоятельного, за удовлетворением всех его долгов и покрытием конкурсных расходов, останутся еще деньги, но наследники по вызовам не явятся, то деньги сии обращаются в Прик. Общ. Призрения; см. Уст. Общ. Призр. изд. 1892 г., ст. 45 п. 3; но для объяснения сего § необходимо поверить его по Банкротск. Уст. 1800 г., дек. 19 (19692) Ч. I § 160.

К. Кроме того, есть случаи, в коих некоторые имущества, или по роду своему, или по званию своих владельцев, в случае смерти их, не допускают вовсе перехода по наследству к кровным родственникам умер-

шего: в таком случае имуществам этим дается особое назначение. Так, священные изображения в жалованных панагиях и крестах, по смерти духовных лиц, вынимаются из окладов и обращаются в ризницу того места, к которому умерший по служению своему принадлежал (ст. 1025, 1186). В монастырскую казну обращаются ризницы монашествующих властей; туда же поступает всякое движимое имущество монахов низших степеней (1187). Выморочное имущество архиерея обращается в пользу архиерейского дома (IX. 395). Иконы и священные предметы, когда достаются по наследству иноверцам нехристианам, должны быть ими переданы в 6-месячный срок со вступления в наследство в руки православных или в православную церковь (1188–1190 ст.).

1891 г. Янв. 30 № 2. – По вопросу о том, приобретает ли казна имение по выморочному праву только вследствие истечения десяти лет со времени публикации о вызове наследников, или же должна для означенной цели осуществить свое право собственности путем исходайствования определения суда о передаче имущества, или фактически вступить во владение этим имением, Гр. Касс. Департ. высказался в том смысле, что имение становится выморочным, составляющим имущество государственное, в силу того обстоятельства, что в течение десяти лет со времени последней публикации о вызове наследников не явился никто за получением его или же никто из явившихся в сей срок не доказал своего права.

§ 43

Особые порядки наследства. – Наследование и раздел у крестьян по обычаю. – Закон наследования в прибалтийских губерниях.

Для некоторых имений установлен особый порядок наследства.

1. *Для заповедных имений.* Учредитель каждого заповедного имения обязан в самом акте означить, кому из лиц своего рода он предназначает имение; впрочем, имеющие законных детей или других нисходящих по прямой линии потомков не могут обойти их: не имеющие – могут назначить родственников в боковой линии, из потомственного дворянства. Учредитель может, на случай смерти первых назначаемых наследников и пресечения их потомства, постановить, к кому из его родственников должно затем поступить имение. Но если имение при учреждении имеет свойство родового, то предназначаемый наследник должен быть из того рода, откуда имение поступило к учредителю. Во всяком случае переход имения в потомстве назначенного наследника должен совершаться в порядке, определенном законами: учредитель может только распорядить, в

чие потомство должно идти имение, буде потомство первоначального иссякнет. Общий же наследственный закон таков: после первого владельца наследует старший сын и его потомство, всегда в лице старшего сына, по праву представления; если старший сын умер, не оставив представителей в прямой линии ни по мужскому, ни по женскому колену, то следует второй сын с потомством, тоже в лице старшего; если сыновей и потомства от них нет, — старшая дочь с потомством, затем вторая дочь и т.д. Если после умершего владельца не осталось нисходящих и он не был первым по назначению владельцем, то имение переходит к старшему из его братьев и его старшему потомству и т.д.; затем к старшей из сестер и ее старшему потомству. А когда ни братьев, ни сестер с потомством не осталось после умершего, имение переходит к старшему из братьев или старшей из сестер отца его, в том же порядке, если только эти дядя или тетка происходят в какой-либо степени от учредителя, или первоначального владельца, или первого наследника сего имения. На сем же основании и тем же порядком, с соблюдением во всех случаях первородства, представления и предпочтения мужского колена женскому, наследуют все прочие боковые родственники, лишь бы они происходили от вышеуказанных лиц. Наследование в заповедном имении после владельца не препятствует тому же лицу наследовать по общему порядку в других незаповедных имениях после того же владельца (Гражд. Зак. 1192–1205). Если бы к одному лицу дошли 2 или 3 отдельные заповедные имения, то они у сего владельца не сливаются, и дальнейшее распределение их между наследниками совершается по особому порядку (ст. 1206, 1207). Если у мужа и жены отдельные имения, то мужнино переходит к старшему сыну или, за неимением сыновей и их потомства, к старшей дочери; а женино имение — ко второму сыну, или буде сын у них один, к старшей дочери, либо ко второй, когда старшая получает отцовское имение (1208). Заповедное свойство имения уничтожается, когда нет больше в заповедной линии наследников из потомственного дворянства: тогда имение поступает по общим законам к наследнику последнего владельца (1209). Если владелец умер, не обеспечив участия вдовы своей и детей, кои не наследуют в заповедном имении, то вдова получает пожизненное право на шестую часть чистого дохода с сего имения, а дети вправе требовать, чтобы для раздела между ними был составлен посредством займа особый капитал, равный двухлетнему чистому доходу с имения. То же право принадлежит вдовцу и детям после владелицы имения. Остающиеся по смерти владельца доходы последнего года, как собранные, так и подлежащие к сбору по день смерти, делятся, за вычетом личных долгов вла-

дельца, между вдовой и детьми – не наследниками (ст. 1211–1213. См. еще в первой части сего сочинения статью о заповедных имениях).

2. Для имений, пожалованных на маиоратном праве в Западных губерниях (ст. 1214–1217). Имения сии поступают всегда к старшему сыну; только после первого приобретателя, не имеющего сыновей, имение переходит к старшей дочери и по ней к ее старшему сыну, или старшему сыну другой дочери. Когда нет дочерей у первого приобретателя, то наследует старший брат.

3. Для участков, отведенных малоимущим дворянам на основании изданных в 1848 году правил; они переходят без раздробления к старшему в роде наследнику (516, 1191 ст.).

4. Для наследства после иностранцев. Порядок наследства иностранцев в имении, остающемся в России, определяется общими законами (ср. 63 ст. Зак. Суд. Гражд. и 1274 и 1281 ст. Уст. Суд. Гражд.), кроме Царства Польского и губерний Бессарабской, Виленской, Витебской, Волынской, Гродненской, Киевской, Ковенской, Курляндской, Лифляндской и Подольской, где по закону 14 марта 1887 года иностранцы в недвижимом имуществе вне городов наследуют только в прямой нисходящей линии и после супругов, если притом наследник поселился в России до издания приведенного закона, во всех же остальных случаях наследник обязан в течение трех лет продать имущество русскому подданному, в противном случае оно берется в опеку и продается с публичного торга (IX, ст. 1003, прим. 2, прил. по Прод. 1890 г., ст. 3; Зак. Гражд. 1106, прим.). Особое правило постановлено также относительно принадлежащих иностранцам бессрочных долгов, внесенных в государственную долговую книгу: имущество сего рода поступает к наследникам иностранца по порядку и правам наследия того государства, к которому он принадлежит. То же постановлено о государственных непрерывно-доходных билетах (1218 ст. Зак. Гражд.; Уст. Кредитн. изд. 1893 г., разд. II, ст. 66, разд. III, ст. 49).

5. Для наследства после *колонистов* – в землях, отведенных им от казны. Наследует по правилу младший сын; лишь в случае неспособности его участок отдается одному из старших сыновей или близких родственников, по назначению умершего или по распоряжению начальства. О наследстве в землях, приобретенных колонистами в собственность, нет особых постановлений, но о движимом имуществе постановлено, что вдове умершего выдается $\frac{1}{4}$ часть, такая же часть всем дочерям вместе, а остальное делится поровну между сыновьями (Уст. о Колон. 169–171, 176, 178).

По общему закону для колонистов, у них наследует в участке, без раздробления, младшие сыновья (минорат); правило это постановлено в указе

19 марта 1764 года, и состоит в связи с общей целью правительства устроить колонизацию для утверждения и успеха сельского хозяйства, к чему признавалось необходимым средством поддержание участков в хозяйственной целостности. Посему тем же законом постановлено: если меньшой сын с надлежащим успехом владеть участком не может, за малолетством, или какой неспособностью, то и оставить на волю отцовскую: кого он из больших своих сыновей или родственников в наследники или опекуны изберет; если же сам отец не успеет того сделать, то начальство округа обязано избрать опекуна малолетнему наследнику; буде же наследник вовсе явится неспособен ко владению, то отдать тот участок из ближайших родственников тем, которые собственных участков не имеют, а при равенстве прав нескольких – по жребию. Итак, здесь, при владении условном и ограниченном, наследственный переход участка должен определяться не исключительно по кровному родству, но по способности родственников, хотя бы и отдаленнейших, к продолжению и поддержанию хозяйства.

Распоряжение движимым имуществом в воле родителей; но если завещания не оставлено, вдове дается $\frac{1}{4}$ часть, такая же всем дочерям, на приданое, а остальное всем братьям с тем, что наследник участка обязан содержать мать до смерти, а сестер до замужества. Если останется одна вдова с дочерьми, то владеть им участком до чьего-либо замужества; хозяином участка становится первый мужчина, кто войдет в семью (ср. Уст. Колон. ст. 113, 120–125, 149–161, 169–178).

Эти законные правила наследства не соблюдаются, однако, во всей точности. На практике они значительно изменяются обычным правом колонистов, более соответствующим хозяйственным их потребностям. Так, напр., остается без применения право минората; это отступление не противоречит, впрочем, самому закону, в коем правило о минорате не имеет безусловно обязательного значения: участок может быть передаваем способнейшему; следовательно, от воли домохозяина всегда зависит, по предлогу неспособности младшего, передать участок старшему сыну или даже одному из дальнейших родственников. Настоятельная хозяйственная потребность понуждает колонистов разделять участки, составлявшие первоначальное хозяйство, при передаче по наследству, по завещаниям или по семейным договорам, дабы дать место основанию новых хозяйств для таких членов семьи или общины, которые в противном случае оставались бы безземельными; впрочем, 173 ст. Уст. о колон. дает право разделять подворные участки с согласия схода и выборных начальников.

Во всяком случае положительные правила Устава о колон. относительно наследства разумеют колониста преимущественно в кругу его поземельной оседлости и имеют в виду участки, отведенные ему от казны для хозяйства. Но, кроме того, каждый колонист может приобретать, независимо от специальных прав своих по сословию, как русский подданный, земли и недвижимые имущества вне колонии и всякого рода движимое имущество. В отношении к собственным землям, состоящим вне казенного надела, колонистам, по силе 167 ст. Уст. Колон., предоставлены все вообще права, присвоенные сельским обывателям.

У некоторых колонистов приняты, как сказано выше, по обычаю, особые правила наследования в собственном имуществе. У меннонитов Молочанского

округа правила эти облечены в форму писанного положения, которым эти колонисты весьма дорожат, не отделяя его от религиозных своих положений и обрядов. По силе сего положения женщины наследуют наравне с мужчинами во всех линиях. Наследники в нисходящей линии ни с кем не делят наследства. Родители исключают безусловно всех родственников далее первой боковой линии и делят наследство поровну с двоюродными братьями и сестрами. Дед и бабка делят наследство с дядьями и тетками, а также с двоюродными; прадед и прабабка – с двоюродными. Двоюродные братья и сестры предпочитают родным дядям и теткам; родные племянники и племянницы – двоюродным дядям и теткам и пр. (см. *Наши колонии* – Клауса, Спб., 1869 г., стр. 12, 130, 158, 186, 220 и Прилож. 8). Неприкосновенность обычаев в наследстве предоставлена бывшим колонистам и в новом о них положении. Т. IX, Особ. Прил., XV, ст. 19, п. 7.

6. Для наследства в поземельных участках, отводимых чиновникам Войска Донского в срочное пользование (Уст. Казач. Сел. ст. 53 прим. 3. Приложение по Продолж. Ст. 9. Ср. часть первую сего сочинения § 63).

7. Имения, пожалованные на срок в арендное владение, по смерти владельца, буде еще срок не истек, переходят в наследство только ко вдове умершего и детям, а *затем* к потомству в прямой нисходящей линии: дальнейшее обращение таких имений в боковые линии не допускается и они возвращаются в казну, буде нет по прямой линии наследников.

Выражение: *затем* может дать повод к недоумению, допускает ли закон только *однажды* наследство в сих имениях до истечения срока? По смыслу закона, если бы сын, получивший такое имение после отца, коему оно было пожаловано, умер сам до истечения срока владения, то нет препятствий детям его, поелику они составляют нисходящее потомство первого владельца, принять имение в наследство. Имения сего рода при переходе по наследству не должны быть раздробляемы; это не значит, что материальная ценность права становится достоянием одного только из числа многих наследников: доход с имения составляет общее достояние всех, но управление имением должно принадлежать одному. На сем же основании, т.е. в пользу только жены и нисходящего потомства, допускается наследство и в денежных арендах (Уст. каз. им. Прилож. к прим. 3 к ст. 2, ст. 36).

8. Особый порядок наследства в ленных имениях, по мужской линии. Ленные имения не подлежат раздроблению, но переходят во всей целости к одному из сыновей постоянно в мужской линии, а по прекращении ее обращаются в казну (Т. VIII, ч. I, изд. 1893 г., Уст. Лесн. Ст. 761 и прил. II к прим. 1 к ст. 1, Уст. каз. им., ст. 1).

9. По смерти ссыльных всякая движимость и деньги, что было ими в Сибири приобретено, переходит к *находящимся в Сибири* прямым их наследникам и к жене в указной части; буде же прямых наследников нет, то все достается жене, пришедшей в Сибирь с мужем по своей воле, или в Сибири вступившей в брак с ним во время ссылки; но к наследникам, пребывающим во внутренних губерниях, имущество ссыльного не обра-

щается. Сей же порядок наблюдается, как следует заключить из примечания к 432 ст. Уст. о ссыльн. изд. 1890 г., и в наследовании недвижимого имущества, которое могло быть приобретено ссыльными в месте поселения до 1845 года по прежним правилам, и после того, на основании Указа 1859 года (423, 424 ст. Уст. о ссыльн.). Имущество ссыльных, умерших в пути, или до распределения в Тюмени, не поступает в наследство; только собственные деньги, которые при отправлении отобраны были у них под квитанцию, могут быть передаваемы после них жене и ближайшим родственникам, буде они вместе с ссыльным были препровождаемы. Строе-ния, возведенные ссыльно-каторжным на месте работ, переходят к его жене, детям или иным родственникам (Уст. о ссыльн. Ст. 427–434). Наследство после ссыльного открывается не только смертью, но и осуждением за новое преступление, когда он вследствие того будет удален в другую сибирскую губернию или область (ст. 432). По смерти жены ссыльного, наследство принадлежит мужу или родителям одного звания (?) или пришедшим с ним в Сибирь по своей воле. Ст. 430 Уст. о ссыльн., в коей помещено сие правило, весьма неясно изложена.

10. Римско-католические церкви получают $\frac{1}{4}$ часть из движимого имущества после духовных лиц, находившихся при тех церквях и умерших без завещания. Уст. Иностр. Исп. 116.

11. Особый порядок наследства указан, впрочем, несовсем определенно, для потомственных земель или поместий, принадлежащих Ханам, Бекам, Меликам и Агаларам (1846 г. дек. 6 (20762) п. 9–11): наследникам, в разделе сих имений, *предоставлено*, сверх российских законов, руководствоваться правилами *Шариата*, а равно *Адатом* или местным обычаем¹.

12. Особым правилом определяется наследование в капитале, внесенном в комиссию погашения долгов иностранным вкладчиком, на бессрочный долг. В случае смерти его, бессрочный долг поступает к его наследникам по порядку и правам того государства, к коему он принадлежал. В законе не сказано, что сие правило применяется только к наследству иностранцев, живущих вне России. Кред. Уст. изд. 1893 г., разд. II, ст. 66.

13. Наследство у крестьян определяется по их обычаям IX т., Особ. прил., Общ. крест. пол. 38. Пол. Вык. 166. Местн. Велик. 110. Местн.

¹ Правила по сему предмету входили в состав Свода Законов в виде приложения к ст. 1097 т. IX, изд. 1857 г.; но в издание сего тома 1876 г. не внесены по всей вероятности по той причине, что они значительно изменены положением 1870 года о поземельном устройстве поселян, водворенных на землях лиц высшего мусульманского сословия: членов бывших ханских фамилий, беков, агаларов и меликов из армян. Тем не менее многие из этих правил и ныне составляют действующий закон, ничем не отмененный, а потому исключение их из Свода едва ли правильно.

Малор. 93. Местн. Закавк. ст. 81. Местн. Бессар. ст. 36. Правило это применяется независимо от того, состоит ли наследство в крестьянском наделе или в другом имуществе, и производится ли дело о наследстве в волостном или общем суде. Общие законы применяются лишь в том случае, когда обычай не указан или указание признано недостаточным (Касс. реш. 1880 г., № 174; 1885 г., № 3).

Домохозяину, по Малор. Мест. Полож., предоставляется передать, еще при жизни своей, семейный участок ближайшему наследнику; а кто не имеет по прямой линии наследника, может передать усыновленному приемышу. При переходе по наследству участки не могут быть раздробляемы свыше половины высшего пешего размера (ст. 94–96). Подобное правило о нераздроблении см. Местн. Пол. Закавк. ст. 84. Ср. Мнен. Гос. Сов. 19 февр. 1861 г., об отчужд. помещ. земель, т. IX, ст. 330, прим., прил. по Прод. 1890 г.

Общие наши законы о наследстве образовались поначалу посреди быта служилых классов: общие правила выяснялись и предписывались царским указом, по соображению с потребностями этого быта и с интересом службы Государевой. Закон о наследстве становился мало-помалу тем определительнее, чем определеннее вырождалось из зависимого и поместного владения начало личной собственности. Крестьянский быт оставался вне служилых прав и обязанностей, и крестьянское землевладение пребывало вне юридических определений, свойственных собственности. Неудивительно поэтому, что общий наследственный закон оставался мертвой буквой для крестьян, у коих в сущности не было права наследственного, а был лишь наследственный обычай. Невозможно уловить этот обычай в виде определительных общих правил на частные случаи, ибо народное сознание выражалось в бесспорном соглашении членов семьи, в общественных приговорах, в приговорах особенной крестьянской юрисдикции, и в каждом отдельном случае могло быть разнообразие оттенков, так что крайне затруднительно извлечь из отдельных случаев общие руководящие правила. Одно достоверно: что крестьянский наследственный обычай существенно отличается от общего наследственного закона, и основания этого отличия коренятся в свойствах хозяйственного быта у крестьян. По свойству сего быта и семья в нем имеет особенный вид хозяйственный и юридический, и само имущество представляется не в том виде, как, напр., у дворянина или купца. В крестьянском быту главным деятелем представляется *личный труд*, из коего, в отсутствии личной собственности и свободы, не успело еще до последнего времени выясниться все значение капитала: понятие о капитале не могло не быть, но капитал вообще представлялся подспорьем личного труда, а не отделялся в смысле собранного запаса трудов предшествовавших, и с великим трудом получал, при особенном развитии промышленности, рыночное, меновое значение. При таких обстоятельствах семья представляется у крестьян рабочим хозяйственным союзом, а имущество — общим хозяйственным инвентарем целой семьи, коего нельзя и разделить, не расстроив хозяйства; если же приходится делить его, то надо принимать в соображение, по справедливости, не столько близость родства, по отвлеченному представлению, сколько действительное уча-

стие того или другого члена в общем заработке. В крестьянской семье трудно указать, кто собственник общего семейного имущества; можно указать лишь распорядителя, и со смертью его не наследство открывается, а производится лишь перестановка распорядителя, коим обыкновенно становится старший, либо по летам, либо по указанию умершего, либо по выбору. Раздел вовсе не есть необходимое последствие этой перестановки, ибо в сущности нет перехода наследства, нет и имени, которое могло бы быть названо наследственным в смысле общего закона. Раздел семьи вызывается особенными обстоятельствами, экономической потребностью всех или некоторых, ссорами и т.п., и есть в сущности не что иное, как дележ общего заработка, причем и не кровные родственники, если жили в семье (напр., приемьши, зятя), могут быть дольниками, и производится раздел не поколенно, по отвлеченному началу, но по числу наличных взрослых работников. Кто прежде уже выделился из семьи и сел на своем хозяйстве, тот после и не участвует в общем разделе; отсюда предположение, что на корню, т.е. в старом доме, хозяином остается младший сын, так как он жил при отце и не успел выделиться (обычай этот, впрочем, не везде соблюдается). Женщина сама по себе не участвует в дележе семейственного имущества, вдова не получает за мужа, и замужняя дочь считается совсем отделенной, а девица может претендовать только на приданое. Вообще при разделе принимается в расчет, сколько кто их делящихся участвовал в приобретении, в приумножении общего семейного капитала. Поэтому брат умершего, когда жил с ним не в разделе, участвует вместе с детьми его в разделе после него имущества, участвуют и пасынки, если работали в дом. Дочери обыкновенно ничего не получают при братьях или получают малую часть. Вот существенные основания раздела, истекающие из условий хозяйственного крестьянского быта; но при сем необходимо заметить: *во-1-х*, что в некоторых местностях, где не было обычая семье жить без раздела в общем составе, где был обычай отдельного владения землей по участкам или где издавна существовало крестьянское владение землями на праве личной собственности, и указанные основания изменяются; *во-2-х*, что кроме общего семейного имущества некоторая движимость составляет отдельную личную принадлежность отдельных членов семьи, и в этом имуществе существуют особливые наследственные обычаи.

Вообще юридические обычаи с трудом приводятся в известность и никогда не достигают полноты и определительности, свойственной положительному закону. У нас крестьянский наследственный обычай вовсе не принимался в соображение при решении дел в общих судах, когда касалось дело до наследства (напр., при открытии наследства в городе после крестьянина промышленника, или в отдельном крестьянском имуществе, лежавшем вне сельской его оседлости), вообще же дела сего рода состояли вне общей юрисдикции и решались вотчинной, сословной или административной властью. Лишь с освобождением крестьян из крепостной зависимости получил значение перед законом крестьянский наследственный обычай, ибо 38 ст. *Общ. полож. о крестьян.* предоставлено крестьянам в порядке наследования имуществом (не исключая имущества, которое может быть на основ. 33 ст. приобретено и на стороне, вне крестьянского надела) руководство

ваться местными своими обычаями¹. Там, где, как у нас в России, отношения по имуществу так неразрывно и так разнообразно связаны с обычным устройством семьи, в населении земледельческом, – было бы со стороны законодателя великим насилием отменить все эти обычаи и вменить все наследственные порядки в одну узкую рамку положительного закона. И у германских племен, а тем более у славянских наследственные порядки возникли из семейного быта, и развивались на нем, имея существенной целью охранение семьи в ее цельности по имуществу. Вот почему, в наше время, и там, где издавна уже существуют обработанные кодексы наследственного права, слышатся голоса, доказывающие необходимость выделить из кодексов гражданского права постановления о семье и о наследстве.

По новому закону 1889 года, к ведомству волостного суда отнесены дела по наследованию и разделам между наследниками крестьянского имущества: а) без ограничения суммы, когда оно входит в состав крестьянского надела, а движимость составляет принадлежность сего надела; б) когда наследственное имущество, находящееся в пределах волости, хотя и не входит в состав крестьянского надела, но ценность его не превышает 500 рублей.

В новейшем кодексе, обработанном Богишичем для Черногории, и семейные отношения и наследственные права оставлены без законодательного анализа и определения. К тому же склоняется, на Дальнем Востоке, японский законодатель в предстоящей для этого государства разработке гражданского кодекса.

Закон наследования в прибалтийских губерниях. Сообразно римскому праву, признается понятие о праздном наследстве (*her. jascens*) как о юридическом лице, и призвание к наследству отличено от принятия. Преимущественным основанием наследственного права признается наследственный договор, затем завещание, а после того уже наследование по закону. Способность к наследованию требуется в минуту призвания к наследству, а по завещанию или договору – и в минуту совершения того или другого.

Наследование по закону допускается совокупно с наследством по воле умершего только в Курляндии; в остальных местностях действует

¹ По распоряжению министерства государственных имуществ собраны были и изданы в 1862 г. сведения о существующих у государственных крестьян обычаях наследования в 47 губерниях. В книге г. Ефименко «Сборник народных юридических обычаев Архангельской губернии» и в статье г. Чублинского «Очерк юридических обычаев в Малороссии» указаны обычаи, относящиеся к наследованию. Изданные в 6 томах «Труды Комиссии по преобразованию волостных судов» (СПб. 1874 г.) содержат в себе множество указаний на наследственные обычаи у крестьян.

римское правило (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus*; Остз. Гражд. Зак. 1691–1704, 2125); однако, если в завещании не назначено наследникам определенных долей, то, за распределением частей по завещанию, остальное имущество делится между ними не по соразмерности сих частей, но поровну, по числу лиц или колен (2698).

К наследству призываются: во-первых, живой супруг, во-вторых, кровные родственники умершего. Если последних нет вовсе, то супруг получает все наследство, а с родственниками делит оно. Определение супружеской части отличается особенным разнообразием постановлений, по историческому различию прав и обычаев в разных местностях края; так что в гражданском законе посвящено сему предмету 160 статей (1709–1869). Городское право, земское право, Лифляндское, Эстляндское, Курляндское, Пильтенское земское, Нарвское городское – содержат в себе различные о сем постановления; кроме того, особливый порядок установлен для наследования супругов духовного звания в Курляндии, Лифляндии, Эстляндии, в Риге и в Ревеле. Повсюду, однако же, право супруга определяется различно, смотря по тому, есть ли при нем дети или нет детей, вдова ли осталась после мужа или вдовец после жены: от сего зависит и мера ответственности за долги по наследству. Не вдаваясь в подробности местных уставов, достаточно указать для образца на постановления Лифляндского и Эстляндского земского права. Небездетная жена получает все наследство после мужа в безотчетное владение и пользование, до раздела, которого дети или, за смертью детей, родные могут требовать лишь в случае вступления вдовы во второй брак, сохраняя до того или до смерти ее только ожидаемое право на наследство. При разделе вдова получает всю движимость умершего, а из недвижимости и долговых требований долю, равную детской, но в случае смерти ее до раздела, право на сию последнюю долю не переходит к ее наследникам. Бездетная вдова владеет всем наследством 1 год и 6 недель со смерти мужа; затем при разделе получает вдовье вено, всю движимость (а в Эстляндии и $\frac{1}{2}$ долговых требований). Небездетный вдовец в Лифляндии получает в наследство всю движимость, а всем прочим имением владеет до совершеннолетия детей; в Эстляндии сохраняет во время вдовства все имение в пожизненном владении, а в случае нового брака, при разделе, получает всю движимость, денежное вено и равную с детской долей долю недвижимости и долговых требований. Бездетный вдовец (в Лифляндии) получает всю движимость и денежное вено, и пользование вотчинами на 1 год.

Незаконные дети наследуют лишь после матери и ее родственников, одинаково с законными, и обратно.

Усыновленные после усыновителей и их родственников наследуют в родовом имении лишь в силу особых условий усыновления, а в благоприобретенном наследуют после усыновителей наравне с законными детьми. Они не лишаются наследства и после кровных своих родственников. После усыновленного наследуют его родственники по усыновлению, наравне с кровными.

Общий порядок наследования заимствован буквально из римского права по 118 новелле, в тех же 4 разрядах. Право представления во 2 и 3 разрядах распространяется только на племянников умершего, но не далее, а в 4 разряде вовсе не допускается; в последнем разряде не имеет значения ни многократное родство, ни полнородное, ни различие пола. Когда после дворянина наследуют совокупно мужчины с женщинами, то первые имеют во всех разрядах преимущественное право на удержание за собой вотчин.

Таковы общие правила. Но в разнохарактерном законе прибалтийских губерний общие правила лишь в редких случаях могут служить достаточным руководством. Порядок наследования усложняется великим множеством местных отличий, по различию вышеприведенных, и еще многих других городских и земских прав. Различие это зависит главным образом от различного свойства имуществ, и сверх того, когда в наследстве участвуют восходящие вместе с братьями и сестрами умершего, мера участия их определяется различно, смотря по тому, был ли умерший вотчинник при жизни своей отделен или не был. В Эстляндии восходящие безусловно исключают боковых родственников. В Лифляндии из вотчин мужчина в равной степени получает вдвое против женщины; в Эстляндии это преимущество сыновей распространяется только на отцовские, а не на материнские вотчины. В Курляндии сыновья получают из отцовского наследства после дворянина втрое против дочерей. По лифляндскому праву, отцовское родовое идет в боковых линиях в род отца, материнское – в род матери.

Выморочное право существует, независимо от прав государственной казны, для Дерптского университета, для города, для евангелического братского общества и для церкви (относительно священнослужителей).

Примечание ко второй главе. По местным бессарабским законам (Доница Тит. 37; Арменопула Тит. VIII, кн. V), порядок наследства представляется в следующем виде.

Наследуют прежде всего нисходящие. Усыновленные и узаконенные признанием дети наследуют вместе с законными детьми; полнородные исключают неполнородных. Дети, за умерших родителей, наследуют по праву представления поколенно.

Если нет нисходящих наследуют восходящие, всех степеней, с исключением дальнейшей перед ближайшими, но с ними участвуют поровну, если есть полнородные братья и сестры умершего. Отец после умершего сына, хотя бы он и оставил по себе детей, получает имение его в пожизненное владение.

Братья и сестры полнородные предпочитаются; лишь в недостатке их призываются к наследству неполнородные. Мужчины не предпочитаются женщинам. Если у умершего не осталось живых братьев, а только дети их, племянники, то все они, сколько бы их ни было, делят имение поровну.

Супруг, после умершего супруга, и при детях получает равную с ними часть; при боковых наследниках – братьях, получает равную с ними часть, если их более трех, в противном случае четвертую. В некоторых случаях, между прочим, в случае вступления во второй брак, переживший супруг удерживает свою долю лишь в пожизненном владении.

Вообще законы эти мало определительны и исполнены противоречий.

По армянскому судебнику, порядок наследования определен, согласно со 118 нов. и позднейшим римским правом (см. ст. Алексеева об Арм. Суд. в Чт. Моск. Ист. Общ. 1870 г.).

ГЛАВА ТРЕТЬЯ

ОТКРЫТИЕ, ПРИОБРЕТЕНИЕ И РАЗДЕЛ НАСЛЕДСТВА

§ 44

Открытие наследства и приобретение оно́го. – Ответственность незаконного наследника перед законным. – Передача наследственного права. – Договоры о будущем наследстве.

Право на открывшееся наследство принадлежит наследникам с самой кончины владельца (1254). Стало быть, в какое бы время ни объявился наследник, право его возводится к минуте открытия наследства, которое следует ему в сущности со всеми своими приращениями и доходами с того времени. Применение этого правила бесспорно, если, до вступления наследников в наследство, оно не могло считаться ничьей принадлежно-

стью: на этом основании, напр., имение отдается наследнику, безвестно отсутствующему, из казенного присмотра (со всеми доходами, кроме издержек, на кои полагается 1%, см. 1244). Но при явке наследника может оказаться, что до него законно владело имением лицо, прежде того явившееся и признанное законным наследником, но долженствующее теперь вовсе уступить его преимущественному или частью поступиться его совместному праву. В таком случае вопрос об ответственности прежнего владельца новому, в доходах, разрешается по правилам о вознаграждении за владение, смотря по тому, добросовестное ли было оно или недобросовестное (Зак. Гражд., ст. 609–615, 618–626, 628–643. Ср. Касс. реш. 1876 г., № 29 и сего сочинения часть 1, § 21). Особенными правилами определяется ответственность наследников по закону, введенных во владение имением, перед наследником по завещанию, впоследствии предъявленному на то же имение (Зак. Гражд. 1300–1302).

Право наследника на открывшееся наследство, доколе оно не осуществилось, есть право личное, передаваемое лишь путем законного наследования: в сем отношении наши законы допускают неограниченно так называемую *трансмиссию*. Но спрашивается: можно ли передать это право по завещанию лицу стороннему или по договору? Едва ли есть в наших законах основание воспретить передачу сего права по *завещанию*, которым устанавливается то же наследство, — если имение, к моему праву относящееся, есть движимое, не могущее получить родовое свойство от наследственного перехода. Если же имение это родовое, либо вообще будучи недвижимым, долженствовало бы получить у наследника свойство родового, то передача наследственных прав на такое имение стороннему лицу, а не тому, кто должен быть наследником, по завещанию, окажется несогласно с духом наших законов о родовых имениях и о завещаниях. Эти соображения тем более применяются к праву на наследство такого лица, которое является не единственным, а совместным с другими наследником, ибо в сем случае свободе передачи наследственного права препятствует нераздельная общность его с другими лицами, без согласия коих участник на основании общего закона (ст. 1314) не может отчуждать свою долю (ср. Сбор. Сен. реш. т. 1, 598). Только в Черниговской и Полтавской губерниях допускаются, по местному закону, так называемые *улиточные* записи об уступке наследства (1256 ст.; ср. сего сочинения часть 1 § 39). О сем предмете рассужд. в реш. 1 Общ. С. Сен. 1871 г. по д. о насл. Арх. Платона.

В деле Гоголя (Касс. реш. 1872 г., № 794) возник вопрос: с передачей по улиточной записи всей доли отцовского наследства, при обозначении количества земли, передано ли право на получение выкупной ссуды по тому имению?

Доказывалось, что улиточ. записи бывают двух родов: на неопределенное наследство и на известную часть наследства. Но Сенат рассудил, что, по Литовскому статуту, улиточная запись означает передачу наследственных прав во всей их совокупности, хотя по содержанию записи может быть в ней и ближайшее определение составных частей наследства.

Прежде чем открылось наследство, наследника к нему нет, в смысле гражданского права; если и есть в наличности особы, которые по родству, хотя бы и самому близкому с владельцем, могут считаться предполагаемыми его наследниками, это предположение не имеет юридического значения, т.е. само по себе не дает им ни малейшего права на имение¹. Поколик существует в полноте прав гражданская личность владельца, о гражданском праве наследника на имение не может быть речи (может быть речь, когда ограничиваются права владельца наложением опеки, Зак. Гражд. 376), тем более, что до самой минуты открытия наследства невозможно предвидеть с достоверностью, кто из предполагаемых его наследников будет налицо или в живых и кто будет признан действительным наследником. По закону, как замечено выше, у нас не полагается *необходимых* наследников; хотя же закон в иных случаях упоминает о *прямых* наследниках (1054 ст. Зак. Гражд.), но это название лишено юридического значения, ибо им особых прав не предоставлено и не пояснено, кто суть прямые наследники.

Отсюда следует:

1. Предполагаемые наследники владельца не имеют, до открытия наследства, права на иски, истекающие из качества наследников. Противное означало бы, что в личности гражданской может быть раздвоение, и что этим раздвоением ограничивается единство и свобода воли в лице собственника. Посему предполагаемый наследник не вправе оспаривать гражданское действие владельца по имени, и права третьих лиц, на сем действии основанные, напр. дарение, продажу, совершенные владельцем. Право на таковой иск открывается для наследника лишь с минуты открытия наследства (посему с этой же минуты надлежит исчислять для него исковую давность). Хотя бы даже имение, к которому относилось действие владельца, оказывалось родовым, и это обстоятельство не дает предполагаемому наследнику права на иск. Есть, однако же, особый разряд имений, которые признаются собственностью не одного лица, но целого рода или фамилии, — заповедные имения; в этих имениях, при жизни владельца, содержится законное и не предполагае-

¹ Наследник, прежде открытия наследства, пользуется особливим правом наследника по дворянским выборам см. т. IX, ст. 114. О продаже имущества, имевшего достаться по наследству, см. статью в Юрид. Вестн. 1869 г., № 1.

мое, но действительное право его наследников, и потому нельзя лишить наследников права на оспаривание, при жизни владельца, его распоряжений, клонящихся к нарушению заповедных прав.

2. Всякие договоры и записи об имеющем открыться наследстве не могут иметь силы, так как можно изъявлять свою волю лишь об имуществе, на которое имеется действительное право; кроме того, закон не допускает таких договоров и по нравственному побуждению. Посему едва ли можно придать решительную силу и отречению от наследства, хотя бы отречение это оглашено было перед самим вотчинником и перед другими, предполагаемыми наследниками. Покуда не открылось еще право, нельзя допустить распоряжение им, а отречение есть уступка права или отступление от права.

По римскому праву, допускалось отречение от ожидаемого наследства, с согласия того лица, от кого наследство ожидается. Наш закон не дает повода признать такое отречение действительным: в сущности оно будет не односторонним актом, а соглашением или договором об ожидаемом наследстве.

А) При жизни мужа, Александра Гавриленко подала в Уездный Суд явочное прошение, что она предоставляет наследникам по мужу, которые получают родовое имение, или выделить ей из оного указную часть, или вместо того выдать 21.000 рублей. Впоследствии, при разделе мужнина имения, по смерти его, наследники его на сем основании отказывали в выделе вдове его указной части. Но Сенат, на основании 1148, 1159, 709 (по изд. 1887 г., ст. 710) и 1104 ст. Зак. Гражд., признал это заявление жены об уступке своей доли из имения мужа, при жизни его, недействительным (реш. Сен. Общ. Собр. 1874 г., по делу Гавриленко и Струкова).

Б) Кн. Голицын, при жизни жены своей, заключил с ней условие о выделе ей седьмой указной части из недвиж. имения или денег за оное, причем жена отказалась от дальнейшего участия в наследстве после мужа. Такой акт, оспоренный впоследствии мужем, Палата (а за ней и Сенат) признала недействительным, по нарушению 709 ст. (по изд. 1887 г., ст. 710) I ч. X т. Касс. р. 1872 г., № 1096.

В) В западном крае, при действии Литовского статута, были в употреблении договоры о пожизненном владении или так назыв. *пережиточные записи*, особливо между супругами (Литов. стат., разд. V. арт. XVII, § 1; разд. VII, арт. I, § 1), о том, что имение одного лица должно перейти, по смерти его, в пожизненное владение другому, остающемуся в живых, и обратно. В 1869 году решением I Общ. Собр. Сената по д. Выржиковской признано, что основанное на подобном акте преемство имения, как основанное на договоре, не причитается к наследству. Посему признано, что при конфискации имения у мужа преступника, жена его, по имению, полученному от мужа на основании такого акта, не может быть поставляема в разряд лиц, лишаемых участия в наследстве после политического преступника; что казна путем конфискации могла получить имение преступника только в пределах тех прав и обязанностей, в коих находился он сам в момент своей политической смерти, следовательно, не вправе была, по

своему одностороннему усмотрению, уничтожить пожизненный договор, который сам Выржиковский не вправе был разрушить.

Отречение от наследства имеет юридическую силу в одном только случае, и в этом случае сие отречение нельзя назвать предварительным. По нашему закону, допускается предварение наследства *выделом*; но с выделом, по воле вотчинника, наследственная доля, при жизни его, передается в действительное владение и в собственность ближайшему наследнику; стало быть, в этих случаях к выделенному лицу переходят действительно вотчинные права на имение, и от него зависит счесть себя, на свою долю, вполне удовлетворенным и больше ничего не требовать при разделе имения, по открытии наследства, между прочими наследниками (ст. 998, 1002 Зак. Гр.).

В лице несостоятельного должника вступление его самого в наследственные права устраняется, либо ограничивается. Все, что к несостоятельному дойдет по наследству во время конкурса, причисляется к конкурсной массе (Уст. Суд. Торг. изд. 1893 г., ст. 571). По окончании производства о несостоятельности *несчастный* должник восстанавливается в правах своих (621), а к *неосторожному*, что впоследствии дойдет по наследству, обращается *сполна* на удовлетворение непогашенных еще прежних долгов его (623). Это правило несколько изменяется относительно неосторожного должника в неторговом звании. Буде ему достанется наследство, то берется в опеку, из коей до смерти его только $\frac{1}{5}$ часть обращается в пользу его с семейством, а остальное идет на уплату долгов; по смерти же платеж долгов пресекается. Зак. Суд. Гражд. ст. 527, 528.

§ 45

Меры к охранению открывшегося наследства. – Опись. –

Вызов наследников. – Утверждение в правах наследства. –

Срок на явку наследников и вступление явившихся. –

Особые правила для торгового сословия.

Между открытием наследства и вступлением в него наследников может быть более или менее продолжительный промежуток неизвестности о том, кого следует считать хозяином оставшегося имения, и охранять имение некому. В таком случае для охранения имения в пользу наследников принимаются меры подлежащей властью. По старому порядку меры эти принимались полицией и судом: по новому порядку – принимаются мировым судьей в порядке охранительного производства. Меры эти суть: во-1-х – опись и опечатание имения, во-2-х – вызов наследников (1224, 1225 Зак. Гр.).

В сущности, нельзя предвидеть заранее, какие объявятся наследники и кто именно, и потому надлежало бы во всех случаях принимать меры к охранению имущества. Но закон говорит (1226 ст.): опись и опечатание имущества производятся: 1) когда при открытии наследства наследников налицо не будет и 2) когда имущество по закону должно поступить в опеку. Если же некоторые из наследников в отсутствии или есть сомнение в том, все ли они налицо находятся, движимое имущество умершего должно быть подвергаемо описи. По новому порядку к описи приступает (через судебного пристава) мировой судья, получив извещение о смерти (1227 Зак. Гр.; 1403–1407 ст. Уст. Суд. Гражд.), а в местностях, в коих введено положение о земских начальниках, — земский начальник (Зак. Гражд., ст. 1227 прим., по Прод. 1890 г.).

В ст. 1231, 1234 и 1238 Зак. Гражд. установлены и некоторые особенности относительно описи и охранения имущества при различных условиях, а именно после лиц, умерших в пути и на пароходе, после духовных властей, после держателей фабрик и мануфактурных заведений, после русских подданных, умерших за границей, и после иностранцев в России.

Сохранение описанного имущества поручается или налицо, находящимся наследникам, или, когда их в виду нет, постороннему лицу, напр., хозяину дома (Касс. реш. 1867 г., № 384; ср. Зак. Гражд., прил. к ст. 1227, ст. 7). Имение лица, безвестно отсутствующего, берется в казенный присмотр (1243 Гр. Зак.).

Опись имущества, вместе с производством, представляется по старому порядку в судебное место, в ведении коего находится имущество (в порядке вотчинной подсудности); по новому порядку — мировому судье, в участке коего наследственное имущество находится (выражение неопределятельное, ибо после умершего могло остаться имущество в разных местностях и участках). Суд (или судья) делает распоряжение о вызове наследников через Сенатские ведомости (публичные ведомости). Предположение о неизвестности *всех* наследников следует допустить во всяком случае; но в 1239 ст. Зак. Гр. постановлено, что вызов делается в трех случаях: 1) когда все наследники или некоторые из них находятся в отсутствии (очевидно, что предположение о сем надлежит допустить во всех случаях безразлично, а потому этой одной причины достаточно для того, чтобы производить вызов во всех случаях; а затем уже о последующих двух причинах не было бы нужды упоминать); 2) когда после умершего остался капитал в Государственном банке; 3) когда не выкуплены им вещи, заложенные и просроченные в Ссудной казне. На эти же три повода сделана ссылка в 1401 ст. Уст. Гр. Суд., из чего следует заключить, что в сих случаях вызов наследников обязателен для мирового су-

ды, но в следующей, 1402 ст., сказано, что судья (кроме того) делает распоряжение о вызове, по просьбе частных лиц, по заявлению полиции, по требованию прокурорского надзора или начальства умершего. Особенности вызова наследников после умерших в военной службе и нижних военных чинов смотри в примечании к 1239 ст. Зак. Гр.¹

Кроме того, имеются особые правила о хранении и распределении имущества после убитых и умерших чинов в полках Войска Донского (ср. 1219 Зак. Гр.); об открытии и приобретении наследства в имуществе, остающемся в губерниях и областях, на особых правах состоящих, по смерти уроженцев губерний, состоящих на общем праве, и обратно (1279–1286); остающемся после лиц, водворенных в Империи, временно пребывающих в Польше или Финляндии, и обратно (1287–1295); об охране имущества после умерших в Красноводском округе. 1870 г. апр. 24 (48280).

Ссылка, сделанная в 1401 ст. Уст. Гражд. Суд., в связи с 1403 ст., на 1239 ст. Зак. Гражд., может ввести в недоумение. Можно подумать, что распоряжение об охране непременно должно быть сделано, когда после умершего остались капиталы в Банке или невыкупленные вещи в Ссудн. Казне. Очевидно, что такой вывод был бы неоснователен. В приведенных случаях необходим по закону вызов наследников для охранения банкового интереса; но нет ни малейшего основания по этому только поводу принимать меры к охранению целого наследства.

Из приведенных статей не следует заключать, что с вызовом всегда соединяется охранение. Вызов наследников имеет свое особенное значение и м.б. сделан и без принятия охранит. мер, когда они не требуются (Касс. реш. 1871 г., № 421).

Если местопребывание отсутствующих наследников известно, то, кроме публикации, они вызываются и через местную полицию. Публикация необходима и потому, что от нее исчисляется срок для явки наследников и для утверждения явившихся наследников в правах с отдачей наследства. Кто явился в течение полугода со времени последнего припечатания в ведомостях, те могут просить, чтобы, не ожидая долее, их допустили вступить во владение; а буде имущество находилось в их руках, вправе считать себя хозяевами, при бесспорности прав своих (1241). Особые правила о вызове после умерших в России иностранцев см. 1247, 1248 ст. Зак. Гр.

В конвенциях о наследствах, заключенных с иностранными правительствами, содержатся правила о порядке охранения и описи наследственного имущества местными властями совместно с консулом подлежащей страны или без

¹ Обязанности полиции по охранению наследства см. II т. изд. 1892 г. Общ. Губ. Учр., ст. 681 п. 16. Об охранении имущества по смерти бессемейного консула в Персии, Уст. Консульск. изд. 1893 г., ст. 125. Об охранении и отсылке вещей после умерших в военных госпиталях см. 1869 г. июля 15 (47310) § 283, 305. В 1894 г. изданы особые правила о порядке вызова наследников после умерших иностранцев из турецких и персидских подданных и вообще азиатцев.

него в его отсутствие; о сдаче имущества на хранение консулу и о праве сего последнего обращать в продажу движимые вещи, подлежащие порче, и отнести на счет массы расход, потребный по случаю смерти (ср. Уст. Консульск. изд. 1893 г., ст. 2, прим. 2).

Если в течение 6-месячного срока никто не явился к отысканию наследства, оставшееся имение надлежит (по общему правилу 1243 ст. Зак. Гр. о безвестно отсутствующих) брать в казенный присмотр (в ведомство опеки). В опеку же поступает имение по спору о наследстве, в случаях, указанных в 1066¹⁴, 1098–1103, 1300 ст. Зак. Гр. и 397, 398 ст. Зак. Суд. Гражд. В опеку предписано брать имения населенные, достоящиеся по наследству непотомственным дворянам, впредь до совершения акта о выкупе крестьянских земель или до отчуждения имения владельцем потомственному дворянину (1304 ст. Зак. Гр.).

А) Применение 1226 ст. Зак. Гр. сопряжено с немаловажными затруднениями, по ее неопределительности. При действии старого порядка, имение оставлялось обыкновенно, без описи, во владении наличных наследников, когда они состояли налицо, и устранить в сем случае вмешательство полиции не стоило больших затруднений. Этим облегчалось положение наследников, но зато, с другой стороны, представлялось немало случаев и поводов к расхищению или утайке имущества. Напротив того, при введении в действие мировых учреждений, 1226 ст. начали применять с чрезмерной строгостью. Действительно, текст ее во многих случаях представляет одинаковое основание как к устранению описи, так и к требованию описи. При действии новых правил судопроизводства возникло более поводов исполнительным чинам опасаться ответственности за несоблюдение важной формальности, но с другой стороны, явились и новые личные побуждения требовать неперменного ее соблюдения, ибо с составлением описи соединяется взыскание сбора в пользу судебных приставов. Посему неудивительно, что ныне мировые суды требуют описи открывающегося наследства с чрезмерной строгостью, походящей в иных случаях на притязательность. Много на это ропота и жалоб, особенно по случаю описи малых наследств, не соответствующих издержкам на опись и хлопотам; однако же трудно удовлетворить эти жалобы на основании нынешней редакции 1226 ст. Надлежало бы выразить ее определительнее. Для сего, может быть, потребовалось бы в нашем законе установить принятое в других законодательствах различие между прямыми и косвенными наследниками и предоставить прямому наследнику законную возможность вступить во владение имением непосредственно, с принятием на себя ответственности пред прочими, могущими явиться, а вместе с тем уменьшить издержки по случаю описи малых наследств.

Б) Охранение наследства исполнительным порядком служит к ограждению целости и к приведению в известность количества наследственного имения, в интересах тех лиц, кои могут явиться в качестве наследников и быть признаны наследниками, или сторонних лиц, имеющих *открывшееся* и заявленное право на взыскание личных своих претензий с наследственного имущества. Посему охранительное производство может быть возбуждено, *во-1-х*, без чьей-либо просьбы,

единственно по усмотрению мирового судьи, когда он известился об открытии наследства. Если при сем мировой судья может иметь личное убеждение в том, что кроме наличного наследника, уже владеющего имением в сем качестве, других наследников нет, и нет в виду других заинтересованных лиц, то от него зависит, кажется, под своей ответственностью устранить охранение. Во-2-х, охранительное производство может быть возбуждено по заявлению и просьбе заинтересованных лиц, имеющих претензию на наследство, или к оному. В-3-х, наконец, оно может быть возбуждено и в интересах самого наличного наследника, уже вступившего в имение, для ограждения его самого от могущих впоследствии возникнуть к нему претензий со стороны имеющих явиться сонаследников или кредиторов.

Надлежит заметить, впрочем, что одно *необъявление* предполагаемого наличного наследника об открывшемся наследстве само по себе еще не возлагает на него наследнической ответственности пред кредиторами умершего или ответственности перед имеющими явиться наследниками. Первые обязаны еще доказать, что он вступил в наследство самим делом; последние обязаны доказать, что показуемый ими состав наследственного имения был действительно таков при открытии наследства, и уменьшился именно по вине или небрежению повинного лица (ср. Касс. реш. 1870 г., № 1583).

Правила охранительного производства, по приведению в известность открывшегося наследства, в строгом смысле применяются к такому состоянию наследства, в коем оно состоит прямо открывшимся наследством, т.е. массой имущества, которая неизвестно еще кому принадлежать будет; но когда наследственное имущество, по смерти вотчинника, поступило уже во владение другого лица и числится за ним, как его наследственное достояние, тогда приведение сего имения в известность и охранение его бесспорным охранительным порядком не может иметь места (разве по требованию наличного наследника, вступившего в наследство), ибо несообразно с сущностью бесспорного порядка. Вступить во владение наследством наследник может непосредственно и без утверждения в правах наследства, чем принимает на себя и ответственность, сопряженную с принятием наследства. Тогда уже вступает он, как наследник, в законное состояние владения, которое не может быть нарушено действием исполнительной власти, в порядке бесспорного производства. Надлежит к сему владению приступать, в случае отрицания владельца, не иначе как по иску того лица, которое является со своим на то же имение наследственным титулом, и распоряжение об охранении наследственного имущества, посреди всей массы имуществ того лица, у кого оно во владении находится, может уже последовать не иначе как по распоряжению подлежащего суда в порядке судебного-искового производства. Эти соображения подтверждаются решением Гражд. Касс. Деп. Сената 1870 г. № 1892, в коем обсужден такой случай. По крепостному завещанию деда в пользу сына его, принявшего наследство, владел имением внук сего деда; но через 20 лет уже по смерти сего деда состоялось решение, коим завещание деда не признано в качестве крепостного, а предоставлено просить об утверждении его как домашнего. По поводу сего решения законный наследник того деда обратился к мировому судье с просьбой об охранении наследства, за

20 лет до того открывшегося. Распоряжение мирового судьи об удовлетворении сей просьбы Сенат признал незаконным.

В 1871 году заявлена была просьба об охране наследства, открывшегося в 1856 году. Сенат признал (Касс. реш. 1872 г., № 1048), что меры для охранения предполагаются нужными немедленно после смерти владельца, а потому настоящий случай не относится к охранительному производству, и принятие охранительных мер через 15 лет по смерти не было обязательно для мирового судьи.

В) Практика охранения возбудила уже много спорных вопросов и недоумений. В каких случаях следует и в каких не следует приступать к охранению? Что следует подвергать описи и опечатанию? Как удовлетворять притом претензии третьих лиц на вещи, найденные в имуществе умершего? Кому отдавать на хранение описанное имущество? Как поступать в тех случаях, когда требуется хозяйственное управление им, продолжение дел, промысла, торговли, — охранение права, соединенного с владением (напр., сроков по обязательствам и долговым требованиям и т.п.), исполнение необходимых расходов и проч.? В каком порядке и какой властью совершать передачу имуществ по явке претендентов на наследство или по предъявлении завещания? Все эти вопросы поставляют до сих пор в затруднение нашу практику (см. о сем обстоятельные статьи Г. Закревского и Герарда в Журн. Гражд. и Уголовн. права, 1872–1874 гг.).

От законодательной власти требуется разъяснение и дополнение тех начал, которые намечены покуда немногими, весьма неясными чертами в уставе охранительного производства 1864 года. В ту пору предполагалось, что начала этого дела остаются прежние и что оно не требует новой организации. Но прежние начала, весьма неясные, были достаточны при действии прежних органов судебного производства и оказываются недостаточными для новых. Г. Закревский в статье своей (Журн. Гражд. права 1874 г., № 2) представляет и проект положений, которыми, по его мнению, надлежало бы дополнить действующее законодательство.

Вообще в суждениях об этом важном предмете высказываются два противоположные мнения. Одни смотрят на охранение наследств, как на меру, принимаемую по распоряжению власти, к интересу неизвестных лиц, могущих иметь право на наследство, и к охранению имущества от предполагаемых во всяком случае возможными расхищений. С этой точки зрения охранение признается желательным во всяком случае, хотя бы и со стеснением для частных лиц, лишь бы только обеспечить целостность имущества. Мировой судья ставится в положение стража, от которого не должна укрыться ни одна смерть в его участке, дабы не упущено было немедленное принятие мер охранения. В таком виде, конечно, мера охранения прав утратила бы свое гражданское значение и превратилась бы в меру, стеснительную для частного права. Вред от охранения стал бы ощутительнее того вреда, который предполагается предупредить посредством охранения.

Гораздо основательнее и ближе к цели гражданского закона об охранении другое мнение. Цель закона об охранении, как и всякого гражданского закона, не может быть безусловная. Законодательство не может поставить себе целью охранение каких бы то ни было гражданских права по имуществу посредством *надзора, опеки* и принятия мер полицейских. Исполнение такой задачи превы-

шало бы средства государственной власти, и по самому свойству дела было бы невыполнимо. Правительство может принимать в свое ведение и надзор имущества вовсе *бесхозяйные*; но если бы оно предположило распространить опеку на все имущества, при коих нет хозяина *законного* с законным титулом, то поставило бы себя в крайнее затруднение, а свободу частного владения стеснило бы чрезмерно и без основания. Посему и на закон охранения наследств надобно смотреть прежде всего, как на орудие, посредством коего частным интересующим лицам предоставляется охранять права свои. Затем могут быть случаи, в коих подлежащая власть (ныне власть мирового судьи) может и по усмотрению своему принимать меры к охранению наследства, и случаи эти должны быть связаны в законе с обстоятельствами, допускающими предположение о бесхозяйности имущества, или о том, что подлинный законный преемник его неизвестен. Притом само охранение не должно превышать потребной меры ограничения и стеснения. Цель закона состоит не в том, чтобы имущество было сохранено безусловно, но главным образом в том, чтобы оно не оставалось без ответственного хозяина, распорядителя или владельца, до тех пор, пока не выяснится личность законного и бесспорного в нем преемника по умершем.

Г) По делу Лисина (Касс. реш. 1868 г., № 602) Сенат признал, что по силе 1226 и 1239 ст. охранительные меры не всегда и не во всех случаях требуются. От усмотрения мирового судьи зависит, *руководствуясь доказательствами*, кои предъявлены от наличных наследников, если они устраняют всякое сомнение, что нет отсутствующих, и опасение, что интересы отсутствующих и неполноправных могут быть нарушены, принять или не принять законные меры к охранению целостности наследства... Меры сии следует принимать только тогда, когда они вызываются законной действительной необходимостью. Ср. еще Касс. реш. 1869 г., № 1170.

Д) Принятие мер к охранению наследства, хотя и по заявлению полиции, зависит от усмотрения мир. судьи, по соображению с законом, указывающим, в каких случаях и при каких обстоятельствах охранительные меры требуются. Касс. реш. 1868 г., № 602. Когда имение, после умершего вотчинника, в силу завещания поступило в пожизненное владение вдовы, по описи, согласно 4 п. прилож. к ст. 116 Гр. Зак. (по изд. 1887 г., ст. 533¹), то мировому судье нет основания принимать затем меры к охранению сего имущества в интересе законных наследников. Касс. реш. 1870 г., № 1251.

Е) Хотя охранение наследственного имущества 1403 ст. Уст. Гражд. Суд. указывает производить одновременно с вызовом, но сие разумеется о тех случаях, в коих мировой судья признает по закону необходимым приступить к мерам охранения, но нет в законах такого правила, чтобы вызов невозможно было производить независимо от мер охранения, и могут быть случаи, в коих не представляется необходимости принимать меры к охранению наследства, принятого уже во владение наличных наследников и состоящего в их владении, но вызов оказывается нужным для утверждения их в правах, по предварительном оглашении об открывшемся наследстве. Касс. реш. 1871 г., № 421 и реш. Общ. Собр. 1870 г., № 10.

Ж) Поелику цель охранения наследственных имуществ есть сбережение их, то мировой судья может разрешить продажу описанного охранительным порядком имущества, когда оно, по свойству своему, подлежит порче. Касс. реш. 1869 г., № 649.

З) Право просить о признании прав на наследство в порядке охранительного производства не ограничивается истечением 6-месячного срока по вызове наследников. Касс. реш. 1869 г., № 15.

И) Когда в числе наследников есть малолетние, имение, при охранении, подлежит описи, хотя бы кроме их наследником состоял отец их, при коем они находятся. Касс. реш. 1871 г., № 151.

Ј) Вследствие открытия наследства действие некоторых прав умершего приостанавливается, пока не явится законный представитель личности умершего. Так останавливаются процессуальные права. См. Уст. Гр. Суд. 77, 681, 752, 959–961. Но в некоторых случаях дозволяется и до утверждения наследников просить назначения к оставшемуся имению опекуна, который и является представителем личности умершего на суде. Уст. Гражд. Суд. 751, 752, 959–961.

Состояние наследства со времени открытия оно, до явки и вступления наследника, возбуждает недоумение: на каких основаниях могут предъявлять иск к лицу умершего собственника сторонние лица, имеющие нужду осуществить права свои? Когда по смерти вотчинника нет налицо наследников и по вызовам вскоре наследники не явились, наследство не имеет прямого хозяина и представителя, и нет прямого закона о том, чтобы надлежало все имение брать в подобных случаях в ведомство опеки. Отсюда происходило бы крайнее неудобство для всех лиц, имеющих до умершего вотчинника дело по имуществу; но закон не лишает таких лиц вовсе права на правосудие во время неизвестности о наследнике; напротив того, в 215 ст. Уст. Гр. постановлено, что иски к лицу умершего собственника, буде нет в виду признанных и вступивших во владение наследников, предъявляются суду, в ведомстве коего открылось наследство. Эта статья не указывает, однако, кто должен быть за умершего вотчинника представительным ответчиком по тому иску. Ответчиком должен быть опекун, если имение в опеке. Если же оно не поступило в опеку, то, по правилу, принятому в практике по издании нов. Уст. Суд., истец может обратиться в опеку с просьбой о назначении опекуна к открывшемуся наследству, и затем назначенный опекун является в суде ответчиком по его иску. Иного способа нет; однако же очевидно, что опекун не может в сих случаях быть безусловным представителем личности умершего по иску, на сего последнего предъявленному, и со стороны опекуна, отвечающего на суде, возможны как злоупотребления, так и упущения, которые впоследствии могут послужить поводом к восстановлению процессуальных прав для законного наследника. Напр., когда назначенный к имению опекун признал претензию, предъявленную на умершего, или допустил на суде до присуждения иска, то явившийся впоследствии наследник может просить, в качестве третьего лица, о восстановлении производства или может привлечь к ответственности опекуна, когда сей последний по небрежению своему упустил представить имевшиеся в делах умершего доказательства против иска (ср. Касс. реш. 1869 г., № 883).

К) Как поступить, когда в охранительном порядке предъявлено несколько противоречивых требований об утверждении нескольких лиц в правах наследства на одно и то же имение? В старом порядке суду возможно было, усмотрев спор, непосредственно, у себя же в производстве обратить дело от бесспорного порядка к спорному (ст. 390, 393 Зак. Суд. Гражд.). В новом порядке это невозможно, ибо для начатия тяжёбного дела требуется непременно подача на сей конец особого искового прошения, нарочитое заявление иска. Посему на практике в подобных случаях суд закрывает у себя охранительное производство, предоставляя тяжущимся заявить права спорным судебным порядком.

Но здесь возникает новое затруднение. Во всяком иске предполагается ответчик. Кто должен считаться ответчиком в иске о наследстве? Ответ с первого взгляда ясный: в исках вотчинных об имении требование обращается к тому, у кого во владении состоит имение, ибо по существу вотчинного права имущество добывается от всякого лица, у кого оно находится. Не может быть недоумения, когда наследственное имение по смерти вотчинника поступило уже в чье-либо владение на частном праве: очевидно, что к лицу владельца и иск должен быть предъявлен, хотя подсудность дел сего рода определяется вотчинным началом, т.е. по месту открытия наследства (215, 1401 ст. Уст. Гр. Суд.). Но если имение не поступило еще ни в чье владение, а находится в состоянии открывшегося наследства, под управлением опекуна, — кто должен считаться ответчиком по иску о наследстве? Такой случай был в деле Варгунова (Касс. реш. 1870 г.). Суд, усмотрев в охранительном производстве, что к наследству явилось несколько претендентов, не утвердил ни одного из них в охранительном порядке и отослал всех к тяжёбному производству. Но один только из них заявил права свои исковым порядком, означив ответчиком опекуна, определенного к наследственному имению; прочие же лица, заявившие себя в охранительном производстве, не заявили прав своих в порядке искомом. В таких обстоятельствах истцу некого и означить ответчиком, разве опекуна, в ведении коего состоит имение, ибо охранительный порядок для него закрыт, а в искомом порядке нет в виду ни наследников владельцев, ни наследников претендентов. Суд может признать опекуна стороной и постановить решение о праве истца; если же другие претенденты явятся во время производства, то каждый из них в свою очередь станет друг против друга истцом и ответчиком: таково свойство всякого совместного иска об одном и том же имении (иски смешанные). Во всяком случае имеющее последовать в суде решение о наследственных правах будет иметь лишь условное значение, доколе остается еще законная возможность явиться еще новому наследнику на то же имение и заявить свое исключительное или совместное с прочими право.

Необходимо ли утверждение в правах наследства? Наше законодательство не знает (существующего, напр., во французском праве) юридического различия между прямыми, или сущими, и непрямыми наследниками, и у нас нет основания сказать о них, что такой-то сам собой вступает в наследство, а такой-то требует признания и утверждения. Без сомнения, есть по самому существу дела отличие, напр., между родным сыном, един-

ственным наследником, который жил при отце и в минуту смерти при нем находится, и между внучатым племянником, который является к наследству со стороны, узнав о смерти родственника, может быть и невиданного при жизни: первого нечего и спрашивать, кто он такой, а последнему не миновать этого вопроса. Но это различие фактическое, а не юридическое; в юридическом смысле его не существует. Как для наличного наследника, так и для многих других лиц, коих интересы связаны с его вступлением, необходимо, чтобы он вступал в наследство не безгласно и не безъявочно, а с государственной точки зрения – наследственный переход имени важнее всякого иного перехода прав собственности; следовательно, интерес порядка общественного требует, чтобы всякий, подходящий к наследству, как известный наследник, назвал свое имя и оправдал его. Так разумела всегда о наследстве наша старая практика. Без сомнения, во многих случаях дети и ближние родственники умершего, будучи находились при нем в минуту смерти, вступали в наследство сами собой, и оно оставалось за ними без особого утверждения, в отсутствии спора, хотя в случае спора оказывались всегда невыгоды такого безъявочного вступления; но судебная практика держалась всегда той мысли, что наследники должны быть признаны и утверждены судебным местом¹. Это утверждение совершалось судом в порядке бесспорного (что ныне названо охранительным) производства. Наследство, по открытии, поступало в ведение подлежащего суда, в который предполагаемые наследники обращались с просьбой об утверждении, предъявляя документы о своем качестве (метрическое свидетельство, родословную и т.п.), необходимые для того, чтобы оправдать свое имя наследничье, и дело суда состояло только в *удостоверении* права, будучи притом не заявлено было спора другим лицом от своего имени в правах на то же имение. По издании нового Уст. Суд. Гр. в IV книге (Суд. охранительное ст. 1408) сказано: явившиеся по вызовам наследники умершего, *если они считают необходимым* обратиться для определения прав их на наследство к *содействию суда*, заявляют о том суду.

А) Истолковывая эту статью, Касс. Деп. Сената (1867 г., № 177 и № 75) признал, что поколику суд обязан принимать меры к охранению наследства, потолику участвует и в утверждении наследников. После принятия мировым

¹ Оставляю эти слова по-прежнему, несмотря на возражение, сделанное против них г. Герардом в любопытной статье его: *Об охранении наследства* (Журн. Гр. и Уг. Пр. 1873 г.). Возражение происходит, кажется, от недоразумения. Автор напрасно видит в выводе моем противоречие с соображениями, высказанными в журналах Госуд. Совета при издании Уставов 1864 г. Там говорится о законе, не требовавшем обязательного вступления в наследство; у меня говорится о судебной практике, действительно предполагавшей всегда утверждение в насл. правах. А это утверждение совершалось в ту пору и без принятия охранительных мер, в порядке бесспорного производства.

судьей охранительных мер по открывшемуся наследству, оно может быть передано явившимся наследникам не иначе как по постановлению подлежащего суда, который при сем «не входит в рассмотрение законности прав, а признает только в порядке бесспорном право наследства на охраненное имущество. Такое признание или определение наследственных прав представляется необходимым для того, чтобы существовал судебный акт, и в предупреждение неправильных распоряжений относительно передачи имущества сторонним лицам, не имеющим прав на оное». Здесь же признано, что ведомство сих дел распределяется между мировыми судьями и окружными судами по началу оценочной подсудности, в силу 1 п. 29 и 202 ст. Уст. Гражд. Суд. См. еще 215, 216 ст.

В означенном решении признано, стало быть, что нужно просить об утверждении в правах наследства, хотя бы и не было спора о наследстве. Однако в других решениях (1867 г., № 384) Сенат признает, что «доколе нет в виду спора о наследстве, законы не устанавливают обязательного утверждения в правах наследства». По другим делам было признаваемо, что когда в составе наследства есть недвижимое имущество, то утверждение в оном никак не подлежит ведомству мирового суда. Касс. реш. 1868 г., № 238.

Б) По делу Лубы (Сб. Сен. реш. т. I, № 300) признано, что непосредственное вступление во владение наследственным имением относится токмо до наследников, находящихся налицо при открытии наследства и коих право сомнению не подлежит; но кто явился после 6-месячного срока, установленного для передачи имущества наличным наследникам, тот должен надлежащим образом доказать наследственные права свои.

Это воззрение на предмет слишком обременительно для бесспорных наследников и переходит меру требования закона. Дело представляется всего проще, кажется, в таком виде. Наследники прямые и наличные, т.е. бывшие при умершем, жившие в доме его (напр., сын, дочь и т.п.), имеют и фактическую и законную возможность вступить прямо, бесспорно и без формальностей, в наследственное после него преемство. Наследнику, хотя и не жившему в доме, но наличному (т.е. живущему в том же городе, уезде и пр.), труднее это непосредственное вступление, особливо когда он неизвестен или малоизвестен в доме, но нельзя сказать, чтобы и для него такое вступление было невозможно, если он прямой наследник, является вслед за смертью и не встречает противодействия или спора. Но когда человек умер и наследников никого нет налицо, положение являющегося впоследствии по вызову лица делается затруднительнее. Он становится претендентом на наследство, ввиду образовавшегося уже управления наследств. имуществом. Иск о наследстве нет надобности предъявлять, ибо не к кому еще предъявлять его: достаточно заявить права свои в бесспорном (или, по новому языку нашему, в охранительном) порядке и просить утверждения в правах и о вводе во владение. В таком положении будет наследник, явившийся до истечения 6-месячного срока; но нет повода отягощать это положение и для того, кто явился и по истечении сего срока, если все таки он явился первым, и никто другой прежде того не вступил во владение наследством и не был утвержден в правах. 6-месячному сроку закон совсем не придает того значения, что впереди его возможно, а позади невозможно бесспор-

ное производство. В пределах ли сего срока или по истечении его, — все равно, кто явился не первым, но явившись, застал уже имение во владении другого наследника, принужден обращаться к лицу, состоящему во владении, с тем, чтобы или вытеснить его вовсе или разделить с ним владение. Требуется ли, чтобы это обращение совершалось не иначе как в форме иска? Думаю, что совсем не требуется.

Закон вовсе не предполагает, что во всех подобных случаях дело имеет вид спорного. Может вовсе и не быть спора. Являющемуся вновь наследнику есть полная возможность *или* вступить во владение непосредственно и даже безъявочно, с согласия того лица, кого он уже застаёт в наследстве и в наличном владении, *или* просить об утверждении в наследстве бесспорным порядком, указав суду на вступившего уже во владение наследника, если не предвидит противоречия с его стороны. Суду же в таком случае надлежит предъявить эту просьбу наличному владельцу наследства и, буде с его стороны нет противоречия, приступить к проверке прав просителя (т.е. к удостоверению в родственной его связи с умершим), в бесспорном порядке, и бесспорно же припустить его к наследству в мере, не отрицаемой наличным наследником. Суд имеет законный повод отказать просителю в бесспорном утверждении в таком только случае, когда окажется противоречие со стороны владельца.

Когда при самом открытии наследства приняты были меры охранения по усмотрению мирового судьи, возможность непосредственного фактического вступления в наследство устраняется, но из сего не следует, чтобы наследник мог вступить в наследство не иначе как по судебному приговору. Мировой судья может, без дальнейшего производства об удостоверении прав, сам передать наследство явившемуся лицу, если лично не сомневается в правах его на наследство (ср. Касс. реш. 1872 г., № 277); если же сомневается, то может требовать от него удостоверения о праве, т.е. постановления подлежащей судебной власти, хотя и в бесспорном порядке, об утверждении в правах наследства, и когда такое удостоверение представлено, не вправе отказать просителю.

В Кассацион. реш. 1869 г., № 15 и 1876 г., № 483 Сенат растолковал, что, по истечении 6-месячного срока, нет надобности явившимся наследникам просить непременно тяжёлым порядком об утверждении в правах наследства, а могут они, буде нет спора, просить о сем и в порядке охранительном. По делу Щерской (Касс. реш. 1870 г., № 673) Сенат признал, что в законах нет правила о том, что никто не может вступить в пользование наследственными правами без судебного приговора, а напротив того, допускается возможность принятия наследства непосредственным вступлением во владение и пользование имением (ст. 1254, 1261 Зак. Гражд.); из сего Сенат вывел, что нет надобности требовать от лиц, ищущих по наследственному праву, при самом предъявлении иска, удостоверения в том, что они утверждены наследниками; в случае же спора об их наследственном праве спор сей разрешается судебным приговором.

Правило это, кажется, вполне основательно. Лицо, именующее себя наследником и не признаваемое за наследника теми, против кого предъявляет свою претензию, основанную на наследственном праве, обязано удостоверить это право, но нет основания требовать, чтобы это удостоверение заявлено было в виде бесспор-

ном, т.е. в виде приговора, уже состоявшегося по предшествовавшему спору. Требовать этого от истца значило бы произвольно отдавать начатие иска к выгоде ответчика, которой закон ему не предоставляет (ср. Уст. Гражд. Суд. ст. 571), и к стеснению истца, которого не полагает закон. Вопрос о праве на иск по наследству, подвергаемому сомнению, ничем не отличается от других, так называемых предварительных (*praejudicialis*) вопросов, могущих возникнуть в деле и разрешаемых в нем совокупно с прочими, следовательно, нет повода требовать и для вопроса о наследственном праве отдельного разрешения, особливо в новом порядке судопроизводства, в коем не положено различия между исковыми и вотчинными делами.

В) В 1867 году Лев Маслеников просил уездный суд, по истребовании от брата его документов на принадлежавшие родителям их дом и землю, сделать этому имению раздел по законам. Уездный суд по сей просьбе стал требовать от просителя в бесспорном порядке доказательств о правах на наследство и затем, не удовлетворившись представленными им документами, положил отказать ему в правах на наследство. Эти рассуждения Сенат (4 Деп. 16 сент. 1870 г.) признал правильными едва ли основательно. При предполагаемой бесспорности общего владения наследственным имуществом, суду надлежало бы предъявить просьбу Масленикова его сонаследникам-совладельцам и затем только, если бы права на наследство оказались спорными, обратиться к спорному производству, в коем и потребовались бы доказательства наследственных прав.

Г) Права на открывшееся наследство должны быть разрешаемы на основании тех законов, кои действовали во время открытия наследства. На сем основании Сенат признал, что Мария Шамшиева, вышедшая замуж при действии законов царя Вахтанга (по коим дочь, получившая приданое при жизни отца, не участвует по смерти его в наследстве с братьями), должна участвовать, по русским законам, в наследстве после отца, открывшемся тогда, когда законы царя Вахтанга заменены русскими законами. См. реш. Общ. Собр. Сен. 1841 г. по делу Свирских и 1861 г. по делу Кашиевой – Собр. Сен. реш. № 75 и 685 и реш. Касс. Деп. по д. Шамшиевой 1869 г., № 1241.

Д) В иске о наследстве не требуется представления доказательств о том, в чем именно заключается и на какую сумму простирается отыскиваемое наследство. Так рассудил Государственный Совет (Высоч. утвержд. Мнен. 30 июля 1862 г.) по делу Стрелковой в таких обстоятельствах. В 1834 г. умер Жданов, оставив 4 сыновей и дочь Стрелкову, которая умерла в следующем году, оставив 3 детей. Сыновья Жданова приняли его имение, а в 1852 году дети Стрелковой предъявили иск о следующей им части Ждановского наследства в степени матери, утверждая, что всего причитается им около 60.000 рублей. Сенат отказал им, признав, что они не доказали суммы своего требования, но Государственный Совет признал сии доказательства ненужными и, согласно с Палатой, предоставил произвести учет наследственной доли их при разделе наследства.

Е) Утверждение в наследстве порядком охранительного производства есть бесспорное. Из этого не следует, однако, что суд, по поводу просьбы об утверждении в правах, не должен входить в рассмотрение сих прав. Он не должен сам возбуждать спорные вопросы, касающиеся до интересов другого лица, не явивше-

гося к делу и не состоящего в пререкании с просителем. Но требование самого просителя основано непременно на законном отношении к умершему вотчиннику, из коего проситель выводит свое право наследовать после него в известном имении. В пределах этой законной формулы требования суд имеет право и обязан произвести юридическую и фактическую поверку требования. Был такой случай. По смерти князей Кугушевых, троюродные их братья, тоже князья Кугушевы, предъявили права свои на наследство в бесспорном порядке. Окружной суд разобрал, что наследство состоит из родовых имений умершего, дошедших к нему от матери, а просители принадлежат к роду отца, и потому отказал просителям. Они жаловались и объясняли, что утверждением в правах наследства подтверждается только добросовестное владение, но не признается материальное право собственности на наследственное имение, и потому суд в охранительном порядке не должен требовать доказательств, необходимых для разъяснения права собственности. Жалоба эта оставлена без последствий Сенатом (Касс. реш. 1872 г., № 1288).

По делу графов Капнистов о наследстве после жены генерал-майора Софьи Скалон, урожденной графини Капнист, возник и разрешен Гражд. Касс. Деп. в утвердительном смысле вопрос: может ли наследник, просивший об утверждении его в правах наследства в известной доле и, согласно такой просьбы, утвержденный в охранительном порядке, требовать затем в порядке исковом увеличения означенной доли до законного размера (Касс. реш. 1893 г., № 4).

Ж) О подсудности по делам об охране наследства и об утверждении в правах см. мою книгу *Судебное руководство* №№ 124, 1490–1498, 1515.

С истечением 6-месячного срока не теряют своего права наследники, не успевшие явиться. Они сохраняют право иска о наследстве в течение общей земской давности (1241, 1244, 1246, 692); но тогда уже надлежит им приступить к владению других лиц, буде успели другие прежде них явиться и получить имение. В законе не объяснено положительно, с какого времени исчисляется 10-летний срок: обыкновенно принимается началом сего срока последнее припечатание в Сенатских ведомостях о вызове наследников. Но эта формальность едва ли имеет безусловное значение: публикация делается для оглашения смерти и открывшегося наследства, но если она не была учинена своевременно (нередко случалось, что публикации и вовсе не было), то отсутствием публикации едва ли могут оправдываться в пропусчении давности такие лица, кому и без публикации было известно об открывшемся наследстве. Так, напр., если сестра вместе с братом, находясь при смерти отца, оставляла после того брата в исключительном владении отцовским имуществом, и не доказано, чтобы она участвовала сама в сем владении, иск ее о наследстве брат может отвергнуть по истечении давности. Разумеется, что давность имеет погашающее действие только на те права наследников, которые оставались в безгласности и без осуществления. И как, по нашему закону, утверждение в правах на наследство не требуется безусловно, и вступление само собой со-

вершается, то и нет основания ставить наследникам в вину и подчинять какому бы то ни было действию давности неявку их по вызову и незаявление прав, если они сами собой вступили уже, как наследники, во владение наследственным имуществом и оставались в сем владении (ср. Касс. реш. 1873 г., № 645, 1880 г., № 101, 1885 г., № 1).

В Касс. реш. 1877 г., № 81 высказано, как общее положение, что давностный срок исчисляется со дня публикации, если же публикации произведено не было, то со дня открытия наследства. Затем в решениях 1877 г., № 265 и 1879 г., № 333 Сенат признал, что публикация делается только для отсутствующих наследников, поэтому только для них срок давности исчисляется со дня публикации, а для наличных наследников погасительная давность исчисляется со дня открытия наследства. По мнению Сената, для всех вообще, знавших об открытии наследства *ранее* публикации, она не имеет значения при исчислении давностного срока.

Особые правила о сроке для *принятия* наследства (1 год) после чиновников учебного ведомства; после умерших в больницах и богадельнях, а также других сего рода учреждениях см. в ст. 1251, 1253 Зак. Гражд.

Может возникнуть вопрос: следует ли, при утверждении в правах наследства охранительным порядком, возбуждать, по усмотрению суда, вопрос о давности, коего, как известно, в тяжёбом порядке суд сам собой не возбуждает (706 ст. Уст. Гражд. Суд.). Думаю, что не следует, ибо вопрос о давности, т.е. о погашении права на иск, относится к отрицательной стороне всякого процесса и составляет принадлежность возражения, которое заявляется и доказывается ответствующей стороной; разве бы при самом заявлении иска сам истец включил в его форму вопрос о давности так: я имею право и не утратил его давностью, потому-то и потому-то. Итак, если бы просьба об утверждении в наследстве заявлена была безусловно и по истечении 10 лет со времени вызова наследников, мировому суду не следует обращать внимания на давность. Возбуждать вопрос о ней — дело того, кто явится спорщиком против претендента на наследство и заявит свои права на оное, за утратой претендентом наследственных прав (таким спорщиком может явиться казна, по выморочному праву).

Право на наследство, само по себе безусловное, погашается только безусловным сроком давности. Все прочие сроки для явки к получению наследства, к разделу, разверстке и пр. имеют только условное и частное значение. На практике возникали недоумения об этом предмете по следующему поводу. Правилами 7 дек. 1867 г. о конфискации постановлено, что из имений, состоящих в общем владении у преступника с другими совладельцами, не причастными к преступлению, выделяется в казну лишь часть, принадлежащая преступнику. Для сего производится от суда публикация с вызовом соучастников с тем, чтобы они в течение 6 месяцев заявили суду о своем праве на участие, с доказательствами, с предварением, что по истечении сего срока назначение в казну из общего имени части последует по разверстке с теми только соучастниками, которые заявят о своих правах в срок. Из этих слов закона судебные места западного края, под влиянием фискальных требований, стали выводить такое заключение, что неявившиеся в срок участники решительно *теряют права свои на имение*, хотя бы

и состоявшее в их владении, *в пользу казны*. В этом смысле состоялось уже немало решений, коими отняты вотчинные права у сонаследников, не явившихся по вызову для раздела с казной в степени одного из наследников, подлежавшего конфискации. Очевидно, что такой вывод мог происходить только от смешения понятий о наследстве с понятием о разделе и разверстке общего владения. Ныне, к счастью, истинный смысл закона восстановлен решениями 2-го Общего Собр. Сената (напр., по д. Володковского, по д. Абрамовича, 1871 года), коими признано, что пропуск 6-месячного срока лишает неявившихся только права на участие в производстве раздела с казной, который совершается, не ожидая их, безостановочно, но несколько не лишает их вотчинного права на имение и не ведет к обращению в казну принадлежащей им собственности.

По утверждению в правах наследства определение о том суда, или выдаваемое судом свидетельство об утверждении, предъявляется куда следует (709 ст. Зак. Гр. 1424 ст. Уст. Гр. Суд.) для ввода во владение. Несовержшение этого обряда не препятствует вступить в действительное владение наследственным имуществом, но без ввода могут встретиться владельцу затруднения при совершении актов на имущество. Утверждение в правах наследства не составляет в прямом смысле юридической необходимости. Но оно становится необходимым по невыгодному положению, в котором поставлен практикой Нотариального Положения преемник имения, когда нет у него официального документа о вводе во владение. Нынешние нотариусы, основываясь на 167 и 168 ст. Нотариального Положения, требуют решительно вводного листа от лиц, совершающих акты отчуждения на имение, и без ввода не совершают актов, как бы ни являлось бесспорно наличное владение. Посему старые и бесспорные владельцы наследственных имений преимущественно поставлены ныне в затруднительное положение для совершения актов. Им приходится, иногда после продолжительного владения наследственным имением, просить об утверждении в правах наследства и о вводе во владение. О совершении ввода и переходе права собственности производится публикация в ведомостях (см. 1296 ст. Зак. Гр. и статьи о вводе в 1-м томе сей книги). Ввод вообще важен тем, что служит основанием и доказательством законного владения, и потому во всяком случае выгодно иметь это основание и доказательство в своих руках.

Капитал, принадлежавший умершему по записке в государственную долговую книгу, переводится на каждого из его наследников, сообразно условиям займа и наследственной доле каждого, с сохранением правила о нераздробимости капиталов на участки менее 30 рублей. Уст. Кред. изд. 1893 г., разд. II, ст. 91, 112.

В Касс. реш. 1872 г., № 277 изъяснено, что «ввод во владение не требуется законом для вступления в наследство недвижимым имением, ибо ввод (707 ст. Зак. Гражд.) есть средство укрепления права собственности на имущество, а владеть и пользоваться имуществами закон не запрещает и без окончательного укрепления

права собственности на оные; такое укрепление необходимо только для приобретения собственником доказательства исключительного, против других лиц, права его на недвижимость, что совсем не необходимо для вступления во владение наследника, о правах коего нет сомнения». Из сего следует, что мировой судья (по взятии имущества в охранение), имея несомнительное удостоверение о правах претендента на наследство, не вправе еще затем отказывать ему в передаче имущества и требовать от него представления исполнительного листа о вводе во владение.

Дело Котельниковых, по которому состоялось вышеуказанное решение, представляет поучительный пример смешения понятий. Умерший в 1857 году вотчинник оставил завещание. Оно было оспорено, в 1867 г. признано недействительным. Затем сделан вызов наследников, и наследство взято в охранение. Явились наследники в беспорядке, и окружной суд утвердил их в наследстве. Этого казалось бы и достаточно: наследники имели бы возможность, на основании этого беспорядочного удостоверения прав, вступить в наследство и без формального ввода во владение. Но окружной суд, утвердив их, вместе с тем отказал им во вводе, во-1-х, по случаю оказавшегося на доме запрещения, которое было наложено *по случаю спора на завещание*, уже оконченного (в этом уже выражается смешение понятий, ибо сила запрещения простирается на акты отчуждения, а не на законный переход по наследству); во-2-х, по недостаточности представленного просителями акта укрепления дома *за умершим вотчинником* (опять смешение понятий, ибо проверка беспорядочных прав умершего вотчинника на его имущество, по поводу наследственного перехода к его наследникам, вовсе не входит в обязанность суда). Затем, когда наследники с таким постановлением окружного суда обратились к мировому судье для передачи им имения, мировой судья отказал им в том за непредставлением исполнит. листа о вводе и (прибавил еще новую причину) за непредставлением *раздельного акта*! Очевидно, что нет ни малейшего резона требовать раздела имения между сонаследниками прежде передачи им наследства, когда закон позволяет им владеть наследством вообще, без раздела. Довольно путаницы, но когда наследники обратились с жалобой на судью Съезду, Съезд, отказав им, прибавил еще, к умножению путаницы, новое соображение и распоряжение. Усмотрев, что судья упомянул о разделе и заключив, что без предъявления акта о разделе судья не мог выделить никому никакой части, Съезд предписал применить к делу 1317 ст. Зак. Гр., то есть *взять имение за нераздел в опеку*!

Утвержденные наследники, быв введены во владение имением, должны уступить место другим, если другие впоследствии явятся и докажут ближайшее свое право, основанное на законе кровного наследства или на завещании, дотоле бывшем в неизвестности. Но наследники, по закону, не отвечают в сем случае наследникам по завещанию ни в доходах, ни в управлении имуществом, доколе спор не был им предъявлен; напротив еще, прежний владелец имеет право требовать от нового владельца вознаграждения за улучшения в имении. Заложенное и проданное до открытия спора не поворачивается; только цена продажи или залога возмещается, без процентов (Зак. Гр. 1300–1302).

По делу Кутузова (Сб. Сен. реш. т. I, № 261) наследники его, не просившие 30 лет о вводе во владение наследственным имением, признаны не утратившими давностью наследственного права, ибо не было своевременно сделано публикации о вызове наследников; при сем Сенат находил, что и до 1827 года прежними законами, начиная с инструкции Канцелярии конфискации 1730 года, предписывалось непременно вызывать наследников. Но в деле Терентьевой (там же № 404), где на сем же возражении основывалось оправдание претендентов на наследство, в пропуске давности, возражение это отвергнуто, так как в настоящем случае все наследники находились налицо при открытии наследства и разделили между собой имение мирнолюбно, следовательно, нельзя возражать, что надлежало произвести вызов.

В деле Большечева (Сб. Сен. реш. т. I, № 706) Вульф, наследник Осиповой, вступив во владение наследством, по предъявлении претензии Большечева к Осиповой, не оспаривая оной, уклонялся от удовлетворения и ссылаясь на то, что наследники Осиповой не все налицо, что до открытия всех долгов ее нельзя судить, не состоит ли еще кому должной, а до предъявления оных всем наследникам нельзя приступать к удовлетворению. Сенат отверг сии возражения, приняв на вил, что о вызове наследников, должников и кредиторов Осиповой учтена публикация, и уже минули сроки, по 1241 ст. 1 ч. X т. 6-месячный для явки наследников и по 1007 ст. Зак. Суд. Гражд. (по изд. 1893 г., ст. 504) 9-месячный для явки кредиторов. Таким образом, публикации об открытии наследства Сенат придал одно значение с публикацией о вызове кредиторов в случае несостоятельности неторговой: едва ли справедливо и основательно.

Открытие и принятие наследства после лиц, производивших торговлю, имеет свои особенности, установленные еще Банкротским Уставом 1800 года, в видах охранения интереса лиц, имевших дела с умершим. Для сего учреждается особое производство, которое начинается либо по указанию и просьбе кредиторов умершего, либо по обязательному для наследников заявлению с их стороны; цель сего производства – приведение в известность имущества и дел наследственных и установление наследственной ответственности отзывом о принятии наследства (Зак. Гражд., ст. 1238, прим. 1, прил., ст. 1–12).

Если кредиторы сомневаются после должника своего в положении его дел и имущества, остающегося без описи, и объявят в надлежащем суде количество своих исков, то по распоряжению суда в тот же день должна быть составлена при кредиторах опись наследственного имущества и произведено опечатание оного, а наследники и остальные кредиторы вызываются с назначением сроков на явку (3 мес., 9 мес., 18 мес.); буде наследники не явятся и дальше 9 мес., кредиторы его могут получать себе раздачу из наличных денег¹. Являсь, наследники

¹ Признаком торговой несостоятельности почитается, когда наследники, не вступая в наследство по несоразмерности оного с долгами, от принятия оного отрекутся и о том в суде объявят, или они по публикации в срок не явятся, или же кредиторы им не поверят. Уст. Суд. Торг. изд. 1893 г., ст. 368, п. 3.

могут удовлетворять кредиторов или могут просить, чтобы дали им срок осмотреться. Тогда дается им срок месяц и дозволяется видеть имение и долги при кредиторах. По рассмотрении всего, наследникам остается – либо принять наследство, с безусловной ответственностью, буде кредиторы им поверят, либо отречься; в последнем случае открывается несостоятельность наследственной массы (Зак. Гражд., ст. 1238, прим. 1, прил., ст. 1–5).

По смерти лица, торговавшего с кредитом от других, *наличные* его наследники *обязаны* не далее третьего дня, при полиции (или вне города – при свидетелях), учинить опись всему имуществу, а в течение месяца, осмотревшись в сем имуществе, должны дать отзыв полиции и подлежащему суду, принимают ли наследство, или отрекаются, или еще просят времени до дальнейших справок. По сему отзыву, а буде долги были оглашены, то и по первому объявлению о смерти, суд производит публикацию, согласно 1 ст. прил. к прим. 1 к ст. 1238 Зак. Гражд., печатывает имущество и оставляет на руках у наследников, а буде они отрекнутся или есть на них подозрение, отбирает в свой присмотр (ст. 7–9). Буде наличные наследники не исполнят вышеуказанной обязанности или умедлят, без законной причины, то обязаны, как сказано в 10 ст. «ответствовать наследственным и собственным имуществом во всех правильных исках на умершем». Эти слова, по редакции 10 ст., непонятны, ибо наследник во всяком случае несет не себе такую ответственность; но их изъясняет и дополняет текст цитаты, – 165 ст. 2 ч. Банкротск. Уст., где сказано: *обязаны ответствовать... в той мере, как с упавшим поступать предписано*, т.е. по закону несостоятельности¹.

Правила эти, как видно, весьма неточные и неопределительные, вышли, можно сказать, из практического употребления и большей частью на практике не соблюдаются.

Особливые правила установлены еще (в 1835 году) на тот случай, когда по смерти хозяина или товарища коммерческого предприятия останутся *малолетние* или *отсутствующие* совершеннолетние наследники. В таком случае другой товарищ или главный конторщик обязаны, не далее третьего дня, известить суд о смерти и о положении дел и книг предприятия. Сообразно обстоятельствам, суд обязан прежде всего решить, надлежит ли предоставить безостановочное продолжение хода дел по предприятию или приступить к описи имущества для охранения интереса кредиторов и наследников; затем приступает к вызову наследников, и уже по явке производится между ними соглашение о продолжении дела или о разделе (Зак. Гражд., ст. 1238, прим. 1., прил., ст. 13–20).

Наследственное имение после лица, производившего торговлю, буде долги его очищены, а наследники не явились в срок, положенный ст. 1 прил. к прим. 1 к ст. 1238 Зак. Гражд., поступает в опеку, и по истечении окончательного 10-летнего срока продается с публичного торга, с обращением вырученных денег в

¹ По делу Мясникова решением Сената (Ж. М. Ю. 1862 г., № 6) признано, что Коммерческим Судам следует принимать меры к охранению только торговых заведений, и то когда хозяин оставит торговые книги; во всех же прочих случаях охранение имуществ, оставшихся после умершего, хотя бы торговца, принадлежит полиции.

пользу заведений общественного призрения (Зак. Гражд., ст. 1238, прим. 1, прил., ст. 6). Впрочем, правило сие надобно, кажется, разуметь в самом тесном смысле (по сравнению с общим положением; см. Гражд. Зак. о выморочных имуществах городских обывателей) и прилагать исключительно к тем случаям, в коих были обстоятельства, предвиденные статьями 1–6 упомянутого приложения к ст. 1238.

А) Вызов наследников есть формальность, соблюдаемая по случаю открытия наследства. Наследство открывается смертью; следовательно, со смертью лица оказывается нужда в вызове. По силе ст. 12 прил. к прим. 1 к ст. 1238 Зак. Гражд., когда при самой смерти лица или впоследствии откроются законные признаки несостоятельности и она будет объявлена судом, тогда наследование места не имеет. Из сего выводят (см. решение по делу Андреева Ж. М. Ю. 1864 г., № 7), что «по смерти торгового лица вызов наследников не составляет общего правила, но самому суду, куда поступили на него иски, *предоставлено* или вызвать наследников, если нет признаков несостоятельности, или объявить его несостоятельным, причем наследование места не имеет». Едва ли основательно разрешать в столь безусловном смысле вопрос о вызове, ибо вызов есть только средство оглашения, оставляющее открытым вопрос о праве на наследство и осуществлении оно. Без сомнения, суд, ведающий дела умершего, может признать ненужным вызов наследников несостоятельного, но если бы кто, для ограждения прав своих, соединенных с кончиной умершего, пожелал произвести вызов наследников несостоятельного, едва ли было бы законное основание отказать ему в том, — тем более, что по ходу дела о несостоятельности, первоначальное о ней предположение может еще подтвердиться, и за ликвидацией дел и имущества могут еще очиститься остатки, от получения коих нельзя устранить наследников.

Б) В решении Сената по делу Вончаковой (Касс. реш. 1870 г., № 244) сказано: как в 163 ст. Уст. Торг. (ст. 7 приложения к прим. 1 к ст. 1238 Зак. Гражд., изд. 1887 г.) указано, что от наследников требуется обстоятельное извещение, вступают ли они в полное наследство и платеж долгов за умершего, или сего платежа не приемлют навсегда, или до дальнейших справок, то законом сим несомненно устанавливается возможность и *условного отречения* от наследства.

§ 46

Принятие наследства. — Значение вызова кредиторов и некоторых публикаций. — Отзыв о принятии и действия, служащие признаком принятия.

Наследники властны принять наследство или отказаться от оно (1155).

И то и другое есть действие воли — в первом случае положительное, в последнем отрицательное. Но не должно думать, что на этом действии

воли основывается приобретение наследства: приобретение его возводится к минуте его открытия. Однако принятие наследства имеет весьма важные юридические последствия, ибо с принятием наследник безвозвратно вступает в представительство умершего по имуществу и теряет возможность отречься от наследства; следовательно, принятием наследства решительно определяются отношения наследника к наследству и ко всем третьим лицам, имеющим дела по имуществу с умершим вотчинником.

Принятие наследства, по нынешнему нашему закону, может быть только безусловное (ср. Касс. реш. 1878 г., № 243). Между таким принятием и отречением нет середины. Нашему закону неизвестна форма принятия наследства по описи, с юридическими ее последствиями. Оттого у нас наследнику во всяком случае необходимо, прежде принятия наследства, удостовериться в количестве лежащих на наследстве долгов, ибо сколько бы ни принял он, по количеству, имения, во всяком случае обязан будет отвечать безусловно за все долги и требования, какие только могут впоследствии открыться. Но такое удостоверение крайне затруднительно и в большей части случаев невозможно при существующей безгласности кредита. Иногда, с этой целью, печатаются от имени наследников публикации с вызовом всех кредиторов и должников умершего, дабы они огласили претензии и долги свои; но подобные публикации служат только частной мерой оглашения, не имея никакого юридического значения для сторонних лиц¹, и, какие бы ни назначаемы были по сим публикациям сроки на явку кредиторов, они пропусчением сих сроков ничего не теряют, а наследник не приобретает ничего.

Таким образом, наследнику невозможно сделать своевременно правильный учет долгов умершего; с другой стороны — часто невозможно для него учесть и количество и ценность наследственного имения, особливо если, как у нас нередко случается, сам умерший не вел в нем правильного хозяйства и учета, а закон не указывает возможности требовать, прежде принятия, подробной описи наследственному имению. Посему принятие наследства соединяется у нас во многих случаях с значительным риском.

¹ Нет ни одной статьи, которая устанавливала бы обязательность и определяла юридическое значение подобных публикаций, хотя в общем мнении существует смутное понятие о том, что подобные публикации нужны и имеют какую-то силу. Вероятно, это смутное мнение отразилось и в некоторых статьях Свода, в коих делается ссылка на подобные публикации. См., напр., ст. 6 прил. к прим. 2 к ст. 420 Зак. Гражд.; мн. Государ. Сов. 1869 г. о сохр. расписках (2113 ст. Зак. Гражд.) тоже предполагает существующую обязанность вызова наследников и кредиторов.

А) Мнением Государственного Совета 1860 г. (2113 ст. Зак. Гражд.) установлено правило о вызове приемщиков и отдатчиков имущества по сохранным распискам в следующем смысле. Вообще полагается, что приемщик обязан возвратить принятое, покуда жив, несмотря ни на какую давность. Но когда он умер, наследники его, дабы предохранить свое право, обязаны, до вступления в наследство, в течение 6 месяцев со дня открытия оно, вызвать отдатчиков по распискам умершего вотчинника. Если они сего не учинили или, учинив, вступили в наследство до истечения сроков на явку по вызовам, то обязаны отвечать по предъявленным сохранным распискам. Отсюда следует, кажется, заключить, что буде наследники соблюли закон о вызове, то могут еще, в виду сохранных расписок, отказаться от принятия наследства; а кто по вызову не предъявит расписок в 6-месячный срок, тот теряет право на взыскание. Подобный же вызов – приемщику – обязаны учинить и наследники отдатчика на сохранение, оставшегося после себя сохранным расписку; буде не учинят, то лишаются права на иск по распискам, а учинившие вызов возобновляют давность сего иска от времени последнего вызова. См. Касс. реш. 1867 г. № 160; 1869 г., № 909, 1032. Решением Сената (Кассац. реш. 1869 г., № 832) признано, что вызов принявшего имущество на сохранение не имеет никакого значения для лица, которое без вызова само уже создало свою обязанность возвращения имущества и приступило к исполнению оной.

Б) По смерти, или по лишении прав состояния казенного подрядчика, обязанности его по исполнению договора переходят на его наследников, *буде они того пожелают*. О сем наследники его (совокупно с залогодателями и поручителями) извещаются в подлежащем случае или непосредственно по месту жительства, или через публикацию в ведомостях, с тем, что в течение 4 месяцев могут просить об оставлении за ними подряда; в противном случае казна приступает к распоряжениям на счет залогов (Пол. Казенн. Подряд. ст. 194, 198).

В) По силе ст. 6 прил. к прим. 2 к ст. 420 Зак. Гражд. (ст. 290 Уст. Цензурн. изд. 1857 г.) те, коим автор завещал или уступил свое произведение, обязаны объявить о сем и удостоверить в течение первого года по смерти его, тогда они в отношении к сему произведению вступают во все права законных его наследников, а сии последние могут вызывать их к явке в положенные сроки так же, как других соучастников или кредиторов. Основываясь на сей статье, судебная палата признала, что все приобретатели авторского права должны, подобно наследникам, просить в суде об утверждении в правах своих, в означенный срок, по смерти передатчика автора. Такое рассуждение Сенат (Кассац. решен. 1869 г., № 178) признал неправильным и подтвердил, что в законе нет иного срока, кроме 10-летнего, коим преграждалось бы право иска о наследстве.

Когда принятие наследства есть акт обязательный, то из сего должно следовать, что к принятию (и, с другой стороны, к отречению) способны только лица, вполне способные к совершению гражданских актов и ко вступлению в обязательства. Посему за малолетних, безумных и умалишенных согласие или несогласие на принятие наследства изъясляется назначенными к ним опекунами (1257).

Наш закон не определяет, в какой форме должна быть выражена положительная воля о принятии наследства. Закон указывает на единственный признак принятия – на вступление наследника в личное владение и пользование имуществом. В 1261 ст. сказано: принятием наследства почитается, когда наследники ни отзыва о неплатеже долгов не учинили, ни доходов с имения умершего не сохранили, а владели и пользовались имуществом в личную себе прибыль. Закон этот сам по себе неясен и возбуждает следующие вопросы.

Возможно ли, независимо от вступления во владение имуществом, признать человека принявшим наследство в силу одного отзыва его или заявления, и с какого времени подобное заявление приобретает безвозвратную силу? В отсутствии точного законного определения по сему предмету, невозможно, кажется, допустить, чтобы одно неопределенное заявление наследника, хотя бы перед судом сделанное, по собственному его побуждению, обязывало его безвозвратно, если оно не подтверждено *действием*. Даже просьба явившегося наследника об утверждении его в наследстве сама по себе еще не служит безвозвратным актом принятия, доколе не состоится постановление суда об утверждении его в правах наследства. Отзыв о неплатеже долгов умершего, если сделан был вообще и по собственному побуждению наследника, также едва ли может быть признан за безвозвратное изъявление воли; разве бы он последовал по требованию самих кредиторов, желавших удостовериться в том, кто перед ними должен быть в ответе после умершего. Отзыв, данный отдельному кредитору о неплатеже долга, не выходит из пределов отдельного личного обязательства. Напротив того, если с отзывом соединяется вступление во владение, или и независимо от отзыва были со стороны наследника действия, доказывающие владение и пользование имуществом в личную себе прибыль, тогда принятие наследства несомненно и безвозвратно. Закон говорит: *в личную себе прибыль*, и тем самым указывает на возможность удержания имущества в управлении и распоряжении с сохранением доходов, – независимо от принятия наследства. В таком положении может находиться, напр., сын умершего вотчинника, оставшийся в управлении имуществом: ему есть еще возможность отказаться от принятия наследства, хотя бы он управлял им некоторое время хозяйственно, лишь бы доказано было, что это было управление не на себя и не в личную себе прибыль. Разумеется, такое положение не может быть продолжительно, ибо заинтересованные лица всегда вправе потребовать от наследника положительного объявления о принятии наследства.

Какие действия показывают, что наследник владел и распоряжался в личную себе прибыль – это определяет суд в каждом данном случае. Ка-

жется, что выражению «в личную прибыль» надобно придавать по возможности обширное значение, т.е. нет надобности требовать непременно удостоверения в том, что наследнику последовала действительная прибыль, которой он воспользовался. Достаточно удостоверения в том, что воля его в действии по имени направлена была к личной прибыли, что он действовал в свое имя, как хозяин и собственник. Иные действия, по свойству своему, соответствуют целям охранения и управления, не предполагая хозяйского самовластия и своекорыстия. Так, напр., если наследник требует содействия власти к охранению, к описи имущества и сам в том и другом участвует, защищает интересы имения в суде или у правительства, принимает поступающие платежи и доходы для сохранения их, отдает в наем хозяйственные оброчные статьи, даже если делает необходимые издержки на починку и на поддержание имущества и т.п., нет еще основания выводить из этих действий, что он принял наследство. Другие действия несовместны с качеством управления и с целями простого охранения, но требуют полной хозяйской воли собственника; в таком случае приходится либо признать в действии превышение власти, злой умысел, нарушение чужого права, либо признать в нем волю полного хозяина и сознание права собственности. Так, напр., если наследник отчуждает или закладывает имущество, распоряжается отдачей леса на вырубку, делает отсрочки должникам и т.п., такие действия не могут не возбуждать предположения о принятии наследства.

Итак, не устанавливая особой формы для отзыва о принятии наследства, наш закон определяет лишь общие признаки этого действия. Как скоро эти признаки есть, принятие совершается безвозвратно, т.е. лицу, принявшему наследство в смысле, указанном 1261 ст. Зак. Гражд., уже невозможно уничтожить силу принятия и уклониться от его последствий.

Решением Кассационного Департамента Сената 1867 г., № 384 признано, что «событие принятия наследства обуславливается не только вводом во владение, передачей имущества и пользованием оным в личную себе прибыль, но и исполнением обязательств, как лежащих на наследстве, так и установленных умершим владельцем, доколе они не противоречат законам... К этому убеждению приводит и то соображение, что законы наши не допускают условного принятия наследства до предварительного ознакомления с положением дел, а следовательно, принявшим наследство почитается не только тот, кто вступил во владение наследством и воспользовался его выгодами в личную себе прибыль, но и тот, кто приступил к действиям и распоряжениям, в качестве наследника, в отношении исполнения обязательств, лежащих на наследстве».

Итак, один отзыв о принятии наследства сам по себе не может служить безусловным признаком действительного принятия и сопряженной с оным ответственности. Этот отзыв есть юридическое действие, изъявление воли, обяза-

вающее совершителя, поколику это действие отразилось на правах сторонних лиц (напр., кредиторов, имевших в виду таковой отзыв, других наследников и т.п.); в той мере, в какой от сего действия потерпели другие лица, совершитель действия и будет отвечать перед ними. Но все-таки сей отзыв, как выше изложено, не приобретает еще силы *особливого* юридического действия, с коим связано представление о безусловном переходе наследственных прав. Это была бы сила *формальная*, которую присваивают подобному отзыву иностранные законодательства, не допуская уже затем никаких возражений и доказательств о том, что подлинного вступления в наследство не было. Наш закон не присваивает подобному отзыву формальной силы; следовательно, не устраняет и после отзыва доказательств, что вступления в наследство не было.

Но если бы не только был таковой отзыв, а было бы и формальное прошение об утверждении в правах наследства и последовало бы само утверждение в правах от судебного места, — можно ли и после того допускать подобные доказательства? Думаю, что можно, но не во всех случаях. Лицо, утвержденное по своему ходатайству в правах наследства к оставшемуся после умершего имуществу, прямо предполагается наследником и ответственным лицом после умершего, следовательно, кредиторы умершего, представив такое доказательство наследственного перехода к известному лицу, не имеют надобности затем еще доказывать, что это лицо вступило в действительное обладание наследственным имением. Признанный и утвержденный наследник не вправе сложить с себя звание наследника и уклониться от наследственной ответственности на том основании, что он не вступил в действительное обладание наследственным имуществом и не может вступить, поелику тем имуществом воспользовалось другое лицо или другие родственники умершего. Все-таки утвержденный будет считаться наследником, и в извинение ему не поставится, что он имения в действительности не получил, ибо, приняв наследственные права, он вместе с ними получил и право требовать имущество от всякого, у кого оно может находиться; от его воли зависит требовать или отказаться от требования, буде оно неудобно, но все-таки не может он отрицаться от принятого звания наследника и должен отвечать за долги умершего вотчинника. Но он имеет неоспоримое право требовать, чтобы другое лицо, тоже имеющее наследственные права, буде не предъявило их, а самовольно вступило в распоряжение имуществом умершего, также признано было наследником и ответственным за умершего лицом, наравне с утвержденным по своему заявлению наследником; а дотоле все-таки и сей последний обязан отвечать за долги умершего в бесспорной соразмерности. Если утвержденный наследник может доказать, что после умершего *вовсе ничего не осталось* и что просьба его об утверждении в наследстве к имуществу основана была на заблуждении, таковое возражение надлежит, кажется, допустить в виду 1259 и 1261 ст.; но если после умершего осталось какое-либо имущество, или если наследник хотя чем-либо по смерти его воспользовался, или если оставшееся имущество погибло, истребилось, расхищено от случайных событий, либо стороннего насилия и не досталось наследнику, — все таковые возражения не могут быть приняты (ср. дело Кононовой в Гражд. Кассац. Департ. 18 декабря 1869 г., № 1266. Еще Кассац. реш. 1868 г., № 768).

В Кассац. реш. 1869 г., № 501 и 1872 г., № 1249 Сенат, на основании 1259 и 1261 ст. 3. Гр. и 1408 ст. Уст. Гр. Суд., разъяснил, что ответственность наследника за долги умершего нельзя ставить в зависимость от того, утвержден ли наследник в правах наследства или нет, а при обращении иска на наследников должника суд должен, по обстоятельствам дела, обсудить, действительно ли указанные наследники воспользовались имуществом умершего, и если суд придет к убеждению, что они владели и пользовались имуществом в личную себе прибыль, то на них должна быть возложена ответственность, хотя бы они и не были утверждены в правах наследства. Но в 1873 г. Кассац. решением 15 мая по делу Михнева Сенат признал наследника ответственным за долги, потому что он был формально утвержден в правах наследства и дал отзыв о принятии его, — несмотря на последующий его отзыв о том, что он не вступал во владение имением. Одно удержание наследственного имущества не служит признаком принятия наследства: необходимо доказать, что ответчик удерживал имущество и пользовался им *в качестве наследника* (1870 г., № 1583, 1872 г., № 493).

В деле Подгородинского Мин. Народн. Просвещ. привлекало его, как наследника, к ответственности за долги отца, указывая со стороны его на действия, служащие признаком принятия наследства. Именно, хотя он и не вступал прямо во владение имуществом и по достижении совершеннолетия формально отрекся от наследства, но, во-1-х, по смерти отца он, вместе с попечителем, жаловался на действия опекуна по отцовскому имению; во-2-х, вместе с опекуном отдал это имение в аренду постороннему лицу. Но ни в том, ни в другом действии Сенат (Общ. Собр. 1874 г.) не нашел признаков того, что сын пользовался имением в личную себе прибыль, ибо жалоба на опекуна относилась к попечению о целостности имения, а в аренду было оно отдано с тем условием, чтобы арендная плата обращалась на удовлетворение казенных обязательств и недоимок, лежащих на имении.

К признакам принятия наследства не следует причислять получение родственником, напр. женой умершего, причитавшихся ему денег не в личную себе выгоду, как наследнику, но на удовлетворение потребности, сопряженной с личностью самого умершего, напр. на похороны его, лишь бы только возможно было доказать, что деньги получены и издержаны именно на сей предмет. Посему, напр., брат, просивший ранее похорон заслуженное жалованье умершего на похороны и получивший оное на сей предмет, не должен быть по сему признаваем принявшим наследство; но буде, похоронив его по усмотрению, испросил потом себе, как наследник, его жалованье, то не может отговариваться от наследничьей ответственности тем, что на похороны умершего издержал он больше, чем принял жалованья.

Если родственники умершего лица, по смерти его, приняли участие в тяжбе его с другими лицами, в качестве наследников, одно это обстоятельство, ввиду 1261 ст. Гражд. Зак., может ли быть сочтено признаком безмолвного принятия наследства? В прежнем порядке судопроизводства это обстоятельство положительно не могло служить таковым признаком, ибо в прежнем порядке ход дела и разъяснение одного зависели от усмотрения суда, не было правила о приостановлении производства смертью тяжущихся, и дела, со смертью той или другой стороны, обыкновенно не

приостанавливаясь, а продолжали свое – нередко безгласное и медленное – течение, так что лицу, еще не заявившему себя наследником и не принявшему еще наследства, по необходимости доводилось иногда, ввиду возможности такового принятия и во избежание потери процессуального права, становиться на суд вместо умершего, отвечать на вызовы и вступать в защиту интересов наследства. Притом, как видно из вышеизложенного, наш закон предполагает возможность такого состояния, в коем родные умершего вступают в хозяйственное управление имением с целью сохранить и поддержать оное, не являя в себе наследников и не владея и не пользуясь в личную себе прибыль. (По делу Логвеновых и Муратова Сенат Общ. Собр. Моск. 1860 г. признал, что одно участие, принятое Логвеновыми в споре против иска Муратова на умершую сестру их, и наименование их в судебном решении по сему делу наследниками, не служит еще доказательством, что наследство после сестры ими принято, когда по делу видно, что наследственное имение оставалось в опеке без участия Логвеновых и без отзыва о принятии наследства. См. еще реш. Общ. Собр. Сен. 1870 г. по д. Панайоти.) В новом порядке судопроизводства изменены процессуальные отношения наследников умершего к тяжбному делу. Со смертью тяжущегося производство тяжбы его приостанавливается само собой, по распоряжению суда, который выжидает возобновления производства от преемника стороны умершей (681, 687 ст. Уст. Гр. Суд.), по особой его просьбе, с которой необходимо соединяется легитимация, т.е. оправдание права на иск; следовательно, лицо, воспринимающее тяжбу после умершего (буде оно действует не в качестве опекуна), должно наименовать себя наследником и указать свой наследничий титул; вместе с тем, по условиям процесса, явившийся наследник действует в свое имя и принимает на себя с процессуальным правом и процессуальную ответственность – словом сказать, вступает во владение процессом в личную себе прибыль, следовательно, подходит под условия 1261 ст. Зак. Гражд. Ср. Касс. реш. 1875 г., № 927.

§ 47

Отречение от наследства. – Признаки и последствия отречения. – Потомки отрекшегося могут ли пользоваться правом представления? – Приращение наследственных частей. – Примеры и вопросы из практики.

Отречение. Признаком отречения от наследства служит – или оставление в безгласности наследственного права, или положительное

выражение воли. Кто по учиненным вызовам не явится к принятию наследства в положенные сроки, тот признается отрекшимся от наследства. Но и наследник, налицо состоящий, может (буде не вступил во владение и пользование) отречься от наследства положительным объявлением своей воли в надлежащем присутственном месте (1265, 1266 ст.).

Положительное отречение должно быть, по смыслу закона, прямое и ясное. Закон говорит, что оно делается в надлежащем присутственном месте, и надлежащим местом следует, конечно, считать тот суд, в ведомстве коего открылось наследство. Когда употреблено в законе такое выражение, возникает вопрос: какую же силу имеет подобное объявление, сделанное не в надлежащем месте? Слово законное не должно быть без значения и надлежит полагать, что в последнем случае наследник может, смотря по обстоятельствам дела, оспаривать свое отречение, тогда как в первом случае это не допускается. Без сомнения, есть существенная разница в ясности сознания и в полноте выражения воли – между отзывом об отречении, данным суду, в коем производится дело о наследстве, и между отзывом об отречении, данным в полиции против требования об уплате наследственного долга.

С другой стороны, и молчание наследника ведет к предположению об отречении только тогда, когда предположение несомнительно и молчание безусловное (2 п. 1265 ст.). Если один наследник молчит, не предъявляя прав своих, в то время когда другие наследники заявляют их положительным действием, – напр., спором против завещания умершего, такое молчание само по себе не считается отречением (ст. 1267).

Последствия отречения: во-1-х – для самого отрекшегося. Отклоняя от себя возможные выгоды наследства, он освобождается и от всех тягостей, на нем лежащих. Кто отрекся, тот не обязан платить долги, лежащие на наследстве (ст. 1268). Разумеется, отречение действует только в круге прав и обязанностей по имуществу (ст. 1104); от сего отречения, стало быть, не зависят прочие права, в силу рождения и родства переходящие, как то: право имени, чести, состояния и т.п.

Во-2-х – для самого наследства. Отрекшееся лицо исключается из числа наследников. Если отрекшийся был единственным наследником после умершего, т.е. если при нем не было никого другого, с кем бы надлежало считаться и делить наследственное имение, в таком случае наследство переходит в дальнейшую линию и степень, т.е. к тем лицам, которые, за выбытием отрекшегося, имеют ближайшее право наследовать. А когда за отрекшимся не оказывается вовсе кровных родственников, наследственное имение становится выморочным.

В лице отрекшегося потомки его могут ли пользоваться правом представления? Большей частью признается, что не могут. Говорят: представлять можно только лицо, умершее до открытия наследства; кто жив еще в эту минуту, того представлять нельзя, а отрекшийся не может и по аналогии быть уподоблен умершему; он только исключается из счета наследников. Вследствие того из права представления в том виде, как оно установлено во многих законодательствах, практика делает такой вывод, что представление не допускается в лице отрекшегося или неспособного к наследованию¹. И у нас делают такой же вывод из буквального смысла 1123 ст. Но если нет наследства по праву представления, возможно ли быть наследником мимо сего права? У нас и на этот вопрос многие отвечают отрицательно. В других законодательствах (напр., во французском Code Civ. 743, 745) закон допускает возможность наследования нисходящих и боковых родственников или по праву представления, или *в свое имя* (*de leur chef*), и случается, что лицо, не могущее воспользоваться первым правом, наследует в силу последнего, от чего по тамошнему закону зависит немаловажное различие в дележе наследства и в учете наследственной доли. Но наш закон допускает наследование потомства в лице посредствующего члена лишь по праву представления (ср. ст. 1123, 1127, 1128, 1136), не связывая наследственного права с определенными степенями родства; следовательно, где право представления невозможно, там едва ли есть место наследственному праву по нашим законам. И потому, когда бы, напр., после умершего вотчинника остались сын с детьми, да дочь, выделенная при жизни родителя, и сын отказался бы от наследства, то оно пошло бы не к детям сына, а к дочери. Такого мнения многие держатся; но едва ли можно согласиться с ним, по ближайшему соображению сущности права представления. Не следует смешивать это право с наследственным. Нельзя наследовать в одно время после двух лиц в одном и том же имуществе. Наследство открывается в одном только лице, идет от одного только лица к известному наследнику, в силу *непосредственного* отношения между ним и умершим вотчинником. Ошибочно будет предполагать в сем отношении еще какое-либо посредствующее лицо, посредством коего должно совершиться, вступить в полную силу непосредственное право. Внук, наследуя после деда, получает наследство не от отца своего, а от деда, в силу непосредственного отношения к деду, и в таком наследстве нет никакой нужды допускать неестественное предположение или вымысел, будто бы наследство идет сначала от деда к сыну его и уже через него к его сыну, т.е. к внуку. Хотя нельзя иметь внука, не имев сына, по природе, но это посредство необходимо лишь для передачи крови и для установления родства, а как скоро событие рождения совершилось и родство возникло, между дедом и внуком устанавливается непосредственное родственное отношение, следовательно, и непосредственное наследственное право от первого к последнему, буде при смерти первого сын его, а отец последнего, состоящий в ближайшей степени родства, не оказывается в живых, в противном случае он исключает своего сына.

¹ Таково правило французского законодательства; напротив, прусский закон допускает в этом случае наследование вместо отрекшегося.

Если так, то что же значит и в чем практически выражается право представления? Надо оговориться от недоразумения: право представления не есть самостоятельное, органическое право; это юридический термин, означающий одно из *качеств* наследственного перехода и раздела, но не корень наследственного права. Право представления возникло у Римлян, но в римском праве сам термин этот был неупотребителен, а сущность правила о представлении состояла в следующем. По общему положению, ближайшая степень в каждом классе наследства исключает дальнейшую, посему в строгом смысле дальнейшие степени не могли бы участвовать в наследстве наравне с ближайшими; напр., при живом сыне умершего вотчинника не участвовали бы в наследстве потомки умершего сына. Право представления давало таким потомкам возможность, в дележе наследства, заступать место своего родителя, умершего прежде открытия наследства, уравниваться именем его в ближайшую степень, и в таком случае они участвовали в наследстве по колону и делили между собой поровну всю долю ближайшей степени, на место коей вступали. (В 4-м классе наследства право представления вовсе не допускалось.) Таким образом, сущность права представления состояла у Римлян и состоит повсюду в том, во-1-х, что близость степени теряет безусловное свое значение; во-2-х, что в разделе наследство дробится не по счету живых лиц, а по счету колен (*in stirpes*). Затем всякое противоположение *собственного* наследственного права с наследственным правом по представлению не имеет юридического основания¹. По сим соображениям и употребленное в наших законах выражение: «наследуют *по праву представления*», следует по всей справедливости разуметь в том смысле, что представлением определяется не основное право, а образ наследования. Этот образ наследования надлежит ли устранять, заодно с правом наследования, во всех тех случаях, когда лицо, которое надлежало бы представлять, находясь в живых в минуту открытия наследства, оказывается или неспособным к наследованию (ср. Ул. о нак. 1566), или лишенным прав состояния, или отрекшимся от наследства. Думаю, что нет. Во всех этих случаях не оказывается в ближайшей степени лица, способного к принятию наследства, следовательно, вместо него могут вступить его потомки, не теряющие кровной через него связи с умершим вотчинником — по праву представления. Хотя закон ограничивает, по видимому, право представления случаем смерти представляемого лица (1127... за смертью.. когда и сих в живых не находится...), но едва ли справедливо будет придавать этому ограничению тесное, исключительное значение. Эти выражения: буде в живых не находятся, означают существенно невозможность самому лицу, к коему доходит наследство, лично им воспользоваться, отсутствие, выбытие из счета живых наследников сего лица; эта невозможность может быть физическая, но может быть и юридическая — последствия в том и другом случае одинаковы, ибо нет основательной причины к различию. Была бы причина, когда бы в праве представления предполагалось, что представляемый передает представителю свое право; тогда бы следовало признать, что неимеющий права сам и передать его не может; но здесь нет никакой передачи, а наследник по представлению наследует,

¹ Ср. у Пухты Vorlesungen, § 457.

как выше сказано, не после представляемого, а прямо после умершего вотчинника, в свое имя, хотя и с представлением; следовательно, представление (т.е. участие в наследстве по крови в степени родителя, не состоящего налицо) не препятствует то обстоятельство, что представляемый физически жив, но лишь юридически не существует для наследства. Словом сказать – *физическая* смерть не есть существенный момент в праве представления.

Представим себе, что после умершего вотчинника родной сын его оказывается лишенным прав состояния. Могут ли получить за него дети его наследство после деда, в силу представления? Если родной сын лишен отцом наследства по прав. 1566 ст. Улож. о наказ., могут ли наследовать дети сего сына после деда своего? Если родному сыну (при детях) предоставлено отцом его по завещанию имение только в *пожизненное* владение, и прямого наследника не означено, – могут ли дети сего пожизненного владельца считаться прямыми наследниками после своего деда? (Ср. д. Курносовой в 1 Общ. Собр. Сен. 5 октября 1873 г.) Если родной сын отрекся от наследства после отца, могут ли дети сего сына наследовать после деда? Думаем, что могут во всех указанных случаях. В лице лишенного прав состояния разрушаются права семейственные, следовательно, и наследственные. Посему в отношениях семейственных и наследственных, коренящихся в прежнем состоянии осужденного, должны почитаться разрушенными права как самого осужденного, так и детей его, прижитых после осуждения; но для детей, прижитых до осуждения, права сии остаются неприкосновенными (Улож. о наказ. ст. 24, 27), что признано положительно и законом, 28 ст. Улож. о наказ. В лице лишенного наследства исключительно устраняется его личное наследственное право, но как вместе с тем не разрушаются семейственные права и отношения ни его, ни детей его, то наследственное право сих последних относительно деда остается неприкосновенным. Также и отрекшийся от наследства отрекается лично за себя, и даже власти не имеет отречься за детей своих (когда бы они ни родились – прежде или после отречения), следовательно, нельзя предположить, что в силу сего отречения устраняются кровные семейные отношения внуков к деду, и, стало быть, право их наследовать после деда. Внуков нельзя устранить от наследства после деда потому только, что они отреклись от наследства после отца, ибо всякое наследственное отношение есть единое отношение одного лица к одному же лицу, и наследство после отца не смешивается с наследством после деда. Также, с другой стороны, и по той же причине нет основания устранять внуков от наследства деда за тем только, что отец их от сего наследства отрекся. Юридич. Вестн. 1872 г., № 1.

Отречение от наследства есть только отрицательный акт воли. Его невозможно соединять с изъявлением положительной воли о том же имуществе. Отрекаясь, наследник вовсе и решительно устраняет свою волю от наследства; стало быть, он не вправе отречься в пользу того или другого лица или того или др. употребления. Так, Сенат признал в этом отношении недействительным отзыв, в коем наследник архим. Платона, отрекаясь от наследства, передал оное в распоряжение архиерея на богоугодные дела: этому отзыву присвоена только сила простого отречения (реш. 1 Общ. Собр. Сен. 1871 г.).

С отречением от наследства связан вопрос о так называемом *приращении* наследственных долей (*Anwachsungsrecht, jus accrescendi*). Об этом предмете нет никаких определений в нашем законодательстве; но, имея в виду, с одной стороны, правило 1254 ст., что право на открывшееся наследство принадлежит наследникам с самой кончины владельца, а, с другой стороны, естественное действие отречения, т.е. исключение отрекшегося лица из счета наследников и из дележа, — необходимо признать, что доля отрекшегося, обращаясь в состав целого наследства, идет к приумножению доли других наследников, если они имеются. Но затем возникает другой вопрос: обращается ли она в общий состав наследства безразлично и идет в дележ между всеми или обращается в удел тех лиц, кои вместе с отрекшимся имели особое совокупное право. К решению этого вопроса надлежит заметить, что наше наследственное право вообще различает род и качество наследственных имений, а наследство делит по линиям (1121), чем уже определяется доля каждой линии. Итак, если имение, следовавшее отрекшемуся лицу, причиталось ему по исключительному праву его линии (напр., родовое, подлежавшее возврату в свой род, или благоприобретенное, следовавшее в род отца — ст. 1163), и в той же линии, за отречением, не осталось других наследников, то имение становится выморочным; если остались в той же линии другие, кому в отсутствии отрекшегося следовало бы имение, то доля его обращается к ним. Если отрекшийся должен был наследовать по праву представления совокупно с другими лицами в равной степени, то доля его обращается к ним исключительно, хотя бы у умершего вотчинника были еще другие наследники, лично за себя или по праву представления за другое лицо. Вообще руководящим правилом в настоящем случае может быть принято следующее положение: отречение служит в пользу того, кто при отрекшемся наследнике получил бы менее. Напр., если брату умершего приходилось бы делить наследство с тремя сыновьями другого брата, доля его оставалась бы все та же, сколько бы ни было племянников, следовательно, и с отречением одного из них он ничего не приобретает, а приобрести могут братья отрекшегося.

Отречение от наследства считалось безвозвратным в римском праве. Но, по французскому закону, отрекшийся от наследства может еще вернуть свое отречение, если между тем имение не принято другим наследником. Сверх того, отречение может быть уничтожено, если оно учинено во вред кредиторам наследника (Code C. 788, 799). Наш закон не упоминает о подобных случаях; следовательно, надлежит думать, что отречение, в установленной форме совершенное, безвозвратно, по крайней мере относительно тех лиц (другие наследники, казна), коими вследствие отречения приобретаются права на имение.

Примеры и вопросы из практики

А. Бегичев, объявив себя наследником к имению Маламы, после того подал в суд прошение о том, что не намерен воспользоваться оставшимся наследственным имением, но предоставляет оное в пожизненное владение вдове умершего племянника Маламы, а по смерти ее в пользу университета. Сенат признал, что Бегичев, однажды отказавшись положительно от права на наследство и тем самым устранив себя, не мог уже передавать сие право никому другому (Сб. Сен. реш. II, № 386). В практике Кассационного Департ. Сената отречение условное, в пользу других наследников, не допускается (1877 г., № 24, 1878 г., № 243).

Б. В отдельной записи отречение, хотя и несовершеннолетним сделанное, Государственный Совет признавал действительным, ибо запись писана не на продажу или заклад имения несовершеннолетних, а на выдел имущества в пользу их самих, причем родной отец, выдавший запись, заступал им место опекуна и попечителя (мнение Государственного Совета 1852 г. по делу Денисовых).

Отречение от наследства, сделанное несовершеннолетней без согласия попечителя, как заключающее в себе уступку прав, признано недействительным по реш. Моск. Общ. Собр. 1856 г. по делу Гамалея.

В. По делу Красномилашевич (Сб. Сен. реш. т. I, № 38) Сенат признал действительным отречение от наследства по завещанию, выраженное в прошении Палате, по поводу явки завещания, в допросе пред Палатой, а домашнем условии, в объявлении заседателю по случаю ввода. А по делу Зевинной (там же № 278) Сенат нашел, что отречение производится по закону посредством объявления в надлежащем присутственном месте, но со стороны Зевинной (наследницы по завещанию) обряд сей не соблюден, а отказывалась она только от удовлетворения претензии Левина к завещателю, потому единственно, что имение, дошедшее к ней по наследству от мужа, употреблено на погашение числящихся на нем же взысканий, каковой отзыв не составляет отречения, обличенного в законную форму. Сравни еще Сб. Сен. реш. т. II, № 321.

Касс. реш. 1872 г., № 1014. Достаточным доказательством отречения от наследства принято нотариальное условие, в коем наследник сознает, что получил все, следовавшее ему, и что остальные части наследства принадлежат прочим наследникам.

Г. По смерти Льва Шаховского в 1831 г. учреждена была опека, а в 1849 г. сын его Владимир, еще в 1834 г. достигший совершеннолетия, объявил суду, что отказывается принять отцовское имение и платить долги его. Это отречение Сенат (Сб. Сен. реш. II, № 640) признал недействительным по следующим соображениям. Владимир Шаховской в 1832 г. писал к опекуну о принятии и сохранении отцовского наследства, в 1833 г. изъявил согласие на продажу наследственной движимости, в 1846 г. входил в распоряжение имением и брал из него лошадей. Уплата кредиторам производилась из движимости, а потом из продажи недвижимого имения, следовательно, доходы одного шли на наследников. Притом нельзя через 5 лет по пришествии в совершеннолетие отказываться от

наследства, когда первым условием закона поставлено дать отзыв о долгах, и кредиторов нельзя заставить, чтобы ждали 15 лет такого отзыва от наследников. – Касс. реш. 1873 г., 30 мая № 783 признано, что после утверждения в правах и ввода во владение отзыв об отречении от наследства не имеет силы.

Д. По делу Рахманинова (реш. Моск. Общ. Собр. 1853 г.), к родовому материнскому его имени предъявили права Норовы и Казначеевы. На решение Гражданской Палаты, не признавшей сих прав, жаловались одни Норовы и утверждали в Сенате, что объявление удовольствия на решение и упущение жалобы со стороны Казначеевых равносильно отречению, следовательно, часть, Казначеевым подлежащая, должна следовать в силу приращения Норовым, по единству наследственного права. Но Сенат отверг такое рассуждение, признав, что отречение производится положительным о сем объявлением; а объявление удовольствия на решение судебного места о правах подтверждает силу сего решения.

Е. В решении 1 Общ. Собр. Сен. 15 апреля 1860 г. по делу Пастуховых выражено, что отречение от наследства, сделанное лицом, объявленным в несостоятельности, за силой публикации, лишающей должника распоряжения всем имуществом, могло быть действительно только в случае удовлетворения долгов его из собственного, принадлежащего ему имения. По тому же делу впоследствии Сенат рассудил, что лицо, считавшееся по решению низшей инстанции наследником после дяди, принявшее в сем звании капитал и пользовавшееся оным, не лишается права отказаться от наследства, когда после того решением высшего суда оно признано в сем капитале наследником не после дяди, а после отца. Журн. Мин. Юст. 1864 г., № 12.

Отречение от наследства лица, объявленного несостоятельным, не имеет решительной силы: оно действительно лишь потоплику, поколику не нарушает права третьих лиц, т.е. кредиторов несостоятельного, на всю массу его имущества. Итак, по просьбе кредиторов, такое отречение может быть признано недействительным. См. реш. Сен. (2 Отд. 3 Департ.) 27 марта 1873 г. по делу графа Комаровского, сл. в Общ. Собр. 7 июня 1874 г.

В Касс. реш. 1884 г., № 50 разъяснено, что правом отречься от наследства наследник может воспользоваться лишь настолько, насколько это не лишает кредиторов его возможности получить удовлетворение своих претензий, так как, по ст. 1547 Зак. Гр., уступка своего права недействительна, если учинена во вред третьему лицу. Следовательно, при неоплатности долгов, при неимении другого имущества на удовлетворение кредиторов, отречение от наследства может быть признано недействительным, но, конечно, лишь в интересе кредиторов и только в размере их претензий.

Ж. После Прушинской осталось имение, заключавшее в себе, между прочим, претензию на мужа, ее пережившего. После смерти мужа, Прушинского, имущество перешло к внучке его, сыновней дочери, Еловицкой. Две дочери Прушинского, наследницы материнского имения, стали требовать с Еловицкой, как преемницы отцовского имения, удовлетворения означенной претензии. Еловицкая, опровергая этот иск, доказывала, что претензия эта не существует, так как сами истцы уступили ее отцу по мировой сделке с ним. Но решением суда

признано, что такой уступки не было и что претензия существует. Тогда уже и Еловицкая заявила права свои на участие в той же претензии, в качестве наследницы после бабки своей, Прушинской. Суды отвергали это право Еловицкой, рассудив, что как она сама оспаривала эту претензию, отвергая ее существование, то тем самым отрекалась от наследства после бабки. Но Государственный Совет признал право Еловицкой, рассудив, что спор против взыскания, составляющего ценность наследства, нет основания признать в одинаковой силе с отречением от сего наследства (мн. Гос. Сов. 21 мая 1872 г.).

Если отречение было сделано условное, то теряет свою силу с уничтожением условия. По делу Филипповой (Сб. Сен. реш. II, № 955) Сенат признал: хотя Филиппова и отказалась от указной части после мужа в прошении, но под условием бывшего за ней пожизненного владения домом; но как последующими решениями она лишена сего пожизненного владения, назначенного ей по завещанию мужа, то с уничтожением сего условия должно быть для нее восстановлено право на получение указной части.

3. По делу Титовой Сенат (Сб. Сен. реш. II, № 900) не признал действительным отречение от наследства, выраженное ею условно, и притом не подлежащему судебному месту.

Подлежащим присутственным местом, коему должно быть сделано отречение от наследства, признается, по ст. 1408 Уст. Гражд. Суд. (см. Касс. реш. 1867 г., № 177, 1869 г., № 15, 1872 г., № 776), тот суд, от которого зависит разрешить передачу охраненного имения явившимся наследникам, т.е. которому наследственное имущество, по месту нахождения, роду и цене его, подведомо.

Объявление об отречении от наследства, при отсутствии спора, не требует какого-либо признания или утверждения со стороны суда. Касс. реш. 1872 г., № 776; 1876 г., № 476; 1880 г., № 27.

И. Имение Попова продавалось за долг в 3.000 р., но торги не состоялись и велено, уничтожив их, принять от Попова сумму долга и возратить ему имение. Как между тем Попов умер, то велено вызвать к выкупу его наследников, и они приняли имение с выкупом, а впоследствии стали отрицаться от наследственных долгов, утверждая, что получили имение не по наследству, а по выкупу. Они отрицаются несправедливо, ибо и выкуп имения предоставлен им, поколику они наследники, следовательно, неправильно освобождать их от последствий принятия наследства (ср. Сен. реш. I, № 323).

Ж. Дмитрий Хрущов, получив имение после отца, не получил наследства от матери, почему и отказывался от ответственности за долги ее. Но Сенат рассудил, что мать его, овдовев по смерти мужа своего Хрущова, просила о выделе ей указной части, и хотя не получила ее, но право на выдел сохранила себе и своим наследникам. А как Дмитрий Хрущов получил все отцовское имение, то у него в составе сего имения должна находиться и указная часть его матери, следовательно, буде он согласится принять ее, то должен отвечать за долги матери, а буде отречется, то сия часть должна быть выделана на удовлетворение ее кредиторов (Сб. Сен. реш. II, № 595).

§ 48

Последствия принятия наследства. – Ответственность наследника за долги. – Возможность разделения долгов.

Наследнику принадлежит имущество умершего, со всеми исками и требованиями, соединенными с имуществом (в том числе следующие к получению долги, заслуженное жалованье и т.п., что по службе законно принадлежало умершему. Зак. Гражд. д. 1258¹). Право на иск, еще не предъявленный, или процессуальное право по начатому иску, ограничивается в лице наследника давностью, поелику оно было ограничено в лице умершего, т.е. сколько оставалось давности у умершего в минуту его смерти, столько же с этой минуты переходит к наследнику (Зак. Гражд. 566).

Наследник становится преемником умершего вотчинника и представителем прав его по имуществу, равно как и своих прав, так что в лице наследника объединяется юридическая его личность с личностью умершего. Посему, представляя в себе личность умершего со всеми его требованиями и обязательствами, наследник уже не может сохранить при себе свои личные требования к умершему и свои перед ним обязательства: те и другие погашаются в наследстве, по соразмерности количеств. Посему, если наследник был должен умершему, долг его погашается вполне и совершенно, буде он единственный наследник; отчасти, если он отчасти наследник, вместе с другими лицами, т.е. какая доля наследства ему досталась, в такой доле и долг его погашается. Если наследник был кредитором умершего, то погашается его требование, также соразмерно наследственной доле, т.е. получив, напр., половину имения, он вправе требовать только половину долга с другого наследника – преемника другой половины имения, а половина долга погашается в собственном его преемстве. Это погашение происходит само собой, силой наследственного перехода, требование само собой исчезает, и наследник не вправе уже протирать

¹ Однако о выдаче заслуженного жалованья после умершего наследники его могут просить лишь в течение двух лет после его смерти (III Т. Уст. служ. прав. 575). Вот еще некоторые права, предоставляемые наследникам по службе умершего. В некоторых случаях вдова и наследники умершего чиновника имеют право на получение денег, коих умерший не только не получил, но еще и не выслужил, но кои были ему назначены в виде пособия на будущую службу. Т. III. Уст. пенс., ст. 114; прил. к ст. 261 (прим.). Вдова и семейство умершего чиновника имеют право в течение 6 недель по смерти его оставаться в казенной его квартире. Т. III. Уст. служ. прав., ст. 554.

оное на умершего вотчинника или на какую-либо часть его имущества. Посему, если бы он, по принятии наследства, передал свое заемное письмо на умершего вотчинника стороннему лицу, оно и в руках у сего последнего не имело бы ценности в той части взыскания, которая погашена была бы переходом наследства (ср. о сем реш. Касс. Деп. Сената 1869 г., № 1292; 1874 г., № 190; 1880 г., № 35, 70). Один из случаев подобного зачета долгов и требований наследника в состав наследства указан в 1260 ст. Зак. Гражд. В ней изъяснено, что сын, состоя кредитором (буквально: отдатчиком денег на сохранение) своего родителя, по смерти его получает от своих сонаследников не всю сумму, какую отец был ему должен, но с вычетом части сего долга, упдающей, по разделу с прочими братьями, собственно на его долю. Часть кредиторских прав сына погашается в наследственном его праве.

Получая права и требования по наследственному имуществу, наследник принимает на себя и ответственность во всех долгах и взысканиях, упдающих на умершего вотчинника – ответственность личную и безусловную, которая не ограничивается ценностью принятого имения, но упдает и на имение, лично принадлежащее самому наследнику (Зак. Гражд., 1259, 1543, 1544, 2110; Пол. Казенн. Подряд. ст. 72, 194). В одном только случае закон допускает исключение из сего правила: в бессрочных обязательствах и писанных до востребования, когда они представлены ко взысканию по смерти должника, наследники его отвечают одним принятым по наследству имением (1259 прим.¹). Но эта безусловная ответственность является во всей полноте своей лишь там, где представителем умершего оказывается одно лицо, единственный наследник. А когда есть несколько наследников, то ответственность распределяется между ними соразмерно наследственной доле каждого (ср. Касс. реш. 1879 г., № 294; 1886 г., № 60). Это значит, что получивший, напр., четвертую долю наследства, отвечает и за четвертую долю долгов, но в этой четвертой доле долгов отвечает все-таки всем своим имуществом; следовательно, чтобы определить, какая часть долга падает на лицо наследника, необходимо учесть количество полученного им имения и определить ее отношение к общему количеству всего наследства. Этот учет у нас во многих случаях невозможно сделать вполне равномерным, по общей неопределительности ценностей в нашей экономике, и потому еще, что наследства у нас большей

¹ В губ. Черниговской и Полтавской ответственность в платеже неустойки по частным обязательствам переходит на наследников лишь в таком случае, когда иск о неустойке начат при жизни умершего, или в самом обязательстве и платеж неустойки распространен на наследников. Зак. Гражд. 1586.

частью принимаются в беспорядке и без описей. Обязанность наследников отвечать за долги умершего по соразмерности с наследственными долями относится в одинаковой мере как к наследникам по закону, так и к наследникам по завещанию: так постоянно признает наша судебная практика (ср. Сб. Сен. реш., т. II, 312. Касс. реш. 1874 г., № 190; 1880 г., № 34, 35). Однако ответственность наследников по завещанию может быть распределена завещателем и непропорционально наследственным их долям; так что общее правило об ответственности за долги пропорционально наследственным долям применяется к наследству по завещанию лишь в том случае, когда на сей предмет в завещании не сделано распоряжений (ср. Касс. реш. 1874 г., № 190; 1880 г., № 70; 1882 г., № 62).

Отзыв наследника, что он *не единственный наследник*, не может сам по себе служить законным поводом ни к устранению, ни к отсрочке ответственности: принявший наследство обязан безусловно платить долги умершего вотчинника, несмотря на то, один ли состоит наследником или вместе с другими (Касс. реш. 1873 г., № 1647). Без сомнения, в сем случае разумеется лишь неопределенный отзыв, не содержащий в себе ясного указания на признанных и утвержденных наследников. Из других решений видно, что наследник, к которому предъявлен иск, обязан доказать, что есть другие наследники, обязанные делить с ним ответственность по иску; он обязан доказать, что получил не все наследство, а определенную долю, соразмерно с коей, буде докажет, и несет ответственность (Касс. реш. 1876 г., № 549; 1877 г., № 330).

В лице наследника собственные его долги сливаются с долгами умершего вотчинника, т.е. он отвечает за те и за другие одинаково и сполна. Но можно ли допустить, что за те и за другие долги отвечает, по принятии наследства, совокупно и в безразличной массе, имение самого наследника вместе с имением, доставшимся ему по наследству? Наше законодательство не устанавливает ни положительных правил, ни определительного порядка для так называемого разделения долгов (см. § 36); однако противоречило бы справедливости отвергнуть и у нас возможность такового разделения. За личные долги каждого лица должно отвечать все его имение: в этом только предположении делается человеку и кредит при его жизни; следовательно, несправедливо допустить, чтобы по смерти его это его имение обращено было на покрытие долгов другого лица, хотя бы наследника, в ущерб кредиторам умершего вотчинника, которые верили умершему и его состоятельности, а не наследнику. Притом всякое наследство, в совокупности своей, вмещает в себе права и обязанности по имуществу, соединяющиеся в лице умершего вотчинника, и наследник, принимая наследственное имение, принимает его не иначе как со всеми, лежавшими на нем тягостями. Наш закон в 1259 ст. дает основание к отделению долгов наследственных от личных долгов

наследника. В ст. 1259 сказано, что наследник обязан отвечать за долги умершего, *в случае недостатка имения*, даже собственным капиталом и имуществом. Итак, если бы по просьбам личных кредиторов наследника обращено было взыскание на имение, доставшееся ему по наследству от другого лица, личные кредиторы сего последнего имеют право требовать, чтобы это имение обращено было прежде всего на их удовлетворение: можно указать на состоявшиеся в этом смысле судебные решения (напр., Сб. Сен. реш. II. 552). Но если наследственное имение успели уже продать и вырученными деньгами удовлетворить личных кредиторов наследника, прежде чем кредитор умершего вотчинника указал на это имение для удовлетворения своей претензии, то нет прямого законного основания поворотить имение или деньги, ибо личному кредитору принадлежит во всяком случае личное только, а не реальное право на удовлетворение из определенного имения. Известно, что наши законы весьма неопределительны во всем, что касается до конкурсного производства, и удовлетворение одних кредиторов в ущерб другим нередко зависит у нас от случайных причин (кто кого предупредит). Между тем нередко случается, что в руках у одного наследника, и притом еще несостоятельного по своим долгам, соединяется несколько наследств от разных лиц, обремененных долгами. В таких случаях надлежало бы по всей справедливости из каждого наследства составить особую долговую массу; но в отсутствии определительных по сему предмету правил долги соединяются вместе, и удовлетворение производится беспорядочно, со стеснением одних кредиторов к выгоде других.

В решениях Кассационного Департамента Сената признавалось, что имущество умершего вотчинника смешивается с имуществом наследника, поэтому кредиторы того и другого имеют одинаковое право на удовлетворение: кредиторы первого не имеют предпочтительного права на удовлетворение из наследственного имущества (ср. реш. 1879 г., № 85; 1880 г., № 23); но в реш. 1886 г., № 63, на основании исторического исследования ст. 1104 и 1259 Зак. Гражд., из коих в первой определяется состав наследства, а в последней устанавливается ответственность наследников, Сенат пришел к тому, в существе вполне справедливому, толкованию, что кредиторы умершего вотчинника имеют преимущественное пред кредиторами наследника право на удовлетворение из наследственного имущества, а если часть его наследниками заложена или отчуждена, то из оставшихся частей, причем они обязаны удостоверить, что указанное ими имущество досталось ответчикам от умершего вотчинника, их должника.

Ответственность в долгах основывается на наследстве, а не на праве представления. Различая одно от другого, закон (1262) подтверждает, что дети не обязаны платить долги за родителей, если по смерти их никакого имения в наследство не получили, хотя по праву представления и

досталось им потом наследство от дедов и других родственников (ср. Касс. реш. 1870 г., № 1114; 1879 г., № 342, 392).

От общей ответственности в долгах и обязательствах не изъеются казна и прочие ведомства, наследующие по выморочному праву (1263).

Об ответственности наследников умершего вотчинника по казенным начетам см. т. VII. ч 2, Общ. Счетн. Уст., ст. 335, прим., прил. ст. 6, прим. О правах и ответственности по искам в процессуальном отношении см. Зак. Суд. Гражд., ст. 30, 31. Уст. Гражд. Судопр. ст. 457, 458. Об ответственности наследников после командира по случаю сдачи полка. Свод. Военн. Пост., ч. 3 кн. I, ст. 358.

А) Некоторые из имуществ, достоящихся наследникам в лице умершего, освобождаются от падающих на него взысканий (*benefic. competentiae*). Таковы, напр., пенсии, назначаемые вдовам и детям умершего: из вдовьей пенсии берется лишь *третья* часть на пополнение казенного взыскания, а из детской ничего не берется. Т. III Уст. пенсион. ст. 232, 233; Пол. Взыск. Гражд. ст. 394. Уст. Гражд. Суд., ст. 1088. На пополнение начетов и взысканий казенных и частных из эмеритальных пенсий, следующих семейству должника, или единовременных пособий, удерживается *половина*. Свод. Военн. Пост. ч. II, кн. I, 2271 ст., примеч. 3 по V Прод. На заповедные имения и на доходы с них не обращаются личные взыскания, падающие на умершего владельца. Зак. Гражд. 492 ст.

Едва ли законно будет распространять это правило и на пополнение *частных* взысканий. Правило это особое своего рода, а не следствие наследственного перехода. Если бы вдова, поколику получает пенсию или единовременное пособие после мужа, ничего по себе не оставившего, признаваема была наследницей по нем, то надлежало бы применить к ней общее правило 1259 ст. Зак. Гражд. об ответственности наследника. Но по сей только причине нельзя признать ее наследницей. Пенсия, единовременное пособие составляют милость правительства ко вдове чиновника, за службу его; то и другое назначается вдове не потому, что она *наследница*, а потому что она *жена* (те же соображения применяются и к детям), совсем независимо от наследственного права. К наследству причитается только имущество, действительно принадлежавшее умершему в день его смерти, хотя бы и службой приобретенное; посему к наследству причисляется 1258 ст. заслуженное по день смерти жалование: оно есть ценность, действительно образовавшаяся и составлявшая личную принадлежность умершего. Совсем иное дело – пенсия: она составляет личную принадлежность *не мужа*, а оставшейся после него жены, и государственное, а не гражданское ее право, следствие службы мужа, но не наследования после мужа. Итак, вопрос о вычете из пенсии за долги мужа может возникнуть не из соображений наследственного права, а из соображения, чуждого сему праву, и потому сей вычет не сам собой предполагается, а требует положительного предписания и правила в законе. Относительно казенного взыскания такое правило есть, а относительно частных взысканий нет такого правила.

Можно указать на некоторые решения, в коих получение пенсии после умершего признаваемо было признаком принятия наследства (напр., решение, приведенное в Ж. М. Юст. 1865 г., № 9); но таковые решения, конечно, основаны на недоразумении. В противоположном смысле см. Касс. реш. 14 февраля

1873 г., № 202. Касс. реш. 1872 г., № 1036 признано, что вдова, получившая заслуженное умершим жалование, не освобождается от ответственности за долги мужа, и оправданием ей не может служить то обстоятельство, что полученные деньги употреблены на покрытие похоронных расходов.

Б) Некоторые взыскания погашаются со смертью лица, подлежавшего взысканию.

Таковы деньги, выданные из казны вперед чиновнику на прогоны и в жалование. В этом случае можно сказать, что само взыскание возникает именно по причине смерти, посему оно смертью и погашается. III т. Уст. Сл. Прав., ст. 228. О пособии, выданном при определении на службу в отдаленный край – там же, ст. 225, прим., прил. ст. 13, о деньгах, не взысканных за ордена, – Учр. Орд. изд. 1892 г., ст. 195, 196.

В) Зак. Гражд. 1544 ст. От наследников лица, обязавшегося к личной услуге, нельзя требовать продолжения таковой услуги, но закон этот не лишает наследников права на получение вознаграждения за личную услугу, уже исполненную умершим контрагентом, так как это вознаграждение составляет уже часть имущества умершего, принадлежащую его наследникам. С прекращением, за смертью одного из контрагентов, личных отношений, установленных договором, не погашаются возникшие для одной из сторон из договора имущественные обязательства; поэтому наследники лица, в пользу коего по договору произведена была работа, не имеют права отказываться от уплаты условленного за эту работу вознаграждения (сравн. Сб. Сен. реш. II, № 1064. Касс. реш. 1871 г., № 206; 1875 г., № 960).

Г) Наследник вступает во все права и обязанности умершего; следовательно, для наследника обязательно сделанное умершим признание обязательств. Наследник не вправе оспаривать обязательство, созннанное умершим.

По делу Олонкина Государственный Совет признал, что опека, учрежденная над расточителем, имеет право оспаривать обязательства, сознанные им до учреждения опеки; а когда опека сим правом не воспользовалась, то оно переходит, по смерти самого расточителя, к его наследникам. Юрид. Вест. 1867 г., № 4.

Д) Во многих случаях, хотя и бесспорно наследует человек известное имение, весьма важно определить в точности, от какого именно лица дошло ему то имение *непосредственно* по праву наследства, ибо после кого кто наследник, за того и в долгах отвечать должен.

Вдова, оставшись после мужа с детьми, буде не получила себе при жизни из мужнина имения указной части отделом, то эта часть, оставаясь в составе мужнина имения, во всяком случае достается по наследству ее детям. Но если отец их не оставил по себе долгов, а мать оставила долги и не оставила наличного имения, то для детей наследников выгодно, чтобы их признали во всем имении наследниками после отца. Однако, если мать их, при жизни своей, просила уже о выделе ей указной части, то в сей указной части дети должны быть признаны наследовавшими после нее, а не после отца, и обязанными отвечать за долги ее, по соразмерности.

По делу Василия Хрущева возник вопрос: следует ли привлечь его к ответственности за долги матери, за отзовом его, что он от матери никакого на-

следства не получал, а принял только отцовское наследство. Оказалось, что по смерти отца Хрущова к имению его остались наследниками сын, да в указной части мать, которая при жизни входила в опеку с просьбой о выделе ей указной части, но, не получив еще выдела, умерла. Из сего Сенат (Сб. Сен. реш. т. II, № 595) вывел, что право вдовы Хрущовой на выдел ук. части перешло за силой 1152 ст. к ее наследнику сыну; следовательно Вас. Хрущов, приняв отцовское наследство, принял в состав его и указную часть матери. Посему Сенат определил: отобрать от Василия Хрущова отзыв, соглашается ли он принять ту часть наследства с ответственностью за долги матери; если же не согласен, то обязан предоставить ее в пользу кредиторов матери.

Е) По делу Майковой возник вопрос: может ли наследник недобросовестного владельца быть освобожден от обязанности, лежавшей на сем последнем по заключенному им с третьим лицом договору, если этот наследник не знал о недобросовестности пользования своего предшественника имуществом? Иными словами: действительное владение имуществом переходит ли к преемнику по наследству с теми же внутренними качествами, с какими было оно у умершего вотчинника, в силу его сознания, – или свойство сего владения определяется и у преемника исключительно по личному его сознанию? Сенат (Кассац. реш. 1869 г., № 315) признал, имея в виду ответственность наследника за недобросовестное владение перед законным собственником, что как право на пользование имуществом, так и ответственность по обязательствам умершего возникает для наследника со смерти прежнего владельца. Для наследников, по смыслу 1259 и 1543 ст. Зак. Гражд., нет нового начала исполнения сих обязательств: на них переходят те самые обязанности, которые лежали бы на умершем, если бы жизнь его продолжалась. Посему наследник, приняв владение с сознанием неправости его у прежнего владельца, повинен отвечать за сие сознание в течение собственного владения, хотя бы и не было доказано, что сам наследник также сознавал неправость своего владения тем имуществом.

Ж) После смерти Анны Т. открылось наследство в недвижимом имении. Сестра умершей, Марья Б., не быв еще утверждена в наследственных правах и не получив имения в действительное владение, продала его по купчей Варваре В. Вслед затем покупщица вступила во владение имением, а Марья Б. утверждена в наследственных правах своих.

Через 5 лет после того Марья Б. умерла, и наследником по ней утвержден сын ее Иван Г. Вступив в наследство, он начал доказывать, что мать его не имела права продать имение, доставшееся ей после Анны Т., покуда еще не была утверждена наследницей и не получила того имения в действительное владение. На это основании Г. просит уничтожить продажу как незаконную и, отобрав имение от покупщицы В., причислить его к составу наследства, открывшегося после его матери.

Может ли быть допущен такой иск? Не думаю. Наследство есть совокупность имуществ, прав и обязанностей, оставшихся после умершего. Наследник входит только в то имущество, в те права, в те обязательства, которые принадлежали умершему: но прав больших, нежели какие принадлежали лицу, оставившему имение, закон ни в каком случае не дает наследнику.

Право на иск об имуществе, без сомнения, переходит к наследнику в той же мере, в какой принадлежало умершему вотчиннику. Но в настоящем случае право на иск не принадлежало самой Марье Б. Предмет такого иска по существу его есть разрушение продажи. Продажа может быть уничтожена, потому что ею нарушено право казны, либо частное право. В том и в другом случае иск принадлежит тому лицу, которого право нарушено. Если бы Марья Б. продала имение прежде, чем оно поступило в действительное ее владение, а впоследствии оказалось бы, что наследственное право в этом имении не может принадлежать ей или принадлежит не ей одной, а совокупно с другим лицом, тогда это последнее лицо могло бы почитать право свое нарушенным преждевременной продажей и имело бы законное основание начать иск об уничтожении продажи. Но если Марья Б. была и всегда почиталась единственной наследницей в проданном ею имении, если к этому имению никто, кроме ее, не мог при жизни ее простираť прав своих, то она сама не имела ни малейшего основания требовать уничтожения продажи, ею самой добровольно учиненной. Сама она не могла быть нарушительницей собственного своего права; иск на этом основании и не мыслим, а другого нарушителя не могло быть в виду, если ей только одной принадлежало наследственное право в проданном имении. Этой продажей ничье право нарушено не было; следовательно, Марья Б. не имела права на иск об уничтожении продажи. Очевидно, что положение ее наследника, в отношении к проданному имению, остается то же самое относительно полученного после нее наследства; он не сторонне лицо, не представитель какого-либо нового права, но преемник прав, прежде существовавших, представитель только тех прав по имуществу, которые ей принадлежали; следовательно, и он со смертью Марьи Б. не мог получить отдельного права на иск о проданном имении.

3) Родители, на основ. 1141 и 1142 ст. получившие имение после бездетных детей в пожизненное владение или в возврат, яко дар, — обязаны ли, на общем основании, как наследники, отвечать за долги детей? Обязаны, — решает Касс. Сенат (реш. 1873 г., № 436, 758), но не на общем основании. Обязаны, потому что имение должника должно отвечать за долги его. Но не будучи, в прямом смысле закона, наследниками после детей, родители не подходят в сем случае под правило 1259 ст., т.е. не обязаны платить долги детей из собственных капиталов и имуществ¹.

§ 49

Сборы и пошлины с наследственного перехода имений. — Открытие и приобретение наследства по закону прибалтийских губерний.

Переход имений по наследству до начала текущего столетия не был свободен у нас от сборов и пошлин. В период Уложения справка наследственных недвижимых имений обложена была четвертной пошлиной.

¹ Об условиях и последствиях ответственности см. еще в предыдущих §§ 46 и 47.

При Петре указами 1717 (№ 3099) и 1724 годов подтверждено было о взыскании этой пошлины, по алтыну с четверти, при справке наследственных имений. При Екатерине II, с увеличением размера крепостных пошлин, велено было при записке актов на недвижимые имущества, завещаний и при справке по наследству брать по 3 коп. с четверти (Ук. 1763 г. и Межев. инст. 1766 гл. IX). Все эти сборы были отменены манифестом 15 сентября 1808 года. В этих сборах иные совершенно ошибочно усматривают обложение пошлиной наследства. Эти сборы составляли принадлежность существовавшей системы справки и отказа имений, исключительно недвижимых, причем переход таковых имений по наследству, соединенный тоже со справкой, не был изъят от *общего* сбора, но наследство в особенности наш закон никогда не облагал пошлиной. Пошлины и сборы с наследств, существовавшие издавна в западных государствах, образовались из феодальных отношений, чуждых нашему быту, стало быть, у нас не было исторического основания подобному сбору. В 1821 году Министр Финансов граф Гурьев, в представлении Государственному Совету, пытался установить пошлину с наследств и, заимствуя ее систему из иностранных законодательств, доказывал не вполне основательно, что эта пошлина существовала у нас издавна (П. С. З. № 28814); но эта попытка не удалась. В законе осталась только восстановленная в 1808 году крепостная пошлина с духовных завещаний, коими имение назначается помимо общего наследственного закона; но эта пошлина существенно отличается от пошлины с наследства, в коем имение переходит силой закона непосредственно и без акта, тогда как в завещании имение переходит по акту, и этот акт последовательно подводится под общее правило, в силу коего крепостной пошлиной облагаются все акты, устанавливающие переход права собственности на имущество. Засим вопрос о введении пошлины с наследства составлял предмет обсуждения в податной комиссии, склонявшейся к мнению о возможности и необходимости такого установления (см. доклад особой Комиссии для пересмотра крепостных и канцелярских пошлин 1868–1869 года). Это установление Комиссия оправдывает с исторической, экономической и финансовой точки зрения. С выводами Комиссии, безусловно, согласиться трудно. Исторического основания налог на наследство у нас не имеет вовсе, как выше показано. Экономические и финансовые выводы Комиссии основаны на обычных соображениях, взятых из теории, по иностранным сочинениям о финансовой науке, и по иностранным законодательствам, и не соответствуют экономии нашего быта и условиям нашего законодательства. Комиссия предполагала распространить пошлину на приобретение наследств (как в недвижимом, так и в движимом имении) в отдаленных степенях родства,

начиная с третьей, возвышая процент пошлины (с 4% до 7%) соответственно большей или меньшей отдаленности родства в наследстве. Установление такого налога, по мнению моему, стеснительно для собственности, свыше справедливой меры, ибо в настоящем состоянии нашего экономического быта и нашего законодательства нельзя применять к ним правила, которые прилагаются удобно к совсем иным условиям быта и законодательства у других народов. Прежде всего нельзя не принять в соображение крайнюю неопределительность ценности у нас недвижимых имуществ, которые в западных государствах приобрели ценность почти рыночную, и всегда доступную учету без затруднения. Можно, пожалуй, и у нас установить нормальную цену десятины для каждой местности, но эта оценка непременно будет произвольная, и долго еще не окажется возможности уловить в ней действительную ценность земель и недвижимых имений, зависящую от разнообразнейших условий местных, временных и личных. Следовательно, невозможно в каждом данном случае, при помощи такой оценки, сделать хотя приблизительный учет материального интереса, который может выдержать соразмерное обложение. Далее законодатели наши как будто забывают принять в соображение юридические черты нашего наследства. Эти черты столь смутны и неопределительны, что не на чем покуда утвердить справедливую меру налога, ибо нет ни в экономическом, ни в юридическом смысле твердой ценности, без чего и налог немислим. Во Франции, в Германии, напр., не говоря уже о том, что каждое имущество примыкает к известной категории, получает известную ценность на обширном рынке, обнимающем иногда все государство, и юридические условия приобретения наследства таковы, что всякий может учесть, что он приобретает и за что отвечает; есть возможность привести в известность долги, лежащие на имении, есть возможность привести в меру и право свое и свою ответственность и принять наследство условно, в меру долгов. У нас, напротив того, наследство есть одно из самых неопределительных, смутных и рискованных приобретений. Закон не дает способа наследнику – ни привести в ясность наследственные долги, ни оградить себя от безграничной ответственности. Приходится наследнику выбирать между безусловным отречением от наследства и безусловным его принятием, и то и другое основывать на гадательных предположениях. Нередко случается, что принятое наследство, по материальному составу значительное, оказывается в руках у наследника призрачной ценностью, и мнимое право, которое думал он приобрести, рассыпается, оставляя ему действительную ответственность и издержки производства. В таких условиях, конечно, было бы несправедливо и неблагоприятно, по крайней мере до общих преобразований в законах на-

ших о наследстве, прилагать к нему меру ценности, отвлеченно взятую из чужого экономического и юридического быта, и вводить у нас такой налог, который в самом взимании сопряжен не только с крайним стеснением для частной собственности, но и с крайними затруднениями учета и всей операции – для самой казны. Конечно, не было бы основания возражать против обложения пошлиной свободных денежных капиталов, переходящих по наследству, ибо здесь казна имеет дело с явственной и безусловной ценностью, подлежащей вполне учету. Иное дело – недвижимое имение, или понятие о наследстве как о массе: здесь в большинстве случаев *невозможен*, по крайней мере при открытии наследства, определительный учет положительной ценности, а притом одни издержки и хлопоты этого во всяком случае лишь предположительного учета ложатся на наследства такой тяготой, которая вовсе не соответствует казенной прибыли в отдельных случаях, но угнетая нерационально общую в государстве экономию хозяйств, следовательно, производительные силы хозяев, тем самым не только не способствует, но противодействует истинным интересам казны. В настоящем, потрясенном состоянии нашего сельского хозяйства, одна из главнейших целей законодательной политики состоит бесспорно в привлечении владельцев, и особенно мелких, из города, от промыслов, спекуляций и чиновничества, в деревню, для хозяйственных нужд и местной деятельности, и это привлечение совершается у нас крайне медленно, с большими усилиями, а между тем сельские хозяйства, при переходах по наследству, разлагаются, уничтожаются, и земли от разоренных хозяев переходят скупкой в руки купцов, кулаков-хищников и – евреев. Очевидно, что налог на наследства может только способствовать этому разорению хозяйств, и что многие преемники наследственных имений поспешат продать их кому попало, чтобы избавиться от хлопот и издержек, сопряженных с фискальным производством по имени, доходность коего нередко есть только мнимая, а не действительная.

Не взирая, однако, на все эти соображения, коих основательность сознается многими, признано нужным, для удовлетворения *ближайших* целей фиска, т.е. для приумножения казенного дохода, ввести и у нас в России пошлину с наследств.

В июне 1882 года состоялся закон (т. V, изд. 1893 г., Уст. о пошлин., ст. 152 и след.), устанавливающий пошлину с ценности наследственного имущества в размере от одного до восьми процентов, смотря по степени близости родства между наследником и умершим вотчинником: ближайшие по родству наследники (нисходящие и восходящие по прямой линии) платят пошлину в меньшем размере. К числу платящих такую наименьшую пошлину отнесены также супруги, усыновленные

дети и супруги детей (там же, ст. 154). Несколько наследников уплачивают причитающуюся с них пошлину по соразмерности долей. Пошлина взыскивается не только с наследников, но и с пожизненных владельцев, с первых в полном размере, а со вторых в половинном (там же, ст. 155, 156). От уплаты пошлины не освобождены и иностранцы, кроме подданных тех государств, в коих налогом не обложены наследства, остающиеся после русских подданных (там же, ст. 171).

От пошлины освобождены имущества, коих ценность не превышает на каждого наследника тысячи рублей, также земли крестьянского надела с постройками, когда переходят к лицам того же звания; имущества, поступающие в пользу казны, церквей, монастырей и причтов, а равно благотворительных, ученых и учебных заведений и наконец движимость, не приносящая дохода и не составляющая предмета торговли или промысла умершего вотчинника (там же, ст. 153, 156).

В недавнее время, законом 10 апреля 1895 г. (Собр. узак. № 421) установленная в 1882 году пошлина вовсе отделена при переходе по наследству и безвозмездными способами земель в уездах к лицам, указанным в 1 п. ст. 154 Уст. о пошлин., т.е. к нисходящим и восходящим родственникам, к супругу, к усыновленным детям и к супругам детей.

Пошлина взимается с чистого наследства, т.е. за вычетом из его ценности недоданного рабочим жалованья, издержек на погребение, казенных и общественных сборов и долгов. С долговых обязательств, входящих в состав наследства, и с имуществ спорных пошлина взыскивается при получении наследником удовлетворения или имущества (там же, ст. 157, 162).

Цена наследственному имуществу объявляется наследниками или душеприказчиками, но она не должна быть ниже законной оценки (там же, ст. 158, 177). Во взносе пошлины по недвижимому имению допускается рассрочка до пяти лет, с обязанностью платить по полпроцента в месяц с той суммы, какая причитается по рассрочке на второй или последующие годы, а по движимому допускается отсрочка до одного года без платежа процентов и с обеспечением казны в обоих случаях в уплате пошлины (там же, ст. 165).

Охранение и принятие наследства по закону прибалтийских губерний. По усмотрению суда принимаются меры к охранению наследства, если не все наследники известны, или не все налицо, или есть несовершеннолетние и требующие защиты, или есть сомнение о принятии или о состоятельности наследства в виду долгов, или опасения за целостность наследства. В таком случае суд назначает, до времени, попечителя над наследством; наследству составляется опись и вызываются наследники, на срок, назначаемый судом; допускается,

впрочем, восстановление сего срока, но если вызова не было, то право на иск погашается краткой годовой давностью с того времени, когда заинтересованное лицо узнало об открытии, в Курляндии же общей 5-летней давностью.

Расчет между вновь явившимся наследником и прежде признанным владельцем совершается по правилам римского права (2581–2620). Из того же права заимствованы – отличие между призванием к наследству и принятием оно и правила о форме принятия и последствиях приобретения, о сроках для размышления, о принятии по описи и о разделении имуществ. Примечательно основанное на обычае следующее правило: если призванные к наследованию лица жили вместе и на одном хозяйстве с умершим вотчинником и при открытии наследства остались в фактическом обладании оным, заимствуя из него даже средства к содержанию, то это обстоятельство еще не служит законным признаком принятия, лишь бы только в течение срока по объявлению дан был положительный отзыв. Попечитель наследства уполномочен требовать от признанных наследников положительного отзыва о принятии или отречении (2621–2662). Между назначением наследства и отказом, принятием того и другого и последствиями принятия устанавливается явственное юридическое отличие.

Допускается наследование по договору, закон допускает и отречение от наследства по договору вотчинника с будущим наследником (*Erbverzicht*) – безвозмездно или за вознаграждение, которое не считается происходящим от наследства. Буде же отрекшийся умер прежде того, перед кем отрекся, то отречение необязательно для его нисходящих (2763).

Продажа открывшегося наследства постороннему лицу допускается (2667).

Отношения сонаследников определяются общими началами римского права; но о порядке раздела недвижимостей находим много своеобразных и разнообразных постановлений, взятых из местного права и обычая. Из римского же права заимствован порядок колляции, или зачета, при разделе в массу, полученного вперед при жизни вотчинника. Зачету подлежат – данное или обещанное вено, данное нисходящим на устройство и обзаведение; не подлежат – обыкновенные подарки, разве бы даны были под условием зачета, или предстояло бы уравнение в зачет с другими одаренными; снаряд на службу, алименты и издержки на воспитание (2677–2762).

§ 50

Общее владение наследников. – Раздел наследства: полюбовный и судебный. – Передел. – Отличия в Литовском статуте. – Примеры и вопросы из практики.

Наследники, буде их несколько, могут оставаться, если не пожелают немедленного раздела, в общем владении наследственным имуществом (ст. 543–555 Гражд. Зак.), причем каждый из них может отчуждать свою нераздельную часть стороннему лицу в таком лишь случае, когда

сонаследники его отрекутся приобрести ее для себя по оценке. Лишь по местному закону Черниговской и Полтавской губерний таковое отчуждение допускается независимо от отзыва сонаследников (556, 1313, 1314 ст. Зак. Гражд.).

Общее владение наследством может продолжаться безгранично, лишь бы на то была общая воля наследников. Напротив того, достаточно желания, хотя бы одним из наследников заявленного, чтобы возбудить производство о разделе. Раздел совершается актом, в коем постановлены условия отдельного владения¹. Если все наследники по общему согласию совершат раздел, без посредства власти, то он называется *полюбовным*. Но окончательному совершению акта предшествует более или менее продолжительный период соглашения, причем иногда недобросовестными притязаниями и колебаниями одного может быть затруднен равномерный раздел для всех прочих участников, и таким образом может продолжаться неопределенное состояние собственности и владения для всех. Чтобы положить границу этой неопределительности, в законе указан следующий порядок. Каждый из соучастников может заявить в суде прошением свое желание раздела. С сего времени полагается всем соучастникам 2-годовой срок, в течение коего закон предоставляет им разделиться полюбовно, т.е. по взаимному согласию распределить между собой и разграничить наследственные доли формальным актом. Если это не исполнено, то (по новой просьбе соучастника) суд производит раздел своей властью. Имение берется в опеку с наложением запрещения, до раздела. Затем суд, приведя в известность хозяйственный состав имения и сообразив взаимные требования участников, составляет по возможности уравнительные жребии или доли для каждого из всей массы *наследственного* токмо имения. Какая доля кому именно придется, это решается обыкновенно жребием в присутствии суда, и основанием раздела служит судебное постановление (либо составляется по сему постановлению раздельный акт). С лица, признанно-

¹ Раздел наследства следует отличать от раздела владения к одним местам (специальное размежевание, полюбовная сказка). Существенное в разделе наследства, чтобы отдельная доля каждого была определена количественно; сущность раздела межевого состоит в том, чтобы каждому назначено было владение в отдельной местности, вместо смешанного чересполосия. Если сами наследники не пожелают, закон не понуждает их при разделе наследства в недвижимом имении делиться к одним местам (Зак. Гражд. 1323); но если дача раздробляется наследственным разделом, закон требует, чтобы не позже 3 лет после сего владение отделяемо было составлением полюбовной сказки.

Для разъяснения общих теоретических понятий о разделе и процессуальных его принадлежностях можно указать на статью Циммермана: Ueber die Theilung unter wenigen von mehreren Komunions Interessenten, в Arch. Civ. Pr. 1851 г.

го виновным в замедлении раздела, взыскивается штраф, 6 процентов со всего (спорного, как объясняет Сенат в реш. 1876 г., № 511; 1879 г., № 344) имущества (Гражд. Зак. 1315, 1317, 1318, 1320, 1322¹).

Из указа 1786 года, коим установлено взыскание штрафа, видно, что он должен падать на виновного, и притом на виновного не в ином чем (напр., в небрежении, в медленности и пр.), как в *ябеде* и *непокойстве*. Отсюда следует, во-1-х, что штраф не безусловно взыскивается с имений за нераздел их в 2-го-дичный срок, ибо неокончание раздела может последовать от разных причин, которые не всегда можно причесть в вину деющимся, а от причин, не зависящих от воли, напр., от утраты документов, от недостатка в техниках, от медленности присутственных мест и т.п.; во-2-х, что для наложения штрафа необходимо признать то или другое лицо виновным в ябеде и беспокойстве; буде же по усмотрению суда никого из сонаследников в сем обвинить нельзя, то и взыскание штрафа неуместно; в-3-х, по общему смыслу указа надлежит заключить, что выражение *со всего имущества* относится к определению *размера* взыскания (6% со всего имения), а не к определению предмета, подлежащего взысканию, ибо слова указа: *на счет виновных*, и общий дух постановления показывают, что сие взыскание есть личное, и упадет не на все делимое имение, следовательно, не на всех наследников, но лично на тех, кои признаны виновными. Притом, когда предметом несогласия между сонаследниками служит не вся нераздельная масса имений, но часть их, которую есть возможность обособить, то справедливо и взыскание штрафа исчислять не со всей массы, а лишь со всего того имущества, в котором наследники не могли согласиться о разделе.

Решениями Кассац. Департ. Сената (1868 г., № 131; 1876 г., № 129) признано, по смыслу 1317 ст. Зак. Гражд., что штраф взыскивается только тогда, когда суд приступит к разделу по закону; буде же в течение 2 лет полюбовный раздел не состоялся, но никакой суд не приступал еще к разделу, то штраф не следует взыскивать. Штраф взыскивается даже и в тех случаях, когда наследники придут к соглашению и даже когда совершат раздельный акт без участия суда, лишь бы суд приступил к разделу (Касс. реш. 1876 г., № 511).

Раздел полюбовный есть окончательный; но судебный раздел может еще подлежать изменению. Если кто-либо из соучастников сего раздела считает себя обиженным, может, в течение 1 года со времени утверждения первого раздела, просить о переделе, причем должен доказать, что раздел учинен был несогласно с законными правилами (1332, 1334, 1335).

¹ В ст. 217 Пол. Взыск. Гражд. приведен еще случай понудительного судебного раздела при взыскании с общего имущества долга одного из владельцев. Если между соучастниками общего владения произойдет по сему случаю спор о количестве части, причитающейся на долю должника, то спорящие отсылаются к суду для раздела. Сравн. 1190 ст. Уст. Гражд. Судопр.

Разделы дворянских имений в губерниях Тифлисской, Кутаисской и Эриванской, если состоятся полюбовно и после 2-го-дичного срока, освобождаются от штрафа, в силу особого правила 1319 ст. Зак. Гражд.

Вышеуказанный порядок раздела крайне неопределителен; законные правила неполны и неясны, так что невозможно было на основании их разрешать с точностью возникающие постоянно недоумения. Суду не указано было руководственных правил о порядке производства в таком важном деле, каков судебный раздел, и дела этого рода затягивались нередко в судах на продолжительное время, не получая разрешения. Разделение всего имения на равномерные жребии требует точного, внимательного и на хозяйственном опыте основанного расчета и оценки, — дело затруднительное для всякого частного хозяина, а тем более для суда, особливо для суда, устроенного по приказному или канцелярскому обряду; закон не указывал даже возможности суду избирать для сей хозяйственной операции опытных людей, мнение коих служило бы основанием расчета. Очевидно, что при таком порядке жеребьевый раздел становился делом канцелярской работы, в редких только случаях мог быть равномерным и во всяком случае возбуждал справедливые жалобы со стороны участников; а для разрешения сих жалоб и возражений не указано было в законе надежных и правильных способов. Очевидно, что в судебном производстве о разделе надлежало по необходимости ожидать противоречивых заявлений и объяснений со стороны участников, которые в сущности состояли между собой в споре относительно разверстки общего имущества по количеству, качеству и местности. Однако же закон не ставил сих участников в положение тяжущихся и не подчинял их правилу состязательного производства во взаимных объяснениях. В недостатке же сего правила таковые объяснения хотя и поступали в суд, но поступали беспорядочно, получали односторонний вид и случайное значение. Все производство о разделе было частным производством, без состязания, без прямого решения и апелляции; действие суда, лишаясь судебного свойства, принимало вид административной меры, и постановление суда о разделе могло быть основано, в отсутствии правильного порядка, на произвольном воззрении, которое всего менее согласовалось с делом, требовавшим уравнивания прав и интересов по имуществу. Для поправления ошибок и несправедливостей такого раздела, закон допускал возможность *передела*, но и для сего действия не указывал правильного порядка, так что оставалось и доньше остается в неизвестности, каким образом передел производится, где следует просить о переделе и можно ли допускать в передельном производстве состязание и апелляцию. На постановление Уездного Суда или Палаты о разделе приносились обыкновенно высшему суду частные жалобы в порядке частного производства; но разрешение сих жалоб не могло заменять передела, ибо высший суд мог поверять действие низшего лишь с формальной стороны и еще менее, чем низший суд, имел

пред собой данных для суждения о хозяйственной равномерности раздела. Иногда Сенат истолковывал, что просьба о переделе должна быть подаваема частным порядком в тот же суд, коим учинен раздел, и что передел, производимый тоже частным порядком, должен быть окончательным; иногда допускал апелляцию на постановление о переделе, хотя и без состязания учиненное; иногда толковал, что после частного производства о переделе может быть еще допускаем иск о разделе с состязательным производством; но все эти толкования не имели прямого основания в законе. Положенный штраф за нераздел, и штраф весьма тяжкий, имел вид несправедливого взыскания, которое могло падать на невинного одинаково с виновным, ибо признание виновным того или другого из участников становилось, в отсутствии порядочного суждения, делом судебного произвола. Вообще законы наши о судебном разделе изданы были в той мысли, что несогласие в разделе есть нарушение мира и порядка, которое должно быть прекращено высшей властью, с наказанием виновному; но такой взгляд, очевидно, противоречил обнаруживавшимся всякий раз на практике требованиям справедливости в деле чисто гражданского свойства, и потому закон о разделе постоянно оказывался несостоятельным.

Первая попытка к установлению правильного производства о разделе последовала при издании, в новом уставе гражданского судопроизводства, правил о судопроизводстве охранительном: сюда включена глава *о разделе наследства* (ст. 1409–1423); но правила сии действуют только в тех местностях, где введены новые судебные уставы. Просьба о разделе наследства, состоящего в недвижимом, или в движимости на сумму свыше 500 рублей, (на низшую сумму дело идет в мировой суд), подается подлежащему Окружному Суду. На суд вызываются все совладельцы, и по явке прежде всего предоставляется им выбрать лицо, кому поручают разделить имение и составить проект раздела. Если такого соглашения не последует, суд приступает к разделу. Делами заведует член-докладчик, а проект раздела может быть составляем, по поручению его, нотариусом, который может призывать к описи и расценке имения судебного пристава и сведущих людей. К проекту раздела присоединяется заключение о принятых к сему основаниях. Прежде постановления суда допускается между тяжущимися объяснительное производство (904–908 ст. Уст. Гражд. Судопр.). После судебного постановления о разделе, учиненного в сем «охранительном» порядке, допускается *иск о переделе*, разрешаемый общим состязательным и апелляционным порядком.

А. Относительно раздела между наследниками нераздробляемых имуществ есть особое правило. Такое имущество достается во владение одному, и он обязан удовлетворить прочих, по соразмерности частей, сообразно со *справедливой* оценкой. Право взять такое имущество, если оно только есть, принадлежит *старшему* наследнику (кого считать старшим, закон не объясняет: надо полагать, что старший есть ближайший по крови, или между равными – старший по рождению), а за отказом или за несостоятельностью к расценочному платежу (следующему) – младшему (ст. 1324 и 1325 о горных заводах). Раздел имений, заложенных в кредитных установлениях, допускается с согласия оных, с переводом и раздроблением долга, или без перевода, по специальным правилам (1329). Когда в числе наследников есть малолетние, их заменяют опекуны, под наблюдением опеки, и раздельный акт представляется на утверждение Окружного суда или соединенной палаты (1336).

Б. Особые формальности при наследственном разделе поиезуитских имений, для целости обеспечения казны, – см. прил. I к прим. I к I ст. Уст. каз. им., изд. 1893 г., ст. 12, 14.

В. Для Черниговской и Полтавской губерний существовали до 1874 г., по Литов. стат., особые правила. Кроме окончательного или *вечного* раздела допускался еще *временный*, в случае невозможности приступить к окончательному разделу. Для Черниговской губернии особенно существовало такое правило: если дележ предстоит *поколенный*, и в каждом колене есть хотя одно лицо совершеннолетнее, то допускается окончательный раздел, хотя бы другие наследники были малолетние. Но когда предстоит дележ *поголовный*, и в числе наследников есть хотя один малолетний, то окончательный раздел не допускается, кроме чрезвычайных случаев, и тогда уделы составляются Гражданской Палатой, а раздел требует сенатского утверждения. В общем же порядке, до совершеннолетия меньших братьев, допускался только *временный* раздел, который сам собой входил в окончательную силу, если оставался не опровергнутым в течение 10 лет со времени вступления малолетних в совершеннолетие; а до того времени (Черниг.) никто из делящихся не вправе был отчуждать или закладывать свой участок (Зак. Гражд. изд., 1857 г., ст. 1316, 1333, 1337).

Эти особенности отменены в 1874 г. двумя Высочайше утвержденными мнениями Гос. Сов. Действие 1337, 1316 и 1333 ст. Зак. Гр. изд. 1857 г. прекратилось, и обе губернии подчинены в разделах общему закону, но при сем оговорено, что к прежним разделам применяется и прежняя сила 1333 ст. В Черниг. и Полт. губ. при разделе отцовских имений между потомством, от разных браков рожденных, ежели сумма приданого какой-либо из жен превосходила приданые других жен, то излишек при разделе должен быть по расчету уплачен детям от той жены, которая внесла более приданого (Зак. Гражд. 1321).

Г. У Магометан, подведомых Оренбургскому духовному собранию, дела о наследственных разделах ведаются, по желанию участвующих, духовной властью и решаются по магометанскому закону; но жалоба на таковой раздел гражд. начальству влечет за собой рассмотрение дела в общих судебных местах по общему закону (1338 ст.). Подобное же правило существует и для магометан

Таврической губернии. Если раздел бесспорный, то он совершается духовенством, но акт раздела, под названием *яфты*, совершается по правилам нотариального положения (ст. 1339), см. Касс. реш. 1873 г., № 538.

Е. О разделе пенсий и единовременных пособий между вдовой и детьми умершего на службе чиновника см. Свод. Воен. Пост. ч. II кн. 2 ст. 941 по V Прод.

Примеры и вопросы из практики

А. Доказательством раздела служит вообще отдельный акт, формально совершенный. Но в отсутствии такового акта спрашивается: можно ли доказывать иными актами и событиями действительное совершение окончательного раздела? Думаю, что можно, но в особенных только случаях. Напр., если бы оказалось, что между всеми сонаследниками, совершеннолетними, составлен был по взаимному полюбовному согласию отдельный акт, хотя и домашний, сообразно коему все вступили в отдельное владение своими долями и продолжали таковое владение в течение давности бесспорно, надлежало бы, кажется, за сим устранить иск о разделе, ибо здесь давностью отдельных владений покрывается несоблюдение правила о совершении (1337 Зак. Гражд.) акта о переходе права собственности. В отсутствии же давности иск надлежало бы принять, и раздел признать не окончательно совершившимся, так как воля деящихся выразилась без исключительного ее действия, положенного в законе. Если бы подобный акт составлен был не между всеми сонаследниками, но лишь между некоторыми, то в сем случае давностью мог бы быть устранен иск о разделе лишь со стороны лиц, участвовавших в акте и имевших отдельное владение, но иском со стороны лица, не участвующего в акте, домашний раздел прочих сонаследников был бы разрушен, несмотря на давность их владения, ибо право на раздел общего имущества относится к целому наследству, составляющему общее достояние, а не к отдельным частям его. Отдельное владение одного из сонаследников, хотя бы продолжалось бесспорно в течение давности, также не уничтожает права всех прочих требовать раздела по вышеприведенной же причине (разве бы такой владелец продал или подарил свою часть стороннему лицу, владение коего, основанное уже не на наследстве, а на самостоятельном акте договорного укрепления, объемлется давностью). Притом, такое владение само по себе не служит еще признаком собственности, ибо наследники могут по взаимному согласию временно распределить между собой действительное владение и распоряжение отдельными имениями, но все-таки идеально и юридически предполагаются в общем владении целым наследством. (Ср. реш. по делу Чарномских, Сборн. Сен. реш. II № 176. Реш. по делу Филипповых там же, № 955).

Касс. реш. 1872 г., № 456 признано, что обязательство наследников о выдаче кому-либо из них вместо его части, из оставшегося в их общем владении наследственного недвижимого имущества, денежного капитала, может законно состояться на основании 1342 и 728 ст. (Зак. Гражд., изд. 1887 г., ст. 708 и

прил. I, ст. 1, 18) только в форме раздельной записи, явленной у крепостных дел, или совершенной у нотариуса, и обращаемой, по 157 ст. Нотариальным Полож., в крепостной акт; поводом к сему приведено, что предмет, цель, последствие подобного соглашения есть установление нового права собственности на недвижимое имущество.

По делу Роси Сенат (Общ. Собр. 1867 г.) признал, что раздельная запись, составленная домашним порядком и нигде не явленная, не составляет законного акта укрепления недвижимого имущества и не имеет никакого значения.

Б. С разделом соединяются уступки. Если уступка по расчету может оказаться превышающей ценность принимаемой доли, можно ли доказывать, что эта уступка в сущности была даром и применять к ней правило о возвращении дара? Нельзя, если в условии прямо не сказано, что это дар. См. мнен. Гос. Сов. 1851 г. по делу Соломирских.

В. В случае отречения одного из сонаследников от следующей ему доли, она поступает в приращение части остальных, неотрекшихся; но никак не следует долю эту, отделяя, признавать выморочной. Этот вопрос, хотя неоспоримо решается в этом смысле, возбуждал, однако, разногласие в судебной практике. Ср. мнен. Гос. Сов. 1851 г. по делу Павловской.

Г. Иван отдал свое имение в пожизненное владение Марье и из сего имения назначил 500 душ Федору, представив Марье при жизни своей выделить ему те 500 душ из Вологодских или Костромских вотчин, по ее усмотрению. Марья при жизни своей учинила означенный выдел, но по смерти ее нельзя лишить наследников Ивана права оспаривать сей выдел и требовать законного уравнивания частей, ибо выдел во всяком случае означает назначение наследственной части, а наследственная часть Федора определена Иваном в пропорции 500 душ и без означения местности. Выдел сей мог быть произведен Марьей не в силу вотчинного права, а в силу душеприказничьего права, и в сем смысле не могла она нарушить вотчинное право сонаследников на пространство и местность владения. Вотчинное же право на выдел не могло ей и принадлежать, поелику сама она не имела полного вотчинного права на завещанные имения.

Д. По делу Карпова с Брежинским (Сборн. Сен. реш. т. I, № 598) признано, что наследник нераздельного вместе с другими сонаследниками имения не имеет права, помимо сонаследника, уступить лицу стороннему свою наследственную часть, и что вообще не дозволено законом (кроме Черн. и Полт. губ.) уступать право на отыскивание открывшегося наследства.

Е. Вправе ли кредиторы умершего вотчинника воспрепятствовать разделу его имения между наследниками или выделу отдельным наследникам указных частей, — буде умерший вотчинник не признан несостоятельным, а состоит только имение его под опекой или попечительством для очищения долгов. Сборн. Сен. реш. II. 679.

Обыкновенно решается, что не могут, и нет основания спорить против правильности такого решения, относительно кредиторов, коих сроки еще не истекли, претензии не оглашены и не возбуждено предположения о несостоя-

тельности должника. Если кредиторы, в таком положении дела, не могут возражать против отчуждения имущества должника, при жизни его, то тем менее могут возражать против раздела имущества между наследниками, так как личная ответственность за долги умершего переходит на его наследников, а простые кредиторы верили только личной исправности и состоятельности своего должника. Если же на имении лежало запрещение, то запрещение это не снимается с имущества и при разделе, и каждая часть целого имущества, по разделу, отвечает по претензии, обеспеченной целым имуществом. См. еще о сем реш. по делу Поливанова, Юр. Вестн. 1872 г., № 5.

В деле Нешкович окружной суд отказал во вводе во владение по раздельному акту одной из наследниц, на том основании, что на разделенном имении лежит запрещение повсеместное к лицу прочих сонаследников и что за сим запрещением переход частей имущества от одних наследников к другим не может быть утвержден вводом во владение отдельными частями. Сенат (Кас. реш. 1873 г., № 1249) рассудил, что нет основания препятствовать разделу имущества в том случае, когда на одном или нескольких соучастников числятся долги, обеспеченные запрещением, и если при разделе должник, на части которого числится запрещение, не уступает своей части в собственность другим сонаследникам (Нотар. Полож. 158 п. 4; Зак. Гражд., ст. 1324), то не может быть и речи о переходе к другому лицу состоящего под запрещением имущества, так как при разделе имущества между соучастниками, соответственно долям каждого из них, не устанавливается переход права собственности на имущество к другим лицам, а лишь определяются те части, которые каждому из соучастников в имении принадлежат. А как в раздельном акте не оказалось постановления о переходе частей имущества от должников к другим соучастникам, то и не было основания препятствовать вводу во владение Нешкович назначенной для нее частью.

О переходе имущества между сонаследниками по разделу см. еще рассуждения в 1 части сего курса стр. 96 и сл.

Ж. По возникшему в д. Моллериус (Собр. Сен. реш. II, № 1094) вопросу о том, могут ли быть выдаваемы сонаследникам доходы со взятого в опеку имущества, до окончания судебного раздела, Сенат рассуждал, что закон не предписывает отсылать эти доходы для хранения, и потому упомянутый вопрос разрешается, смотря по обстоятельствам дела. Причиной отказа наследникам в выдаче доходов может быть лишь то обстоятельство, ежели между сонаследниками происходит спор не только о порядке раздела, но и о степени участия каждого в наследственных правах, т.е. о доле наследства, следующей каждому. Если же о сем спора нет, то нет основания отказывать в выдаче доходов соразмерно доле каждого наследника.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ

ВЫДЕЛ И ПРИДАНОЕ

§ 51

Понятие о выделе и юридические его свойства. – Сходство его с наследованием и с даром. – Ограничения выдела. – Безвозвратность выдела и возможность поворота. – Учет выделенного при открытии наследства. – Отказ от наследства при выделе. – Приданое и рядная запись. – Выдел и приданое по Литовскому статуту. – Примеры и судебная практика.

В семейном быту дети и вообще нисходящие предполагаются в течение неопределенного времени на жительстве в общем доме с начальником семейства. Когда кто-либо из них, основывая свою семью и свое хозяйство, выходит из дома и начинает отдельное жительство и домостроительство, он отделяется от общего корня, садится на своем корню. Для отдельного хозяйства, буде нет у него своего личного приобретенного имущества, он нуждается в средствах, т.е. в имущественном капитале. Этим капиталом снабжает ее начальник семейства из своего имущества. В этом случае начальник семейства наделяет отделившегося члена по усмотрению своему, соображаясь с хозяйственной его нуждой и с своей вольной щедростью и благоволением, равно как и с мерой наличных средств своих. Но независимо от сего начальник семейства может при жизни своей передать отделившемуся члену семьи часть своего имущества, соображаясь с наследственным правом его на сие имущество, – правом, которое возникло бы и осуществилось бы не ранее смерти начальника семейства. Это действие называется *выделом*. Выдел определяется в законе так: родители и восходящие родственники властны выделять детей своих и потомков, назначая им часть из своего имущества (994 ст. Зак. Гражд.).

Отсюда следует:

1. Выдел есть свободное действие вотчинника. При жизни его никто не вправе, по родству, требовать от него какой бы то ни было доли наличного имущества в свою собственность, даже и родные дети (ст. 995).

2. Понятие о выделе свойственно только прямому отношению родителя к одному из своих нисходящих, к сыну, к дочери, к внуку и т.п., между коими существует наследственное право в прямой линии. К отношению в боковой линии понятие о *выделе* не применяется (Касс. реш. 1880 г., № 150). Если бы дядя, хотя и бездетный, захотел при жизни своей передать своему племяннику, хотя бы и единственному наследнику своему, часть своего имущества, акт передачи был бы дарственной записью, но не выделом, в строгом юридическом значении сего слова.

3. Выдел есть предварение наследства, с одной стороны, с другой стороны, имеет сходство с даром¹. Это безвозмездное или дарственное отчуждение имущества в пользу лица, коему по крови принадлежит ожидаемое наследство в сем имуществе, и с *прямой целью* не только одарить, но и осуществить ожидаемое наследственное право. Посему выдел, хотя и зависит от свободной воли вотчинника, подлежит необходимо тем же ограничениям, коим подвергается всякое безвозмездное отчуждение имущества в пользу законных наследников. Итак, мера выдела совершенно свободна для вотчинника в приобретенном его имуществе, но ограничена в родовом. Из родового имени вотчинник может выделить своему потомку не более наследственной части, следующей ему по закону, т.е. не более той части, которую выделяемый получил бы по праву наследства по смерти выделяющегося вотчинника (996 ст.). Однако при жизни вотчинника невозможно определить с точностью, кто именно даже из нисходящих будет после него действительно наследником в минуту его смерти и в какой доле. При жизни своей вотчинник видит около себя детей и детских детей, внуков и правнуков живыми. Но когда он умрет, может оказаться, что некоторых детей его нет уже в живых, и в их место наследуют внуки, а иные дети его будут живы и устранять собой наследственное право детей своих, внуков умершего вотчинника. По буквальному смыслу 994 ст. вотчинник может, однако, при жизни своей, произвести выдел и в пользу внука, при живом отце его, а своим сыне, и такому выделу живой отец не вправе воспрепятствовать, ибо сам он в минуту смерти не имеет действительного права на наследство после отца своего, стало быть, и права на иск о сем наследстве, даже в родовом имуществе. Но произведенный выдел, оставаясь в полной силе при жизни владеющего вотчинника, по смерти его может оказаться незаконным и быть признан недействительным, если внуку

¹ О выделе и об аналогии его с приданым см. еще выводы и объяснения в I томе сего курса. Против изложенного здесь понятия о выделе и приданом возражает г. Оршанский в Журн. Гр и Уг. Пр. 1873 г., № 2, стр. 49.

назначено было родовое имущество, а при смерти вотчинника окажется тот внук, при живом отце своем, неимеющим наследственного права в имении деда. За всем тем, однако, до уничтожения такого выдела, выделенному лицу принадлежит полное вотчинное право в имении, с законным владением, стало быть, иск за сие владение с него невозможен и, отчуждение сего имения, если бы совершилось от лица владельца прежде смерти первого (выделившего имение) вотчинника, получит безвозвратную силу, не оставляя места и иску о вознаграждении.

4. Выделом безвозвратно переводится право собственности на имение так же, как и даром. Но выдел существенно отличается от дара основной своей идеей — не только одарить, облагодетельствовать, но еще отдать имение при жизни тому родичу потомку, кто предполагается наследником к сему имению. Что именно было на мысли у вотчинника при передаче имения — одна ли дарственная цель, или цель выдела, это определяется видом и названием акта.

Во всяком случае дарственное свойство всякого выдела неоспоримо и дает акту основное значение: какое бы имущество ни было предметом выдела — родовое или благоприобретенное, оно передается даром, причем выделяющий жертвует, *во-1-х*, свое владение и пользование сим имуществом, которое принадлежало бы ему до смерти; *во-2-х*, вместе с вотчинным правом своим поступает и законной возможностью отчуждения сего имущества, которое принадлежит ему как собственнику. Поелику же выдел относится к роду дарственных актов (как один из видов сего рода), то несомненно кажется, что и к выделу применяется общее право (974 ст.) требовать возвращения дара за неблагодарность. Ничто не препятствует совершать выдел на условии, подобно как и дар (975, 976, 977 ст. Зак. Гр.).

5. Выделом предворяется наследование, вполне или частью, но не устраняется безусловно возможность наследования в прочем имении вотчинника, когда по смерти его действительно откроется наследство. Тогда наследство откроется и для выделенного лица, поелику он еще не вполне удовлетворен своей наследственной частью, в той мере, в какой она следует ему *в минуту смерти вотчинника* (997 ст.). Кто сполна выделен в *родовом* имуществе, тот считается окончательно отделенным; но кто получил не сполна свою наследственную долю, тому она дополняется при разделе наследства, когда оно откроется. Иное дело относительно *благоприобретенного*. Какую бы часть ни получил выделяемый, по случаю отдела, т.е. больше или меньше наследственной, он почитается окончательно отделенным в благоприобретенном имуществе и, по открытии в оном наследства, не может требовать уравниения в

разделе с прочими наследниками. (Что 997 ст. надлежит разуметь в сем смысле, то подтверждается толкованием, принятым в мнении Государственного Совета 9 ноября 1842 г. П. С. З. № 16187, приведенном под 192 ст. Зак. Гр.) Однако передача благоприобретенного имущества потомку при жизни вотчинника сопровождается сим ограничением только тогда, когда совершена посредством отдельной записи. Притом, разумеется, право выделенного лица, как в родовом, так и в благоприобретенном имуществе, не преграждает наследственных прав его на имение вотчинника, когда это лицо является единственным после него наследником и ему не приходится делить имение с другими лицами, имеющими такое же наследственное право.

Кто выделен в благоприобретенном, тот не устраняется от наследования в родовом, разве при самом выделе он признал себя вполне удовлетворенным и отказался от участия в наследовании, когда оно открывается (997, 998).

Этим отказом от дальнейшего участия в наследстве выделенный принимает на себя обязательство: не входить в состязание с прочими наследниками при разделе родового имения. 998 ст. Зак. Гражд. буквально говорит об устранении от наследства в родовом имуществе выделенного в благоприобретенном; но из употребленного выражения: «буде при выделе не отказались от участия в наследстве» следует, кажется, заключить (в связи со смыслом 1002 ст. о приданом), что вообще по поводу выдела из какого бы то ни было имущества – из родового или благоприобретенного – можно отказаться от дальнейшей претензии на наследство, и что сей отказ сохраняет обязательную силу.

По смыслу 998 ст. обязательство выделенного потомка предполагается односторонним. Можно ли признать по поводу выдела действительность взаимного соглашения между выделенными наследниками вотчинника в таком смысле, что выделенный обязуется не искать ничего более того, что ему выделено, и прочие наследники обязуются не спорить по открытии наследства, против выделяемой ему части? Не думаю. Отказаться можно от того только, на что имеешь право; а наследники, при жизни вотчинника, не имеют никакого права на его имущество и, по силе 710 ст. Зак. Гр., всякие записи об уступке ожидаемого наследства недействительны. Закон наш не признает договоров о наследстве. Выделяемому наследнику прямой закон предоставляет в особом случае возможность отказываться от участия в наследстве, и этот отказ можно понять, ибо здесь наследственное право лица осуществляется при жизни вотчинника, по воле его, и это лицо может признать себя, по количеству и качеству получаемого имения, вполне удовлетворенным всей следующей ему частью, признать, т.е. все сполна наследственное право свое, по количеству, существенным. За этим признанием

своей доли полной ему уже нечего и искать при открытии наследства, ибо до открытия все его право уже исчерпано. Напротив того, наследнику, невыделенному, не на чем утвердить юридическое значение своего отказа, ибо как ему отказаться от права на иск, когда он еще не возник? Что уступать, когда предмет уступки не во власти? О чем соглашаться с выделяемым наследником, когда предметом соглашения служит имущество, в коем одна сторона получила право, а другая никакого права не имеет?

Сам отказ выделяемого от участия в наследстве имеет, как выше замечено, условное значение. Он сохраняет силу относительно тех лиц, кои в минуту выдела представляются, на одном праве с выделяемым, наследниками живого вотчинника, т.е. относительно его нисходящих, которые могли бы быть отделены в имуществе на одинаковом основании с лицом, на имя коего делается выдел. Так, напр., когда выделяется сын, имея в виду своего брата и племянника, братнина сына, — отказ выделяемого сохраняет свою силу, хотя бы при открытии наследства одно из сих двух лиц оказалось умершим (напр., племянник) и оставалось в живых другое (брат), которому, стало быть, в силу наследственного приращения, достанется все остальное имущество умершего вотчинника. Но когда, при смерти вотчинника, вовсе не оказывается никого из тех наследников (в нисходящей линии), которые в минуту выдела отнеслись к наследству на одинаковом основании с выделяемым, и нет у них представительного потомства, тогда уже несправедливо было бы распространять силу отказа и на права наследников в боковой линии, т.е. за силой отказа, сделанного выделяемым сыном в виду своих братьев и родных племянников, предоставлять отцовское наследство, помимо живого сына, родственникам умершего в боковой линии.

Итак, по общему закону, выдел, сам по себе, одним юридическим значением не исчерпывает наследственной доли: он исчерпывает ее только своим количеством, буде оно вполне приходится в меру наследственной доли. Если оно ниже сей доли, то можно еще требовать дополнения, при разделе наследства. Напротив того, по Литовскому статуту (правило 999 ст., сохраняющее силу для Черниговской и Полтавской губерний), выдел всегда предполагается полным осуществлением наследственного права, и кто выделен, тот уже почитается совсем отделенным в *наличном* имении отца или восходящего родственника и устранивается от участия в остающемся после него наследстве, но не лишается права на то, что может дойти к нему по праву представления. Но зато отделенный сын не лишается ни малейшей части того, что ему выделено, хотя бы при открытии наследства прочие наследники не получили

себе, по соразмерности, надлежащих частей. Предоставленное отцом, при жизни его, сыну, в виде дара, а не выдела, не полагается в зачет и не лишает одаренного права участвовать в разделе отцовского наследства (Зак. Гр. 999, 1133).

Актом выдела служит отдельная запись, совершаемая по правилам Нотариального Положения, а где оно не введено — являемая у крепостных дел (1000 ст. Зак. Гр.; Нотар. Полож. ст. 65, 158).

С имуществ, переходящих по отдельным записям, взимается пошлина на тех же основаниях, как и с наследств (т. V изд. 1893 г., Уст. о пошлин., ст. 152 и след.).

Выдел может быть совершен в пользу дочери или внука, равно как и в пользу сына или внука, но когда он делается по особому случаю замужества, тогда получает особое значение *приданого* и *рядной записи*. Понятие о выделе относится, как выше замечено, к уступке в пользу детей и нисходящих, а приданое, по смыслу 1001 ст., может быть назначено в пользу дочерей и *родственников*.

Закон приданого подобен закону выдела: из замужних дочерей те только почитаются отделенными, которые в подписанных ими записях за себя и наследников своих добровольно отrekliсь от дальнейшего участия в наследстве. Если такого отречения не сделано ни в записи, ни с ином письменном акте, то дочь не лишается права на дополнительное удовлетворение в меру своей наследственной доли, по открытии наследства после родителей (1002, 1003 ст.). Но когда дочь, по случаю назначения приданого, отеклась от дальнейшего участия в наследстве, то, по открытии оно, не лишается ни малейшей доли из того, что ей выделено, хотя бы прочие наследники не получили всего по соразмерности частей (1104).

Акт приданого — рядная запись — должна быть совершаема крепостным порядком, если приданое вполне или частью состоит из недвижимого имущества: записи на одно движимое имущество пишутся дома, но с явкой у крепостных дел в тех местностях, где не введено Нотариальное Положение. Все, входящие в состав приданого капиталы деньгами, векселями и билетами должны быть обозначаемы в записи с точностью. Рядная запись должна быть совершаема и являема или прежде брака, или не позднее 6 месяцев по совершении оно (1006—1008 ст.). Последнее правило имеет важное значение на случай несостоятельности лица, от имени коего выдана рядная запись (ср. Уст. Суд. Торг., изд. 1893 г., ст. 554—556).

С имуществ, переходящих по рядным записям, берется пошлина по тем же основаниям, как с наследства (т. V, Уст. о пошлин. изд. 1893 г., ст. 152 и след.).

О юридическом значении приданого, как имущества жены, см. на стр. 126.

Рядная запись выдается обыкновенно или на имя дочери, или на имя зятя, или на имя родителей его. Во всяком случае, когда акт выдается не прямо на имя невесты, он, по существу приданого, означает предоставление права собственности на имущество не тому, кому выдается акт или поручается имущество, хотя бы в распоряжение, но тому, к кому назначение приданого относится, т.е. дочери или родственнице, получающей приданое (см. *Общ. Собр. Сен.* 1870 г., по д. Борисовой, 1871 г. по д. Лукьянова).

Рядная запись, как и акт о приданом, служит актом на имущество, составляющее собственность жены, или обязательством, предоставляющим жене право требования. А как по нашему закону имущество жены не соединяется с имуществом мужа и не переходит в его собственность, то и следует, что по рядной право иска принадлежит вообще жене, а не мужу, который без полномочия от жены не распоряжается ее имуществом. С рядной не следует смешивать обязательства, выдаваемые родителями или родственниками по случаю замужества, в видах не частного, а служебного интереса, как-то так назыв. реверсы, даваемые родителями невесты (см. § 4) по случаю офицерских браков, с обязательством обеспечить семейную жизнь супругов на определенную сумму из наличного имущества. См. по сему предмету д. Оплачко в *Общ. Собр. Сен.* 25 мая 1873 г.

Наше законодательство о приданом, в нынешнем его состоянии, справедливо признают недостаточным. Закон наш разумеет приданое с точки зрения выдела и раздельности супружеских имуществ, но при этом совершенно оставлено без внимания особое экономическое значение приданого в браке (как оно выражается в народном обычае и в общем представлении среди семейного быта); оставлено без внимания и то юридическое значение приданого, которое выразилось в римском и церковном праве, служившем в прежнее время у нас руководством для судебной практики (см. выше § 14). При действии нынешнего закона юридическое значение приданого, хотя бы принятого мужем при вступлении в брак, остается в совершенной неопределенности, вследствие чего и иски о приданом и о последствиях, из него возникающих, не могут получить основательного и справедливого решения. Их приходится решать на основании общих правил о праве собственности, о раздельности имуществ и об ответственности за распоряжение чужим имуществом, но этих общих начал, очевидно, недостаточно, ибо отношения супругов по поводу приданого, которое служит капиталом общего хозяйства, имеют совершенно особое свойство.

Желающих ближе вникнуть в этот предмет отсылаем к любопытной статье Оршанского *О приданом* (*Журн. Гражд. и Торг. Пр.* 1872 г., № 6). Автор справедливо указывает на противоречия между нашим законом, не упоминающим вовсе о праве мужа на приданое жены, и обычаем, признающим некоторое право мужа на приданое, равно как и практикой, в силу коей рядные записи пишутся на имя мужа. Автор указывает и в законе нашем некоторые статьи, в коих косвенно выражается возможность приобретения для мужа, в получении приданого, напр., ст. 1009 (изд. 1857 г.), 1153, 66. Итак, хотя власть мужа над прида-

ным существует в браке, права мужа на приданое жены вовсе не определены по Своду Законов.

С народным обычным воззрением на приданое можно ознакомиться по любопытной книжке г. Ефименко *Приданое по обычному праву крестьян Архангельской губернии*. Автор замечает в конце книги: по узаконениям со времени Петра, положившим резкую границу между старыми и новыми взглядами на приданое, это последнее может считаться полным выделом, и дочь называется отделенной только тогда, когда она в приданом наперед получит всю свою указную часть, или в рядной отречется от наследства; если же она не получила своей части сполна, то по смерти родителей может требовать ее из наследства, с зачетом приданого. По народным же обычаям, женщина, получившая приданое, – будь то *скрута* (одежда) или *наделок* (всякий прочий хозяйственный и денежный снаряд), – во всяком случае считается отделенной и не имеет никакого права на наследство после родителей. По существующим узаконениям, вследствие строго проведенного начала раздельности имуществ между супругами, приданое считается исключительной собственностью жены, и по отношению к этой собственности муж не имеет никакого права, даже права пользования; жена владеет, пользуется и распоряжается этим имуществом по своему усмотрению, независимо от мужа; она может даже отчуждать его в посторонние руки, или самому мужу. У народа же только платное приданое считается собственностью жены, а наделок составляет общее имущество супругов, которым распоряжается более муж, нежели жена. Наконец, относительно наследования мужа в приданом, народ ограничивает право его гораздо более, нежели закон, предоставляющий мужу $\frac{1}{4}$ часть в имуществе жены.

Особые постановления о назначении приданого, взятые из Литовского статута, имеют силу для Черниговской и Полтавской губерний. Отец властен дать приданое дочери, по своему усмотрению, сколько хочет, как из родового, так и из благоприобретенного имения. Более того, что получила при жизни отца в приданое, дочь не может требовать и по смерти его от братьев и их нисходящих, хотя бы она и показывала, что отец ей вовсе приданого не давал при выдаче ее в замужество. Если отец умрет, оставив одну или несколько дочерей незамужних и не назначив им приданого, то всем им, сколько бы их ни было, назначается на приданое четвертая часть всего наследства; буде же при жизни такого отца одна или несколько дочерей вышли замуж, то остальные получают из четвертой части приданое, по общему расчету долей с замужними; когда на уравнение с подлинной долей приданого замужних дочерей братья не имеют средств, то из четвертой доли имения наделяют остальных поровну, а буде из четвертой доли остальным дочерям приходится более, чем дано замужним, то первым дается столько же, сколько было дано последним. Когда сестра, получившая приданое от братьев из четвертой части отцовского имения, умрет, не распорядившись оным при жизни и не ос-

тавив детей, или дети ее умрут до совершеннолетия, то приданое ее поступает к той из сестер ее, которая еще не выдана замуж и приданого не получила. Приданое, по общему порядку, обеспечивается на имении мужа посредством веновой или обеспечительной записи или переводится прямо на имя жены (1005 ст. Зак. Гр.).

Дополнением к вышесказанному о выделе и юридическом его значении служат замечания и рассуждения, помещенные в 1-й части сего сочинения, именно – об аналогии выдела с наследством, стр. 67, 88; с приданым – 69, 89, 90; с даром – 67, 68, 73, 75, 90; о дополнении частей – 86; о сделке в выделе – 89; о детях отделенных – 86–89.

Примеры и вопросы из практики

А. Посредством выдела имение, которое надлежало бы выделяемому потомку получить по смерти вотчинника, путем законного наследства, переходит к нему еще при жизни вотчинника. Спрашивается, распространяются ли на сие предваренное наследование все законные последствия наследования обыкновенного, наступающего по смерти вотчинника? Нет, ибо от времени вступления в наследство, в том и другом случае, есть существенная разница. В обыкновенном порядке наследования оно наступает в такую минуту, когда уже окончательно заключились все отношения умершего вотчинника по имуществу, следовательно, все, оставшееся после него наследство, составляет цельную массу прав и обязанностей, и преемник его все то принимает на себя, что лежало на умершем вотчиннике, когда принял наследственное имение. А в случае выдела наследник, вступая во владение выделяемым имуществом, принимает на себя только то, что по день выдела лежало на вотчиннике, как владельце сего имущества, но не принимает на себя за него такую ответственность, которая могла в *лице его* возникнуть после выдела. Несправедливо было бы, напр., подвергать выделенного наследника ответственности за личный долг прежнего вотчинника, образовавшийся после выдела: долг сей возник на нем уже тогда, когда он перестал быть собственником выделенного имущества, следовательно, сие имущество, как чужое, не может быть и в ответе. Итак, выделенный наследник может отвечать за последующие долги его лишь потолику, поколику, по смерти его, в качестве наследника воспользовался оставшимся после него имуществом (ср. реш. Сен. по д. Обрезкова. Сб. Сен. реш. т. II, № 457). Последующие после выдела, вновь возникшие кредиторы первого вотчинника могут возразить, что если бы выдела при жизни его не было, выделенное имение, войдя в состав откывшегося наследства, подверглось бы ответственности и по их претензиям; но это возражение неосновательно. Личные кредиторы вообще не вправе претендовать ни на что, не бывшее в собственности у должника в ту пору, когда возникло долговое их требование; претензия их может касаться только того, что у него в ту пору есть, а что уже дотоле отчуждено им, до того им дела нет; следовательно, если прежде чем возникла их претензия, должник заблагорассудил передать часть своего имения выделом, они не вправе опровергать сию переда-

чу, разве бы могли доказать, что она совершилась недобросовестно и с злым против них умыслом.

Выдел зачитается в наследство, и потому кредиторы, коих претензии открылись ко взысканию до выдела, могут протирать претензию на выделенное имение, но лишь с минуты смерти вотчинника, от коего идет выдел, ибо лишь с сей минуты выделенное имение становится вполне наследственным у преемника. До тех пор (т.е. с совершения выдела до кончины виновника выдела) пользование и владение преемника сим имением, хотя и на праве собственности, составляет *дар*, на который кредиторы дарителя во всяком случае не имеют права, ибо дар не обязывает принявшего оный к исполнению каких-либо других обязанностей кроме добровольно принятых по условию дарения, и наследственная ответственность не соединяется с даром, хотя бы одаренный мог быть наследником по смерти дарителя (Сбор. Сен. реш. т. II, № 875).

Б. Наследство не дар, а переход того, что следует по праву. Но выдел есть предварение наследства, и поколику *предварение* составляет дар: дарится, стало быть, по воле владельца, вступление во владение и пользование, и само владение и пользование за все время с совершения выдела по смерть уступщика. Итак, поколику выдел есть дар, он подчиняется закону дара, – стало быть, может поворотиться к дарителю по силе закона о дарении и, в случае бездетной смерти одаренного сына, возвращается отцу (ср. Сб. Сен. реш. т. I, № 77).

В. Если отдал сына родителем сделан не безусловно, а под условием – сыну платить за отца поименованные долги его или производить выдачу и т.п., следует ли такой отдал признать чисто наследственным и на сем основании, по открытии отцовского наследства, положить отделенному сыну супротив братьев его неотделенных в учет полученное им имение или надлежит признать, что уступка имения за положенный платеж не была в сущности выделом, а особого рода возмездным договором и на сем основании допустить отделенного сына к участию в наследстве неограниченно? По д. Чалеевых (Сб. Сен. реш. т. I, № 619) Сенат решил вопрос в последнем смысле, но едва ли справедливо, ибо запись, о коей возник спор, называлась отдельной. Справедливо в подобном случае допустить при разделе учет выделенного имения совокупно с той ценностью, которую должен заплатить за оное отделенный сын по условиям записи.

Г. Боженов завещал свое имение, после пожизненного владения жены, в собственность детям, в том числе дочери Надежде; но после составления завещания отделил этой дочери, от имени своего и жены своей, 15 душ крестьян с земель, завещания же не изменил до смерти. По смерти его, при открытии наследства, надлежит ли зачесть его дочери полученное ей на выдел имение в ту долю, которая следует ей по завещанию отца? Не надлежит (реш. Моск. Общ. Собр. 1858 г.), ибо завещание не отменено, а запись, по коей отделено отцом при жизни имение дочери, есть особый акт воли вотчинника, не зависящий от завещания, которое есть особый акт той же воли. Выдел подлежит учету лишь в законное наследство, с коим соизмеримо право выдела, а не в наследство завещательное.

Д. Если дочь, получив приданое, не отреклась от участия в наследстве, то не устраняется от наследства. Она может получить остальное, что следует в

указную часть. Не устраняется она и от того, что могло быть ей завещано из благоприобретенного имения, хотя завещание составлено было ранее рядной записи, разве бы оказалось, что в рядную запись вошло то же самое имение, которое назначено и по завещанию. Ср. Касс. реш. 1886 г., № 60 и реш. Сен. по д. Вейс. Журн. Мин. Юст. 1862 г., № 1.

1890 апр. 11 № 40. – В деле Языковой Гр. Касс. Деп. разрешил вопрос: имеет ли право на участие в наследстве после родителей дочь, отрекшаяся при выходе в замужество (или ее потомство), в случае, если при открытии наследства осталась в живых только замужняя сестра, вышедшая замуж при жизни умершего вотчинника, – в утвердительном смысле, ввиду того, что указанное в ст. 1002 Зак. Гражд. отречение относится лишь к правам поименованных в ст. 1004 лиц, т.е. из числа сестер – к незамужним.

1890 мая 23 № 55. – Екатерина Шевлягина, в рядной записи, отреклась от наследства, которое могло бы открыться не только после отца, но и от прав на открывшееся уже наследство после матери, а затем предъявила иск о признании этого последнего отречения недействительным. Московская судебная палата признала, что отречение Шевлягиной от наследства после матери не может почитаться для нее обязательным, и Гражд. Касс. Департ. такое заключение признал правильным, ибо, по точному смыслу 1002 и 1003 ст. Х т. I ч., отречение от наследства, допускаемое в рядных записях, может иметь место лишь при жизни родителей и потому применимо только к будущему наследству, а не к тому, которое уже открылось ранее составления рядной записи.

ГЛАВА ПЯТАЯ

П Р А В О В Ы К У П А

§ 52

Понятие о выкупе. – История выкупа в русском законодательстве. –

Имущества, подлежащие и не подлежащие выкупу. – Кто допускается к выкупу и в какой срок? – Вознаграждение и платежи. – Порядок производства дел о выкупе. – Обратный иск владельца. – Выкуп в прибалтийских губерниях.

Выкуп, по определению нашего закона (З. Гр. 1346), есть право родственников на обращение к себе родовых имуществ, отчужденных по продажам во владение чужеродцам. Право это установилось в древности, для охранения интересов, соединенных с наследственным позе-

мельным владением. Интересы эти, имевшие в прежнее время особое общественное и политическое значение, представлялись столь важными, что им должна была уступить хозяйственная выгода стороннего приобретателя, как скоро род в лице одного из своих членов требовал имение обратно. Сторонний приобретатель обязывался отступить от имения. К ограждению его интересов в приобретении служили:

1. Срок, вначале весьма продолжительный, по истечении коего право на выкуп утрачивалось; 2. Обязанность выкупающего возвратить покупщику заплаченные за имение деньги и удовлетворить его за все, что прибыло в имении в течение его владения, усиливая эту обязанность и затрудняя тем выкуп, закон усиливал и ограждение покупщика в его интересах; 3. Запрещение выкупа самому продавцу, равно детям его и внукам.

Право выкупа, судя по дошедшим до нас судебным актам старого времени, существовало и было признаваемо и ранее XVI столетия, но первые определения положительного закона о сем праве встречаются в Судебнике 1550 года, откуда оно перешло, с некоторыми изменениями, и в Уложение. Старый срок выкупа был 40-летний. Выкупу подлежали только вотчины родовые, выслуженные и купленные от казны из поместья в вотчину, а не купленные; у посторонних могли быть выкупаемы вотчины не только проданные и заложенные, но и промененные в чужой род (в Уложении уже не упоминается о выкупе промененных вотчин), а с 1679 г. и подаренные в чужой род. Кто выкупил вотчину, тот уже не мог продать ее в чужой род (и это правило не принято в Уложении). Выкупная сумма определялась первоначально не по цене продажи, а по определенной цене четвертой сообразно роду и качеству земли, но с 1646 года велено выкупать вотчины за ту цену, за которую они проданы. За прибылое строение положено было платить сначала по суду, т.е. по оценке, но Уложением велено производить за сие плату по показанию владельца, у кого выкупается имение.

Право выкупа, тесно связанное с законом наследования, изменилось с изданием Указа 1714 года о единонаследии; но вслед за уничтожением этого порядка издан был в 1737 году новый закон о выкупе, составляющий основание нового права. Срок выкупа сокращен до 3 лет, с одной стороны, к устранению для покупщиков продолжительной неизвестности, с другой стороны, для охранения, в пользу рода, целости имения, о которой не заботились приобретатели в виду 40-летнего срока на выкуп. За прибылое строение велено, согласно указу Петра I, платить по оценке. В 1744 году последовали новые изменения в определении права родственников на выкуп. Оно предоставлено детям и внукам про-

давца, после его смерти. Ограничено право выкупа для дальних родственников, – во-1-х, необходимо испрашивать дозволение от ближайших к продавцу членов рода; во-2-х, назначением (вскоре, впрочем, отмененным) линии родства, за пределом коей право выкупа прекращается. Наконец, в 1766 году состоялось, по возникшим недоумениям, окончательное определение порядка, в коем допускаются к выкупу родственники.

Действующие законы. Выкуп существенно отличается от купли-продажи. Последняя есть договор между сторонами, из коих одна добровольно соглашается продать за условленную цену, а другая покупает, так что без взаимного соглашения сторон покупка и продажа невозможны. Напротив того, сторона, имеющая право выкупа, без всякого соглашения требует отдачи имения от владельца, который, безусловно, понуждается уступить сему требованию. Посему с выкупом соединяется понудительное отчуждение собственности, подобное тому, которое бывает при экспроприации; только в последнем случае нарушение собственности, законно приобретенной, оправдывается или объясняется государственной необходимостью или пользой. Для подобного же нарушения в праве выкупа можно указать на интерес родового владения, покровительствуемый законом, для достижения, может быть, тоже общей государственной цели. Но позволительно предложить вопрос: в настоящем состоянии общественной экономии, и при нынешнем значении поземельного владения, следует ли еще признавать этот интерес родового владения настолько важным, чтобы возможно было для него нарушать твердость законно приобретенной собственности?

Выкупу подлежат исключительно *родовые* имения, проданные *по частному соглашению чужеродцу*, – вследствие именно этой продажи. Посему от выкупа устраняется: имение, проданное *члену того же рода*, хотя бы и другой фамилии; – имение, проданное не по частному соглашению, а по распоряжению правительства *с публичного торга*, или по безуспешности торгов утвержденное за кредитором; – имение, после продажи добровольно возвращенное покупщиком или его наследниками продавцу или его наследникам¹; – имение, по продаже вновь возвратившееся покупкой, а не выкупом, в тот род, из коего было вначале продано, ибо в сем случае оно становится уже по закону благоприобретенным (ст. 1347, 1348, 1351). Указная часть супружеская, хотя бы выделена

¹ Так, по д. Пономаревой (Сб. Сен. реш. I № 168) отказано сестре продавца в выкупе имения, которое им было продано жене своей, а сей последней, уже по предъявлении выкупного требования, добровольно предоставлено малолетним ее и продавца детям.

была из родового имения, становится, по выделе, благоприобретенным имуществом; но если эта часть, не быв выделена, вместе с частями, следовавшими прочим наследникам, была в совокупном составе родового имения продана чужеродцу, то право выкупа простирается на все имение, без исключения сей части (1352 ст. Правило это установлено не ранее 1849 года и не имеет обратного действия).

В каком смысле следует разуметь употребленное в 1347 ст. выражение: *добровольно возвращено будет*? Иные толкуют, что закон сей имеет применение буквально только к двум случаям, кои указаны в цитатах, подведенных под ст.: 1. К случаю, приведенному в указе 1677 года и ныне уже невозможному – когда покупатель имения возвратит оное продавцу, после челобитья о записке, но прежде чем имение записано за покупщиком в приказе, т.е. прежде совершения перехода; 2. К случаю, указанному во 2-й части Банкротского Устава 1800 г., ст. 50, когда заимодавец добровольно возвратит закладчику просроченное имение, прежде или после получения с аукциона данной. Таково тесное толкование 1347 ст., но на практике превозмогло обширнейшее толкование, которое лучше соответствует общему смыслу и духу закона о выкупе. В указе 20 авг. 1677 г., из коего извлечена 1347 ст., указано основание содержащегося в ней правила: «потому, всякой вотчинник в своей вотчине волен». Стало быть, право вотчинника продавца, когда к нему поворачивается обратно имение, превозмогает, и ему должно уступить право выкупа, доколе не успело еще осуществиться. Итак, когда одновременно с просьбой о выкупе, заявлено и намерение покупателя возвратить имение продавцу, право выкупа устраняется. В сем смысле состоялось решение 7 Деп. Сен. 4 февр. 1869 г., в деле Масалитиновых. Общ. Собр. Сен. в решении по делу Кербедзя 1857 г. (Журн. Мин. Юст. 1865 г., № 6) истолковано, что поворот имения к продавцу должен совершаться в виде новой продажи, если прошел 7-дневный срок на отмену купчей. Общее Собрание Сената, по делу Кожина (см. Журн. Мин. Юст. 1863 г., № 4), причисляет к добровольному возвращению всякую обратную передачу имения в род по акту укрепления, какого бы ни было рода, т.е. по добровольному соглашению сторон, хотя бы сей возврат имущества учинен был по заявлении родственниками иска о выкупе. Так, еще в другом деле, уже по заявлении иска о выкупе, владелица имения, жена продавца, объявила, что предоставляет то имение малолетним его детям, и тем устранила выкуп, что подтверждено Сенатом, признавшим, что срока на таковую добровольную передачу имения в законах не определено и формальностей не предписано (Сб. Сен. реш. т. I, № 168. Ср. там же т. II, № 938).

Право выкупа по происхождению своему было правом служилого сословия, которое одно только в старину могло владеть вотчинами (ср. сей книги часть первую, § 16). Хотя впоследствии право землевладения стало достоянием и других сословий, и с распространением на все свободные сословия понятия о родовом имуществе стало общим же достоянием и право выкупа, но выкуп из одного сословия в другое ограничен Указом 1807 года. Признано, что земля, проданная помещиком го-

сударственным крестьянам, обратясь из дворянского имения в крестьянское, утратила существенное свое свойство. По сему соображению положено: земли, казенными крестьянами, купцами и прочего звания людьми от дворян в собственность приобретенные, равно и земли, дворянами от тех сословий купленные, на выкуп не отдавать; а посему право выкупа должно существовать единственно между людьми одинакового состояния, так чтобы ни которые из них не имели права на выкуп имения, перешедшего из одного состояния в другое. Впоследствии объяснено, что это ограничение относится только к землям ненаселенным, и в Своде Законов помещена статья (1350 Гр. Зак.): ненаселенные земли, проданные от лиц одного состояния лицам другого, выкупу не подлежат. Правило это сохраняет свою силу и доныне, поколику остаются еще в законе отличия дворянского имения от недворянских; но с совершенным уничтожением сего отличия это правило должно будет утратить силу (ср. сей книги I ч. § 13).

Что должно разуметь под словом: *ненаселенные земли*, употребленным в 1350 ст.? Иные думают, ссылаясь на 385–387 ст. Зак. Гр., что ненаселенная земля есть только *пустая* земля, а когда есть на земле жилое строение, то ее следует считать населенной. Но судебная практика склоняется у другому мнению, что земля населенная разумеется в законе та, которая населена крестьянами и составляет дворянское владение, земли же без крестьян считаются ненаселенными. Это толкование соответствует и историческому смыслу закона, содержащегося в 1350 ст. И с отменой крепостного права этот признак отличия не утратился, ибо то же деление осталось в законе. На сем основании сенатскими решениями отказываемо было в выкупе дворового места, проданного помещиком крестьянину (см. Кассац. реш. 1869 г., № 138). К тому же разряду ненаселенных земель должны быть отнесены земли и угодья, оставшиеся в полном распоряжении владельцев за прекращением крестьянских обязательных отношений посредством выкупа, или обращения крестьян в государственные в мелкопоместных имениях (ср. Выс. утв. Полож. 26 апр. 1862 г., о евреях П. С. З. № 38214 и ст. 959 IX т.).

О выкупе родственниками залогодателя заложенных имений нет постановлений в статьях Зак. Гражд., относящихся к праву выкупа. Лишь в Зак. Судопр. Гражд. в правилах о порядке бесспорных взысканий по закладным, упоминается о праве родственников выкупать заложенное имение, если сам владелец не выкупил его в течение предоставляемого ему на сей конец годового срока и если нет на нем других взысканий кроме закладной. Родственникам же особого срока на сие не предоставлено (ст. 625, 510, п. 4). Эти правила действуют там, где сохранили свою силу правила Зак. Судопр. Гражд., но где они заменены новым судебным уставом, там, надобно полгать, это право выкупа по закладным должно почитаться отмененным, ибо в новом Уставе Гражд. Суд. о нем уже не упоминается, а в Законах Гражданских оно не помещено. Можно

еще указать на следующее недоумение о праве выкупа, возникающее вследствие судебных уставов. В 1369 ст. Зак. Гражд. сказано, что если проданное имущество *укреплено* потом в другие руки продажей или *закладом*, то желающий выкупить должен заплатить цену, означенную в *последнем крепостном акте*. Закладная причисляется по закону к крепостным актам (Зак. Гражд., ст. 708, прил. I, ст. 18), и вследствие того требование выкупа по цене, означенной, после продажи, в закладной, имело основание. После издания Суд. Уставов явилось возражение — едва ли основательное, — что Судебными Уставами, мимо 1369 ст. Зак. Гражд., указан выкуп только по цене, означенной в последнем крепостном акте, каковым может быть только купчая, утверждающая право собственности на имущество. Ср. Кассац. реш. 1868 г., № 185.

Требование выкупа имеет силу против всякого лица, у кого бы ни оказалось во владении проданное из рода имение: не только против самого покупателя и наследников его, но и против тех, к кому от покупателя могло дойти имение по передаче.

К выкупу допускаются кровные родственники продавца, в том порядке, в каком призывались бы к наследству после него, причем ближайшим по линии и степени дается преимущество перед дальнейшими. Без сомнения, право выкупа должно определяться по праву наследства, сообразно тому, в каком виде представлялось бы сие последнее право в то время, когда заявлено требование о выкупе, если бы в эту минуту открылось после продавца наследство. Родственники допускаются к выкупу без различия возраста и фамилии, которую носят. Равно близким по линии и степени наследникам право выкупа принадлежит совокупно: каждый из них в отдельности может выкупить имение без согласия прочих, но прочие могут от него выкупать следующие им части. Кто не имеет непосредственного права на выкуп, состоя в дальней степени родства с продавцом при других ближайших его родственниках, тот может приступить к выкупу не иначе как с письменного дозволения сих последних, заключающего в себе уступку права. В сем случае выкуп дается *через линию*, и тогда право выкупа для дальнейших родственников основывается не на степени их родства с продавцом, но на пересказе от ближайших его наследников (см. реш. Общ. Собр. Сен. по делу Стабровского, Журн. Мин. Юст. 1864 г., № 9).

Но при жизни продавца не допускаются к выкупу дети его и, по смерти *неотделенных* детей его, внуки; допускаются они лишь по смерти продавца, буде срок еще не истек и имение между тем другими не выкуплено. При жизни продавца не могут они и другим родственникам уступить право, ибо сами его не имеют (ст. 1355–1361). Не допускаются к выкупу и те родственники, которые, вместо продавцов, к купчим или

при записке в крепостных книгах руки приложили, либо в свидетельстве расписались (ст. 1362).

Общий срок для выкупа трехлетний со времени окончательного совершения купчей, т.е. со времени выдачи ее покупщику, за окончанием всего обряда. Срок этот не восстанавливается тому, кто, оспаривая сам акт, по коему имение перешло в чужой род, пропустил срок выкупа (ст. 1363, 1366). Поелику в этот срок право выкупа предоставляется родственникам без различия возраста, то на практике признавалось невозможным продолжать сей срок для малолетних или приостанавливать течение оного до их совершеннолетия (реш. Моск. Общ. Собр. 1860 г., по делу кн. Хилковой; Касс. реш. 1882 г., № 48).

Выкуп допускается только под условием подлежащего вознаграждения, ибо в законе сказано: *желающий* выкупить имение *обязан уплатить* следующие за выкупом деньги. Итак, невозможно требовать имение на выкуп, не предложив вместе с тем следующей за него цены, и выкуп между частными лицами нельзя подводить под правило обязательного отчуждения, по смыслу коего имущество отчуждается в силу признанной указом государственной необходимости, а следующее за него вознаграждение определяется и выдается после. Посему на практике признавалось, что требование выкупа, без представления следующих на выкуп денег, недействительно и что эти деньги надлежит представлять при самой просьбе о выкупе (Касс. реш. 20 ноябр. 1873 г., по д. Григорова).

Но не все следующие при выкупе платежи представляются одинаково ясными и бесспорными и не все могут быть исчислены при самом начале дела, по усмотрению одной стороны, требующей выкупа. Выкупщик имения должен уплатить: *во-1-х*, цену проданного имения, в том количестве, какое означено в крепости, по которой имение перешло в чужой род; а если имущество от первого покупщика перешло уже в другие руки, и до совершения последующего акта не было требования о выкупе, то должна быть уплачена цена, означенная в последнем акте; *во-2-х*, должен уплатить крепостные пошлины, следующие за новый переход имения обратно в род (1367, 1369 ст.; что в законе разумеются именно эти пошлины, в том удостоверяют приведенные под статьей указы 1800 и 1806 годов). Эти платежи бесспорные, которые во всяком случае следуют владельцу имения и в казну. Без них никакой выкуп не может быть совершен, и они могут быть усчитаны заранее самим выкупщиком. Посему эти суммы должны быть непременно представлены при самой просьбе о выкупе, и по представлении отсылаются, до окончания дела, на хранение и приращение, в Банк (1370 ст.).

Закон упоминает еще о других платежах, которые, по обстоятельствам дела, могут следовать, но могут и не следовать владельцу имения от выкупщика. Это, во-1-х, издержки, которые могли быть употреблены владельцем на поддержание и улучшение имения, и, во-2-х, пошлины, которые владелец, при покупке имения, мог заплатить за совершение акта, по коему он вступил во владение имением. Эти платежи не могут быть заранее предвидены и исчислены просителем о выкупе, ибо, во-1-х, в имении могло быть вовсе не сделано никаких улучшений, а могло еще последовать разорение и уменьшение ценности, за которое владелец обязан отвечать по силе 1372 ст.; во-2-х, если есть улучшения, то проситель не обязан знать об них, и учет их ценности зависит прежде всего от показания самого владельца и затем от оценки; в-3-х, покупатель имения не обязывается непременно платить пошлины с акта; кому платить сии пошлины, это зависит от соглашения сторон при совершении купчей (1428 ст. Зак. Гражд.), и могло случиться, что пошлины были уплачены продавцом. Итак, по условному свойству сих платежей невозможно требовать, чтобы сам выкупщик на них вызвался и определил их количество: эти платежи определяются лишь *обратным требованием* владельца к выкупщику и, в случае спора, процессуальным развитием дела и судебным решением; следовательно, по всей справедливости, невозможно ставить окончание дела о выкупе в зависимость от сих платежей: они могут быть определены и внесены при самом выкупе, но могут и составить предмет особого дела, а по окончании его взыскиваются с обвиненного. Но затем возникает еще вопрос: *как* взыскиваются? Издержки на поддержание и улучшение имения составляют повинность, по существу своему нераздельно связанную с выкупом (хотя по условиям процесса учет их может составлять предмет особого производства); это следует из текста 1367 ст.; посему необходимо признать: 1. Что взыскание сих издержек может быть, по требованию взыскателя, обращено на само выкупленное имение; 2. Что в обеспечение иска о сих издержках может быть на сие имение наложено запрещение по требованию взыскателя. Но этого преимущества нельзя предоставить взысканию пошлин, особо определяемому 1371 ст. и не вошедшему в состав платежей, кои включены в общую формулу ст. 1367.

Право выкупа, хотя и передается по наследству, не составляет, однако, наследственного преемства и не составляет безвозмездного приобретения. Посему от выкупа не зависит личная ответственность за долги продавца, по роду коего дан выкуп (ср. Сб. Сен. реш. т. I, № 323. См. в § 47 другое решение, в коем рассуждено иначе).

Где должны быть начинаемы и каким порядком производимы дела о выкупе, составляют ли они иск, или бесспорное требование, — эти вопросы постоянно возбуждали недоумения в прежней судебной практике, особливо при неясном сознании различия между бесспорным и спорным, или исковым производством. Сама подсудность сих дел определялась различно — то по месту совершения купчей, то по месту положения имения, а производство дел обращалось то к частному порядку (к чему подавали повод выражения, употребленные в указе 19 декабря 1778 г. и в 4049 ст. II тома Св. Об. Губ. Учр., изд. 1857 г.), то, в случае спора, к апелляционному. Недоумения эти должны, по-видимому, прекратиться с изданием нового Судебного Устава и дополнительных к нему правил охранительного судопроизводства. По силе сих правил (1438–1450 ст. Уст. Гражд. Суд.) просьба о выкупе подается Окружному Суду, по месту положения выкупаемого имения. При просьбе непременно представляются: доказательства о праве просителя на выкуп, копия купчей, продажная сумма, в ней означенная, и *двойное* количество крепостных пошлин, внесенных при совершении купчей. Эта безусловная обязанность вносить двойные пошлины не состоит в противоречии с условным положением 1371 ст., ибо она относится лишь к формальностям производства, но не решает вопроса о праве владельца на взыскание пошлин. Просьба о выкупе сообщается владельцу, который обязан представить свое объяснение, и буде желает вместе с тем заявить иск об издержках на имение, должен доставить сведения о сих издержках. Буде в месячный срок это объяснение не доставлено, суд по доказательствам просителя составляет постановление о выкупе, которое не считается заочным, но может быть обжаловано в частном порядке. Если объяснение доставлено после состязания между явившимися сторонами, суд определяет, буде допущен выкуп, и количество издержек, следующих владельцу. Такое определение считается также частным и допускает как частную жалобу, так впоследствии и просьбу об отмене. Но буде владелец при охранительном производстве не заявил иска об издержках, то не лишается права предъявить оный, по силе 899 ст. Уст. Гражд. Судопр., в 3-месячный срок, в порядке исполнительного судопроизводства.

В решении 1880 г., № 126 Сенат разъяснил, что при просьбе о выкупе должна быть представлена продажная сумма тогда только, когда она подлежит выдаче владельцу возвращаемого имения, или залогодержателю; если же выкупаемое имение заложено в кредитном установлении и выданная ссуда не менее той цены, за которую имение приобретено, и если по уставу того кредитного установления долг по залогу переводится на нового приобретателя, то пред-

стоящий перевод долга исключает обязанность представлять деньги на погашение означенного долга.

Выкупивший имущество может требовать, чтобы оно было отдано ему в целости (ст. 1372 Гражд. Зак.). Отсюда возникает для выкупщика право иска на владельца, за уменьшение в составе и в экономической целости имения, от произвольных распоряжений. Этот иск, по свойству своему, требуя особых доказательств со стороны истца, не имеет неразрывной связи с требованием выкупа, и потому, если бы по поводу сего требования проситель, предъявляя иск о вознаграждении, домогался вместе с тем вычета из выкупной суммы, которую обязан представить, владелец имения вправе требовать, чтобы иск о вознаграждении был производим особо от дела о предоставлении выкупа, и выкупная сумма была представлена сполна. Мера ответственности владельца за уменьшение целости имения должна быть определяема на основании правил 609 и следующих статей Зак. Гражд. о вознаграждении частном, причем существенно отличие владения добросовестного от недобросовестного.

1891 март. 27 № 40. По вопросу об обязательности прежних договоров, заключенных по выкупленному, на основании 1346 и сл. ст. т. X ч. 1, родовому имению, Гражд. Касс. Деп. рассуждал, что постановления о выкупе не только ни в чем не ограничивают прав чужеродца по 420 ст. I ч. X т. в распоряжении подлежащим выкупу имением, но, напротив того, из ст. 1369 видно, что цена выкупленного имения определяется не по акту приобретения первого чужеродца, а на основании крепостных актов последующих приобретателей. Таким образом, в период времени, указанного в 1363 ст., чужеродцу принадлежит право залога и продажи подлежащего выкупу имения, и согласно с сим и прочие договоры по сему имению, совершенные в тот же период времени, должны почитаться исходящими от лица, действующего в пределах принадлежащего ему права, и как таковые служат для другого контрагента источником права, законно приобретенного и потому ограждаемого законом. Ввиду сего Департ. находит, что арендные договоры, заключенные покупщиком родового имения, обязательны и для выкупающего.

Право выкупа не распространяется на губернии Черниговскую и Полтавскую (ст. 1354 Гражд. Зак.).

Родственное право выкупа существует по законам прибалтийских губерний, простираясь, вообще, только на недвижимые имения наследственные, а по особым статутам некоторых местностей, и на благоприобретенные, и даже проданные с публичного торга. К выкупу допускаются родственники в порядке призвания к наследству; мужчины исключают женщин лишь в случае состязания. Отречение или устранение от наследства не лишает права на выкуп (Остз. Гражд. Законы ст. 1654–1673).

В 1874 г. постановлено, что право выкупа не распространяется на отчуждаемые от наследственных имений участки крестьянской повинностной земли (в Лифлянд.) и крестьянской арендной земли (в Эстл.).

Право выкупа, тесно связанное с началами семейного быта, развито в особенности в законе Черногории. Таким оно представляется в Законнике 1855 г. и особенно в новом Кодексе 1888 года. Всякая продажа поземельного участка в чужое племя почитается законной лишь в таком случае, когда *свои* не пожелали купить его. Своими же признаются в последовательном порядке близости: кровные родственники (по степени родства в 6 родах) или члены *братства*, затем смежные соседи, затем сельчане одного поселка и наконец члены одного племени. Всем им в последовательном порядке должно быть сначала предложено право покупки, с назначением срока. При публичной продаже производится вызов желающих из целого племени, и продажа совершается по истечении месяца со времени вызова, а закрепляется через 6 часов по совершении торга, если не явились желающие из своих; а затем уже погашается всякое право выкупа. Выкуп не имеет места при мене и при дарении.

В среде комиссии о мерах к поддержанию дворянского землевладения возникло, между прочим, предположение об отмене 1350 ст. Зак. Гражд. не дозволяющей выкупа ненаселенных земель, проданных от лица одного состояния лицам другого. Меру эту комиссия считает полезной для ограждения прочности дворянского землевладения ввиду того, что за освобождением крестьян и выкупом ими усадеб и полевой земли помещичьи имения потеряли свойство населенных, и вследствие сего круг применения постановлений о выкупе сузился: имения сии, проданные в другое сословие, как ненаселенные перестали подлежать выкупу. Вместе с тем комиссия полагает выдавать дворянам ссуды на выкуп из дворянского поземельного банка.

ТРЕТИЙ ОТДЕЛ О ДУХОВНЫХ ЗАВЕЩАНИЯХ

ГЛАВА ПЕРВАЯ

ОБЩИЕ ПОНЯТИЯ И УЧРЕЖДЕНИЯ ЗАВЕЩАТЕЛЬНОГО ПРАВА

§ 53

Завещание – односторонний акт воли. – Общие формы завещания. – Кодицилл. – Словесное завещание. – Привилегированные завещания. – Право делать завещание и лица к сему неспособные. – Право приобретать по завещанию. – Назначение наследника. – Отказы или легаты. – Условные назначения. – Субституция.

Изъявление последней воли есть акт в существе своем односторонний. Держась строго этого понятия, римское право не допускало ни наследственных договоров, ни взаимных завещаний (*test. reciprosum*), в коих воля одного лица выражается в прямой или косвенной зависимости от воли другого. Вообще в римском праве почиталось невозможным завещание, составленное от имени двух или более лиц: такое раздвоение несовместно с единством и свободой воли завещателя. Подобно сему, и французский закон не допускает ни взаимного завещания, ни даже совокупного, хотя бы в пользу третьего лица (*Code C. 968, 1097*); германские законы (пруссский, австрийский) допускают взаимные завещания между супругами, в смысле договора о наследстве.

На форму завещаний все законодательства обращают особое внимание, и потому формы этого акта весьма разнообразны. Письменная форма завещания не повсюду одинаково обязательна. Вообще не устраняется возможность и словесных завещаний, лишь бы возможно было доказать их достоверное содержание, – что крайне затруднитель-

но. Иные законодательства, как, напр., прусское, допускают словесное завещание лишь в некоторых случаях и когда дело идет не о назначении целого наследства, а о частном отказе из наследственного имения. Французский закон не допускает простых словесных завещаний, без формального объявления перед нотариусом и свидетелями. Во всех законодательствах, кроме общей формы завещания, допускается и особенная, упрощенная и облегченная форма для тех случаев, в коих соблюдение полной формы было бы невозможно или затруднительно.

Общие формы завещания. В римском праве завещание отличается от кодицилла. Завещание (*testamentum*) должно содержать в себе *назначение прямого наследника*. Кодицилл (*codicillum*, памятное письмо) включает в себе распоряжения, поручаемые наследнику, или назначение, отказ отдельных имуществ. Для завещания употребляется или чрезвычайная форма публичного акта (принадлежность позднейшей эпохи – акт, представляемый на утверждение правительственного места или самого монарха), или обыкновенная форма (*t. primum*). Существенное ее условие – присутствие семи совершеннолетних свидетелей мужчин, нарочито приглашенных (*testes rogati*, *t. solemnes*). Если завещание словесное, они свидетельствуют о подлинности его и о точном его содержании; если письменное – они могут свидетельствовать и об одной его подлинности, буде завещатель при них только подписал его или объявил своим, не открыв им содержания. Во всяком случае, они скрепляют его своей подписью и печатью. Для кодицилла достаточно пяти обыкновенных свидетелей, с подписью их, без печати; и эта формальность не нужна, если кодицилл составляет дополнение к завещанию, в коем о нем упомянуто. Завещание бывает одно, кодициллов может быть произвольное количество, и эта дополнительная форма представляет еще то удобство, что акт, недействительный в смысле завещания, может быть еще действительным в смысле кодицилла, если завещатель включил в него так называемую кодициллярную статью (*clausula codicillaris*).

Эти римские формы завещательного распоряжения перешли в германское право, вместе с различием между завещаниями и кодициллами. Ныне из германских прав самое строгое относительно формы завещаний – прусское. Прусский закон только в особенных случаях допускает, как исключение, домашнюю форму завещаний; вообще же требуется предъявление завещания в суде, т.е. или записка в судебный протокол последней воли, словесно объявленной, или отдача в суд на хранение письменного, запечатанного завещания. В том и другом случае необходимо личное, непосредственное обращение завещателя к суду. Из этого правила не исключаются и кодициллы, если они писаны более чем на

двадцатую долю наследственного имущества; в противном случае допускается составление домашнего собственноручного акта, или со скрепой нотариуса и одного свидетеля (Pr. Ldr. I, 12 § 7, 66, 160–174). Напротив того, в австрийском законодательстве общая форма завещаний значительно облегчена и упрощена: для собственноручно написанного и подписанного акта вовсе не требуется никакого свидетельства; в противном случае требуется трое свидетелей, из числа коих – в случае словесного завещания – по крайней мере двое должны дать вполне согласное показание о содержании последней воли (577–596). Французский закон, для удобства завещателей, установил троякую форму завещания: 1) собственноручное завещание (t. olographe), своей рукой переписанное и подписанное с числом: это самая простая и удобная для всякого места и времени форма, не требующая оглашения последней воли; 2) публичное завещание (t. publique), непременно требующее оглашения и, сверх того, участия двух нотариусов и двух свидетелей или одного нотариуса и четырех свидетелей, причем оно должно быть от слова до слова продиктовано завещателем, записано нотариусом и потом прочтено завещателю вслух в присутствии свидетелей; 3) тайное завещание (t. mystique) – форма, в которой люди, умеющие только читать, могут изъяснить последнюю волю свою без оглашения. Завещатель, написав завещание своей или чужой рукой, представляет его в запечатанном конверте нотариусу, который в присутствии и за подписью многих (6) свидетелей составляет на самом конверте акт (acte de suscription) о том, что конверт, по личному объявлению завещателя, содержит в себе последнюю его волю. Форма эта соответствует общей форме римского завещания (Code C. 967–980). Французский закон знает только завещание и не упоминает о кодицилле.

Старинная форма канонического права – объявлять завещание, или составлять его при священнике, духовном отце, с двумя свидетелями, не принята гражданским законодательством на Западе.

Привилегированные или особенные завещания. Отличия в форме завещаний устанавливаются для некоторых лиц, или для некоторых случаев, большей частью в видах облегчения формы, но иногда и в видах умножения предосторожностей (таковы, напр., по римскому праву, завещания слепых, с прибавлением свидетеля и пр.; во Франции (978, 979) завещания безграмотных; завещания французов за границей (999, 1000); прусские завещания неумеющих писать и иноязычных). Самая известная из облегчительных форм – форма солдатского завещания. Римское право не требовало никаких формальностей – требовало только возможности удостоверить волю солдата, если он делает завещание во время *похода*; такое завещание сохраняло силу в течение года после отставки. В новейших законо-

дательствах льгота не так велика. Прусский закон признает достаточным, во время *сражения*, словесное объявление воли двум свидетелям или обер-офицеру; в другое же время требуется письменная форма со свидетелями. В первом случае завещание теряет силу по возвращении из похода; в последнем – через год после мира. Впрочем, и невоенным людям предоставляется подобная льгота посреди военных опасностей. Французский закон предоставляет льготы военным людям в осадном положении, или на службе вне отечества, или в плену у неприятеля. Вся льгота состоит в том, что вместо нотариуса и 6 свидетелей допускается участие военного начальника, или коменданта и свидетелей, в числе двух. Действие военного завещания ограничено 6-месячным сроком по возвращении.

Особливые упрощенные формы допускаются для завещаний, составляемых во время заразной болезни, во время морского путешествия, в деревне или у крестьян (римс., франц.). Прусский закон, удержав позднейшую римскую форму завещания, объявленного непосредственно монарху (*t. principi oblatum, dem Landesherrn überreichte Testament*), присваивает ему значение привилегированного.

В Англии завещание должно быть письменное: словесные завещания (*nuncupative will*) допускаются только для солдат. Для действительности акта требуется только, чтобы подпись была сделана или признана завещателем в присутствии свидетелей, не менее двух, которые подписываются на акте.

Право делать завещание (*testamenti factio activa*) принадлежит всякому, кто пользуется полнотой прав гражданских и соединенной с ними власти (*Rechtsfähigkeit*). Эта полнота наступает *с возрастом*. В завещании предполагается совершенная свобода личной воли, и потому для несовершеннолетних не допускается дополнение личной воли волей попечителя в завещательном акте. Для устранения неудобств, соединенных с этим правилом, законы допускают особое совершеннолетие – для завещательной власти. В Риме дозволялось 14-летним (12 лет для женщины) делать завещание. Новейшие германские законы допускают полную завещательную власть с наступлением 18-летнего возраста; французский закон требует для сего двадцати лет с годом. Но и ранее этих сроков допускается власть неполная; так, в Пруссии и в Австрии 14-летнему дозволено объявлять словесное завещание перед судом. Французский закон, не давая еще 16-летним власти совершать дары, предоставляет им завещать, но не более половины того, что могли бы они, будучи совершеннолетними. Прежние законы почти повсюду на Западе лишали женщину права делать завещание, без согласия опекунов или прямых наследников; ныне уже повсюду (кроме Англии) снято это запрещение. И там, где женщина

лишена власти совершать дары, ей дано право делать завещание (в том соображении, что этим последним правом не нарушается, при жизни женщины, мужняя или иная власть, над ней поставленная)¹.

Признанные расточители могут, по прусскому и австрийскому праву, завещать только половину своего наследства. По французскому закону, расточитель, неповрежденный в уме, и даже слабоумный, если к тому или другому представлен только судебный попечитель (*conseil judiciaire*), могут и без его согласия делать завещание. По некоторым законодательствам (напр., австрийск.), завещательная власть ограничивается или вовсе отменяется некоторыми преступлениями, вступлением в монашество и т.п.

Право приобретать по завещанию (*testamenti factio passiva*) предполагается также вместе с полнотой прав гражданских. Некоторые лица объявляются неспособными приобретать по завещанию, или безусловно, или относительно, по особым отношениям к завещателю. Неспособными почитаются лица, кои не были еще зачаты в минуту смерти завещателя. Это правило, общее для наследства по закону и по завещанию, принято почти повсюду. Только в итальянском кодексе сделано из него исключение (ст. 764): могут приобретать по завещанию дети известного лица, находящегося в живых при смерти завещателя, хотя бы они сами в эту минуту не были еще и в зачатии. Неспособными почитаются присужденные к наказаниям, кои по закону лишают права приобретать по завещанию; так, по французскому закону, лишены сего права присужденные к *peine afflictive perpetuelle*: им предоставляется по завещанию только содержание (*aliments*). Особенным ограничениям подвергаются отказы в пользу учреждений и корпораций: для действительности их требуется утверждение подлежащего правительства. Некоторые лица закон объявляет неспособными приобретать по особым отношениям к завещателю. Цель этих запрещений, которые не одинаковы в разных законодательствах, — нравственная: устранить ожидание прибыли, расчет или корыстную сделку в отношениях, коих нравственная чистота охраняется законом. (Иногда это запрещение между двумя лицами — взаимное, иногда — только одностороннее.) Особенно обильно такими запрещениями французское законодательство, вообще далеко простирающее заботу об охране предупредительными мерами нравственных отношений. Так, напр., французский закон запрещает опекуну приобретать по завещанию от питомца, покуда последний еще не вышел из опеки

¹ Любопытным остатком прежних запрещений оставалось еще недавно в гражданском кодексе г. Любека особое право *вдовы* делать завещание *о своем* имуществе, если покойный муж ее к сему уполномочил своим завещанием.

и даже после того, если счета по опеке еще не очищены; незаконным детям – от отца, сверх законной доли; врачу и священнику – приобретать от больного, которого лечил или напутствовал перед смертью.

Назначение наследника. Существенное содержание завещания, по римскому праву, составляет назначение наследника, и притом *прямое*, т.е. назначение такого преемника, который прямо, без посредства и независимо от всякого другого лица, имеет вступить в права умершего по имуществу (это называется *institutio heredis*, *Erbeinsetzung*). Назначение это должно быть ясное, неподлежащее сомнению (*certum consilium testantis*) и иметь в виду известное лицо (*certa persona, quam certa opinione animo suo testator subiciebat*), т.е. требуется, чтобы лицо наследника ясно определялось, хотя бы и не было названо прямо по имени. Завещание без назначения прямого наследника немыслимо (*in primis opus est, ut aliquis recto jure testamento heres instituitur ejusque fidei committatur ut eam hereditatem alii restituat: alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur*).

Завещательное назначение наследника простирается или на все наследственное имущество, или на количественную долю его (*quota pars*). Если же по завещанию назначаются известным лицам лишь отдельные вещи, имущества или суммы, без прямого наследственного определения, эти лица становятся только преемниками права на известную вещь (*singularis successio*) и называются легатариями. Легатарий не есть наследник. Наследники все вместе вступают в целое право умершего по имуществу (*in universum jus*) и ограничивают друг друга взаимно в одном исключительном круге, так что, если бы один из них выбыл, доля его идет в приращение прочим (*jus accrescendi*), ибо все они наследуют вместе и в целости. Наследуя, они вступают в имение непосредственно, а не через кого-либо другого. В силу этого они представляют гражданскую личность умершего и отвечают за него в имуществе безгранично. А легатарий не представляет умершего, не отвечает за него, назначенное имущество получает не прямо, а от прямых наследников.

Завещатель может назначить не только одного, но сколько ему угодно наследников, и определить долю каждого, или назначить все всем вместе: в последнем случае они наследуют поровну (целое наследство технически называется *as*; *heres ex asse* – единственный наследник целого; количественные доли наследства – *unciae*, коих примерное число 12; 2 унции – *sextans*, 3 унции – *quadrans*; отсюда – *heres ex uncia*, наследник в доле). Во всяком случае, наследство по завещанию обнимает непременно всю совокупность наследственного имущества (совершенная противоположность русскому закону, по коему может быть в одно время наследство и по закону, и по завещанию). Римское право не допускает в наследстве

по завещанию имущества, остающихся вне завещания; но как наследство по закону принадлежит все в совокупной целости законным наследникам, так и наследство по завещанию принадлежит в совокупной целости наследникам по завещанию, так что если какая-либо часть наследственного имущества осталась без прямого назначения в завещании, она распределяется по разверстке (*pro rata*) между наследниками, назначенными в завещании, как нераздельная часть целого или приращение к целому; так точно и оказавшийся недостаток распределяется между всеми к уменьшению доли каждого. Это свойство выражается в известном положении римского права: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*¹, и в связи с этим свойством состоит римское отличие завещания от кодицилла.

Это римское строгое понятие о наследстве по завещанию отразилось и в общегерманском праве, однако же утратило свою силу во многих новейших законодательствах. Австрийский закон вовсе не принимает его, допуская наследство по завещанию вместе с наследством по закону (*Oest. Ges. b. 554, 556*), если остается имущество, не определенное в завещании. Прусский же закон допускает подобное соединение завещательного наследства с законным в том лишь случае, когда на то была воля завещателя (*Lrd. 1. 12. § 254–260*). Французский закон не принял строго римского положения о назначении прямого наследника по завещанию. Как бы ни выразился завещатель в своем завещании, назначил ли он прямого наследника, или легатария, закон присваивает тому и другому распоряжению одинаковую силу; но, устанавливая между легатариями тройное различие: *legataire simple*, *à titre universel* и *universel*, французский кодекс присваивает последнему полное право наследника с полным представительством (если нет наследников по закону); но *legataire à titre universel* не считается прямым наследником: он только преемник имущества (*successeur aux biens*) и отвечает лишь в мере того, что получил (*Code Civ. 1003–1013*). Кто принял простой отказ, тот вовсе не отвечает за долги умершего, разве бы потребовалась урезка для пополнения недостатка на удовлетворение всех отказов или на пополнение законной доли прямого наследника (ст. 1024). Вообще, когда к имению есть наследник и последовало полное слитное принятие наследства, то кредиторы умершего вотчинника становятся кредиторами наследника наравне с его личными кредиторами; а в такое же положение вступают и те лица, коим сделаны просто отказы, ибо они требуют себе удовлетворения от того же наследника. Посему на практике принято, что кредиторы умершего, если желают себе удовлетворения преимущественно

¹ Исключение из этого правила было допущено в Риме для военных завещаний.

пред преемниками простых отказов, должны просить об отделении долгов умершего от долгов наследника (*separation des patrimoines*).

Условия. Во всех законодательствах общие постановления об условиях обыкновенно помещаются в общей части учения и договорах и обязательствах. Посему, по поводу завещаний, не лишним будет указать здесь на главные виды и свойства условий. Определение воли делается под условием *утвердительным* (*cond. affirmativa*: если то и то случится) или *отрицательным* (*c. negativa* – если не случится); условие может быть поставлено в зависимость от *произвольного действия*, состоящего во власти лица (*cond. potestativa*: если Иван будет иметь попечение о брате, если кончит курс в университете, если вступит в брак), или от *случайного события* (*c. casualis*: если у Ивана будут дети). От условия может быть поставлено в зависимость начало права или юридического состояния (*cond. suspensiva*) или прекращение того, либо другого (*cond. resolutive*). Условие может оказаться физически или юридически невозможным к исполнению (*quae natura, quae jure impleri non possunt*) или нравственно невозможным (*c. contra bonos mores, c. turpis*). Условие считается *неверным* (*pendet conditio*), доколе еще неизвестно, последует или не последует условное событие; условие *отпадает* (*deficit*), когда нет уже сомнения, что условное событие не последует вовсе; условие считается *наступившим* (*impletur, existit*), когда наступило условное событие. Покуда условие еще неверно, заинтересованное лицо, состоящее под условием (*sub conditione*) еще не имеет права, долженствующего возникнуть для него с наступлением условия, следовательно, не может и требовать осуществления, а имеет только ожидание, расчет на осуществление в будущем (*spes debitum iri, jus futurum*), но в силу такого ожидаемого права заинтересованное лицо может наблюдать за *охранением* имущества или права, составляющего предмет интереса, и ожидаемое право его может, глядя по свойству отношения, переходить и к его наследнику. Другая же сторона, от коей ожидается исполнение или осуществление, состоит под обусловленной повинностью и не должна препятствовать наступлению условленного события. С наступлением же условия право заинтересованного лица возникает и вступает в силу само собой, без особого объявления воли; действие сего права во всяком случае возводится к той минуте, когда наступило условие.

Существенное свойство условия есть *неизвестность*, неверность события, с коим оно связано; вследствие того неверным становится и право, связанное с условием. От того, когда условие невозможно, оно само собой отпадает, ибо в самом начале наверно известно, что событие не случится. Напротив того, когда право связано со сроком, т.е. с наступлением известного момента во времени, тогда право в самом начале своем получает из-

вестность и верность, но только отдалается осуществление права, ибо с течением времени известный момент срока непременно должен наступить. В сем состоит различие между условием (*conditio*) и сроком (*dies*), и это различие отражается на приобретении права, связанного с тем или с другим. Срок так же, как и условие, может иметь или *отлагательную*, или *прекратительную силу* (см. о сем у Savigny. System. III. стр. 120–226).

Назначение наследника могло быть, по римскому праву, или безусловное, или под условием, лишь бы условие не было безнравственное и противозаконное. Назначение наследника под условием будущего, возможного, но неизвестного события, допускалось. Итак, допускалась возможность, по смерти завещателя, такого промежутка, в котором остается неизвестным, кто будет по нем наследником и будет ли действительно наследником то лицо, которое назначено условно. (Полезно обратить на это внимание ввиду существующего у нас мнения о невозможности допустить назначение наследника под отлагательным условием.) Но несмотря на сей промежуток неизвестности, понятие о непрерывности наследственного преемства нисколько не нарушалось, ибо, по римскому праву, с наступления условия право назначенного наследника возвращалось все-таки поначалу к минуте смерти вотчинника-завещателя. Это возвратное действие права, сообразное со свойством наследования, не применялось к отдельному отказу.

Понятно, с другой стороны, почему римское право не допускало подобного промежутка неизвестности, когда назначение наследника связуемо было со *сроком*; в таком случае срок отпадал и считался обязательным. Право, связанное с отлагательным *сроком*, быв поставлено в зависимость от неизбежного события, получает, как выше изложено, с самого начала полную известность и определительность; следовательно, в сем случае нет никакого основания отлагать до срока наступление права, и непрерывность преемства заявляет себя немедленно. То возвратное действие, которое указано было в предыдущем случае (с отлагательным условием), может совершиться во всякое время отпадением отлагательного срока (см. Savigny. System. III. стр. 152, 211). Что касается до условия или срока *прекратительного*, то это действие не допускалось римским правом в назначении наследника, и подобное условие признавалось несуществующим, в силу того правила, что наследственное право, быв однажды приобретено, продолжается непрерывно и не может прекратиться (*semel heres semper heres; heres manebit, qui semel extitit*).

Эти постановления римского права приняты и в новейших законодательствах, в коих существует законное понятие о назначении наследника или общего преемника завещателю. Достойно замечания поста-

новление итальянского кодекса (ст. 857, 859), что до наступления условного события, имеющего отлагательную силу, к наследству определяется в администраторы один из сонаследников или предполагаемый по закону наследник завещателя.

По неопределительности нашей терминологии мы употребляем одно только название – *условие*, в общем смысле условного или уставного, учредительного определения воли (квалифицированной). Но в этом общем понятии следует различать существенно различные категории. Так, в юридическом смысле условие (*conditio*) отличается от учредительного определения (*modus, mode, Zweckbestimmung, Verwendung*) относительно образа пользования имуществом и употребления оно, или налагаемых повинностей (*charge*), – определения, составляющего исключительную принадлежность дарственных и завещательных актов. Как в том, так и в другом заключается самоопределение воли о мере и количестве создаваемого права, а отличие между тем и другим следующее. В условии само образование права в лице приобретателя постановлено в зависимость от условного события (если последует то и то, когда наступит положенное время, если окажется такое и такое качество, если совершится такое и такое действие); но условие само по себе не имеет принудительной силы. Напротив того, в чистом учредительном определении приобретение права не зависит от предугаженного действия или события; право это входит в силу само собой, но как скоро оно возникло, учредительное определение получает в нем силу принудительную. Вследствие того последнее удобнее и выгоднее для того лица, к кому относится, нежели первое: приобретение права совершается верно, без отсрочки и без рискованного расчета на неверное или только возможное событие, и в случае невозможности исполнения определенного эта невозможность не обращается во вред приобретателю, ибо тогда связывающее его определение совсем отпадает. Но как условие, так и учредительное определение не всегда встречаются в чистом виде: в последнем иногда заключается и первое; поэтому весьма важно бывает в каждом данном случае определить истинное значение завещательной воли, по выражению, по намерению и по предмету, к которому оно относится: что в нем заключается существенно – условие или учредительное определение. Римское право указывало, в случае сомнения, истолковывать волю ближе в смысле определения, чем в смысле условия (см. Savigny. System. III § 128. Scheurl. Zur Lehre von den Nebenbestimmungen, Erlangen. 1871).

Субституции. Самый значительный вид условных завещаний есть так называемая *субституция* (*substitutio*), т.е. назначение последующего наследника, кто должен наследовать после первого избранного в наследники лица, установление наследственного преемства не на случай

своей только смерти, но и на случай смерти ближайшего по завещанию наследника. В римском праве известны были 4 вида субституции.

1. Простая субституция (*s. vulgaris*): назначение подставного наследника на случай, если настоящий или передовой наследник не в состоянии будет или не захочет принять наследство. 2. Родительская субституция (*s. pupillaris*): назначение, в силу родительской власти, наследника малолетнему, состоящему во власти завещателя, на случай, если он умрет, не достигнув завещательного совершеннолетия. 3. Подобная родительской (*s. quasi pupillaris*): право восходящих родственников (по закону Юстиниана) назначать подставного наследника своему нисходящему, лишенному рассудка, если он умрет, не придя в рассудок. 4. Фидеикоммисс (*s. fideicommissaria*): поручение ближайшему или законному наследнику сохранить наследство и передать его или оставить по смерти своей другому лицу. Лицо это может быть заранее избрано и поименовано в завещании, или может быть предоставлено выбрать его из числа членов целого семейства (*fid. familiae relictum*). Таким образом, участниками фидеикоммисса представляются два лица: один так называемый *преемник на вере* (*fiduciarius greve de substitution*), тот, кому поручено наследственное имение; другой – избранный наследник фидеикоммисса (*heres fideicommissarius*). Эта форма завещаний образовалась в Риме при действии строгого закона, не допускавшего между некоторыми лицами прямой передачи наследства по завещанию. Чтобы обойти этот закон, иной завещатель, желавший передать имение такому лицу, с которым не было у него завещательного правообщения (*testamentifactio*), поручал имение на вере другому лицу, кому мог по праву завещать, с тем, чтобы тот его передал после по мысли и намерению завещателя. Такое поручение могло сначала основываться исключительно на доверии, ибо только со времен Августа подобным поручениям присвоена была обязательная сила. Фидеикоммисс переходил в качестве наследства: но при сем завещателю предоставлялась полная свобода ограничивать пришествие такого наследства в силу наступлением положенного срока (что было невозможно в обыкновенном завещании). Кроме того, фидеикоммисс мог простирались и не на целое наследство, а на некоторую часть его, или особенное имение, и кроме фидеикоммисса было возможно назначать по тому же завещанию другие имения прямым наследникам. Фидеикоммиссарный наследник, подобно прямому, принимает на себя и ответственность за долги умершего, но лишь соответственно полученной доле всего имения.

Все эти четыре вида римской субституции приняты в прусском законодательстве; австрийское не приняло родительской и подобной родительской субституции на том основании, что та и другая тесно связа-

ны с римской идеей родительской власти. Во Франции была издавна употребительна фидеикоммиссарная субституция, но признана вредной, как учреждение, противное началу гражданского равенства, добрым нравам, общему закону наследства и интересам государственного и частного хозяйства. Посему учреждение это отменено в 1792 году, и ныне во французском законодательстве остается правило (796–798 ст.): субституции запрещены. Исключение допускается для маиоратов и еще для двух особенных случаев (ст. 1048–1051). Впрочем, французская практика признает запрещенной только такую субституцию, в коей устанавливается последующий наследник *на случай смерти* предыдущего; но под это запрещение не подходят, напр., такие распоряжения, коими полагается поручить третьему лицу передачу имения его наследнику, по смерти завещателя, хотя бы по прошествии назначенного срока или по наступлении указанного события. Запрещение это не касается и случаев так называемой *простой* субституции, для коей, впрочем, французский закон не удержал ни особого учреждения, ни особого названия; о прочих же видах субституции французский закон не упоминает.

Субституции (entails) свободны в английском законодательстве и служат (совокупно с правом наследования первородных) могущественным средством для удержания в одной фамилии больших имений. В Англии выказывается во всей силе практическое значение маиората. При помощи субституции все землевладение в Англии сосредоточилось в одном сословии, и из крупных землевладельцев образовалась аристократия, сильная своим независимым положением. С этой стороны субституция стала в Англии важным политическим учреждением, нераздельным с целой системой общественных учреждений и строя государственного. Но, с другой стороны, в Англии же явственнее, чем где-либо, обнаруживаются вредные последствия этого учреждения для целой экономики общественного быта: изучение этой оборотной стороны английского маиората должно предостеречь всякого законодателя, кто пожелал бы, увлекшись блестящими свойствами и громадным политическим значением английской аристократии, перенести на свою почву учреждение, столь много способствовавшее к упрочению силы в знатных родах. При помощи субституции сосредоточение поземельной собственности в Англии дошло до того, что число землевладельцев, простирающееся в 1786 году до 250.000, ныне едва доходит до 30.000, и приобретение поземельной собственности сделалось доступным только для громадного капитала. Налагая на целый ряд поколений правило неотчуждаемости имения, субституция стесняет множество лиц в законных интересах, и приносит в жертву одному политическому интересу много других интересов государственных, коих важность более и более обнаруживается. Так, напр., отношения землевладельцев к съемщикам земли или фермерам, представляющие обществу и правительству неразрешимый узел затруднений, усложнились и запутались, благодаря учреждению субституции, которая делает невозможным долгосрочные сделки об аренде и стесняет землевладельца в

хозяйственных распоряжениях по имению – правом наследующих по нем поколений. Ограничивая право собственности его и свободу хозяйственного распоряжения, она стесняет доброго хозяина в улучшениях хозяйства, а беспечного побуждает к издержкам выше средств, кредиторов же несостоятельного должника лишает возможности получить полное удовлетворение из ценности имения.

§ 54

**Исполнители завещания. – Общие и отдельные отказы. –
Законная мера отказа. – Вступление в силу отдельного отказа. –
Отмена завещания. – Открытие, оглашение и явка. –
Истолкование завещания. – Законная доля. – Лишение
наследства. – Завещательное наследство в прибалтийских
губерниях. – Мусульманское завещание.**

Исполнители завещания. И без назначения фидеикоммисса есть возможность в иной форме достигнуть той же цели с назначением прямого наследника. Можно назначить имение в пожизненное или срочное пользование (узуфрукт) одному лицу с тем, чтобы тот передал его или оставил другому – прямому наследнику; можно достигнуть подобной же цели назначением исполнителя последней воли, а по французскому закону – назначением так называемого легатария à titre universel.

Назначение исполнителя последней воли (executores, exécuteurs testamentaires, trustees) допускалось у римлян (по завещанию testamentarii; по соглашению наследников – conventionales; по назначению от правительства – dativi), но с ограниченным правом, ибо с римским понятием о свободе последней воли не согласовалось предоставление ее усмотрению стороннего лица. Вообще, как, по римскому праву, предполагалось в завещании назначение наследника, состоявшего в обязанности исполнить все распоряжения завещателя относительно отказов, то назначение особых душеприказчиков не могло быть употребительно. Напротив, в новейших законодательствах исполнителю завещания присваиваются обширные права. Исполнитель (по-нашему – душеприказчик) призывается к исполнению воли и распоряжений завещателя относительно целого наследства или некоторых частей его по всему составу завещания или по некоторым его частям. Звание это вольное: к принятию его нельзя обязать или принудить; но, приняв его, исполнитель уже не вправе его покинуть и становится в ответственное положение человека, обязавшегося поручением (mandatum), разве бы оказалась невозможность в исполнении. Он обя-

зан действовать добросовестно, но не обязан действовать на свой счет и своими издержками; с другой стороны, предполагается, что он действует безвозмездно, хотя не запрещается обыкновенно и ему получать отказ по назначению завещателя. Он обязан отчетностью перед наследниками (по франц. закону, обязан представить отчет уже по истечении года от смерти завещателя). Если душеприказчиков несколько, то, по франц. закону, они связаны солидарной ответственностью. Но, принимая на себя ответственность, они получают и сообразную власть иметь право, которому должны подчиниться наследники, коих он представляет в силу завещания. В качестве исполнителя, он служит и ближайшим истолкователем воли завещателя и распоряжается, по назначению его, имением, к охранению его, приведению в известность, очищению от долгов и к удовлетворению наследников и всех получателей по завещанию.

По английскому закону, никто не имеет права вступить в распоряжение имением по завещанию, доколе полномочие его к тому не удостоверено. Такое полномочие зависит или от воли завещателя, назначившего по себе исполнителя, приказчика своей воли (executor), или от правительственного учреждения. Первая обязанность приказчика, назначенного по завещанию, – представить оное к утверждению в явочную палату, которая, приняв от него присягу, утверждает его полномочие. Если же в завещании не назначено приказчика или назначенный выбыл, то та же явочная палата может, по просьбе заинтересованного в наследстве лица (как-то: ближнего родственника, наследника по закону, преемника по завещанию, или даже кредитора), приняв от него присягу, утвердить его в звании ответственного распорядителя по завещанию (Administrator with the will annexed).

Общие и отдельные отказы. Французский частный преемник (legataire á titre universel) отличается от общего по имению преемника (legataire universel) тем, что при первом всегда есть еще место прямому наследнику, а при последнем может и не быть ему места. Частный преемник получает количественную часть всего имения (напр., половину, треть и т.п.), или цельную категорию имуществ изо всего имения (напр., все недвижимое, всю движимость), либо количественную долю целой категории (напр., половину недвижимого, треть движимого). Общий преемник всего имения вступает в него непосредственно, буде нет прямых наследников; частный преемник должен требовать своей части от наследника или общего преемника.

Отдельный отказ (legatum, legs particulier, Singularvermächtniss, legatum – от *lex*, т.е. закон, приказание, даваемое завещателем наследнику – выдать такому-то то-то) есть назначение в пользу лица, не состоящего наследником, отдельной вещи или отдельного права по имуществу; то и

другое может быть в наличности, в составе наследственного имущества, но может и не быть. В последнем случае предполагается, что обязываемое завещателем лицо должно своими средствами добыть, или из своего имущества доставить, указанную вещь или право. Вследствие того предметом отказа, по римскому праву, могла быть и чужая вещь, принадлежащая стороннему лицу (если только завещатель не принял ее за свою по ошибке); в таком случае надлежало приобрести эту вещь и отдать ее, либо ее цену, тому, кому она отказана. Французский закон (1021), во избежание затруднений в истолковании последней воли, вовсе не признает подобных отказов. Кроме наличных предметов и имуществ, отказ может состоять в денежных суммах, в праве пользования, в сервитуте, в обеспечении существующих требований. Вообще, по римскому праву, легатарии присваивалось законное право обеспечения на имении, переходившем от завещателя к тому лицу, на чью обязанность возложено было удовлетворение отказа; новейшие законодательства предоставляют в подобных случаях легатарии право требовать обеспечения. Еще предметом отказа может служить установление в пользу легатария новых требований (напр., права на содержание, или алименты, на ежегодные выдачи и пр.) или передача ему требований и исков самого завещателя (*nomen legatum*), освобождение его от долга (*liberatio legata*). Вообще в силу отказа само по себе возникает личное требование от легатария, как одаренного, награжденного лица (*honoratus*), к подлежащему исполнительному, или повинному лицу (*oneratus*). Одним из самых употребительных в Риме и сложных отказов был отказ о назначении приданого (*dos legata, legatum dotis constituendae*).

Отказ непременно должен лежать на чьей-нибудь повинности. Повинным лицом может быть не только наследник по завещанию, но и всякий, в чью пользу сделано завещателем назначение. Если повинное лицо не поименовано, то повинность упадет соразмерно на всех наследников. Лицо, повинное в отказе, не может быть юридически тождественно с лицом награжденным, ибо никто не может быть сам своим должником. Посему, если отдельный отказ заранее назначается в пользу одного из наследников (это называется *praelegatum*), он приобретает долю отказа, падающую на его наследственную часть, не в качестве легатария, но в качестве наследника.

Законная мера отказа. Отказная повинность, возлагаемая по завещанию, не должна превышать меру того, что повинное лицо по завещанию получает: свыше этой меры всякий может уклониться от исполнения (*nemo oneratus, nisi honoratus*). Таково общее правило. Он него отступает только австрийский закон, постановляющий, что не только наследник, принявший наследство, но и легатарий, принявший назначенное ему, обя-

заны безусловно выполнять все, возложенные на них отказные повинности (Oest. Ges 650, 801): отказная повинность уравнивается в сем случае с поручением (*mandatum*), которое, быв принято, должно быть исполнено.

Но римское право не довольствуется и вышеуказанным правилом уравнивания отказной повинности с данным средством к ее исполнению. Оно позволяет еще наследнику урезать отказ до такой меры, чтобы в пользу его оставалась четвертая часть всего, что ему назначено по завещанию, до законной четверти (*quarta falcidia*, *quarta legis falcidiae portio*). Та же льгота предоставляется доверенному преемнику (*fiduciarius*) относительно фидеикоммиссария, которому он должен сдать имение (в этом случае четверть носит, по имени другого закона, другое название: *quarta Trebelliana*). Легатарии подобная льгота предоставляется лишь в таком случае, если и ему приходится терпеть на сем же основании урезки из следующего ему отказа. Предоставление такой льготы соответствовало общей идее римского закона благоприятствовать исполнению последней воли: в этой мысли закон старался облегчить положение наследника, дабы он, из-за несоразмерных отказов, не уклонялся от принятия наследства. (Не ранее Юстинианова времени завещателю дозволено было воспрепятствовать своему наследнику четвертую урезку.) Посему новейшие законодательства, уклонившись от этой идеи римского права, не приняли и этого льготного правила (Preus Ldr. I. 12. § 334, Code Civ. 921, 1009, Oest. gsb. 690). Австрийский закон позволяет, впрочем, наследнику требовать себе соразмерного вознаграждения за труды и издержки, если все его наследство исчерпано отказами. Эту льготу в пользу наследников по завещанию следует отличать от льготы в пользу наследников по закону, для обеспечения им полной законной части.

Вступление в силу отдельного отказа. Действие отказа начинается, по римскому праву, со смертью завещателя, если только в эту минуту лицо, в пользу коего отказ сделан, находится в живых, или в зачатии. В таком случае отказ делается в лице преемника и наследственным, т.е. его наследники могут вступить в его право, хотя бы он и не приобрел еще во власть свою отказного имущества (это называлось технически *dies legati cedit*). Однако, если отказ поставлен в зависимость от срока или условия, он вступает в силу лишь с исполнением условия. Напротив, кто не был в живых, или в зачатии в ту минуту, когда надлежало отказу прийти в силу, тот не вступил в право сам и, стало быть, не мог передать его своим преемникам¹. От этой минуты вступления отказа в силу, а преемника в право

¹ О юридическом значении терминов *dies cedens*, *d. veniens*, и вообще о приобретении отказов, см. ст. Zur Lehre vom Erwerbe der Vermächtnisse, в Arch. Civ. Pr. 1864 года.

отличается, по римскому праву, минута, с которой право становится открытым для осуществления, соединяется с правом на иск (это называется: *dies legati venit*). Поелику отказ следует преемнику не прямо, как наследство, но посредством третьего лица, то для осуществления права необходимо еще, чтобы в наличности состояло это третье лицо, в *открытой ответственности* перед преемником. Для сего требуется, чтобы подлежащий наследник вступил в наследство или чтобы наступил день и срок, буде он назначен завещанием. Затем переход к действительному обладанию предметом отказа зависит уже от личной деятельности награжденного отказом лица, смотря по свойству каждого права (напр., собственность и *jura in re* приобретаются для легатария сами собой, *ipso jure*, отказанное ему требование тоже само по себе переходит к нему).

Из числа новейших законодательств, во французском и в австрийском, минута вступления отказа в силу и приобретения определяется так же, как в римском праве (*Oest. gsb.* 684; *Code Civ.* 1014). Прусский закон, напротив того, полагает в большей части случаев право собственности на отказ, приобретенным в минуту смерти завещателя, хотя действительной передачи имущества можно требовать лишь по прошествии законных сроков, положенных наследнику на обозрение наследства до решительного отказа. По французскому закону, простой легатарий имеет право на плоды и приращения отказанного имущества лишь со дня предъявленного требования (*demande en délivrance*), а со дня смерти завещателя лишь в двух исключительных случаях: когда это именно предоставлено ему завещанием и когда предметом отказа служит пожизненное содержание в виде алиментов. По французскому закону, даже настоящий наследник по завещанию (или общий преемник по имению), если остался еще после умершего наследник по закону, коему ничего не назначено в завещании (*héritier réservataire*), обязан предъявить к нему требование о сдаче имения (*Code Civ.* 1004–1006, 1011, 1014–1016).

Отмена завещания. Для приведения в действие завещания необходимо: чтобы оно не было отменено завещателем, чтобы оно было открыто и оглашено надлежащим порядком, чтобы оно было понятно и истолковано как следует. Всякому завещателю вольно отменить свое завещание. Это безусловное его право. Отменить завещание может он или безгласно и косвенно, или открытым выражением воли об отмене. Он может просто уничтожить акт завещания; может составить другое завещание. Впрочем, последний способ не всеми законодательствами признается в одинаковой силе. В римском праве предполагалось у каждого одно завещание (так как назначение наследника простиралось на все имение), и прежнее завещание всегда устранялось последующим. Но где возможно составление не-

скольких завещаний, так по смыслу каждого возможно сомнение в том, в какой мере и в чем они между собой согласуются, или одно другому противоречат. Посему французский закон (1035–1037), а также прусский постановляют, что прежнее завещание отменяется последующим только в том, в чем оба между собой не согласны. Прусский закон позволяет отменять завещание простым отобранием его из судебного места, куда оно положено на хранение. По английскому закону, завещание считается отмененным со вступлением завещателя в брак.

Положительная воля об отмене прежнего завещания должна быть выражена, по французскому закону, в другом, правильно совершенном завещании, или в особом нотариальном акте; по австрийскому закону (710), – в акте, собственноручно писанном и подписанном (словесное завещание отменяется в той же форме, в какой совершается); по прусскому закону (1, 12, § 587–592), – непременно в новом завещательном акте, с объявлением перед судом.

Открытие и оглашение завещания. По римскому праву, надлежало письменное, запечатанное свидетелями завещание открывать и прочитывать вслух (*recitatio*) в присутствии судьи, по требованию заинтересованного лица и по удостоверении смерти завещателя, при тех же свидетелях, когда они утверждают подлинность своих печатей. Тот же обряд перешел в общегерманское право, но применение его требовалось не во всех случаях. Завещание утверждалось судом. Ныне прусский закон требует непременно открывать завещание публичным порядком, в суде, с надлежащим оглашением (*apertura, recitatio, publicatio*. Ldr. 1, 12, § 208–241). Того же требует косвенно и австрийский закон (797–799, *Ausweisung des Rechtstitels*). По французскому закону, судебное открытие требуется для собственноручных и тайных завещаний. Завещание представляется в подлежащий суд, где его открывают, составляют протокол с описанием внешних его принадлежностей и отправляют его на хранение к нотариусу, вместе с протоколом. Тайное завещание следует еще открывать в присутствии нотариуса, кто его принял, и наличных свидетелей, кто был при принятии. Это обряд считается необходимым для удостоверения подлинности акта и его тождества. Для публичных завещаний (*authentique*) этот обряд не требуется. Если завещание собственноручное или тайное, то даже общий преемник имения не может требовать ввода во владение без особого приказа от судебного председателя (Code C. 1006–1008). По английскому закону, всякое завещание должно быть *явлено* по смерти завещателя. Местом явки до последнего времени были суды церковные (всего 372), но уже в нынешнее царствование, в 1858 году, учреждено для сей цели особое установление под названием явочной палаты (*court of Probate*), при коем состоит главная

контора регистрации завещаний в Лондоне, и сорок местных контор (registries) в разных местах Королевства. Сюда представляются от исполнителей или приказчиков завещания для явки и утверждения. Но в какой бы из местных контор ни было явлено завещание, копия с него во всяком случае должна быть представлена в центральный Лондонский архив (в так наз. Doctors Commons, а с 1874 года в Somerset-House). Обряд явки двоякий: обыкновенный и формальный (in common form and in form or law or solemn form). Обыкновенный обряд состоит в том, что завещание, по удостоверению приказчика, под присягой данному, утверждается с выдачей приказчику копии с акта, а подлинное завещание оставляется на хранении в конторе¹. Такое удостоверение есть одностороннее, и потому не устраняет спора на завещание. Завещание становится бесспорным лишь по соблюдении формального обряда, коего может требовать не только приказчик, но и всякое лицо, имеющее наследственный интерес в имуществе, в течение 30-летнего срока. Этот обряд требует вызова законных наследников завещателя к предъявлению спора, если пожелают, и завещание утверждается бесспорно лишь в таком случае, когда никто не объявит спора или спор признан будет неосновательным.

Для *истолкования* завещаний образовалось в римском праве и римской юриспруденции много весьма тонких руководственных правил. Главнейшие затруднения представляются в том случае, когда завещатель, назначив несколько наследников, не определил в точности, кому какая часть следует. Во всяком случае, как изъяснено было выше, в римском праве завещание простирается непременно на все наследственное имение в целости: стало быть, материальные доли наследства, когда по смыслу завещания в них оказались бы пробелы, недостатки или избытки в сравнении с наличным имением распределяются уравни-тельно, к уменьшению или прибавке, между наследниками по завещанию, и если назначенный по завещанию сонаследник выбыл ко времени открытия наследства, доля его тоже идет в приращение прочим. Распре-

¹ Этот обряд существует в Англии издревле, и потому архивы церковных судов представляют огромное собрание завещательных актов за несколько столетий. Разработка этих архивов в последнее время дала возможность издать в свет сборники завещаний, представляющие много драгоценных материалов для истории общественного и частного быта за несколько столетий. Главным же хранилищем служит центральный Лондонский архив, где собраны подлинные завещательные акты или копии с них, начиная с 1380 года до текущего времени; всякий желающий может, за небольшую плату, отыскать здесь в несколько минут завещание известной даты. Сюда же каждый может внести свое завещание для хранения, но такие акты ни в каком случае не выходят из архива и не выдаются обратно до смерти завещателя, так что желающий отменить завещание, внесенное для хранения, должен составить в отмену его новое завещание.

деление усложняется, когда в завещании иные части наследства назначены нескольким лицам вместе (*conjuncti, re* – на одном имуществе, или *verbis*, в одном назначении), а другие – в отдельности (*disjuncti*). В таком случае доля выбывшего из каждой отдельной группы служит прежде всего к приращению остальным участникам в той же группе, и буде их не осталось, в таком только случае идет в прибыль прочим, поименованным в завещании (*conjunctus praefertur disjuncto*).

Законная доля. Завещательное наследство есть наследство по избранию. Избрание может пасть на чужого человека; в таком случае свои кровные остаются без доли, и в иных случаях эти свои настолько близки по крови и по долгу к завещателю, что оставление их без доли представляется несправедливостью. Отсюда происходят законные ограничения воли завещателя на случай, когда бы он захотел все свое отдать чужим, оставив своих вовсе без доли. Ограничения эти состоят в том, что закон стесняет завещателя в распоряжении на случай смерти соразмерной долей имущества, если после него остаются близкие родные, коим эта доля должна быть обеспечена. В Риме свобода завещательного распоряжения почиталась основным началом наследственного права: оттого там правило о законной доле, образовавшееся в позднейшую эпоху, представлялось исключением из общего порядка. Напротив того, в германском праве, соответственно народному обычаю, законная доля была издревле основным началом наследования. Первоначально всякое завещание представлялось нарушением права ближайших наследников и оправдывалось только побуждением благочестивой мысли или ревностью к пользе общественной (таковы были завещания по душе, *pro anima*, в церковном смысле; в пользу города, *zu Wegen und Stegen*, по городскому праву), и то наблюдалось, чтобы распоряжение не превышало определенной части имущества. В иных законах, по местам, особливо в городских правах, ограничения завещательной воли утверждались на отличии родового имения от благоприобретенного. Ограничения завещательного права мало-помалу распространяемы были и на стеснение, в пользу законных наследников, значительных дарений между живыми. И в Риме вначале установился иск против неродственного завещания (*querela inofficiosi testamenti*), а после образовались и иски против неродственного дарения или назначения приданого (*querela inof. donationis, dotis*). Иск этот принадлежал некоторым ближайшим родственникам завещателя, которые и должны были доказать, что не было причины к устранению их от наследства: в таком случае считалось возможным признать, что завещание составлено неосознательно, *quasi non sanae mentis*. Вначале обсуждение этого предмета предоставлялось безусловно соображению судьи, по обстоятельствам дела; впоследствии

же эта свобода обсуждения ограничена была постановлениями 1) о законной наследственной доле; 2) о законных причинах к устранению от наследства; 3) постановлением, что завещательное устранение от наследства не считается незаконным, когда оно учинено с добрым намерением и клонилось к пользе устраненного лица (*exheredatio bona mente*).

В римском праве законная доля обеспечивалась не только восходящим и нисходящим, но и родным братьям и сестрам. Новейшие законодательства не принимают законной доли для братьев и сестер, без сомнения, потому, что не признают в этом отношении нравственной обязанности, достаточно сильной для того, чтобы оправдать ограничение воли завещателя (или дарителя). В пользу супругов тоже не устанавливается особого правила о законной доле. Законная доля супругов определяется общим их наследственным правом (см. главу о наследстве супругов), и выдел супругам наследственной доли составляет во всяком случае повинность, лежащую на целом наследстве. Только прусский закон определяет и для супругов особливую законную долю, которая во всяком случае составляет, не взирая на завещательное распоряжение, не менее половины того, что следовало бы получить супругу по общему закону наследства (Ldr. II, 1, § 621–627).

Размер законной доли. По римскому праву, законную долю (*portio legitima*, *Pflichttheil*, *réserve héréditaire*) для восходящих и нисходящих родственников составляет определенная количественная часть полной их законной доли, которая следовала бы им в отсутствии завещания (*portio portionis ab intestato*). Кому, по общему закону, следовала четвертая часть наследства, тот может требовать – при завещании – третью долю этой части; при меньших размерах общей наследственной части и обязательная законная доля возвышается до половины. Вовсе обойденные наследники (имеющие законную долю) могут требовать уничтожения всего завещания; кому назначено меньше надлежащего, те могут требовать только дополнения своей доли (*expletoia actio*). Повинности (выдачи и пр.), возлагаемые на законную долю, признаются недействительными, если не приняты добровольно подлежащим наследником.

Из новейших законодательств прусское определяет обязательную долю: для восходящих родственников – в половину законнонаследственной части, а для нисходящих – в две трети, если их более четырех (для двух – одна треть, для 3 и 4 – половина). Ldr. II, 2, § 392, 502. Австрийское (765, 766) восходящим обеспечивает треть, нисходящим половину законнонаследственной части. Во Франции закон определяет часть, которой завещатель может распорядиться дарственным способом при жизни или на случай смерти (*quotité disponible*); эта часть больше или меньше,

смотря по тому, сколько он оставляет по себе детей, нисходящих или восходящих родственников (четверть, треть, половина): эта пропорция в большей части случаев менее выводимой, по соображению, обязательной законной доли поименованных родственников. Эта законная доля после владельца, не оставившего потомков, простирается для восходящих, если есть таковые в обеих линиях – в отцовской и в материнской, до половины наследственного имущества; если есть в одной только линии – до четверти; для одной нисходящей линии (т.е. для законных сына или дочери с потомством) – половина; для двух нисходящих линий – две трети; для трех и более – три четверти всего наследства (Code Civ. 913, 915).

Гораздо проще и вместе обширнее правило итальянского кодекса, определяющего, с римской точки зрения, *законную долю*, обеспечиваемую наследникам против завещательного произвола. Доля эта определяется известной мерой, без соображения с числом остающихся родственников: именно всем вообще детям и нисходящим закон обеспечивает половину, а восходящим – треть наследственного имущества. Восходящим она разделяется на все линии, но без права представления, т.е. ближайшая степень в восходящей линии безусловно исключает дальнейшую. Законная доля обеспечивается и супругу, но состоит всегда в праве пользования, а не в полном праве собственности. Итальянский закон предоставляет законную долю не только законным, но и внебрачным детям (*enf. naturels*) даже при законных детях, которым на сей случай предоставлено только право выкупа.

Право на законную долю осуществляется наследственным учетом всего отчужденного и розданного. Это право на учет принадлежит наследникам, имеющим законную долю: право сохранить для себя то, что умерший завещатель завещал посторонним свыше законной меры распоряжения, и потребовать обратно все, при жизни подаренное завещателем с нарушением той же меры. Операция этого учета весьма сложная. Законная доля учитывается не из одной только массы имущества, составляющей наличное наследство по смерти завещателя: она есть доля той массы, которая осталась бы в наличности, когда бы он ничего не отчуждал из нее дарственным способом. По количеству этой общей массы и по числу и качеству наследников, имеющих право на законную долю, вычисляется сначала часть, подлежащая свободному распоряжению завещателя, и, сообразно тому, законная доля. Если окажется, что имущество, о коем не сделано распоряжения, по ценности своей, превосходит законную долю наследников, или равняется с ней, – все прежние и последние распоряжения остаются в силе. Если нет, то производится разверстка. Отказы уничтожаются или урезаются, дарения, при жизни сделанные,

поворачиваются вполне или частью, смотря по тому, поколику и с какого времени умерший завещатель начал раздавать и безвозмездно отчуждать свое имущество свыше законной меры, и потому отмене и урезке подвергаются сначала позднейшие назначения и раздачи, а потом, если не наполнилась еще мера законной доли, и предшествовавшие дарственные распоряжения. Так производится разверстка законной доли (*reduction*), которую надобно отличать от разверстки при наследственном разделе, о коем выше было сказано подробнее (*rapport*). В последнем случае каждый из сонаследников возвращает в массу, для общего ее учета, все, что было ему подарено умершим вотчинником и что он был должен умершему (Code C. 829, 913). Все новейшие законодательства дозволяют только отмену отдельных распоряжений завещателя и отдельных частей завещания, если ими нарушается мера законной доли; но не дозволяется из-за этого нарушения ниспровергать целое завещание.

Справедливо ли и сообразно ли со здравыми началами законодательной политики ограничивать право завещателя законом о наследственной доле? По этому вопросу продолжают еще в литературе оживленные споры. Во французском законодательстве были уже две попытки к отмене правила о наследственной доле. В 1826 году вопрос был поднят в законодательном собрании аристократической партией, с целью ввести в наследование право первородства, обеспечить наследственную долю исключительно старшему сыну. В другой раз вопрос был поднят в 1865 году, с целью освободить от стеснения родительскую власть и восстановить свободу завещательного права. Около того же времени, в 1864 году, издано было известным экономистом Ле-Пле сочинение (Le Play. *La réforme sociale en France*), возбуждавшее новую полемику по сему предмету. Обыкновенно защитниками свободы завещания являются экономисты (кроме Ле-Пле, Дюнойе, Пасси, Курсель-Сенель, Рошер, Мек-Коллох), а защитниками наследственной доли – юристы. Подробный разбор мнений можно найти в сочинении Броше: *Etude sur la légitime*. Paris 1868 и в «*Revue de législation*», 1870. Dufour. *De la liberté de tester*.

Лишение наследства. Французский закон не дозволяет и родителям уменьшать в завещании законную долю детей своих, хотя бы в наказание им. Прочие законодательства допускают лишение наследства, но не иначе как по законным причинам, к коим главнейшие причисляются: тяжкие преступления, грубая неблагодарность, развратное поведение. В римском праве исчислено 14 таких законных причин, по коим могут быть лишаемы наследства дети и нисходящие, и 7 – относительно восходящих; но эти причины положено было толковать буквально, не допуская аналогии и распространения. О законности поводов к лишению наследства братьев и сестер представлено было заключать судье. Прусский закон приводит до 10 законных поводов относительно нисходящих и 7 относительно восходящих; австрийский – выставляет 4 общих повода. Замечательно край-

нее разнообразие поводов, приводимых в каждом законодательстве: это показывает, как трудно установить общие начала по этому предмету. В одном только признаке сходятся между собой все законодательства: это – отказ завещателю в пособии со стороны наследника, на случай нужды. Все остальные определения поводов к лишению наследства расходятся между собой в сущности или в частностях. По австрийскому закону, поводами к лишению наследства признаются: отречение от христианства, оставление завещателя без помощи, осуждение на 20-летнюю каторгу, безнравственное поведение. Английский и Североамериканский закон дает завещателю полную свободу.

В числе законных поводов к устранению все означенные законодательства допускают и намерение, клонящееся к пользе устраняемого лица (напр., когда непосредственный наследник весь в долгах или ведет расточительную жизнь, и имение передается его детям).

Завещательное наследство по закону прибалтийских губерний. Понятие о завещании неодинаково: в Курляндии завещанием признается только назначение наследника, а всякое иное распоряжение кодицилом, а в Лифляндии и Эстляндии кодицилл есть только прибавление к завещанию. Форма завещания – публичная или домашняя. Публичные завещания могут быть объявлены на словах суду или судебной делегации, причем не требуется ни подписи, ни свидетелей, или, быв составлены на письме, вносятся в суд открытыми или закрытыми. Домашние завещания составляются на письме, с участием двух (где и более) свидетелей; допускаются и словесные завещания, при свидетелях. Привилегии допускаются для военных людей в походе, для бедных, для опасного времени, для родителей в пользу детей. Привилегия состоит в том, что, независимо от соблюдения всех формальностей, акт утверждается, если нет сомнения в подлинности воли. Вообще, по различию местных прав, значительно изменяются общие формальности завещаний (Гражд. Остз. Зак. 1981–1992, 2024–2105, 2443).

Недвижимое имение, доставшееся по наследству, не подлежит завещанию в Эстляндии и Лифляндии, разве завещатель последний в роде или наследники его согласны на распоряжение. В Курляндии нельзя завещать родовое имение (1995–1997, 2002–2004). В Курляндии существует правило о назначении обязательной доли непременно наследникам, по римскому праву, а в Лифляндии и Эстляндии подобное право присвоено лишь несовершеннолетним детям, для воспитания и содержания (2001, 2005). На богоугодные цели дозволяется завещать (Лифл. и Эстл.) $\frac{1}{10}$ часть наследственного имущества, если нет благоприобретенного (1998). Законные поводы к устранению от

наследства, а равно и к лишению отказов взяты из римского права (2013, 2847). Из римского же права заимствованы подробные правила о внутреннем изложении завещаний (2106), об отказах, юридическом их действии, приобретении и о различных видах отказов, о фальцидиевой четверти (2150–2316), об условных и срочных распоряжениях (2358–2408), об определении наследственных долей по завещанию (2124–2135), об отмене и недействительности отказов и о приращении отказов (2814, 2848, 2901). Субституцию закон разумеет лишь в смысле простой и детской, по римскому праву (*S. vulgaris et pupillaris*, ст. 2136–2149); но есть особое положение, на тех же началах, о фидеикоммиссах наследственных (2317–2336) и, особливо, о фамильных или вечных фидеикоммиссах (2337). Наконец, еще особым положением установлены правила родовых фидеикоммиссов в дворянских имениях, которые, по общему правилу, могут быть учреждаемы свободно, без Высочайшего разрешения, и могут быть свободно отменяемы, пока еще никто не приобрел права на фидеикоммисс (2525–2580).

В отличие от римского права, следуя германскому началу, закон прибалтийских губерний допускает и даже покровительствует договорное начало в завещаниях. Посему не только дозволяются завещания взаимные (о назначении друг друга наследником) и корреспективные (о неременной связи обоих назначений, ст. 2409–2420), но и прямые наследственные договоры, коими предоставляется не личное только обязательство, но и само право наследования. Вотчинник не лишается по сему договору права располагать имуществом при жизни и даже делать умеренные подарки, но в случае таких отчуждений, в коих видно намерение лишить права другую сторону, или в случае расточительности другая сторона имеет право на спор (2481–2500). Договоры о наследстве получают особый вид наследственного союза (*Erbverbrüderung. Gesammthandstiftung*), когда заключаются между дворянскими родами и линиями, о взаимном наследовании, на случай прекращения рода или линии (2501–2510). На германском начале основывается и договор о приравнении в наследственных правах разнобрачных детей (*Einkindschat*) между супругами и детьми от прежнего брака, которые, отказываясь от прав на имущество умершего родителя, получают в замен того право наследования в имении супругов наравне с новыми детьми (2512–2524).

Всякое завещание, по смерти завещателя, должно быть объявлено в суде, коим вскрывается при открытых дверях и прочитывается публично. Затем, по ходатайству или по усмотрению суда, делается публичный вызов к явке всех, имеющих права спора, с назначением срока, по истечении коего завещание признается вступившим в силу и подлежащим

исполнению. Завещание исполняется душеприказчиком, а если его нет, то наследником или попечителем наследства, от суда назначенным. Душеприказчик, по воле завещателя, может и передать свое право; труд его по закону не дает права на вознаграждение. Об обязанностях душеприказчиков и об истолковании завещаний повторяются правила римского закона (2441–2475).

Завещание у Мусульман. Завещание, как предсмертное распоряжение, употребительно и у Мусульман. Закон Ислама придает завещанию религиозный характер; но по сему закону завещатель может дарственно распорядиться не более как *третьей* частью имения. Лишение наследственных прав по завещанию не допускается. Завещание может быть не только словесное, но и письменное. В том и другом случае существенно присутствие при акте по крайней мере двух правоверных свидетелей. До кончины своей завещатель вправе отменить и изменить завещание, которое вступает в силу лишь по смерти его. Завещание исполняется *казием* прежде раздела имения между наследниками, но не иначе как по уплате долгов умершего из его имения. В ряду завещательных распоряжений особенно религиозным значением пользуется так называемый *вякф*, или посвящение имущества на пользу общественную, или в пользу общественных учреждений, к коим имение переходит в неотчуждаемую собственность. Такое посвящение может быть сделано и в пользу детей завещателя. Кроме *вякфа* известен еще особый вид дарственного распоряжения (*хубус*), коим собственник, отчуждая право собственности, может предоставить своему семейству право пользования имуществом. Для назначения и принятия имущества, отчуждаемого сими способами, требуется соблюдение особых обрядов в суде.

Вакуфное владение очень распространено на Востоке в мусульманских странах и составляет особенность мусульманского закона. В силу вакуфного установления имение передается мечети в непрерывную собственность, но за самим завещателем или жертвователем и за потомством его остается непрерывное владение и пользование. Жертвователем называется учредителем вакуфа и *вякифом*. Цель такого распоряжения практическая: имуществу придается свойство неотчуждаемого (вроде европейского фидеикоммисса), а владелец освобождается от платежа податей за имение, так как оно считается собственностью мечети. Это право голой собственности соединяется для мечети с распоряжением и пользованием, т.е. становится полным правом в таком только случае, когда имение станет выморочным; но и на этот случай есть обход, ибо в некоторых странах (как, напр., в Турции) обычай позволяет последнему в роде продавать свое право пользования стороннему лицу, и тогда в роде сего последнего продолжается непрерывно вакуфное право. В Персии, под шиитским законом, образовалась еще иная форма вакуфа, под названием *хубус*, или *хибс*, в коей мечети предоставляется, напротив того, право пользования имуществом, а учредитель с потомством оставляет при себе право голой собственности. Это право получает особенную важность там, где вакуф устанавливается в пользу богоугодного учреждения или в пользу гробницы святого, ибо должность предстоятеля, или хранителя, при подобных учреждениях

принадлежит обыкновенно одному роду, члены коего из поколения в поколение и передают друг другу владение и пользование.

Вакуфное право служит к немалому ущербу для государственной власти (так как огромная масса имуществ изымается от податной тягости) и для общественной экономии вследствие того, что имущества становятся неотчуждаемыми, и хозяйственная разработка их продолжается из рода в род первобытная, без улучшений, стало быть, и производительность не увеличивается нисколько. Вследствие этого и мусульманские правительства, как только приходят в сознание начал государственных, стремятся мало-помалу к ограничению, а затем к постепенному уничтожению вакуфного права. В Алжире французское правительство давно уже обратило вакуфы в казну, и в Турции, где особенно много вакуфных имуществ, султанское правительство издало в 1874 году указ о секуляризации вакуфных имуществ.

ГЛАВА ВТОРАЯ

СОСТАВЛЕНИЕ И ЯВКА ЗАВЕЩАНИЙ ПО РУССКОМУ ЗАКОНУ

§ 55

Происхождение завещания и история его в русском законодательстве. – Понятие о завещании. – Совокупные завещания. – Двоякая форма завещаний.

В России завещание возникло из нравственно духовных, а не из юридических отношений: этим объясняется и неопределенность юридической идеи завещания, доньне ощущаемая в законе и в практике. Первая идея завещания явилась у нас вместе с христианством и церковью. Она возникла из заботы умирающего о душе своей, о развязке с земными делами и об устройстве земных отношений. От того мы видим у себя не *тестament* в римском юридическом его значении, а *духовную* память, составляющую *завет* умирающего остающимся в живых (и доньне слово «духовная» употребляется у нас безразлично со словом «завещание» в житейском быту). Умирающий объявляет: как его похоронить и как помянуть его; кому он что должен, кто ему чем должен; что и кому он ос-

тавляет, как и что устраивает у себя в доме и т.п. Заботясь о душе, он обыкновенно спешит заручиться благотворениями из своего имущества, отпускает рабов на волю и т.п. Для исполнения завета выбирает душеприказчика – кому приказывает свою душу и последнее выражение воли своей. Предполагается, что последний завет умирающего будет уважен и свято исполнен живыми, которые умрут в свою очередь; иногда, для усиления воли, умирающий грозит живым ответственностью пред судом Божиим за неисполнение завета. Для благословения, укрепления и оглашения завета приглашаются к нему отец духовный (отец *душевный*, отец *духовенный*; иногда их значилось несколько в духовной памяти), свидетели из близких людей (по выражению актов, «в головах сидели» такие-то). Вначале так еще сильно чувство уважения к завету, что нет места заботе об юридическом его охранении, и в идее завета едва проявляется идея перехода и охранения прав по имуществу. Завещание словесное в этом смысле однозначительно с письменным; но письменная форма завещания является сама собой, как средство к утверждению памяти.

Неудивительно, что в этом значении своем завещание, как дело духовное, стало прежде всего подведомо церковной, а не государственной власти, и что в области церковного права появились первые правила относительно формы завещаний, как скоро обнаружилась необходимость утвердить подлинность последней воли и оградить ее юридическую неприкосновенность. Но эти правила касались почти исключительно формы и внешних обрядностей завещания. При господстве вышеуказанного взгляда на значение духовной памяти, не могло быть и речи о том, кто вправе и кто не вправе делать завещание или принимать по завещанию; не оказывалось и потребности в юридическом построении завещательного права. Оно созидалось мало-помалу, – так сказать, извне – теми постановлениями государственной власти, которыми ограничиваемо было распоряжение некоторыми разрядами имущества из государственных целей. Главнейшее ограничение, особенно относившееся к завещаниям, было запрещение отказывать церквям и монастырям недвижимые имущества (это запрещение продолжалось до 1810 года).

Существенной обрядностью, которую ввела для завещаний церковная власть, была явка завещаний по смерти завещателя, или при жизни его им самим, у архиерея; при этом производился допрос духовному отцу и свидетелям, и завещание, с надписью о явке, выдавалось обратно по взыскании пошлин в архиерейскую казну. Если оказывался спор, то и он тут же разрешался по розыску. Этот обряд явки послужил основанием явочному обряду, донныне существующему у нас для духовных завещаний.

С Петра Великого начинается новый период завещательного права: оно должно было изменить свой вид и по тому уже одному, что дела о завещаниях изъяты из церковного ведомства и предоставлены ведению светской власти; но эта перемена сама по себе не могла прибавить юридической определительности к идее о завещаниях, ибо духовная власть в своих определениях имела готовое, хотя и неполное, руководство — Кормчую Книгу, с законами греко-римского права, а суды гражданские лишены были этого руководства. Поэтому завещательное право наше определилось вследствие реформы только с внешней, обрядовой стороны.

Установлен был, как известно, новый порядок совершения актов на имущества, имевший целью обеспечить, с одной стороны, правильность самого совершения, а с другой, — правильность в сборе установленных актовых пошлин в пользу казны. Крепостной порядок в начале XVIII столетия был общим для всех актов; этому же порядку подчинялось и совершение завещаний. Завещание было крепостью, которую надлежало писать у крепостных дел на общем основании, и записать в книгу «для спора и ведома и справки и для сбора великого государя денежной казны» (Ук. 1701 г., янв. 30, 1705 г., ноября 6). По самому существу такого действия, его нельзя назвать явкой: это было составление и совершение акта. Сбор в государеву казну состоял при этом в положенном взыскании за письмо (с записки) крепости: пошлины с акта еще не взыскивались. За совершением завещания, как крепости, должна была следовать явка его на общем основании в приказ, с той разницей, что другие крепости являлись в приказах по роду имения и сделки, а для явки завещаний назначено особое место (Ук. 1701 г., ноября 7, 1704 г., февраля 25), куда должно было приносить их не позже как через два месяца от написания у крепостных дел. Это была явка для *владения* и вместе с тем для взыскания пошлин в приказе, где завещания снова записывались в книгу. Для того при самом совершении крепости надсмотрщик должен был подписывать на ней, что она должна быть явлена и пошлины внесены в приказ, где по указам надлежит, в указные числа, а буде в указные числа записана не будет, и она не в крепость. Таким образом, и совершение завещания должно было происходить, и явка его по естественному порядку происходила, при жизни самого завещателя.

Когда, в 1726 году, разрешено было писать завещания на дому, публичное совершение их у крепостных дел должно было замениться домашним составлением; но явка такого акта осталась по-прежнему необходимым условием для его действительности. Между тем в течение XVIII столетия все правительственные и судебные места получили новую организацию, и порядок их деятельности преобразован по новым началам. С уничтожением Судного Приказа место его заступила Юстиц-Коллегия, в свою очередь замененная Гражданскими Палатами. С изданием Учреждения о Губерниях существенно изменился прежний порядок предъявления, оглашения и исполнения актов о переходе имений; но для явки завещаний новых правил не было установлено. Мало-помалу порядок явки завещаний уклонился в судебной практике от прежнего вида: образовалось понятие о том, что завещание, как акт, составляемый на случай смерти, может

быть объявляемо только по смерти завещателя и что срок для сего должен быть исчисляем только со смерти его (Ук. 1791 г., октябрь 16, 1813 г., сент. 3). Это понятие принято законодательством в 1829 году при постановлении нового годового срока на явку домашних завещаний – форма, которая в то время, конечно, еще более, чем ныне, предпочиталась всеми завещателями, потому что, по смыслу действовавших тогда законов, завещания у крепостных дел можно было только *совершать* крепостным порядком на прежнем основании.

Положением 1831 года в первый раз установлен нынешний порядок засвидетельствования завещаний у крепостных дел при жизни завещателя, и этому действию присвоено название *явки*, – в смысле судебной corroborации, – публичного действия, в котором завещатель объявляет перед судом свою волю, а суд удостоверяет ее своим сознанием. С другой стороны, завещание в другой форме своей представляется актом домашним, и здесь *явка* сохраняет тот же характер судебного удостоверения воли завещателя, выражаемой им при жизни и предъявляемой суду уже по смерти его, в акте, который не был еще дотоле публично обнаружен.

С внутренней стороны – появившиеся со времени Петра I ограничения распорядительной воли завещателя проистекали большей частью из общих ограничений вотчинного или наследственного права на некоторые имущества. Первое и главнейшее из ограничений, но кратковременное (с 1714 по 1730 год) состояло в связи с законом о единонаследии; из остатков этого закона выведено было впоследствии (1791–1804 годы) право бездетного владельца завещать родовое имение дальнему родственнику.

Другое ограничение, существовавшее еще в XVII столетии и восстановленное с отменой указа о единонаследии, относилось к распоряжению наследственными вотчинами и определилось окончательно в XVIII столетии, с установлением общего отличия между благоприобретенным и родовым имуществом. Это ограничение и донныне остается главным в нашем завещательном праве.

Все указы прежнего времени о духовных завещаниях до 1831 года касались только отдельных вопросов, по мере того как возбуждала их судебная практика, большей частью с внешней обрядной стороны завещания. Общее положение о духовных завещаниях издано лишь в 1831 году, но и оно было только сводом и соглашением изданных дотоле постановлений. Законодательство еще не ставило перед собой цели – сознать и уяснить юридическую идею завещания и завещательного преемства или приобретения и связать это учреждение органически с прочими учреждениями гражданского права. В системе 10 тома Свода законов гражданских завещание поставлено в разряд способов дарственного, или безвозмездного приобретения прав на имущество, стало быть, связано в системе с прочими способами только внешней связью. Целое

учреждение духовного завещания представляется в нашем законодательстве неполным и неразвитым учреждением, с одной стороны, прилегающим к актам приобретения, с другой стороны – к наследованию, ибо сам закон сознает некоторого рода аналогию между тем и другим учреждением, нисколько, впрочем, ее не уясняя.

После 1831 года дальнейшее движение нашего законодательства по этому предмету ограничивалось почти исключительно внешней стороной учреждения. Важнейшим из указов, имевших в виду сущность завещательного права, было известное мнение Государственного Совета по д. Лопухиной. Эта скудость органических начал учреждения была причиной того, что и судебная практика немного могла способствовать развитию законодательства о завещаниях, ибо судебная практика пособляет органическому возрастанию только там, где находит готовые к развитию твердые органические начала. В противном случае сама практика вынуждена искать в потемках правил и указаний для своего руководства. Так и случалось в действительности. Недоумений и вопросов накопилось так много, что настояла потребность пересмотреть и обновить в нашем законодательстве устав о завещаниях. К сей работе было приступлено¹, но во всяком случае едва ли можно ожидать полного и удовлетворительного закона о завещаниях, доколе не образуется у нас полная и удовлетворительная система всех учреждений гражданского права, в которой и завещания могли бы занять соответственное и согласное с целой системой место.

В русском законе нет правила об указной части ближайших наследников, не подлежащей завещанию. Многие ставят нашему законодательству в упрек отсутствие такого правила об указных частях (*portion légitime*) и предполагают нужным установить оное. Думаю, что такое преобразование закона и стеснение воли завещателя едва ли было бы уместно в нынешнем состоянии нашего хозяйственного быта. Если обсуждать в существе, т.е. отвлеченно, вопрос об ограничении завещательного права в интересе ближайших наследников, и в таком случае возможно еще недоумевать и спорить о справедливости и о нравственном значении такого ограничения. Но крайне опасно разрешать, на основании одних отвлеченных начал справедливости, практические вопросы законодательства, не взирая на обстоятельства места и времени, посреди коих должен быть исполняем закон. Осуществление требований, лучше удовлетворяющих отвлеченному началу прав-

¹ См. в «Правительственном Вестнике» (сентябрь 1870 г.) сведения о работах Комиссии по рассмотрению законов о завещаниях, при бывшем II Отд. Собств. Е.В. Канц. Ныне, за учреждением Комитета по изготовлению проекта гражданского уложения, разработка вопросов о завещаниях лежит на обязанности сего Комитета.

ды, может быть сопряжено с такими затруднениями в действительности, оказаться в таком противоречии с условиями быта, что может оказаться не только удобнее, но, по обстоятельствам, и справедливее оставить до времени старое правило, нежели вводить новое. Особливая осторожность требуется от законодателя в тех случаях, когда новый закон должен возбудить новые интересы частного права или развить и усложнить интересы прежнего права. Если осуществление этих интересов в действительности не согласуется с материальными условиями быта, — лучше не возбуждать их вовсе. Справедливо, что завещательное право требует некоторых ограничений для удержания воли от действий, не согласных с общим предположением разума о семейственных и наследственных отношениях. Такое ограничение есть и у нас: оно состоит в запрещении завещать посторонним родовые или наследственные имущества. Предполагается, отменив его вовсе, заменить другим ограничением, относящимся ко всякому вообще имению, и свойство ограничения определить не по внутреннему *качеству* каждого отдельного имущества, но по *количеству* или ценности всех имений, вместе взятых. Справедливо и желательно — в этом нет сомнения, — но возможно ли и полезно ли, в этом позволительно усомниться. Ограничение по свойству имущества тем несовершенно, потому не вполне соответствует равномерному ограждению заинтересованных *лиц*, что оно связано с *реальным*, следовательно, *со случайным* признаком. Если все имущества у завещателя родовые, интересы его наследников ограждены достаточно; если все приобретенные, то не ограждены нисколько. Впрочем, надлежит заметить, что закон наш и имел в виду обеспечить не столько личные интересы детей и других наследников, сколько интересы фамильные и родовые, т.е. удержание наследственного *имения в роду*. Итак, требуется изменить коренное начало сего закона, побудительную его цель, выдвинув вперед вместо нее другую цель — ограждение *личных* наследственных интересов, и оградить их по расчету *количества*. Но в нынешнем состоянии нашего хозяйственного быта учет количества в имуществах, не составляющих денежного капитала, сопряжен у нас с затруднениями, доходящими во многих случаях до невозможности. Итак, последствием нового закона было бы возбуждение интересов, коих осуществление в процессе сопряжено с неисчислимыми затруднениями, по скудости, неизвестности или совершенному отсутствию верных и точных данных для учета. Понятно, какие возникли бы от сего дела, сложные, малонадежные для просителей, и сопряженные для судов с громадным усложнением производства, а для частных лиц — с безграничными издержками. Затруднения эти очень важны, с точки зрения законодательной политики, и стоят того, чтобы задуматься над ними. Посему, до времени, изменение нашего закона в вышеуказанном смысле было бы возможно, по нашему мнению, лишь относительно денежных капиталов и ценностей, в коих учет не представляет затруднений.

По нашему закону, духовное завещание есть законное объявление воли владельца о его имуществе, на случай его смерти (1010). Отличительное свойство этого акта указано в последних словах определения. Цель завещания — распоряжение *на случай смерти*, следовательно, оно подлежит исполнению не иначе как по смерти завещателя. Этим завеща-

ние отличается от других дарственных актов, кои, по существу своему, имеют целью исполнение воли немедленное или при жизни дарителя. От того постановлено — акты, названные дарственными, коих исполнение предполагается по смерти дарителя, считать завещаниями, и, наоборот, завещания, коих исполнение предположено при жизни, признавать дарственными актами (991). Правило это постановлено в предупреждение бывших в употреблении попыток ослаблять безвозвратную силу дара под именем завещания (случалось, что даритель, отдав имение при жизни по акту, названному завещанием, желал удержать за собой завещательное право на отмену и на возврат прежних своих распоряжений).

Завещательное право истекает из вотчинной власти человека над своим имуществом, завершая эту власть окончательно. В чем человек не распорядился решительно при своей жизни, в том распоряжается на случай смерти: дает из своего после себя, что хочет и кому хочет свободно, т.е. оставляя волю свою при себе, пока жив, и не связывая ее ни с чьей иной волей. По духу нашего закона договорное, связующее начало противно сущности завещания, предполагающего единство воли, и потому всякий волен отменить свое завещание или определить свою волю иным образом. Эта свобода может принадлежать только единой воле, и потому закон наш не допускает совместных завещаний, в коих два (или более) лица изъявляют свою волю *совокупно* (1032)¹. Запрещение это безусловное, и потому совокупное завещание недействительно, хотя бы распоряжения двух участвовавших лиц и не были взаимные, одно другому соответствующие, а совершенно отдельные одно от другого (Касс. реш. 1873 г., № 1372). Разумеется, запрещение это не препятствует каждому из двух лиц выразить ту же волю в отдельном завещании, хотя бы каждое из обоих распоряжений находилось в соответствии с другим; закон при этом не будет нарушен, ибо каждая воля сохраняет единство, и каждое из завещаний имеет отдельную судьбу свою (так, напр., супруги не могут в одном акте завещать друг другу имущество, но каждый из них может завещать другому — в отдельности).

Если непосредственный наследник завещателя, надписью на завещании при самом составлении оного, изъявляет свое согласие на распоряжение, противное наследственному его праву и отказывается оспаривать оное, следует ли такое согласие и отречение признать для наследника обязательным и по смерти завещателя? Не следует, ибо завещание не договор, и изъявление совокупной воли противно сущности завещания и безграничному праву отмены завещания. Здесь нет двух

¹ Наш закон вообще устраняет от завещания всякое понятие о договорном соглашении. Некоторое отступление от сего видно в 604 ст. Уст. Иностр. Исп., где предполагается соглашение самого завещателя с лицом, в пользу коего сделано назначение.

сторон, из коих одна уступает и отказывается, а другая принимает сделку. Отказываться можно от права, действительно принадлежащего; а в настоящем случае нет такого права, ибо наследник, при жизни завещателя, не имеет ни малейшего права ни на его мнение, ни на право иска о наследстве. Следовательно, всякий отказ наследника при жизни завещателя от права на иск о наследстве есть пустое слово, если наследник не подтвердит оное по смерти завещателя, когда право на иск уже возникло и когда есть в виду другая сторона, в пользу коей уступка может быть сделана (ср. реш. Москов. Общ. Собр. 1854 г. по делу Айгустова и Малевинской).

В статье закона завещание названо объявлением воли владельца *об его имуществе*. Из этого не следует, однако, заключать, что юридическую силу завещания может иметь *только* распоряжение, относящееся к материальному имуществу. Нет сомнения, что завещатель имеет полное право сделать распоряжение не только об имуществе, которым обладает при жизни и которое по смерти его останется в виде материальной ценности, но и всякая воля его, поелику в существе своем не противна закону и правам, независимо от сей воли существующим, должна иметь обязательную силу. Закон в другой статье прямо указывает на право завещателя назначить опекуна к своим детям. Но и без прямого указания в законе, если бы, напр., завещатель постановил похоронить свое тело в указанном месте, не воспрещаемом для погребения законами, родственники его вправе были бы, на основании такого завещания, воспротивиться погребению, не согласному с волей завещателя. Нельзя, кажется, отрицать такое право, хотя осуществление его затруднительно, поелику погребение совершается обыкновенно вскоре по смерти, когда завещание еще не может быть явлено и с явкой приобрести исполнительную силу.

На все дарственные акты закон обращает особое внимание, обставляя их предосторожностями и обрядами, для полного сознания и удостоверения отчуждающей воли. Но важнейший из дарственных актов — завещание, ибо оно допускает беспредельную возможность определения и переопределения воли до последней минуты, а в последнюю минуту сознание подвергается смущению и самостоятельность воли ослабляется. Поэтому с завещанием соединяются особенно строгие формы, подлежащие непременно соблюдению. Прежде всего — у нас завещание непременно должно быть письменное; словесных завещаний (или так называемых изустных памятей, прежде бывших в обычае) закон не допускает (1023 — правило это безусловное). Стало быть, последнюю волю, на словах выраженную, нельзя доказывать посредством свидетелей (409 ст. Уст. Гр. Суд)¹. Притом всякое и письменное завещание получает юридиче-

¹ По делу Гречишников Сенат (Собр. Сен. реш. т. I, № 599), рассуждая о завещании Давыдовой, в коем предоставлена была Гречишникову вся движимость, для поступления с

скую силу не иначе как по удостоверении подлинности акта подлежащим учреждением, или по смерти завещателя, или при жизни его. В этом состоит у нас существенное различие в общей форме завещаний. Некоторые завещания получают особливую силу и крепость от того, что при жизни завещателя представляются им самим в подлежащее место для явки и удостоверения или для совершения; другие же могут быть составлены дома и оставаться в безгласности до смерти завещателя. Первые называются *крепостными*, или *нотариальными*, которые совершаются взамен крепостных там, где введено в действие Нотариальное Положение, последние – *домашними* (1012–1014). Без сомнения, первые крепче последних: когда завещание представлено к сознанию лично самим завещателем или совершено подлежащим установлениям, подлинность его, конечно, достовернее подлинности акта, который оглашается в первый раз тогда, когда завещателя нет уже в живых: в первом случае подлинность воли, заявленной живым лицом, представляется *очевидно*; в последнем случае о подлинности воли умершего уже лица приходится заключать *по признакам и предположениям*. Следовательно, в первом случае несравненно затруднительнее возбудить сомнение или подозрение в подлинности воли, ибо тогда доводилось бы простираť сомнение не только на одну эту волю, но и на сознание всех участвовавших в принятии ее к официальному утверждению (см. 543, 547 и след. Уст. Гр. Суд). В этом смысле постановлено (Зак. Гр. 1013, прим., прил., ст. 7; 1035¹), что на подлинность крепостных или нотариальных завещаний не принимаются никакие возражения (т.е. сомнения). Посему для некоторых особливо важных завещательных распоряжений, требующих особенной обдуманности, обязательно требуется употребление крепостной, или нотариальной, формы завещания (напр., 1068 и 1070 Зак. Гр.).

Госуд. Совет отказывал в утверждении представляемых на Высочайшее одобрение завещательных актов, коими предполагалось устанавливать фидеикомиссы. Таково было завещание Михельсона (1804 года), Тутолмина (1810 года), графа Гудовича (1811 года).

Основанием к сему принималось, что неудобно было бы входить Высочайшей властью в распоряжение дел фамильных или давать из общих правил изъятия в частную пользу.

оной по словесно изъясненному ее желанию и как она ему словесно завещала, нашел, что воля сия не заключает в себе ничего противозаконного, так как благоприобретенное имущество может быть завещаемо неограниченно, и от Давыдовой зависело предоставить оное в полное и неограниченное распоряжение Гречишникова, а как таковая воля ее выражена на письме, то присовокупление к сему слов: «как я словесно вам завещала», не может служить основанием причислять завещание к разряду изустных памятей.

§ 56

Форма составления домашних завещаний. – Написание, подпись, переписчик, рукоприкладчик и свидетели. – Кто не может быть свидетелем на завещании? – Свидетельство духовного отца. – Подпись свидетелей и значение свидетельства.

Домашнее завещание может быть писано на простой бумаге, писчей или почтовой, всякого формата и размера, лишь бы только она составляла целый лист из 2 половинок, а не листочек, клочок или отрывок (исключение допускается лишь для мусульман в Закавказском крае, ст. 1045 и прим.). Должно быть написано набело без описок, подчисток, поправок и приписок между строк: если они есть, надобно их оговорить в подписи завещателя или рукоприкладчика. Несоблюдение этой формальности может обессилить содержание завещания в соответственных распоряжениях, но не обессиливает подлинности целого акта. Завещание и с такими неисправностями может быть принято к явке, но в самом свидетельстве обозначается, какие именно описки и поправки в подписи не оговорены; те из них, которые сделаны рукой завещателя, почитаются действительными, а те, кои учинены посторонней рукой без оговорки, не имеют силы (1034 ст.; см. ст. 708, прил. I, ст. 26 и 61). Следует, кажется, отсюда, что поправки, сделанные рукой рукоприкладчика, но не оговоренные в подписи, тоже лишаются силы.

Наш закон не упоминает особливо (кроме общего правила для крепостных актов в ст. 708, прил. I, ст. 62) о необходимости выставять на завещательном акте год, месяц и число написания, и потому нет повода отказывать в явке завещания, без числа писанного. Но отсутствие числа может оказаться существенным недостатком, когда по обстоятельствам дела приходится по числу написания определять подлинность завещания, или силу его и значение сравнительно с другим завещанием, после того же лица оказавшимся, или неспособность свидетелей по личным отношениям к завещателю, возникшим прежде, или после составления акта. В таких случаях, однако, закон не возбраняет, в недостатке числа, определять время написания завещания и по другим признакам, буде таковые имеются.

Необходимо выставять число, потому что во многих случаях определение числа, когда писано завещание, важно для утверждения силы его и действительности. Подлинность числа, выставленного на завещании, может подвергаться сомнению; но если бы доказано было, что число не подлинное, а подлинность текста и подписи не подвергалась бы сомнению, то это одно обстоятель-

ство само по себе не могло бы служить достаточным основанием к опровержению подлинности целого завещания: напр., положим, оказалось бы завещание 1840 года писанным на гербовой бумаге с клеймом 1842 года. Подлинность завещания от сего не пострадала бы, но число не имело бы достоверности; следовательно, основанные на завещании права, поколику состоят в связи с временем его составления, потеряли бы свою силу, если бы, впрочем, не было возможности определить с достоверностью время составления завещания по внутреннему его содержанию. Также, если оказалось после смерти завещателя несколько завещаний противоречивых и надлежало бы определить, которое должно считаться отмененным, недостоверность в числе могла бы послужить к признанию недействительным всего завещания.

В судебной практике такие случаи встречаются: так, в деле Баташовой, Дурова и Атрешкова Государственный Совет в 1858 году, сравнивая по внутренним и внешним признакам три противоречивые завещания, из коих одно было без числа, определил, которое из них должно считаться первым и потому отмененным последующими завещаниями.

Для изложения завещания особой формы не установлено, и потому утверждаемы были завещания, писанные в форме письма к тому лицу, к коему распоряжение относится (Сбор. Сен. реш. т. I, № 599). По делу Кривошеина Сенат признал (там же, № 213), что оставление в завещании пробелов для означения квартала и № дома, поколику сими пробелами не изменяется и не затемняется сущность завещания, не препятствует к утверждению оно.

Завещание может быть писано другим, по просьбе и со слов завещателя (1046). Это не значит, что завещание должно быть продиктовано от слова до слова, и неосновательно было бы допустить спор о том, что воля завещателя не точно выражена, когда завещание в том виде, как написано было, подписано завещателем и соблюдены все прочие формальности, требуемые законом для удостоверения акта в подлинности (ср. Касс. реш. 1875 г., № 322; 1876 г., № 482).

Завещание может быть собственноручно¹ написано и затем подписано самим завещателем, или переписано другим, а самим завещателем подписано, или, будучи писано от имени безграмотного или больного, может быть и переписано и подписано за него чужой рукой. Очевидно, что в каждом из сих случаев признаки подлинности не одинаковы, и потому закон умножает формальности там, где нет собственноручной переписки, а тем более там, где нет собственноручной подписи завещателя. Это усугубление формальностей относится к личности переписчика, к личности рукоприкладчика, к числу свидетелей и к формальностям подписи.

Личность переписчика никак не должна оставаться неизвестной. Требуется не только означение переписчика, но и подпись его на самом завещании. Без подписи переписчика завещание не принимается к явке,

¹ Есть случаи, в коих собственноручное написание завещания обязательно (Зак. Гр. ст. 1070).

разве бы переписчик в течение годового срока для явки явился в суд и письменным показанием утвердил, что завещание точно им писано¹; но и в сем случае, к подтверждению сего показания, производится сличение рук; стало быть, последующее оглашение и заявление писца, хотя бы и в срок, достаточно не само по себе, а по удостоверении, в связи с обстоятельствами дела (ст. 1048, 1049). Кроме того, от переписчика требуется единство звания: кто был переписчиком завещания, тот уже не должен принимать на себя в том же завещании другого звания – ни рукоприкладчика, ни свидетеля (ст. 1048). Та же исключительность звания требуется и от рукоприкладчика. Подпись рукоприкладчика вместо завещателя должна быть *по просьбе завещателя*, и в ней должно быть означено, по какой причине призывается к подписи доверенное лицо: за неумением ли самого завещателя или за болезнью; если эти обстоятельства не означены, то завещание признается недействительным (Касс. реш. 1874 г., № 532). Кроме того, рукоприкладчик должен иметь все те качества, какие требуются для свидетеля на завещании (ст. 1053). Таким образом, рукоприкладчик является на завещании в качестве особого, на *сей случай* упрощенного и уполномоченного лица (поверенный, *mandataire*). Завещание, писанное не рукой завещателя, требует большего числа свидетелей, сравнительно с собственноручным (одним свидетелем больше, ст. 1048, 1051). Формальности подписей несколько усложняются тем, что в них должно быть подробно означено звание завещателя². Правило это, впрочем, выражено не совсем ясно; по-видимому, оно относится к подписи переписчика и к подписям свидетелей. Из 1051 ст. можно заключить, что правило это применяется и к собственноручным завещаниям, но соблюдение его, на практике, не требуется безусловно, т.е. принимаются к явке и такие завещания, на коих в подписи переписчика и свидетелей нет подробного означения звания заве-

¹ В одном решении Сената (Общ. Собр. 1868 г. дело Эксарсво) истолковано, что если переписчик, которому надлежало бы подписаться на завещании, умер и не может явиться, то завещание, безусловно, не принимается к явке.

² Редакция 1048 ст., где помещено это правило, неясна, ибо не выражает с точностью, в чьей именно подписи должно быть подробно обозначено *звание* завещателя – в подписи ли завещателя, переписчика или свидетелей, или во всех сих подписях. Трудно уловить при сем и особенную цель закона, ибо ст. 1048 предполагает собственноручную подпись завещателя под актом, только переписанным чужой рукой. Во всяком случае, закон требует, чтобы в этом случае было означено не только имя и прозвание (1046 ст.), но и *звание* завещателя. Едва ли, впрочем, несоблюдение сей неясной формальности должно иметь последствием уничтожение целого завещания. Судебная практика смотрит на это упущение снисходительно (реш. Моск. Общ. Собр. Сен. по д. Синявского, 1852 г. по д. Бутковой, 1857 г. по д. Березуцкого 1857 г.).

щателя, означенного уже в его подписи. Наконец, завещание, писанное не рукой завещателя, подлежит скрепе по листам.

Существенная принадлежность завещания – подпись. Подписи нельзя заменить никаким иным знаком, и неграмотный должен доверить подпись другому (Сборн. Сен. реш. II, № 924). Подпись должна заключать в себе имя, отчество и фамилию или прозвание. Несоблюдение правила об имени и отчестве (напр., неозначение отчества, неполное означение или неозначение имени) не препятствует принятию завещания к явке, если нет сомнения в тождестве лица завещателя (1046, 1047, Общ. Собр. Сен. 1869 года по делу Ягницкого). Однако эту льготу, ни по буквальному смыслу статьи, ни по сущности формы, нельзя, кажется, распространить на тот случай, когда не означена фамилия завещателя в его подписи или есть имя его, но нет отчества или прозвания, которое у простых людей заменяет родовую фамилию. Разница между именем и фамилией или прозвищем существенная – в значении и в употреблении по обычаю. Означением фамилии или прозвища довершается означение признаков личности и подпись; следовательно, если выставлена фамилия, можно предположить, что имя не поставлено по недосмотру, по забвению или по обычаю. А где есть имя, но нет фамилии или прозвища, там скорее предположить следует, что подпись не завершена, следовательно, не скреплен и не удостоверен окончательный акт воли.

В завещании Бедржинского подпись сделана неразборчиво, без полного имени и отчества, и написана в двойном виде, с добавлением к первой подписи отдельного слова: *Вид...* Спорщики выводили из сего, что завещатель находился в расстройстве умственных способностей, но Сенат отвергнул этот спор, усмотрев, что все законные формальности соблюдены, а свидетели подтвердили подлинность; хотя один из них в самой подписи упомянул о слабости физических сил завещателя, но это обстоятельство указывает еще на причину неразборчивости и неясности рукоприкладства (Сборн. Сен. реш. т. II, № 1031).

Есть решения Сената (Сборн. Сен. реш. т. II, № 366), коими утверждены завещания с подписью завещателя без означения имени и отчества.

На завещании, при самом открытии его, подписи завещателя и свидетелей оказались перечеркнуты чернилами, и не доказано, что сие было учинено кем другим, а не самим завещателем: в таком случае Сенат по одному делу признал завещание, не подлежащим явке. Журн. Мин. Юст. 1860 г., № 10.

В 1873 году Государственный Совет признал неподлежащим засвидетельствованию завещание Феодосьевой, так как в подписи ее, хотя означено имя и отчество, но не означена фамилия. Хотя завещание скреплено по листам самой завещательницей, и фамилия ее в скрепе приходится на том самом листе, где ее незаконченная подпись, но скрепа и подпись суть два действия, отличные одно от другого; подпись же может быть признана действительной (и акт окончательно совершенным) только тогда, когда она окончена сполна.

Кроме подписи завещатель должен скрепить завещание по листам, буде оно писано на нескольких отдельных листах и не его рукой. В таких случаях, для предупреждения подмена и подлога, закон требует, чтобы листы были скреплены, и притом так, чтобы на каждом листе было не менее целого слова. Вместо завещателя такую скрепу может сделать рукоприкладчик, или могут сделать все, подписавшиеся на завещании свидетели, по особому на то уполномочию, которое должно быть выражено в самом завещании, с объяснением причины (1035).

Таковая скрепа должна быть сделана, конечно, по поводу самого составления завещания, при жизни завещателя. Скрепа, сделанная по смерти завещателя, не имеет силы перед законом.

Под завещанием разумеется цельный акт со всеми законными принадлежностями, следовательно, к составу завещания, как подлинного выражения воли, относится не только текст его, но и все подписи завещателя и свидетелей, служащие законным удостоверением воли. На сем основании требуется, чтобы завещание, в коем текст писан на одном листе, а подписи свидетелей или только продолжение подписей, помещены на другом, было непременно скреплено по листам в установленном порядке. Начала эти выражены в Высочайше утвержденными мнениями Государственного Совета 22 февраля 1872 г. по д. Гущина, опубликованном в общее сведение (см. П. С. З. № 50568).

О скрепе завещания, конченного на одном листе, с переносом на другой лист подписи свидетелей, см. решения в Журн. Мин. Юст. 1866 г., т. IV, стр. 295. Сбор. Сен. реш. т. II, № 1117. № 375. Еще Журн. Мин. Юст. 1860 г., № 10.

Есть мнения Государственного Совета по делам кн. Голицыной (1845 г.), Коровкевич-Базилевич (1848 г.), Зыковой (1850 г.), коими признано возможным принять к явке завещание, не скрепленное по листам, когда нет сомнения в подлинности воли.

На всяком завещании должны быть подписи свидетелей, коих требуется не менее определенного в законе числа. Для завещания, собственноручно писанного, требуется не менее двух свидетелей; для завещания, переписанного чужой рукой, — не менее трех; допускается, впрочем, и двое, если один из них духовный отец завещателя (1051, 1048). Звание свидетеля (так же, как звание переписчика и рукоприкладчика) не должно быть соединяемо в одном лице с другими званиями по тому же завещанию, т.е. свидетель не может быть в то же время ни переписчиком, ни рукоприкладчиком за завещателя (ст. 1048).

Нарушение этого правила не может *само по себе* разрушить силу завещания. Завещание теряет силу подлинности только в таком случае, если, за нарушением этого правила, оказывается недостаточное число отдельных лиц, коих участием обеспечивается по закону подлинность акта, напр., если на завещании

переписчик подписался и свидетелем в числе трех, а свидетелем его принять нельзя, то остальные свидетели оказываются в недостаточном числе двух; конечно, если свидетелей на завещании больше, чем нужно было по закону, то недостаток одного пополняется другими. Закон не указывает, за смешение нескольких званий в одном лице, отрицать в нем всякое из принятых им на себя званий, и практика основательно выводит из буквы закона такое правило, что лицо, соединившее в себе несколько званий, может оставаться в том, которое прежде всех других им на себя принято; посему, если переписчик (самое раннее действие по составлению акта) оказался и рукоприкладчиком, он остается переписчиком, но не может быть рукоприкладчиком; следовательно, рукоприкладчика в завещании нет. Если рукоприкладчик подписался свидетелем, он остается рукоприкладчиком, но выключается из счета свидетелей.

Свидетель должен подписаться на завещании, и по свойству действия (см. 1050 ст.), подпись его должна следовать за подписью завещателя. Но спрашивается, если свидетель не может или не умеет писать, допускается ли за него в рукоприкладчики другое лицо? Многие отвечают отрицательно, полагая, что неграмотный не может быть допущен во свидетели, ибо на основании 1050 ст. ему следовало бы свидетельствовать, что лицо, предъявившее ему завещание, то самое, коим оно сделано и подписано. Есть в этом смысле и решения (напр., Сборн. Сен. реш. т. II, № 1002).

О подписи за неграмотных свидетелей Сенат, по делу Кутаха, рассуждал так: довольно рукоприкладствовать за неграмотного завещателя, но в отношении свидетелей подобного правила нет в законе, а подобное правило 397 ст. 2 ч. X т. (224 ст. Зак. Суд. Гражд., изд. 1892 г.) о подписывании показаний за неграмотного свидетеля к завещаниям применено быть не может, ибо там доказательство составляет само показание, а здесь, кроме показания, требуется *подпись* свидетеля на завещании, и сим требованием отрицается уже возможность подписи за неграмотных; притом и на допросе, согласно 1050 ст. Зак. Гражд., неграмотный свидетель не мог бы удостоверить, кем акт подписан (Сборн. Сен. реш. т. II, № 1002).

Есть даже решение Касс. Деп. 1872 года, № 285; но с выводами этого решения нельзя, в точном смысле закона, согласиться. Ст. 1048 говорит о *рукоприкладчике за свидетеля* и выставляет это звание столь важным, что не дозволяется смешивать его в одном лице с другими званиями лиц, участвующих в составлении завещания. Правда, что, кроме неграмотности, могут быть другие причины, побуждающие свидетеля искать за себя рукоприкладчика; тем не менее закон (изданный в 1860 году) предполагает рукоприкладчиков за свидетеля без ограничений. Посему, кажется, нет законного основания не допускать неграмотного к свидетельству при завещании. Едва ли справедливо предположить, что такое лицо не может свидетельствовать в смысле 1050 ст. Если завещатель, лично предъявив ему завещание и пригласив его в свидетели, при нем подписал завещание, он может о сем свидетельствовать, хотя и неграмотный, в смысле 1050 ст.

О допущении неграмотных свидетелей см. Сборн. Сен. реш. т. II, № 720, 756.

Кто не может быть свидетелем при завещании. Во-1-х, лица, в пользу коих составлено завещание. Слова «в пользу коих» обыкновенно

толкуются в обширном смысле, и потому всякий, кому отказывается по завещанию что-либо, ценность имеющее, или делается какой-либо дар, считается неспособным к свидетельству, как заинтересованный в утверждении завещательной воли. Нередко возникает сомнение в том, может ли священник или другой член причта быть свидетелем при завещании, коим делается назначение в пользу причта единовременной суммы или ежегодного дохода за поминование. Иные отвергают таких свидетелей безусловно, другие различают: в пользу ли причта, состав коего изменяется, или в пользу священно- или церковнослужителя лично делается назначение? Есть Сенатские решения в том и в другом смысле¹. Но, кажется, справедливо будет признать, что такой свидетель во всяком случае заинтересован в завещании, следовательно и по духу, и по букве закона не может быть свидетелем.

Возникает другой вопрос: может ли быть свидетелем предстоятель или член учреждения (благотворительного, государственного, общественного или частного), в пользу коего делается назначение по завещанию? Закон не дает прямого разрешения на сей вопрос, но несомненно, что такое лицо, если не лично и материально, то нравственно предполагается заинтересованным в назначении, и потому, кажется, было бы соответственно духу и цели закона устранить оное от свидетельства. Затруднение состоит в том, что в подобных случаях нельзя не допустить общих предположений о том, в какой мере то или другое должностное или сословное лицо заинтересовано выгодами учреждения или сословия (придется, напр., отличить интерес директора или попечителя школы, больницы – в завещательном назначении на пользу сего учреждения от участия, принимаемого членом земского собрания, – в назначении на пользу земства), а такие соображения, в недостатке положительного законного правила, всегда будут шатки и сопряжены с личным воззрением (ст. 1054 п. 1, ср. ст. 708, прил. I, ст. 71 и Нотар. Пол. ст. 87 п. 3).

Может ли почитаться законным свидетелем на завещании священник или другое духовное лицо, когда в завещании назначена тому причту, к которому лицо сие принадлежит, денежная выдача на поминование завещателя?

1054 ст. Зак. Гражд. постановлено: свидетелями при завещании не могут быть лица, в пользу коих составлено завещание. На этом основании некоторые полагают, что если по завещанию назначается денежная выдача церковному причту за поминование души завещателя, то священник, принадлежащий к тому причту, вправе подписаться свидетелем на завещании и что свидетельство его в таком случае должно почитаться действительным. Такое мнение основывается обыкновенно на следующих соображениях: свидетель есть лицо физическое, определенное, именно означенное. Закон, вычисляя свидетелей незаконных, упоминает именно *о лицах*, в пользу которых составлено завещание. Но когда завещатель

¹ Примеры утверждения таких завещаний: мн. Гос. Сов. 1854 г. по делу Саладьиной. Ж. М. Ю. 1866 г., т. II, стр. 118. Примеры уничтожения: мн. Гос. Сов. 21 окт. 1846 г. по д. Лепескина-Лобеского; решения Моск. Общ. Собр. по д. Грузовой, по д. Гайдуковой.

назначает денежную выдачу «в такую-то церковь» или «причту такой-то церкви» на поминание души, то нет в виду *лица*, в пользу которого составлено завещание. Назначение делается здесь не в пользу определенного лица, такого-то священника Ивана или диакона Петра, а на весь причт. Состав причта может измениться от случайных причин, но завещательное распоряжение от того не изменяется и не уничтожается: переменяются лица, но причт остается при церкви, как неизменное учреждение. В этом случае священнослужитель, или причетник, свидетельствующий завещание, не может быть назван ни представителем личной своей пользы, потому что личность его в составе причта есть преходящая и случайная, ни законным представителем всего причта, к которому принадлежит. Завещательное назначение дачи в церковь или на причт для помина души искони почиталось и доньше почитается у нас в общем мнении делом благочестивым, делом христианского попечения о пользе души умирающего. С этим действием и не соединяют обыкновенно понятия о пользе, какая может от того произойти для причта, совершающего поминание. Здесь нет ничего похожего на юридическое действие, на договор, по которому одна сторона за известную плату обязалась бы потрудиться в церковном поминании другой, и с поминальной дачей невозможно в строгом смысле соединить понятие о плате или добровольном вознаграждении за труд. Само пожертвование части имущества «*на душу*» или на корм церковному причту есть в народном понятии дело благочестия. Иного значения не придает такому действию закон положительный, и несправедливо было бы, при истолковании 1054 ст., оставлять без внимания этот главный, существенный смысл поминальной дачи и придавать ей значение юридического действия, — значение, которого она не имеет. Закон придает особенную достоверность свидетельству духовника, и потому вошло в обыкновение приглашать духовного отца к свидетельству завещаний, а духовным отцом бывает обыкновенно приходский священник. Также за обычай принято у людей достаточных назначать по завещанию денежные суммы на вечное поминание души в церкви того прихода, к которому принадлежал завещатель. Если допустить, что свидетельство духовного отца в приведенном случае недействительно, то необходимо должно будет уничтожить большую часть подобных завещаний.

С этим мнением трудно согласиться. Мы со своей стороны думаем, что, по буквальному смыслу 1054 ст. Зак. Гражд., не может быть свидетелем никакое лицо, если завещательное распоряжение клонится к его выгоде. Весьма естественно, что в назначении денежной суммы причту на поминание души главный предмет есть само поминание и главная цель — польза души. Но не подлежит сомнению, что неперменным последствием такого распоряжения бывает и польза причта, ибо с понятием о денежной даче необходимо соединяется понятие о выгоде, о материальной пользе того лица, которому та дача назначена, каким бы именем мы ее ни назвали: даром ли, добровольной ли платой, наградой или пожертвованием, во всяком случае есть приобретение, есть польза для приобретателя, есть, следовательно, предположение о том, что лицо, которому дача назначена завещательным распоряжением, заинтересовано в нем, а это именно предположение и служит главным поводом, по которому закон запрещает быть свидетелем на завещании

тому, в пользу кого оно составлено. Денежное пожертвование на поминание души действительно почитается благочестивым делом; но всякое благочестивое дело так же, как благодеяние, если выражено в юридической форме, должно иметь свою юридическую сторону, которой прикасается к области прав и обязанностей к положительному закону. Поминальное назначение выражено в форме завещательной, конечно, для того, чтобы исполнение воли завещателя было обеспечено всеми законными средствами; следовательно, это действие юридическое. На душеприказчика или наследника возлагается *обязанность* внести денежную сумму, куда назначено, в пользу причта на поминание души. Может ли быть, чтобы там, где, с одной стороны, возникает юридическая обязанность, не возникало, с другой стороны, *право*? Такое отношение в юридическом смысле невозможно, и действительно никто не может отнять у причта права требовать исполнения воли завещателя судебным порядком, если бы, напр., душеприказчик не исполнил ее добровольно. Нет законной причины лишить причт права на иск; в этом случае лица, принадлежащие к причту, конечно, будут искать *в свою пользу* того, что в пользу их назначено.

Свидетель, подписывающийся на завещании, есть лицо физическое; но если завещание делается в пользу лица юридического – причта, то и священнослужитель, принадлежащий к составу причта, необходимо участвует в этой пользе. Лица, принадлежащие к составу причта, действительно меняются, и может случиться, что духовное лицо, засвидетельствовавшее завещание, при исполнении его не будет уже принадлежать к составу того причта, в пользу коего сделано распоряжение; но это случайное обстоятельство не имеет никакого отношения к форме акта, прежде совершенного. Личное качество всякого свидетеля может измениться впоследствии, но в отношении к форме завещания важно то, имел ли свидетель в минуту составления его все качества, требуемые законом (см. реш. Общ. Собр. Сен. 1869 г. по д. Круговова, Кузьмина-Короваева). Закон требует, чтобы свидетель не имел интереса в завещании, которое свидетельствует; лицо, принадлежащее к тому причту, в пользу коего назначена выдача, имеет интерес в завещании, следовательно, оно не может почитаться законным свидетелем.

Иное дело, если денежная выдача назначена в пользу церкви; имущество церковное существует отдельно от собственности причта священно- и церковнослужителей; и на особых правах. Причт в этом случае ничего не приобретает в свою пользу, следовательно, нет и препятствия служителю церкви подписаться свидетелем на завещании, сделанном в пользу церкви, при которой он служит, и если бы довелось впоследствии искать и ходатайствовать об исполнении завещания (т. IX ст. 379), то он будет просить не как участник в деле, но как представитель церкви на суде, и не о своей пользе будет ходатайствовать, а о пользе церковной. По этим соображениям и в судебной практике допускаются в свидетели при завещании лица, принадлежащие к причту той церкви, в пользу которой в завещании сделан отказ (Касс. реш. 1874 г., № 53).

Во-2-х, не могут быть свидетелями родственники тех лиц, в пользу коих составлено завещание, до четвертой степени и свойственники до 3-й сте-

пени, если завещание делается не в пользу прямых наследников вполне или хотя частью. Закон, по-видимому, предполагает, что если завещание делается все в пользу прямых наследников, то их родственники и свойственники могут быть допущены в свидетели безопасно, ибо и без сего завещания, в составлении коего свидетели содействовали, наследовали бы по закону те же самые лица, кому назначается имение по завещанию; здесь нет места действию запретительного правила. Напротив того, есть ему место, и случай неспособности свидетеля возможен, если завещается имение непрямым наследникам, или кроме прямых наследников указаны другие лица, в пользу коих делаются назначения. В таком случае родственники и свойственники сих лиц в запрещенной степени не могут быть свидетелями. Под прямыми наследниками надлежит разуметь те лица, кои состоят наследниками по закону *во время составления завещания* и во время свидетельства, ибо именно в эту минуту закон предполагает устранить пристрастное, интересное отношение свидетелей к предмету завещательного распоряжения; следовательно, если в эту минуту был порок свидетельский, он не может исправиться от того, что в лице прямых наследников последовала от случайных причин перемена ко дню кончины завещателя.

А) *Не в пользу прямых наследников.* Есть мнение, что закон противоположает в сем случае *прямых наследников вообще* посторонним, т.е. не наследникам. Есть и решения в сем смысле. См. решение Моск. Общ. Собр. по делу Киндяковых Ж. М. Ю. 1861 г., № 1. В сем деле мать предоставила имение дочери, мимо братьев, из коих один подписался на завещании рукоприкладчиком. По сему случаю возник вопрос: можно ли счесть завещание, составленным в пользу *прямых* наследников, когда оно составлено в пользу дочери, мимо братьев. Сенат решил, что можно. По тому же предмету см. решения в Ж. М. Ю. 1866 г., т. III, стр. 278. Сб. Сен. реш. II, № 546. См. еще решение Общ. Собр. Сен. 1869 г. по д. Кузьмина-Короваева. В этом деле завещание было составлено в пользу детей, которые были прямыми наследниками, и свидетелями подписались их свойственники. После того завещатель вступил в другой брак и прижил новых детей, так что по смерти его завещание оказалось составленным частью не в пользу прямых наследников, и на этом основано было возражение против правильности свидетелей. Завещание признано, однако, правильным, по соображению с той минутой, когда оно было составлено. В реш. Общ. Собр. Сен. 1869 г. по д. Круговова 1054 ст. — едва ли основательно — истолкована так, что большая или меньшая степень предоставленной по завещанию пользы или выгоды не имеет никакого значения. Едва ли также возможно согласиться с выраженным в Касс. реш. 1881 г., № 79 взглядом, что родственники до четвертой и свойственники до третьей степени тех лиц, в пользу коих составлено завещание, могут подписаться свидетелями, несмотря на то, делается ли завещание в пользу всех или же только некоторых наследников.

Взгляд о противоположении в ст. 1054 наследников посторонним лицам, кажется, не согласен ни с буквой, ни с целью закона. Буква закона говорит не просто о наследниках, но о *прямых* наследниках, следов., противопоставляет не только наследника стороннему лицу, но и прямого наследника непрямому. При всей неопределительности термина: *прямой* наследник, нельзя не признать, что им обозначается один из видов наследничьего состояния, т.е. состояния кровных родственников, имеющих вообще законное право наследовать. Цель закона не была бы достигнута, когда бы под него не подходили дальние родственники, облагодетельствованные завещанием в ущерб ближайшим или прямым наследникам (решение в сем смысле Касс. Д-та 1874 г., № 125).

Не могут быть свидетелями родственники лиц, *в пользу коих* составлено завещание, если оно делается *не в пользу* прямых наследников вполне или хотя частью. Итак, для применения закона надлежит привести в ясность, *во-1-х*, то лицо, по отношению к коему опорочен свидетель, состоит ли прямым наследником по завещателе и какая была бы наследственная его доля; *во-2-х*, если оно имело бы по закону свою долю наследства, то в чем назначенная ему доля превышает законную.

Но строгое применение такого правила крайне затруднительно и во многих случаях было бы несправедливо. Справедливое применение должно быть не просто механическое, но с рассуждением. Если всякое, хотя и незначительное, по учету ценностей, превышение законной доли может быть подведено под формулу закона (напр., когда бы отец назначил при сыновьях дочери некоторые, сверх ее доли, движимые вещи), в таком случае исполнение закона шло бы дальше цели его и намерения, в нарушение справедливости, и потому недостаточно в сем случае одного числового расчета ценностей по десятинам, рублям и копейкам. Необходимо установить, по усмотрению суда, тот факт, что в завещании выражено намерение сделать назначение преимущественно в пользу известного лица, его облагодетельствовать перед другими.

Немало недоумений возбуждает в практике точное определение степеней, в коих родственникам облагодетельствованного по завещанию лица запрещается (1054 ст.) быть свидетелями на завещании. В законе сказано: родственники *до* четвертой степени и свойственники *до* третьей степени. Закон не поясняет: *включительно*, и затем остается неизвестно, простирается ли запрещение до 4-й и 3-й степени, вмещающей лишь три степени родства и две свойства, или вмещает сверх того 4-ю и 3-ю степень? Судебная практика решала этот вопрос разное, склоняясь то к строгому (как, напр., реш. 4 Деп. Сен. 28 мая 1868 г. по делу Симборского), то к более обширному и снисходительному толкованию. И действительно, при невозможности провести отвлеченную, по определительным внутренним признакам, границу родства, на которой останавливается и пресекается предположение о пристрастии близкого родственника, — естественно и разумно принять самый тесный предел, указываемый буквой закона, в самом простом грамматическом и логическом толковании речения: *до...* В обыкновенном смысле это речение указывает на предельную черту движения во входной, а не в исходной точке того предмета, до которого движение простирается. Когда я

говорю о своем восхождении по лестнице: *я дошел до пятой ступени*, эти слова не могут означать, без нарушения прямого смысла, что *я взошел и на пятую ступень*. Иных элементов для истолкования буквы закона не было, потому что правило 2 п. 1054 ст. не состоит в прямой исторической или логической связи ни с какими предшествовавшими законоположениями, и составляя буквальное повторение статьи положения 1831 г. о завещаниях, не сопровождается никаким объяснением и в этом положении. Итак, признавать, что в 1054 ст. степени разумеются включительно, значило бы, кажется, налагать на частное лицо в праве гражданском излишнюю тяготу, которой прямой закон не возложил на него. Притом еще надобно заметить, что в редакции других статей Св. Зак. слово *до* означает обыкновенно крайний предел, если не прибавлено слово: *включительно*. См., напр., Ул. о наказ. изд. 1885 г., ст. 1559, 1594; Уст. Угол. Суд. ст. 707.

В последнее время судебная практика приобрела еще предлог к расширению запрещения, установленного 1054 ст. По издании Нотариального Положения в нем оказалось (ст. 75 и 87) правило, воспрещающее, под опасением недействительности *нотариального* акта, подписываться на нем свидетелями родственникам лиц, к пользе коих акт писан, до четвертой степени и свойственникам до третьей степени, *включительно*. Очевидно, что это правило, положительно выраженное в *Нотариальном* Положении, может применяться к завещанию, только совершаемому в нотариальном порядке, но нисколько не касается до завещания как *домашнего* акта. Тем менее возможно пользоваться статьей Нотар. Положения для истолкования статьи о форме *домашних* завещаний. Однако есть пример подобного толкования в решениях Касс. Д-та янв. 1874 г., № 125, 1877 г., № 14.

Б) Свидетели, в пользу коих составлено завещание, считаются незаконными и свидетельство их недействительным, хотя бы они впоследствии и отказались от завещанного в их пользу. Сб. Сен. реш. II, № 503. Вообще при разрешении вопроса о том, вправе ли подписавшиеся на завещании лица быть свидетелями завещания по личным качествам своим и отношениям, надлежит принимать в соображение не время смерти завещателя, а время составления завещания (правильнее время призвания к свидетельству и самого свидетельства). Ср. реш. Сен. Ж. М. Ю. 1865 г., № 5.

В) Возникали вопросы: не следует ли пороку, означенному в 1 и 2 п. 1054 ст., присваивать только частное действие на соответствующее распоряжение завещателя, не распространяя сего действия на целое завещание, т.е. признавать ничтожным только назначение, сделанное в пользу лица, которое неправильно поставлено во свидетели или с коим в родстве один из свидетелей, или признавать свидетельство действительным, если свидетель либо его родственник откажется от сделанного назначения. Такое толкование явно несогласно с буквой закона, который говорит не о завещательном распоряжении, а о целом завещании, и с самой целью закона, имеющего в виду предупредить пристрастное отношение свидетеля к воле завещателя в минуту выражения оной и составления акта. Когда эта минута прошла, невозможно восстановить оную, и оправить в отношении к некоторым частям акта действие, которое в отношении к

целому акту было неправильно. (То же следует заметить и о запрещении, помещенном в следующем пункте.)

В-3-х, не могут быть свидетелями душеприказчики и опекуны, назначенные по завещанию. Душеприказчики считаются незаконными свидетелями, хотя бы впоследствии, даже до явки завещания, отказались от душеприказщического звания. См. Сб. Сен. реш. т. 1, № 556.

По делу Сидневой (Ж. М. Ю. 1864 г., № 12) Сенат признал, что второй подставной душеприказчик, назначенный в завещании на место первого, если первый откажется или умрет, и подписавшийся свидетелем на сем завещании, может, при существовании первого душеприказчика, считаться законным свидетелем завещания. В Касс. реш. 1874 г., № 53 признано, что лицо, назначенное для наблюдения за исполнением завещания другим, не есть душеприказчик, а потому может быть свидетелем.

В-4-х, лица, сами не имеющие права делать завещания. Правило это (4 п. 1054 ст.) соответствует правилу 71 приложения I к ст. 708 о свидетелях под актами. Однако в 1865 году мнением Государственного Совета положено, в виде исключения, не устранять от свидетельства монахов, хотя монахи сами лишены завещательного права (прим. к 1054 ст.).

В-5-х, все те, кои по общим законам не *приемлются* во свидетельство по делам гражданским.

Спорщики против завещания опровергали законность одного из свидетелей на завещании на том основании, что сей свидетель занимался письменными делами сначала у завещательницы, потом у того, в чью пользу написано завещание, и имел тяжбное дело с ними, спорщиками. Сенат, сообразив 4 п. 1054 ст. Зак. Гражд. и статью Зак. Суд. Гражд. об устранении свидетелей, нашел, что, по общим законам, свидетелем может быть всякое лицо, когда нет причины предполагать, что показание его будет неверно, и потому не допускаются к свидетельству под присягой лица, прикосновенные к делу и имевшие вражду с тяжущимися. Закон сей относится единственно до дел тяжбных, т.е. до таких случаев, в коих личные отношения между тяжущимися и свидетелями могут дать повод предполагать, что показания сих последних, по личным враждебным отношениям, будут неверны; но таких отношений между завещателем и лицами, приглашаемыми им же к свидетельству, существовать не может; нет закона, который воспрещал бы быть свидетелями при завещании лицам, находившимся в услужении и получавшим пропитание от завещателя, и подобные лица могут быть допускаемы даже в делах тяжбных при недостатке других свидетелей (Сб. Сен. реш. II, № 805).

По д. Гавриленко (Сен. 2 Отд. 3 Деп. 1873 г.) один из свидетелей по завещанию опорочивался, потому что он по службе состоял в зависимости от лица, в пользу коего сделано завещание. Это возражение признано неосновательным, так как нет закона, по коему в подобных случаях не допускались бы к свидетельству лица, состоящие в государственной службе.

Истолкование сего пункта может представить затруднения. Правило это издано при действии прежних законов о судопроизводстве граждан-

ском; ныне сии законы заменены новым Уставом, в коем не приняты некоторые категории неспособных свидетелей из старых законов. Спрашивается: для тех местностей, в коих действует новый Устав судопроизводства, следует ли подводить под силу 5 п. 1054 ст. Зак. Гражд. все категории 191 ст. Зак. Судопр. Гражд.? Конечно, следует, ибо мысль законодателя при издании закона о завещаниях (в 1831 и 1842 годах) имела в виду отрицательные качества свидетеля, означенные в Законах Гражданского Судопроизводства; итак, надлежит признать, что все, означенные в 191 ст. Зак. Суд. Гражд., лица не могут быть свидетелями под завещанием. Сюда относятся, кроме малолетних (и без того исключаемых 4 п. 1054 ст. Зак. Гражд.), безумные и сумасшедшие, глухонемые, лишенные чести и прав состояния, явные прелюбодеи (признак мнимый, по своей неопределительности) и не бывшие никогда у святого причастия. Затем сюда же надлежит, применяясь к мысли законодателя, отнести и категории неспособных свидетелей, с отличием признаков, принятым редакцией 371 ст. нов. Уст. Гр. Суд. За всем тем очевидно, что не все категории неспособности свидетелей, о коих упоминается в статьях Зак. Суд. Гр. и Уст. Гражд. Суд., приложимы к свидетелям по духовным завещаниям. В Уставе Гражданского Судопроизводства различаются признаки безусловной неспособности свидетеля от признаков условных, которые разбираются лишь по отводу, и некоторые из признаков основаны на предполагаемом преступном отношении свидетеля к одной из сторон в процессе. Конечно, не могут иметь применения к завещанию запрещения чисто процессуального свойства. В законе нет прямого указания, по коему можно было бы судить, какие именно причины общей неспособности свидетеля приложимы и какие не приложимы к свидетельству по завещанию; но решительное выражение: «не приемлются» наводит на мысль, что отстраняются от свидетельства под завещанием все лица, безусловно, по внутреннему качеству своей персоны, не способные свидетельствовать по делам гражданским. Что же касается до неспособности относительной (по отношению к заинтересованным лицам, 373 ст. Уст. Гражд. Судопр.), то по этому предмету есть уже специальный закон для свидетелей по завещанию (1, 2 и 3 п. 1054 ст. Гражд. Зак.), устраняющий во всяком случае действие относящихся к сему же предмету общих постановлений о свидетельстве по делам гражданским.

Женщин закон не допускает к свидетельству под завещаниями – только в Черниговской и Полтавской губерниях, по Литовскому статуту (1055).

Раскольники и старообрядцы, согласно 1057 ст. Зак. Гражд., устраняются от свидетельства при завещании православных, но могут свидетельствовать завещания, составляемые людьми одинакового с ними обряда.

Особенная сила придается свидетельству *духовного отца*: в этом правиле проявляется историческое и церковное начало духовной памяти. В том случае, когда по общему правилу надлежит быть трем свидетелям, достаточно двух, если в числе двух находится духовный отец завещателя (1048). Но слово *духовный отец* надлежит разуметь в тесном смысле духовника, т.е. разуметь духовное лицо, исповедовавшее завещателя в последнее время перед составлением, или при составлении завещания, или бывшее у завещателя постоянным духовным отцом. Свидетельству всякого священника не может быть присвоена особливая сила, соединяемая со званием духовника, предполагающим личное духовное отношение к завещателю. С другой стороны, несомненно, что о свидетельстве духовного отца может быть речь лишь относительно таких завещателей, кои принадлежали к вероисповеданию, допускающему канонически (а не по обычаю только) исповедь и, в связи с исповедью, отношение духовного отца к духовному сыну. Поэтому закон, не признавая церковного устройства раскольничьих сект, не допускает звания духовного отца в лицах, принадлежащих к таковым сектам (1057 ст.; ср. мн. Гос. Сов. 1852 г. по д. Пешанецкого о том, что духовный отец может быть лишь в христианском исповедании).

В каком смысле надлежит разуметь слово: *духовный отец*? Очевидно, что особая сила придается свидетельствованию не всякого священника: в звании духовного отца предполагается личное духовное отношение к завещателю. Отношение это, как известно, меняется в жизни. Можно иметь несколько духовников: одного постоянного и избранного, наряду с другими, временными и случайными, ибо всякий священник, у кого приходилось исповедоваться, может именоваться духовным отцом исповеднику. Наконец, в предсмертные часы умерший мог исповедоваться у нового священника и от него же получить причастие или мог исповедоваться у одного, а получить причастие от другого. Нет, кажется, повода полагать, что закон разумет под духовным отцом исключительно то лицо, которое напутствовало умирающего, и всякое лицо, бывшее когда-либо духовником завещателя, может считаться, на завещании, в законной силе духовного отца. Но если завещатель исповедовался у одного, а получил причастие от другого священника и этого последнего призвал к участию в завещании, *может ли* он означить себя на завещании духовным отцом? Если может означить, то свидетельство его будет иметь двойную законную силу, если же не может, то не будет. Первый вопрос решается, очевидно, на основании церковного права и церковной дисциплины, а в церковном смысле звание духовного отца состоит в прямой связи с исповедью (по этому вопросу было дело о завещании *Диателловича*, римско-католика, в I Общ. Собр. Сен. сл. 11 мая 1873 г.).

Подпись свидетелей следует за подписью завещателя, но никак не может предшествовать ей, ибо свидетельствуется, между прочим, о подписи завещателя. Подпись свидетелей должна быть не на оболочке бумаги

(т. е. на внешнем листе, в который вставлен лист завещания), но на самом листе завещания: или внутри его, или на обороте (ст. 1065). Отсюда следует, что текст завещания с подписью завещателя и всех свидетелей должен составлять одно материальное целое; итак, если завещание состоит из двух или более листов и под окончанием текста на последней странице не могут уместиться подписи всех свидетелей, то, для придания всему завещанию полной целостности, необходимо скрепить его по листам по правилу 1035 ст. (есть решения и в противоположном смысле, напр., Сб. Сен. реш. т. II, № 1117; но едва ли они соответствуют требованию 1056 ст.).

Подпись свидетелей удостоверяет: 1) в подлинности завещания, т. е. в том, что лицо, предъявившее им завещание, есть точно то самое, коим оно сделано и подписано; 2) что при предъявлении им завещания, они все лично его видели и нашли в здравом уме и твердой памяти (ст. 1050). Обо всем этом подписавшиеся на завещании свидетели должны свидетельствовать устно или письменно, если будут в живых, по смерти завещателя, на допросе, который производится им по поводу явки домашнего завещания, и если по сим предметам окажется разноречие одного свидетеля с другим или разноречие показания с тем, что по смыслу закона должна удостоверить свидетельская подпись на завещании, то целое завещание может быть заподозрено в подлинности и оставлено без утверждения. В сем отношении формальное и материальное значение свидетельства безусловно, и невозможно допустить, помимо соблюдения формы и цельности свидетельских показаний, никакого иного способа к удостоверению или восстановлению подлинности завещания. Это обстоятельство необходимо иметь в виду при составлении акта как завещателю, так и свидетелям, ибо от всякого небрежения или невнимательности по сему предмету может возникнуть по смерти завещателя серьезное недоразумение, могущее подать повод к опровержению формальных, но безусловно требуемых признаков подлинности завещания. У нас на это важное обстоятельство, к сожалению, обращают мало внимания. Необходимо, во-первых, свидетелю в подписи своей держаться как можно точнее формулы, указанной в тексте 1050 ст., дабы известно было сразу и ему, и всем посторонним, о чем он свидетельствует и что подтвердить обязывается. Хотя и нет повода признать существенной принадлежностью подписи обозначение в оной всех тех обстоятельств, о коих предполагается по закону свидетельство в завещании, хотя и очевидно кажется, что всякий, кто поставляет себя подписью во свидетели по завещанию, тем самым уже показывает, что свидетельство его относится к предметам, означенным в 1050 ст. Зак. Гражд., но бывает, что при споре на завещание возражатели основывают свои сомнения и споры именно на таковой неполноте

подписи, и судебные места останавливаются на таковых возражениях, следовательно, из предосторожности против подобного недоразумения надлежит свидетелю соблюдать возможную полноту в формуле своей подписи. Напр., такова может быть формула: *«что сие духовное завещание действительно составлено и подписано таким-то завещателем, предъявившим мне оное, и я, видев его притом лично, нашел в здравом уме и твердой памяти, в том свидетельствую такой-то»*. Достаточно, если первый только свидетель учинит свою подпись в такой формуле; последующие свидетели могут уже затем без опасения писать: «в том же свидетельствую такой-то».

Во-вторых, надлежит завещателю и свидетелю не упускать из виду, что действие свидетеля и подпись его есть серьезный гражданский акт, в котором ему придется, может быть, давать отчет перед судом, следовательно, надо совершить его *во истину*, т.е. наблюдать, чтобы подпись и свидетельство соответствовали действительному событию. Показание свидетеля должно быть твердо и положительно, в соответствии со всем тем, чего требует закон в ст. 1050. Если не будет в нем полного соответствия с сим требованием и полной определенности, явное место вправе будет отказать в явке завещания. Между тем у нас в большей части случаев свидетели дозволяют себе подписывать завещание заочно, в отсутствии завещателя, которого они не только в эту минуту не видят, но, пожалуй, и давно не видели. Иной завещатель, написав завещание, обращается с ним легкомысленно, т.е., при удобном случае и по мере возможности, предлагает его к подписи случайным посетителям или даже посылает на дом к знакомым для подписи. Это весьма неосторожно. Свидетель, подписывая завещание заочно, может действовать вполне добросовестно и в полной уверенности в том, что завещатель в полном сознании, и все-таки, подписывая завещание, не во истину свидетельствует. По смерти завещателя редкое завещание не оставляет недовольных. Недовольство возбуждает надежду, нельзя ли ниспровергнуть завещание, и поводы к спору всегда могут представиться. Одно из самых употребительных средств – это спор о том, что завещание сомнительно в подлинности и что завещатель не имел полного сознания. Как скоро спор возбужден, свидетелям предстоит давать на суде показания, и тогда, если такому заочному свидетелю предложены будут вопросы о предметах, входящих в законную формулу свидетельства, он, как бы ни был лично уверен в том, что завещание подлинно, должен будет самого себя оболгать, т.е. показать по совести (может

быть, под присягой¹), что подписал завещание заочно, т.е. личного предъявления завещания притом не было, следовательно, *не может быть безусловного* удостоверения в том, что закон требует: что в минуту предъявления завещатель был в здравом уме и твердой памяти. Таким образом, из начальной небрежности свидетельства погибнет акт, который в противном случае остался бы неопровержимым (ср. реш. по д. Шуриновой Ж. М. Ю. 1866 года, № 7).

Закон положительно не требует, чтобы предъявление завещания всем призываемым свидетелям совершилось одновременно, но для твердости завещания всякий завещатель хорошо сделает, если совершит это предъявление всем свидетелям вместе.

В позднейшей практике Кассационного Д-та Сената принято едва ли согласное с точным смыслом 1 п. 1050 ст. положение, что завещание может быть предъявлено свидетелю для подписи не лично самим завещателем, а другим лицом; необходимо лишь, чтобы свидетель был убежден, что предъявленное ему завещание – то самое, о подписи коего его просил завещатель (реш. 1879 г., № 4).

Из буквального смысла 1050 ст. (подпись... удостоверяет *только*) следует, что свидетелям нет необходимости знать содержание последней воли завещателя. Закон предполагает у свидетеля только уверенность в тождестве последней воли с той бумагой, которая ему предъявлена и подписана им. По делу Ксиды (Сборн. Сен. реш. т. II, № 853), один из свидетелей на завещании показал, что подписал оное *из уважения* к завещателю и не может утвердить, точно ли завещатель был в уме и памяти, но как затем остальные свидетели в достаточном числе дали положительное показание, то завещание и утверждено в подлинности.

При составлении завещания, сказано в реш. Касс. 1872 г., № 960, в большей части случаев, вследствие особенных обстоятельств, неизбежны бывают некоторые ошибки и упущения, и посему отмена акта в целом составе, вследствие какой-либо ошибки или упущения в отдельной его части, при невозможности уже исправить эти ошибки или упущения, была бы несправедлива как в отношении к памяти умерших завещателей, так и в отношении лиц, имеющих интерес в завещании. Посему Сенат оставил в силе решение Палаты о завещании Рудина. В 5 п. завещания из отказанного Василию Рудину капитала сделаны были назначения в пользу невестки завещателя Анны и двух дочерей ее, но оказалось, по показанию свидетелей, что при предъявлении завещания свидетелям, в этом пункте оставлены были пробелы для вписания суммы, и пробелы эти пополнены переписчиком, по просьбе завещателя, уже на другой день. Палата признала, что эти суммы не могут служить законным выражением воли завещателя, и что распоряжения 5 п. недействительны. Со стороны спорщика, жаловавшегося на решение Палаты, требовалось, чтобы за этой неисправностью признано было недействительным целое завещание.

¹ Спрос свидетелей на суде под присягой не противоречит правилу 1050 ст., как признано решением Касс. 12 декаб. 1873 г., № 1864.

По сомнению в подлинности домашнего завещания Косцялковского было назначено исследование, при котором некоторые свидетели, подписавшиеся под завещанием, дали показание, не согласное с тем, что показывали при первоначальном допросе пред явкой завещания в Палате: именно вначале показывали они, что завещание было предъявлено им самим завещателем, а потом – что предъявлено было посторонним лицом. За это противоречие Палата отказалась принять завещание к явке, но ее заключение, подтвержденное Сенатом в Департаменте, отменено в 1871 г. Общим Собранием, признавшим это разноречие по обстоятельствам дела несущественным.

Разноречие свидетелей на допросе, в обстоятельствах несущественных, не препятствует явке завещания, когда они в существенном согласны. В д. Зотовой (Общ. С. Сен. 1867 г.) свидетели разошлись в показаниях о времени подписания завещания, и это не сочтено препятствием. Что существенно и что не существенно, о том рассудил суд, но едва ли можно сказать, что кроме предметов, означенных в 1050 ст., все прочее несущественно. Разница зависит во многом от того, есть ли спор или нет спора. При сомнении о подлинности и малое обстоятельство может иметь существенное значение.

По завещанию Добужинской, из числа трех свидетелей один не разыскан, другой подтвердил завещание, а третий объявил, что хотя он и подписал завещание, отрекается от своей подписи и считает ее незаконной. Ввиду такого отзыва завещание признано неподлежащим явке (мнен. Гос. Сов. 1874 г.).

Завещание невозможно признать подлинным и принять к явке, если хотя один из свидетелей на допросе не признает своей подписи подлинной или объявит обстоятельства, не соответствующие с законным свидетельством о подлинности завещания (см. мн. Гос. Сов. 1874 г. по д. Буховецких). Такое показание свидетеля устраняет возможность явки *в бесспорном порядке*, даже и в таком случае, когда бы остальные свидетели, в достаточном по закону числе, подтвердили подлинность акта. Завещание утверждается в подлинности совокупным свидетельством всех лиц, на нем подписавшихся, и подлинность не может считаться достоверной, если эти лица не согласны друг с другом в свидетельстве о существенных признаках подлинности.

По завещанию Майстренка, подписанному четырьмя свидетелями, два свидетеля при допросе показали, что им неизвестно, был ли он при подписании завещания в здравом уме и понятии, причем один из них, священник Маковский, объяснил, что был приглашен к подписи женой Майстренка, который сам не заводил с ним речи о завещании, а священник Карвовский показал, что завещание было ему предъявлено женой Майстренка и подписано по просьбе самого Майстренка и жены его. При такой неопределенности и разноречии показаний трех свидетелей признаны не имеющими силы, а показание одного четвертого недостаточным для утверждения завещания (мн. Гос. Сов. 1873 г.).

В Касс. практике (реш. 1875 г., № 322) признается, что разноречие в показаниях свидетелей не есть еще основание к признанию завещания недействительным; если положенное законом число свидетелей подтвердит, что завещатель был в здравом уме и твердой памяти, то заявление остальных, противоре-

чащее их показаниям, не обязывает суд признать завещание недействительным: от суда зависит дать предпочтение показаниям тех или других, и в первом случае, стало быть, утвердить завещание.

§ 57

Крепостное завещание. – Составление его и явка. – Нотариальное завещание.

Крепостное завещание есть акт, не крепостным порядком совершаемый, но явочный, и потому не пишется у крепостных дел, но пишется дома, подобно домашнему, только с оплатой простым гербовым сбором (т. V, изд. 1893 г., Уст. Герб. ст. 8, п. 6), или собственноручно, или чужой рукой, и подписывается самим завещателем или рукоприкладчиком за него, по общему правилу. Затем главнейшие формальности сего завещания отнесены к порядку явки, так как сей явкой удостоверяется его подлинность. Завещание представляется завещателем *лично* в судебное место, при коем состоят крепостные дела.

Если завещатель известен суду, то свидетелей вовсе не нужно, в противном случае с ним должно явиться в суд двое свидетелей, из коих по крайней мере один должен быть суду известен. Они удостоверяют суд в тождестве лица завещателя подписью на самом завещании. Если акт подписан за завещателя другим лицом, то и рукоприкладчик вместе с ним должен присутствовать при явке. Затем в присутствии суда производится завещателю допрос, точно ли завещание им подписано и содержит волю его; а если есть рукоприкладчик, то и его допрашивают, точно ли он рукоприкладствовал и по каким причинам. Завещание записывается в крепостную книгу от слова до слова, потом делается на завещании надпись о явке и записке, за подписью всех присутствующих, и завещание возвращается завещателю с распиской. Все вышеизложенное вносится в протокол заседания (ст. 1013, прим., прил. ст. 1–6, 9). Соблюдение этого обряда во всей его целости считается столь существенным, что лишь с окончанием последнего действия, т.е. с выдачей акта под расписку самому завещателю, он признается совершенным в окончательной силе. На практике отвергаемы были, в силе крепостных, даже завещания, окончательно записанные в книгу и подписанные, если завещатель не успел сам принять акт от крепостных дел (Ж. М. Ю. 1859 г., декабрь, стр. 113, 1860 г., X, 11. Сб. Сен. реш. Т. I, № 612).

Личная явка крепостных завещаний в суде считалась, по общему закону, безусловно обязательной; только в Черниговской и Полтавской

губерниях до введения Нотариального Положения (ср. Зак. Гр., изд. 1857 г., ст. 1045) закон позволял, за болезнью завещателя, по просьбе его принимать сознание завещателя на дому, при всех членах суда, или по крайней мере при одном, если притом есть еще два приглашенных свидетеля. Но в 1845 году эта льгота распространена, и по общему закону, на один только случай крепостного завещания, когда передается от бездетного родовое имение одному из родственников (ст. 1068, прим.). Особенная сила и особое значение, наравне с крепостными, присваивается и тем из домашних завещаний, которые самим завещателем (лично, а не через посредство другого лица, как толкует судебная практика. Сб. Сен. реш. II, № 459. Ж. М. Ю. 1862 г., № 5. Мн. Г. С. 1871 г. по д. Карпачевой и Редкина в Собр. Уз. 1872 г., № 194) внесены для хранения в Опекунский Совет, или в отделение канцелярии Совета Человеколюбивого Общества, или в Попечительный Комитет сего Общества. О таких завещаниях сказано, что извет о фальшивости составления их не принимается (ст. 1035¹, 1052, прим.; 1058).

А) Завещание, которое, быв представлено в присутственное место для засвидетельствования в качестве крепостного, не успело в сем качестве совершиться, может еще быть признано в качестве домашнего. Мн. Гос. Сов. 1851 г. по делу Натрускина и Сб. Сен. реш. т. I, № 612. Правило это явственно выражено во врем. полож. о завещаниях 5 апреля 1869 года, но не составляет нового узаконения, как разъяснено Сенатом (Касс. реш. 1873 г., № 1684).

Б) По делу Прокофьева (Сборн. Сен. реш. т. II, № 1059) Сенат рассуждал, что в правилах о порядке совершения крепостных завещаний хотя и не сделано подразделения на более или менее существенные, но нельзя не принять во внимание, что исполнение одних правил зависит прямо от завещателя, а исполнение других относится непосредственно до обязанности присутственного места; неточность в соблюдении последних по справедливости невозможно ставить в вину честному лицу, если только нет сомнения в подлинности завещания. Посему признано несущественным упущением, по обстоятельствам дела, что от рукоприкладчика, подписавшего завещание, не было отобрано допроса, и что подпись на завещании не подписана всеми членами, подписавшими постановление о явке.

В деле *Лебяжинской* не найдено подлинного протокола о совершении креп. завещания о допросе. Но как неоспоримо, что завещание было представлено к явке лично самой завещательницей и лично же ею получено обратно, то Сенат (4 Департ., реш. 1 декабря 1870 г.) оставил его в силе, признавая, что отобрание допросов, внесение акта в книгу и составление протокола суть обрядности, лежащие на обязанности самого присутственного места. Спор состоял в том, что обрядности вовсе соблюдены не были.

Завещание Персидского составлено 12 мая, а в протоколе допроса значится подпись его, что он признает действительным свое завещание, составленное 8 мая. О тождестве завещания не было сомнения, но Сенат (4 Департ., реш.

28 января 1871 г.) признал, что если бы в допросе произошла ошибка, то завещание 12 мая не может считаться крепостным, ибо закон не только требует особенно строгого выполнения всех формальностей крепостного порядка, но, предвидя возможность описки, указывает и порядок исправления оной в 747, 890, 906 ст. Зак. Гражд. (708, прил. I, ст. 26, 140, по изд. 1887 г.) и 166 ст. II т. Общ. Губ. Учр. (соответств. ст. 124 того же Учр. изд. 1892 г.). Однако в Общ. Собр. Сен. 1873 г. положено признать завещание в силе крепостного.

В другом решении, по д. Крестовского, 1868 г., Общ. Собр. Сен. признало, что при совершении крепостного завещания несущественно нарушение *канцелярских* формальностей, но существенно нарушение коренных требований закона. Эти требования признаны нарушенными в следующем случае. Завещание представлено в суд *не самим завещателем*, а по доверию его – другим; допрос снят *не в присутствии суда*, а на дому; *рукоприкладчик* за неграмотного завещателя не присутствовал при явке и не допрошен, и завещание от креп. дел получено обратно не самим завещателем. В д. Мещанинова (Об. Собр. Сен. 1869 г.) завещание не принято в силе крепостного по следующим недостаткам. Завещание представлено в Палату никем не подписанное, при прошении, подписанном за болезнью завещателя сторонним лицом, коим прошение и подано, тогда как в нем подача поручена еще иному. По такому прошению завещатель допрошен на дому членом Палаты, и в акте допроса сказано, что он произведен при свидетелях; подписи же их нет и тождество лица завещателя осталось неустойчивым. Есть особый акт о допросе свидетелей, переписчика и рукоприкладчика, подписавшихся на завещании; но на самом завещании подписи рукоприкладчика и свидетелей не было.

В) В 1868 г. помещица Огинская в Западном крае завещала родовое имение одному из членов рода, на основ. 1068 ст. Зак. Гр. и представила акт к совершению крепостным порядком, но за силой указа 10 декабря 1865 г. (о передаче имения лицам польск. происх.) встретилось затруднение в совершении акта. В сентябре 1869 года последовало Высочайшее на то дозволение, но в феврале завещательница умерла, не успев совершить обряд. Со стороны преемницы по завещанию возникло ходатайство о дозволении принять акт к явке в качестве домашнего и присвоить ему силу формальностей, указанных в 1068 ст., так как формальности эти не были соблюдены по обстоятельствам, не зависевшим от воли завещательницы. Дозволение это дано с Высочайшего разрешения.

Учреждение крепостных дел, вместе с прежним порядком явки и совершения актов, удержалось только в тех местностях, где остались в прежней организации судебные места, за не введением еще в действие новых судебных учреждений и Нотариального Положения. К этим только местностям прилагаются вполне правила I ч. X т. о порядке составления и явки крепостных завещаний. А для тех местностей, где введены судебные уставы 20 ноября 1864 года в полном объеме, изданы в 1869 году новые правила, согласованные с нотариальным порядком засвидетельствования актов; место крепостных завещаний заступают по сим правилам завещания нотариальные. В силу сего усложнился сам порядок написания и со-

ставления завещаний, приносимых к нотариусу для явки, применением ст. 67, 70–76, 83, 86–92, 95–101 и 103–114 положения о нотариальной части. Прежний порядок засвидетельствования завещаний у крепостных дел был явочный, и судебному месту положительно запрещалось вступать в проверку законности распоряжений завещателя; нынешние явочные завещания *совершаются* у нотариуса, который имеет право, по силе общих правил своей инструкции, требовать от частных лиц соблюдения многих отяготительных формальностей и вступаться в содержание акта. Отсюда происходят значительные стеснения, к облегчению коих вероятно не замедлятся новые законодательные преобразования. Нотариальные завещания совершаются не иначе как *в личном присутствии* завещателя (по силе 114 ст. Нотар. Полож. акты могут быть совершаемы и на дому, по уважительным причинам), при *трех* свидетелях, кои могут удостоверить и самоличность завещателя. Свидетелями не могут быть лица, признаваемые неспособными по правилу Нотариального Положения и по правилу домашних завещаний. Подлинным завещанием признается не акт, подписанный завещателем и обратно ему отдаваемый, как было принято в прежнем порядке, но акт, внесенный в актовую книгу, а завещателю выдается выпись из сей книги, оплачиваемая простым гербовым сбором, при бывших свидетелях, которые удостоверяют выдачу своей подписью в реестре нотариусу. Эта выпись равносильна с подлинником; но в случае спора о несходстве преимущество отдается подлиннику, если в нем не окажется в спорных статьях неоговоренных подчисток и поправок. Вторая и следующие выписи, *при жизни завещателя*, могут быть выдаваемы только ему одному или уполномоченному на сие поверенному. Таковому завещанию присваивается та же сила, какая присваивалась крепостному: *сомнение* в подлинности его решительно устраняется; чтобы опровергнуть подлинность, необходимо предъявить спор о подлоге. Но завещание, хотя бы не было признано в силе нотариального, может еще быть признано в силе домашнего (Зак. Гр., ст. 1012, 1013, 1035¹, 1035², 1036–1042).

Приводим из Нотариального Положения сущность правил, подлежащих соблюдению относительно завещаний *о составлении акта*. В акте должны быть означены год, месяц и число совершения, имя, отчество, фамилия, место жительства нотариуса, с его подписью. При означении лиц как в акте и засвидетельствованиях, так и в подписях прописываются имена, отчества, фамилии, звания и *места жительства*, чтобы не было сомнения в тождестве (правило, которое, по неразумению нотариуса, может оказаться весьма стеснительным для завещателя). В акте должно быть упомянуто о всех документах, представляемых для совершения оного; должно быть означено, кому следует выдать выпись; должно быть означено, что акт прочитан при свидетелях. Акты должны быть писаны на *русском* языке, на русскую монету, вес и меру, либо с переводом

монеты и пр. на русское. Акты должны быть писаны четко, с означением *по крайней мере однажды* прописью чисел, номеров и сроков. Пробелы, поправки, приписки и сокращения допускаются с оговоркой, за подписью участвующих. Пробелы должны быть прочеркнуты, а поправленное перечеркнуто тонкой чертой. Подчистки не допускаются.

Подписи и расписки могут быть и на иностранном языке, но с удостоверенным переводом на русский. Свидетели должны подписываться на акте. Если вместо самого совершающего акт подписывается по доверию рукоприкладчиком, то о сем удостоверяется в подписи свидетелей. Об удостоверении самоличности должно быть прописано в подписи свидетелей.

О качествах свидетелей. Свидетелями могут быть только совершеннолетние, грамотные и известные нотариусу лично или по достоверному о них засвидетельствованию (едва ли можно допустить во свидетели самоличности завещателя, по свидетельству о самоличности тех свидетелей). Не могут быть свидетелями слепые, глухие, безумные, не знающие по-русски, заинтересованные лица (87 ст. Нотар. Пол.), служащие в конторе нотариуса и их прислуга, лишенные права свидетельствовать в силу судебного приговора.

1888 окт. 19 (Сборн. реш. 1890 г., № 96). – В деле Павла Джикашвили Гр. Касс. Департ., между прочим, разрешил вопрос – подлежит ли утверждению домашнее духовное завещание, на котором имеются подписи двух свидетелей и переписчиком которого был духовный отец завещателя, – в смысле отрицательном, так как участие духовного отца завещателя в составлении завещания в качестве его переписчика не оказывает никакого влияния на обязательное для действительности духовного завещания число свидетелей.

1890 г. ноябр. 7, № 87. На вопрос: правильно ли судебная палата признала подпись нотариуса, значащуюся на нотариальном завещании, равносильной подписи свидетеля при рассмотрении того же завещания в качестве домашнего, Гр. Касс. Деп. дал ответ утвердительный, так как удостоверение в правоспособности завещателя, в желании его совершить завещание и в том, что нотариус лично знал завещателя, соответствует требованиям ст. 1050 т. X ч. I.

1891 г. окт. 2, № 70. – Разрешая по делу Гилевской вопрос: может ли быть признано действительным нотариальное духовное завещание, при составлении коего один из свидетелей был несовершеннолетним, Гражд. Кассац. Департ. нашел, что нахождение в установленном по роду акта числе свидетелей лица, не достигшего гражданского совершеннолетия, т.е. двадцати лет с годом, лишает этот акт той его действительности, какую он бы имел при отсутствии этого упущения, и, следовательно, не может быть признано действительным и нотариальное духовное завещание, когда в числе трех свидетелей один был несовершеннолетний.

О совершении акта. В самоличности совершающих можно удостоверяться не только свидетелями, но и другими способами. Нотариус, по предъявлении акта, допрашивает участвующих: действительно ли по доброй воле желают совершить его и понимают ли его смысл и значение? При лице, не знающем по-русски, должен быть переводчик. Проект акта нотариус прочитывает соверши-

телю, объявляя о количестве сборов; по согласии и по уплате, проект вносится в актовую книгу; потом снова прочитывается совершителю, или им самим, при свидетелях (для глухих, немых, слепых и глухонемых особые формальности ст. 106, 111 Нотар. Пол.). По прочтении акта он подписывается в актовой книге участвующими, свидетелями и нотариусом.

Нотариусу запрещается, под опасением недействительности, совершать акты от имени и на имя как его самого, так и его жены или их родственников, в прямой линии без ограничения, а в боковых – родственников первых четырех и свойственников первых трех степеней, а также лиц, состоящих у него под опекой, усыновителей и усыновленных. Отдельные в пользу самого нотариуса или прочих вышеозначенных лиц распоряжения в акте *признаются недействительными, но сами акты остаются в силе* (76 ст. Нотар. Пол.).

§ 58

Явка завещания. – Двойное ее значение. – Оглашение. – Новый обряд явки. – Хранение завещания.

Явка есть необходимое действие, совершением коего завещание оглашается, удостоверяется в подлинности, получает юридическое значение и обязательную силу. Всякое завещание подлежит явке, имеющей двойное значение. Одна – для удостоверения подлинности, другая – для публичного оглашения и утверждения к исполнению. Очевидно, что последнее действие может иметь место лишь по смерти завещателя, и потому для домашних завещаний, остающихся в безгласности при жизни завещателя и являемых только по смерти его, явка соединяет в себе и то и другое значение. А крепостные завещания, коих подлинность удостоверяется явкой при жизни завещателя, требуют по смерти его другой явки, для утверждения к исполнению. Итак, явка крепостного завещания и домашнего имеет не совсем одинаковое значение.

Существенная цель явки – удостоверение подлинности завещания и наблюдение за сохранением в нем установленных форм, так как с этими формами связано предположение о подлинности. Форма, как выше указано, проще в крепостном завещании; следовательно, проще и понятие о явке. Она совершается непосредственно в присутствии живого завещателя, следовательно, здесь удобно и исправление погрешностей формы и полнейшее удостоверение подлинной воли. О явке крепостных завещаний закон прямо говорит (ст. 1013, прим., прил., ст. 7), что ею удостоверяется только подлинность завещания, но не утверждается тем законность содержащихся в нем распоряжений, о коей и после явки

могут быть предъявлены споры. Посему при явке к свидетельству завещаний не следует входить в рассмотрение самих распоряжений завещателя, но наблюдать только за тем, сохранены ли в составе завещания установленные формы.

Напротив того, о домашних завещаниях закон выражается (ст. 1014, 1060 и 708, прил. I, ст. 18, 20), что они являются по смерти завещателя для удостоверения в подлинности их и *законности*. Местом для явки домашних завещаний (у крепостных же дел) указано судебное место. Суд, по получении завещания, удостоверяется, что оно в срок представлено, и вызывает подписавшихся свидетелей к допросу, который им производится в присутствии суда, без присяги, о предметах, означенных в 1050 ст., относительно подлинности завещания. Допросы эти могут быть отобраны от них и на месте жительства, в судебном месте или на дому при члене суда; но отсутствующих нет нужды допрашивать, если наличных свидетелей достаточно. Если некоторые из свидетелей или даже все оказываются умершими, это не препятствует явке завещания, лишь бы не было спора о подлинности его: в последнем случае такое завещание отсылается к судебному рассмотрению, если не ограждено от подобного спора личной отдачей на хранение в привилегированные на сей конец учреждения (1050, прим.; 1052, прим.). По учинении допроса, если показания свидетелей соответствуют требованию 1050 ст. и если в завещании сохранены установленные формы, суд по журналу полагает на завещании надпись о засвидетельствовании.

А) Можно ли при явке завещания обойтись без допроса свидетеля, когда нет удостоверения о смерти его и нет средств разыскать его? Кас. решение 1873 г., № 439 разъясняет, что можно. По рассуждению Сената не требуется в подобных случаях формальное признание свидетеля безвестно отсутствующим: вполне достаточно, если заинтересованное лицо докажет (?), что ему *нет никакой возможности* указать местопребывание свидетеля. Далее в том же решении прибавлено: «по доказанному неразысканию его»; стало быть, заинтересованное лицо обязывается еще доказать, что оно разыскивало свидетеля, но не оказалось возможности разыскать его. Трудно ожидать, чтобы заинтересованное лицо могло представить ясные доказательства на все упомянутое. Кажется, следует, в пояснение этих рассуждений, прибавить, что от суда зависит, что в случае оказывающейся невозможности разыскать свидетеля, принять, и без допроса его, завещание к явке. Нельзя, однако же, отрицать, что такое правило недостаточно на все случаи. Может случиться, что из всех свидетелей, подписавшихся на завещании, ни один не будет допрошен, кто за смертью, кто за неотысканием. Может быть притом заявлено или встречено сомнение в подлинности акта. Очевидно, что в подобных случаях применение означенного правила было бы затруднительно для суда.

Б) Утраченное домашнее завещание невозможно уже заменить копией для представления к явке; но вместо подлинного крепостного завещания дозволялось предоставлять к явке копию с него, выписанную из крепостной книги, когда достоверно, что подлинное завещание утратилось (напр., реш. 2 Отд. 3 Деп. Сен. 1873 г. о завещ. Гавриленко) или умышленно скрыто третьим лицом (Общ. Собр. Сен. 1867 г. по делу Ярошевицкого).

Подлинное домашнее завещание Нефедьева сгорело во время самарского пожара. Жена его представила копию с оно́го, списанную тогда же, когда подписывалось завещание одним из свидетелей, и, ссылаясь на черновую завещания, сохранившуюся у ней, и на показания свидетелей, просила засвидетельствовать копию вместо подлинника. Но Сенат (8 Департамент 23 января 1868 г.) отказал ей, признавая, что подлинник домашнего завещания ни в каком случае не мог быть заменен копией.

По делу Сиомака Сенат признал, что за утратой в Палате подлинного завещания, представленного к явке, Палата не может свидетельствовать незасвидетельствованную копию с оно́го, хотя бы свидетели, подписавшиеся на завещании, подтверждали тождество копии с подлинником, ибо свидетели не обязаны знать содержание завещания. Журн. Мин. Юст. 1861 г., № 12. Но есть и решения в ином смысле, напр., мн. Гос. Сов. по делу Анерта. Полн. Собр. Зак. 1838 г., № 11721 а.

Многие полагают, что запрещение, установленное в ст. 7 прил. к прим. к ст. 1013 Зак. Гражд., не простирается и на те случаи, в коих форма так связана с содержанием, что для проверки соблюдения формальности необходимо входить в рассмотрение самого распоряжения, которому присвоена особая формальность. Так, напр., закон предписывает совершать в форме крепостного завещания распоряжения о назначении имени дальнему родственнику по силе 1068 ст. Зак. Гражд. Вследствие того неоднократно признаваемо было сенатскими решениями, что в подобных случаях Палата имеет право при явке завещания возбудить вопрос о законности распоряжения и входить в разбор качеств назначаемого имени. Едва ли, впрочем, основательно делать на сей случай исключение из правила ст. 7 указанного приложения. Эта статья, очевидно, имеет в виду формы, установленные для удостоверения *подлинности* завещания, т.е. общие формы завещательного акта, а не особливые формы, установленные для облечения того или другого распоряжения в *законный* вид.

Запрещение входить при явке в рассмотрение сущности завещательных распоряжений относится по существу своему до предметов, имеющих исключительно частный гражданский интерес, и до нарушения прав, частным иском защищаемых. Но, кажется, не следует распространять это запрещение и на нарушение прав, имеющих общее государственное значение. Недоумение о сем возникало в Западном крае, по поводу явки завещаний, коими, вопреки указу 10 дек. 1865 г., имение назначаемо было, мимо наследственного перехода, лицам польского происхождения; подобное дело, о завещании Маргульца, доходило в 1872 году до рассмотрения 1 Общ. Собрания Сената. Завещание это принято было Киевской Палатой к явке, но с оговоркой, что недвижимое имение должно принадлежать наследникам по закону, на основании Указа 10 декабря

1865 года. Сенат во 2 Отд. 3 Департ. отменил это определение Палаты, признав, что Палата не должна была при явке входить в рассмотрение распоряжений завещателя. Это решение Сената оставлено в силе и Общим Собранием. Подобное же решение Общ. Собр. Сен. 1867 г. по д. Бера.

По сему обряду завешание становится явочным актом, и как о явочном акте общим правилом (ст. 708, прил. I, ст. 115, 120) положено рассматривать, не противен ли он законам, и не свидетельствовать его, когда в нем найдены будут распоряжения противозаконные, то в виду 1014 ст. возникали постоянно недоумения о том, вправе ли суд при явке завешания останавливаться на содержании его, в коем прямо усматривается противоречие с законом. На практике применяется обыкновенно и к этому случаю сила ст. 7 приложения к прим. к ст. 1013 о явке духовных завещаний: признается, что судебное место не должно обращать внимания на сущность распоряжений завещателя, не должно входить в соображения о смысле и значении последней его воли, ни в разыскание о свойстве завещаемого имения; если даже завещанное имение прямо названо родовым, то и в сем случае едва ли позволительно отказывать в утверждении акта, тем более что, по сложности правил о свойстве родовых имений, сознание самого владельца по сему предмету может быть ошибочное. Прямая обязанность явочного места наблюдать за сохранением форм, но и в сем отношении нельзя не признать различия между нарушением, которое само по себе явно, и тем, которое может раскрыться лишь по исследовании. В последнем отношении тоже нельзя допустить ни права, ни обязанности явочного места входить по своему усмотрению в поверку или разыскание обстоятельств, кои сами по себе не очевидны, когда не представляется прямого сомнения или не заявлено спора. Напр., суд может прямо отвергнуть свидетеля, в пользу коего сделано назначение, но странно было бы по поводу явки, и без всякого спора, требовать удостоверения в том, что свидетели не имеют недостатка, означенного в 2 ч. 1054 ст.

При нотариальной явке завещаний соблюдаются правила 83 и 90 ст. Нотар. Полож., в силу коих нотариус должен удостовериться, имеют ли те, от имени и на имя коих акт совершается, законную правоспособность (надо полагать личную правоспособность, а не к приобретению того или другого имущества). Акты, совершение коих воспрещено законом или содержащие в себе *что-либо* противное законам, ограждающим порядок управления, общественную нравственность или честь частных лиц, не принимаются нотариусом к совершению.

В реш. Общ. Собр. Сен. 1870 г. по д. Занкевич выведено, что правило 1042 ст. (Зак. Гражд., изд. 1887 г., ст. 1013, прим., прил. ст. 7) имеет силу и для явки домашних завещаний. В этом деле завещательница предоставила имение малолет-

нему сыну с тем, что если он умрет, не достигнув совершенных лет, то имение должно быть собственностью ее мужа. Палата при явке завещания признала означенное распоряжение ничтожным относительно мужа. Из этого примера видно и практическое неудобство, происходящее от суждения при явке о законности распоряжений завещателя. В этом деле оказалось, что сын завещательницы умер еще при жизни ее, а в таких обстоятельствах ее распоряжение могло быть истолковано, в случае спора, в виде простой субституции.

В Юрид. Вестн. 1872 г., № 3 см. решение Саратовской Суд. Палаты, в коем признано: 1) при совершении нотариального завещания не требуется удостоверение нотариуса в правоспособности находившихся притом, лично ему известных свидетелей; 2) правило 1053 ст. Зак. о качествах рукоприкладчика не распространяется на рукоприкладчика при подписании нотариального завещания.

Палата, свидетельствуя завещание, не должна присовокуплять в подписи толкования свои о смысле воли завещателя и разъяснения об ее исполнении (Сб. Сен. реш. II, № 482, 492).

Что касается до споров, возбуждаемых при явке, то они могут относиться или к соблюдению формальностей в составе завещания, или к сущности распоряжений, либо к тому и другому совокупно, или, независимо от формальностей, к опровержению подлинности. Сообразно свойству спора в подобных случаях суд или разрешал спор о форме в частном порядке, или, приняв завещание к явке, предоставлял вести судебным порядком спор о незаконности распоряжений, или отсылал завещание к судебному рассмотрению в состязательном порядке. Во всяком случае принималось за правило, что постановление суда о засвидетельствовании завещания (или об отказе), как частное, состоявшееся в порядке судебного управления, не может иметь безусловной силы в виду могущего возникнуть о завещании спорного судебного производства; следовательно – по засвидетельствовании – свободно открывается спор о законности распоряжений завещателя, и, несмотря на засвидетельствование, завещание по суду может быть признано неподлинным; непринятое к явке может по суду оказаться подлежащим явке, и принятое – неподлежащим.

Совокупно с явкой завещания в суде, для признания его подлинности в качестве акта действительного, производится явка и для другой цели – ко владению и к сбору пошлин, – обряд, сохранившийся, в измененной форме, от старинного порядка явки крепостей. Пошлины надо еще исчислить и обеспечить или взыскать; ко владению надо уполномочить законным способом того, к кому переходит по завещанию имущество. Сверх того, надо придать завещанию всю гласность, требуемую законом для того, чтобы всякий, имеющий право, мог предъявить, если желает, спор свой. От этого обряда не изъеются, по закону, кроме завещаний домашних, и крепостные: последние, хотя были уже явлены

в подлинности при жизни завещателя, по смерти его представляются в суд для явки последнего рода (ст. 1060, прим.)¹. Судебному же месту поставлено в обязанность (Ук. Сен. 19 ноябр. 1836 г. в дополнительных томах П. С. 3. 9718 а) по засвидетельствовании завещания немедленно исчислить следующее количество пошлин, для взыскания их в свое время при вводе во владение имением, и сообщить куда следует о наблюдении за исполнением завещательных распоряжений, сделанных в пользу богоугодных заведений (1090, 1091 Зак. Гр.). По общепринятому порядку суд, окончив весь обряд явки, сообщает подлежащим местам о вводе во владение по завещанию, или о передаче кому следует завещанного имущества и капиталов, и делает распоряжение для припечатания в ведомостях объявлений о явленном завещании.

Завещания представляются к явке от тех, у кого в руках находятся, или присылаются из учреждения, куда положены на хранение. Но для сего положен срок, со дня смерти завещателя – годовой для пребывающих в России (надо полагать, хранителей завещания) и двухгодовой – для находящихся за границей (следовательно, вместе с завещанием представлять надобно и удостоверение о дне смерти завещателя). С истечением сего срока завещания признаются недействительными (вакуфные завещательные акты в Крыму должны быть явлены в течение 6 месяцев). Однако же, если наследник по завещанию может представить *неопровержимые* доказательства, что срок пропущен по независящей от него законной причине, то ему оставляется право иска по сему завещанию в течение земской давности, со дня смерти завещателя (ст. 1062–1066 Зак. Гражд.); стало быть, по такому акту наследник предъявляет иск об имении к лицу, у кого во владении находится имение, и обязан *доказать* действительность завещания и свое право по оному, *независимо от явки*, ибо в законе не сказано, что такие завещания прямо принимаются к явке.

Завещания лиц, лишенных всех прав состояния (составленные до объявления приговора), могут быть представляемы к явке, для присвоения им исполнительной силы, по пришествии в силу приговора о лишении прав. Это следует из

¹ Следует ли представлять к явке по смерти завещателя крепостные завещания, явленные уже при жизни, и если следует, то куда именно? Об этом продолжались на практике сомнения и противоречивые решения, покуда предмет сей не был разъяснен окончательно Высоч. утвержд. мнением Гос. Сов. 18 июля 1860 г. (П. С. 3. № 35957). В сем узаконении изложены соображения, коими приведен был Госуд. Совет к признанию необходимости вторичной явки: «она служит удостоверением в том, что воля завещателя, выраженная в засвидетельствованном при жизни его завещании, осталась неизменной, что завещание отменено им не было и что оно должно подлежать исполнению». Нет нарушения закона в том, что завещание представлено было к вторичной явке в тот же суд, где совершено крепостным порядком (реш. Сен. 2 отд. 3 Д. по д. Гавриленко).

соображения со 1222 ст. Закон. Гражд. и из законной аналогии наследства по закону с наследством по завещанию. С какого времени надлежит исчислять при сем срок для явки завещания? Надобно полагать, что со времени объявления приговора осужденному; но, кажется, справедливость требовала бы в сем случае допустить толкование сего срока обширнее, нежели толкование срока после физической смерти. На практике мне неизвестен ни один случай применения годового срока к делам сего рода. О завещаниях, составленных лицами, кои находятся в безвестном отсутствии, надлежит рассудить так же, как об открытии после них наследства. См. выше § 38. О сих вопросах см. Юрид. Вестн. 1872 г., № 3.

Если при описи имущества умершего найдено будет завещание, то оно отдается тому, в чью пользу сделано, а если того лица нет, то отправляется в присутственное место, которое, записав завещание у крепостных дел, вызывает наследника по оному через ведомости (Зак. Гр., ст. 1227, прил., ст. 5).

Для местностей, в коих введены новые судебные учреждения в полном объеме, установлены новые правила явки, которая наименована вообще *явкой к исполнению*. Как нотариальные (в выписи), так и домашние завещания представляются для сего в окружной суд, или по месту нахождения завещанного имущества (ср. 212, 215, 219, ст. Уст. Суд. Гражд.), или по месту жительства завещателя (заграничные завещания – по последнему месту жительства завещателя в России¹). Если завещание отослано в суд по назначению завещателя или по распоряжению производивших опись, при коей оно найдено, то суд приступает к утверждению его и без особой о том просьбы. Утверждается завещание в судебном заседании. В подтверждение домашнего завещания допрашиваются свидетели, без присяги, о том, что завещание было им предъявлено самим завещателем, которого каждый из них лично видел и нашел в здравом уме и твердой памяти (некоторое изменение формулы 1050 ст. Зак. Гражд.). Смерть свидетелей не препятствует утверждению завещания, если недействительность его не может быть доказана предъ-

¹ По получении в суде домашнего завещания, представляемого к явке, надлежит, из предосторожности, немедленно снимать с него точную копию, с обстоятельным описанием всех подчисток и поправок, какие могли бы в нем оказаться. Это нужно для предупреждения всяких впоследствии недоразумений о тождестве и неприкосновенности первоначального текста. Бывали случаи искажений и подчисток в тексте завещания по смерти завещателя, и важно иметь на эти случаи удостоверение о подлинном состоянии текста в ту минуту, когда он первоначально представлен был в судебное место.

При представлении завещания в суд для явки необходимо извещать суд, по возможности, и о месте жительства подписавшихся на завещании свидетелей, равно извещать суд, с надлежащим удостоверением, о смерти тех из свидетелей, которые уже не находятся в живых. Это нужно для предупреждения медленности, происходящей от справок и переписки со стороны суда о жительстве свидетелей, коих допросить надобно.

явившим спор (изменение прим. 1052 ст. Зак. Гражд.). Право суда войти в поверку законности определено точнее прежнего: суд, не ожидая споров, отвергает завещания лиц, не имеющих права завещать, и завещательные распоряжения в пользу лиц, не способных к *принятию завещанного*, если то и другое явствует из завещания; кроме этих предметов, суд без спора не входит в рассмотрение распоряжений и наблюдает только за охранением форм. Об утверждении или не утверждении делается надпись на самом завещании. На отказ в утверждении завещания допускаются частные жалобы, а на принятие к утверждению – допускаются лишь в том случае, когда нет в виду ответчика. Определение по сему предмету во всяком случае не имеет силы судебного решения, ибо после него возможен еще судебный иск об утверждении или об уничтожении завещания. Об утверждении завещания печатается публикация в сенатских объявлениях (Зак. Гражд., ст. 1052, 1060–1066¹⁴).

А. Кассационным решением 1873 г., № 1687 признано, что указанный в правилах 1869 г. порядок обжалования определений окружных судов и предъявления исков о признании завещаний недействительными не относится к тем завещаниям, порядок явки и совершения коих был уже обжалован по правилам, прежде существовавшим. По завещанию Давыдовского на принятие его к явке Палатой приносима уже была частная жалоба Сенату и разрешена; посему признано, что проситель не имеет уже права предъявлять в окружном суде иск об уничтожении последовавшей и утвержденной явки завещания, а может только оспаривать по существу законность распоряжений завещателя.

Б. Форма завещания – *строгая*. Соблюдение форм, установленных для составления завещания, необходимо для признания его подлинности. Подлинность завещания неотделима от формы, и первую невозможно доказывать независимо от последней. Так, если бы, в недостатке свидетелей под завещанием или определительности в их показаниях, кто-либо предложил доказывать подлинность завещания посредством дознания или посредством сличения подписи завещателя с подписью на других актах, таковое предложение не следует принимать на суде (ср. Сен. реш. в Журн. Мин. Юст. 1859 г., октябрь, стр. 36).

За постановлением в законе подробных правил о формальностях завещаний, следует ли, в случае нарушения какой-либо из сих формальностей, отказывать в явке акта или предоставляется усмотрению суда определить, какое нарушение в данном случае, при соблюдении всех прочих правил и при отсутствии сомнения в подлинности, представляется несущественным? Довольно трудно отвечать на этот вопрос, ввиду строгой формы, присвоенной законом завещанию, и не имея в виду законного разграничения между существенным и несущественным в формальностях. Однако нельзя отрицать, что закон не все подробности формы разумеет и оттеняет одинаково, и есть решения законодательной власти, устанавливающие различие в значении сих подробностей. Так, по делу Стогова (Журн. Мин. Юст. 1860 г., № 12) Государственный Совет признал возможным принять к явке завещание, в коем в подписи рукоприкладчика и однофамильца завещательницы не

означено имени, отчества и фамилии ее, а названа она только завещательницей, и не объяснено, за неумением грамоте, или за болезнью учинено им рукоприкладство. Принято на вид, что, при соблюдении всех прочих формальностей, означенные упущения не дают ни малейшего повода к предположению подлога и не оставляют сомнения в тождестве лица. Впрочем, весьма опасно обобщать соображения, высказанные в этом решении, тем более, что в нем принято к соображению содержание самого завещания, соответствующее общей цели законодательства относительно охранения целостности родовых имений.

Могут быть случаи, в коих с полной очевидностью (не допускающей противного предположения) явствует, хотя и при нарушении формы, соблюдение того существенного правила, которое закон ограждает строгой формой. Тем не менее трудно ожидать от суда, применяющего законы в буквальном смысле, чтобы акт при полном убеждении в его подлинности оставлен был в силе, не взирая на нарушение формы. Такие приговоры исходят большей частью из Государственного Совета, который пользуется большей свободой в рассуждениях о смысле и цели закона и о применении его к отдельным случаям.

Из подобных случаев укажем, напр., следующий. В Петербурге, по смерти приехавшего из Иркутска купца, при охранении его имущества, найдено и опечатано приставом завещание, написанное на двух листах, из коих на последнем помещены, без скрепы по листам, подписи свидетелей. Этот недостаток составляет существенное нарушение формы, но по обстоятельствам невозможно сомневаться в подлинности акта и относящихся к нему подписей, ибо все они сделаны известными лицами, живущими в Иркутске, а тождество акта не подлежит сомнению, так как он найден официально в имуществе завещателя немедленно по смерти его.

В этом же роде немало может встретиться случаев явного нарушения формы, в коих, не взирая на нарушение, может быть, независимо от формы, доказана подлинность того обстоятельства, для удостоверения коего форма установлена. Напр., переписчик, не означенный в завещании, умер, не явившись к допросу, но есть документы, из коих несомненно явствует, что именно он переписывал завещание, при соблюдении всех тех условий, при коих предполагается законным содействие переписчика.

В 1066¹¹ ст. Зак. Гражд. сказано: отказ окружного суда или судебной палаты в принятии завещания к явке не лишает права просить об утверждении завещания судебным порядком. Спрашивается: при рассмотрении иска, на сем основании предъявленного, вправе ли суд, на основании означенной статьи, признать завещание подлинным и действительным, несмотря на нарушение формы, когда удостоверится, что нарушение той или другой формы, в данном случае, по обстоятельствам дела, не исключает подлинности завещания.

Едва ли возможно отвечать на этот вопрос утвердительно единственно на основании приведенной статьи. Прямой смысл этой статьи состоит только в том, что после рассмотрения завещания, для явки его, в одностороннем производстве, порядком бесспорным или охранительным, дается еще возможность рассмотреть в состязательном производстве, т.е. с заслушанием объяснений и мнений обеих сторон, тот же самый вопрос, который решен был в явочном по-

рядке, т.е. вопрос о соблюдении формы или о признании той или другой формальности существенной и безусловной, того или другого нарушения существенным. Но для того, чтобы суд имел в этом случае свободу *переступить* через форму, т.е. признав форму существенную нарушенной, в то же время, по особым обстоятельствам дела, признать нарушение неимеющим значения, — для этого необходимо явственное, положительное уполномочие, которого 1066 ст. не дает ни по буквальному своему смыслу, ни по соображению с прочими статьями Зак. Гражд. Наш закон ставит подлинность завещания в прямую зависимость от совокупного соблюдения всех установленных формальностей, когда они существенны, и не оставляет места усмотрению судьи в оценке значения той или другой существенной формальности, по *обстоятельствам* дела.

В примере *возможного обсуждения* можно привести следующее дело. По смерти Курнакова оказалось завещание, в коем стороннему лицу отказан был, в ущерб родному брату завещателя, капитал в 60.000 руб. По предъявлении акта, за смертью завещателя, в Войсковой Гражд. Суд он отослан был из суда в сыскное начальство (на Дону) для допроса свидетелей. Потом, когда завещание вернулось в Гражд. Суд, в нем оказалась подчистка в самой существенной речи: в означении цифры отказа: *шестьдесят*. Некоторые члены Гражд. Суда показали, что при первоначальном представлении завещания никакой подчистки в нем замечено не было, но некоторые члены сыского начальства показали, что по присылке завещания из Гражд. Суда, при самом распечатании конверта, замечена была в акте подчистка. При таких обстоятельствах, если бы и можно было признать, что завещание, в первоначальном своем виде, было без подчистки, — все-таки оказывалось невозможным определить с достоверностью, какая сумма значилась в неподчищенном тексте: 60.000 или иная. За силой 1034 ст. Зак. Гражд. явочное место встречало затруднение засвидетельствовать такое завещание относительно означенных 60 тысяч. Но такое постановление не исключает возможности, при судебном рассмотрении дела, доказать, по обстоятельствам дела и по другим документам, что первоначальный текст завещания был без подчисток и что в нем значилась именно сумма 60.000 рублей, а не меньшая. В этом случае дело идет, можно сказать, не столько о соблюдении формальности, сколько о восстановлении подлинного текста.

В. Можно указать случаи восстановления годового срока на явку завещания. Так, напр., в д. Котельниковой (реш. 2 Д. Сен. 11 февр. 1870) принято было в уважение, что завещание, представленное в качестве крепостного, не могло быть утверждено в сем качестве и возвращено просителю, который имеет еще по закону право представить его к явке как домашнее.

Хранение завещания. Завещание как домашнее, так и крепостное хранится завещателем у себя, или вверяется на хранение другому лицу, или вносится в Опекунский Совет, в Попечительский Комитет Человеколюбивого Общества, или в отделение Канцелярии Совета Человеколюбивого Общества. Все сии места принимают на хранение завещания (только не от неизвестного) лично от самих завещателей или через до-

веренное лицо. В Опекунском Совете предоставляется принимать завещания до востребования обратно или до смерти завещателя. Сообразно воле вносителя постановляется – или распечатать завещание, когда представлена будет копия с открытого объявления, при коем внесено завещание, или распечатать по получении достоверного свидетельства о смерти завещателя (но самому завещателю или особо уполномоченному от него лицу завещание выдается по простому требованию). В последнем случае учреждения, принявшие завещание, от себя отсылают оное в подлежащие судебные места для явки или для утверждения к исполнению (1013 прим., прил., ст. 8; 1058, 1059, 1061 Гр. Зак.). При внесении завещаний на хранение обыкновенно делаются пожертвования в пользу ведомства; для Опекунского Совета установлено правило с каждого, вносимого на хранение в Совет духовного завещания, взимать по двадцати пяти рублей (ст. 1059 прим. по Прод. 1890 г.). Завещания принимаются на хранение и в Государственный Банк, но внесение акта в Банк не присваивает ему той особенной силы, какая присвоена 1068 ст. Зак. Гражд., хранению в прочих поименованных учреждениях.

Ввиду того что внесенному в Опекунский Совет завещанию в некоторых случаях придается особая сила, из этого иногда выводят такое последствие, будто бы завещание, внесенное в Совет, может быть отменено не иначе как тем же способом, т.е. внесением же в Совет. Подобное решение, впоследствии отмененное, было в Сенате по д. Лазарева-Станицева. Но такой вывод неоснователен и выходит произвольно за пределы закона. Закон указывает только на 2 главные формы, в коих *возникает* завещание как акт воли: крепостную (нотариальную) и домашнюю. В тех же формах производится и отмена завещания. Внесение же составленного прежде акта на хранение в Совет не принадлежит к формам составления завещания и не служит, само по себе ни выражением, ни сознанием последней воли, которая и без этого внесения, быв выражена в акте, имела бы завещательную силу.

Независимо от того по силе ст. 1043 и 1044 Зак. Гр. всякого рода завещания могут быть отдаваемы на хранение нотариусу, на основании 148–150, 152 и 153 ст. Нотар. Полож. В принятии нотариус выдает расписку, а по желанию вносителя совершает о принятии документа акт с прописанием документа или с описанием запечатанного пакета. Принимая завещание от самого завещателя, нотариус обязан удостовериться в его самоличности. Завещание отдается обратно по требованию завещателя, или уполномоченного им лица, или, буде завещатель назначит при внесении акта, вручается по смерти его кому следует по назначению.

На основании консульского устава (75 и 80 ст.) завещания русских подданных за границей могут быть отдаваемы на хранение в архив консульства, которое, по смерти завещателя, отсылает завещание, или, буде исполняется оно

за границей, копию с него, в Россию, в Департамент внутренних сношений Министерства Иностранных Дел.

О завещаниях, оставшихся после преступников, коих имущества подверглись конфискации по мятежу 1863 года, постановлено, что они не принимаются к ликвидации, буде не были явлены. Домашние завещания о передаче родового имущества в пожизненное владение супруга, составленные на основании ст. 1070 Гражд. Зак., сохраняют свою силу, если писаны собственноручно и внесены завещателем куда следует на хранение (1868 г. янв. 26 (45431) § 11).

§ 59

Особенные формы завещаний. – Распоряжения, имеющие вид завещательных. – Договор, подлежащий исполнению после смерти одной из сторон.

Особенные формы завещаний

1. *Походные завещания.* В походе за границей завещания служащих при армии могут быть совершаемы, явлены и записаны в полковых и других военно-походных канцеляриях. Они получают силу крепостных, но могут быть писаны и на простой бумаге (1071, 911).

2. *Морские завещания.* В походе, на военном корабле, или на казенном судне завещание может быть отдано на сохранение начальнику судна или старшему по нем, вместе с другим офицером или чиновником; если же оно составлено и *с ведома* означенного начальства, то получает силу крепостного. На купеческом судне завещания могут быть отдаваемы корабельному писцу (клерку) вместе с капитаном корабля, шкипером, или заступающим его место; отдаются при 2 свидетелях; подписываются теми, кому отданы (ст. 1072–1076). Правила эти лишены практического значения и неисполнимы, ибо писаны они, по-видимому, с целью удостоверить завещание, а говорят об отдаче его на *сохранение*, и притом не одному, а нескольким лицам, что в действительности невозможно. Порок этот происходит от того, что текст статей переведен с французского (Code С. 971), и весьма неискусно, ибо французское слово *recevoir*, означающее заявительное или нотариальное принятие, переведено словами: отдаются на сохранение. Кроме того, выражение: «с ведома» по неопределительности своей тоже не имеет практического значения.

3. *Заграничные завещания.* Русский подданный за границей *может* совершить завещание по обряду той страны, где оно будет писано, с явкой его в русской миссии или консульстве (1077, 1078). Консульский устав (ст. 12, п. 4) указывает, каким образом и с какими формальностями производит записку завещания в особую книгу, и как обозначать в ней внешние признаки завещания. Ср. Учр. Мин. изд. 1892 г., ст. 830 и след.

В силу консульской конвенции между Россией и Францией 1874 г. (П. С. Зак. № 53865) консулам предоставляется принимать завещания соотечественников к *явке* и *совершению*, в качестве нотариусов и на основании законов их страны. Из сего, кажется, следует, что русский консул во Франции может, на одинаковом с нотариусом основании, придавать завещанию всю силу, определяемую нотариальным уставом. Далее (9 ст. Конв.) сказано, что все такие акты, а равно копии, выписки и переводы, будут иметь в каждой из обеих стран ту же силу и действие, как бы совершены были в том или другом государстве у нотариусов, под условием оплаты их надлежащими пошлинами в стране исполнения.

В реш. Общ. Собр. Сен. 1868 г. по д. Сакса изъяснено, что явка в консульстве домашнего завещания, составленного за границей, не должна считаться обязательной, так как без прямого определения закона нет основания лишить русского подданного за границей тех прав, коими он пользуется в России; в России же домашние завещания являются по смерти завещателя. В сем же решении есть ссылка на удостоверение М-ва Иностр. Дел, что домашние завещания являются в миссии к свидетельствованию, и после смерти завещателей, наследниками умерших.

Завещательные акты об имуществе совершаются по обряду страны, где составлен акт, но содержание должно быть сообразно с законом имущества. Сб. Сен. реш. II, № 768.

В чем должен состоять обряд явки при Российской миссии, или консульстве завещаний, составляемых русскими подданными за границей?

Явка сия во всех ли случаях должна почитаться обязательной?

Для присвоения таким завещаниям силы крепостных должна ли явка сия сопровождаться обрядами, подобными тем, которые соблюдаются при совершении завещаний в России крепостным порядком?

По ст. 1077 Законов Гражданских российский подданный за границей может совершать *домашнее* духовное завещание по обряду той страны, где оно будет писано, с *надлежащей* явкой одного при Российской миссии или консульстве. Следующей статьей постановлено, что явка в Российской миссии, или консульстве духовных завещаний, совершаемых за границей, заменяет совершение духовных завещаний у крепостных дел, или у нотариусов, и сии завещания, если они установленным порядком явлены в миссии, или консульстве, признаются в силе крепостных актов.

Обе эти статьи взяты не из одного положения. Правило первой взято из положения о духовных завещаниях 1831 года. Последняя извлечена из мнения Государственного Совета, состоявшегося в 1838 году по особому вопросу. Обе они относятся не

к одному и тому же случаю. Первая статья говорит исключительно о *домашних* завещаниях, разумея это слово не в том формальном смысле, какой присваивается ему русскими гражданскими законами, а в смысле общем. Здесь домашним завещанием называется вообще завещание, составляемое на дому, без всякого участия публичной власти, без всякого оглашения перед публичным чиновником или присутственным местом. Эта статья необходимо предполагает в законодательстве той страны, по обряду коей составлено завещание, существование формы домашнего завещания. Где подобная форма допускается, там русский подданный может воспользоваться ею; но для того, чтобы придать сему домашнему завещанию силу акта, признаваемого русским законом, обязан явить его в русском консульстве. Напротив, там где местное законодательство не допускает составления домашних завещаний, а требует, чтобы каждое выражение воли на случай смерти облекалось в форму публичного акта, составляемого при участии публичного лица, или присутственного места, применение приведенной статьи может не иметь места, ибо в ней упоминается только о домашних завещаниях. В этом последнем случае завещание, оглашенное публично по обряду той страны, где совершено, должно почитаться уже по сей одной причине достоверным в подлинности, и явка его в Российской миссии, или консульстве, по буквальному смыслу закона, может не считаться обязательной. Завещание публичное, не явленное за границей у консула, по сей только причине не может почитаться недействительным *как завещание*.

Не должно ли оно почитаться недействительным по несоблюдению правила, установленного не для завещаний в особенности, но вообще для актов, совершаемых русскими подданными за границей? По силе 914 ст. Зак. Гражд. и ст. 2, 16, 18 Уст. Консульск. акты лиц, за границей пребывающих, утверждаются скрепой и печатью российских консулов, со взысканием в пользу их сбора. Из соображения статей (911–916) той главы, в коей помещена приведенная 914 ст., следует, что ими установлены правила *самостоятельной*, а не *дополнительной* явки актов, совершаемых российскими подданными за границей и долженствующих получить законную силу в России: здесь учреждается обряд самостоятельный, а не в дополнение к обряду, установленному законами той страны, где акт совершен. Относящееся к сему предмету правило консульского устава 1820 года (2036 ст. Уст. Торг. изд. 1857 г.) говорит об утверждении консулом всех документов, коммерческих свидетельств, верующих писем и других бумаг, *выдаваемых* в пристанях его округа¹, следовательно, разумеет акты обоюдные, выдаваемые одним лицом другому при жизни, а не на случай смерти совершаемые. «В отношении к духовным завещаниям, — прибавляет приведенная статья, — постановлены особые правила в Законах Гражданских», посему эти правила должны в настоящем случае служить исключительным руководством.

¹ В новом уставе 1858 г. (§ 2) правило это выражено следующими словами: «консул удостоверяет законность всех актов, совершаемых российскими подданными в его округе». Далее (§ 16) сказано: «консул утверждает своей скрепой и печатью Консульства *документы*, которые будут совершаемы в его округе, или ему предъявляемые, и которые должны получить законную силу в России, как то: свидетельства, верующие письма, завещания и пр.».

Итак, по нашему мнению, явка у консула завещаний, составленных русскими подданными в виде домашних актов, по обряду той страны, где они находятся, — обязательна безусловно, и такое завещание, если оно не было явлено у консула, должно почитаться неустойчивым в подлинности, следовательно, недействительным. Напротив, завещание, совершенное за границей по местному обряду, в виде публичного акта, никак не должно лишиться своей силы в России потому только, что не было явлено у консула. Если оно простирается на недвижимое имущество, находящееся в России, то, подобно всем актам этого рода, подлежит неустойчивой явке в российском судебном месте по присылке в Россию, в течение полугодового срока (ст. 915 Зак. Гражд.).

Но такое завещание, хотя по законам чужестранным почитается публичным актом, в России будет иметь силу *домашнего*, а не крепостного завещания, и должно почитаться недействительным во всех тех случаях, в коих российские законы требуют, чтобы выражение последней воли было облечено в форму крепостную, напр., в случае завещательного распоряжения о родовом имении, делаемого бездетным владельцем (ст. 1068 Зак. Гражд.). К подобным случаям относится в особенности 1078 ст. Зак. Гражд. По силе этого закона завещание русского подданного за границей в таком только случае признается в России за крепостное, если было явлено в миссии или консульстве.

Вышеизложенные соображения и сам обряд явки могут быть объяснены следующими примерами.

1. Русский подданный Петр Нейдгардт, живший в Ахене, составил завещание в пользу родного брата на недвижимое имущество в России. Это завещание написал он все своей рукой, без свидетелей, но при нотариусе и утвердил своим рукоприкладством. На завещании сделаны четыре надписи: первая — прусским нотариусом, в удостоверение личности завещателя и подлинности акта; вторая — президентом ахенского ландсгерихта, в удостоверение подписи нотариуса; третья — прусским резидентом во Франкфурте, с удостоверением подписи президента, и четвертая — русской миссией во Франкфурте — во свидетельство подлинности скрепы прусского посольства. В таком виде завещание, по смерти завещателя, представлено было к явке в Россию в Гражданскую Палату. Сюда же представлено официальное удостоверение прокурора, состоящего при ахенском ландсгерихте, о том, что завещание по форме своей вполне соответствует действующим в Ахене законам. В Палате со стороны другого брата завещателя предъявлен спор против акта. Спорщик доказывает, *во-первых*, что завещание составлено несогласно с правилами французского гражданского кодекса, действующими в прусских рейнских провинциях. Оно не домашнее, потому что составлено при нотариусе, но в нем не соблюден обряд для публичных завещаний, которые должны быть составляемы в присутствии двух нотариусов с двумя или одного нотариуса с четырьмя свидетелями; *во-вторых*, если и признать завещание согласным с французскими законами, то следовало завещателю сделать явку его в русской миссии лично, для того, чтобы оно могло получить в России силу крепостного, а он прислал завещание для явки в миссию заочно. Закон требует, чтобы явка завещания в миссии была совершена *установленным* порядком, после чего присваивается ему

сила крепостного. Закон не объясняет, в чем состоит порядок явки; но если принять во внимание, что миссии наши и консульства, при явке заграничных завещаний, заменяют указанные в 1013 ст. Зак. Гражд. (изд. 1857 г.) судебные места, в коих являются крепостные завещания в России, то следует, что при сей явке консульствами и миссиями должен быть соблюден тот же порядок, какой установлен вообще для крепостных завещаний 1036–1041 ст. Зак. Гражд. (изд. 1857 г.).

Первое возражение за удостоверением подлежащей прусской власти не может иметь никакой силы. Завещание Петра Н. по форме своей относится к разряду олографических, и по силе 970 ст. французского гражданского кодекса, могло быть составлено вовсе без свидетелей и нотариуса, если от начала до конца писано самим завещателем и собственноручно им подписано. Подпись же нотариуса служит еще большим удостоверением в подлинности подписи завещателя.

Второе возражение, хотя на первый взгляд и могло бы ввести в сомнение неопытного судью, на самом деле не имеет никакого основания. Закон не означает действительно, каким порядком и способом должна быть произведена явка у консулов завещаний, долженствующих иметь силу крепостных. Очевидно, однако же, что он не требует, и по цели своей не мог требовать, чтобы явка эта сопровождалась у консулов теми же обрядами, которые соблюдаются в России при явке крепостных завещаний. Требованием подобных обрядов явно нарушилось бы правило о составлении завещаний по законам той страны, где они пишутся, и при русских миссиях и консульствах предполагалось бы такое же установление крепостных дел, какое в России существует при судебных местах: если бы надлежало завещателю являться лично в консульство и подтверждать подлинность завещания допросом, то к чему послужило бы облегчительное дозволение руководствоваться местным обрядом? Завещатель, если бы по болезни или по другим причинам не мог лично явиться в то место, где находится русская миссия, не имел бы вовсе возможности присвоить законную силу своему завещанию. В чем же должен состоять обряд явки заграничных завещаний в миссии или консульстве? Очевидно, не в исполнении всех тех формальностей, которые установлены для явки завещаний у крепостных дел в Империи, а в удостоверении скрепой и печатью подписи завещателя, или тех, местных начальств, которыми эта подпись прежде того уже удостоверена, и в записке в книгу подлинником от слова до слова подлинных завещаний, а также пакетов с запечатанными завещаниями. При сем могут быть составляемы консулами особые протоколы (См. Консульский Устав 1858 года § 12). Из нового консульского устава видно положительно, что завещания могут быть доставлены к консулу и не лично, ибо в приведенном § сказано, что при записке в книгу обозначается в точности и «порядок, каким завещания были предъявлены, т.е. лично, или присланы, от кого именно, когда, каким путем и пр.». Если же признать, что явка завещаний у консулов должна быть разумеема в общем смысле слова и не подчиняется тем обрядам и формальностям, какие установлены для явки завещаний в России у крепостных дел, то из сего следует, что завещание может быть явлено у консула и по смерти завещателя, лишь бы при сем не было сомнения в подлинности его, и в таком случае также получает оно полную силу крепостного, хотя по русским законам явка крепостного завещания

может быть совершена только при жизни завещателя и должна быть сделана им лично (реш. Моск. Общ. Собр. 1854 г.).

2. Русский подданный Иван Пистоли, живший в Пирее, составил, по греческому обряду, завещание, которым назначил на устройство училища в Фессалии, своей родине, капитал, хранившийся в одном из московских торговых домов; исполнение этого распоряжения поручил он избранному душеприказчику. Завещание это написано, со слов завещателя, нотариусом, мирным судьей пирейским, за его печатью, подписано завещателем и свидетелями и оставлено в хранении у нотариуса, запечатанное. По смерти завещателя оно было представлено нотариусом в Афинский суд, где распечатано, прочтено в полном присутствии во время публичного заседания и отослано обратно к нотариусу для хранения в архиве. Копия же с него, удостоверенная мирным судьей – нотариусом, с засвидетельствованием подписи его председателем Афинского суда, выдана душеприказчику, который внес ее в канцелярию российского консульства, а другой копию с завещания консульство, подтвердив, выдало ему обратно. Вслед за тем племянник завещателя Георгий П предъявил в Афинском суде первой степени спор против завещания, но спор сей, относительно формальности акта, окончательно отвергнут Афинским апелляционным судом. Тогда Георгий П обратился к российским присутственным местам с доказательствами незаконности акта. Когда душеприказчик, на основании копии с завещания, обратился к кому следует в России, с требованием выдачи капитала, Георгий П предъявил против сего требования спор, доказывая, что завещание дяди его недействительно и по греческим законам, и по российским. Если бы так рассуждал истец, оно и соответствовало вполне всем правилам греческого обряда, то, по русскому закону, непременно следовало самому завещателю еще при жизни предъявить его в русском консульстве подлинником, и притом с соблюдением того же обряда, который установлен для явки крепостных завещаний. В настоящем же своем виде оно не может почитаться явленным, так как подлинное завещание вовсе и не было в консульстве, и подлинность его осталась не засвидетельствована подлежащей властью: душеприказчик уже по смерти завещателя предъявил консульству только копию, которая в отсутствии подлинного акта никак не может заменить его, и не должна иметь никакого действия в России. Нет подлинного завещания, надлежащим образом удостоверенного; следовательно, не может быть и исполнения по завещанию.

Российское судебное место не может, конечно, принять на себя разрешение вопроса о том, правильно ли составлено завещание Ивана П. по греческим законам: вопрос этот уже разрешен окончательно Афинским судом, и потому не предстоит никакого сомнения в том, что форма оспариваемого завещания вполне соответствует требованию греческого закона. Но, по обстоятельствам дела и русскому закону, для правильного обсуждения аргументов спорщика, необходимо знать значение формальностей, требуемых греческим обрядом от завещания, и необходимо определить, в каком значении разумеет греческий закон копию с духовного завещания, и можно ли было требовать явки этого акта в консульстве подлинником.

По греческом обряду, официальное участие в составлении духовных завещаний принадлежит нотариусу. Для этого является он, по приглашению, в дом завещателя или принимает его у себя в мирном суде (так как в Греции звание нотариуса соединяется большей частью с должностью мирного судьи), составляет и пишет завещание, излагая в нем подробно место, где и обстоятельства, при коих оно составлено, положение, в котором застал завещателя, и все, что завещатель объявил ему сам собой и на расспросы его о последней своей воле. Сам нотариус свидетельствует о здравом уме завещателя; удостоверение же свидетелей о сем предмете необязательно: они только присутствуют при объявлении последней воли, обязываясь перед тем присягой, что сохранят в тайне все, что услышат от завещателя. Написанное завещание подписывается завещателем, нотариусом и свидетелями, потом нотариус запечатывает его в особый конверт королевской печатью и вносит в таком виде на сохранение к себе в архив, служащий вместе с тем архивом мирного судьи. Здесь остается оно *навсегда*, и никому не должно быть выдаваемо из архива в подлиннике. Получив извещение о смерти завещателя, нотариус представляет пакет с завещанием в суд, где оно публично распечатывается, прочитывается и возвращается к нотариусу с приказанием оставить подлинник у себя в архиве, а интересующим лицам выдавать за своей скрепой копии, которые должны служить совершенной заменой подлинника.

Таким образом, душеприказчик, представив в русское консульство копию с завещания Ивана Пистоли, поступил согласно с необходимыми условиями местного закона. При этих условиях невозможно было бы ставить ему в обязанность представление подлинника, который должен на вечные времена храниться в маклерском архиве; несправедливо было бы ставить ему в вину упущение такого действия, которое вовсе не зависело от его воли, и нет законного повода лишить в пределах России законной силы такой акт, который в греческом королевстве имеет значение несомнительного официального акта, и в общем порядке был принят к записке в российском консульстве. Возражение спорщика о том, что явка эта происходила несогласно с российскими законами, вовсе неосновательно. Формы и принадлежности явки не определяются 1077 ст. Зак. Гражд. Правило этой статьи относится в особенности к домашним завещаниям русских подданных и предоставляет им возможность — акту домашнему, в самом чужеземном государстве, присвоить силу крепостного. Завещание Ивана Пистоли не может быть названо актом домашним, в том смысле, какой присваивается этому слову российскими законами (917, 921–923 Зак. Гражд), так как в составлении его участвовало, кроме частных лиц, публичное лицо — нотариус и мировой судья, в торжественном обряде и в присутствии свидетелей. По написании взято оно нотариусом к себе для хранения, и по смерти завещателя объявлено в присутствии судебного места; следовательно *при жизни завещателя* завещание это *не подлежало* явке в российском консульстве и даже вовсе не могло быть туда представлено, потому что хранилось, по составлении, не в руках завещателя, а у нотариуса, и никому не могло быть выдано (ср. реш. Моск. Общ. Собр. по д. Пистоли 1858 г. и в Журн. Гр. Права № 3, статью: *О духовных завещаниях русских подданных, совершаемых за границей*).

4. *Больничные завещания.* В военных сухопутных и морских госпиталях домашние завещания, по желанию больных офицеров или нижних чинов составленные, считаются действительными, если будут подписаны госпитальным священником, дежурным врачом и дежурным офицером (из сего следует заключить, что такое завещание может и не быть подписано больным). Подобным образом составляются завещания и в других публичных госпиталях: место дежурного офицера, где нет его, заступает смотритель или заведующий госпиталем. В новом уставе постоянных военных госпиталей сказано, что такие завещания по подписании представляются в госпитальный комитет (П. С. Зак., № 47310, ст. 258; 1081 ст. и примеч. к ней об особой формальности для больных в киевском военном госпитале).

О больничных завещаниях возникал вопрос: следует ли особенный обряд составления сих завещаний считать безусловно для них обязательным или могут и в больнице быть составляемы завещания по общему обряду? Вопрос сей решило в последнем смысле Моск. Общ. Собр. Сен. по д. Зверева, признав, что правила о составлении больничных завещаний клонятся, с одной стороны, к облегчению частных лиц, а с другой, – к устранению всякого сомнения в подлинности завещаний.

5. *Вдовьи завещания.* Домашнее завещание вдов, живущих в С.-Петербургском и Московском вдовьих домах, и девиц, призреваемых в С.-Петербургском Доме Призрения благородных девиц, признаются действительными, если засвидетельствованы священником дома, смотрителем и врачом (ст. 1082).

6. *Крестьянские завещания.* В Ы С О Ч А Й Ш Е утвержденным 9 марта 1866 г. положением главного Крестьянского Комитета (П. С. З. № 43090) предоставлено желающим из сельских жителей, состоящих в заведовании крестьянских учреждений, свидетельствовать свои завещания о недвижимом и движимом имуществе ценой не свыше 100 руб. в волостных правлениях, коим они подведомы. Такое завещание должно быть лично объявлено на словах в волостном правлении при членах ононого и при 2 свидетелях; оно записывается в книгу сделок и договоров, подписывается в ней завещателем и свидетелями или рукоприкладчиками за них и членами волостного правления, а завещателю выдается выпись, за подписью наличных членов и за печатью волостного правления. Эта выпись служит в случае спора судебным доказательством воли завещателя, если признается действительной, т.е. неподложной (т. IX, Особ. Прил., I Общ. Пол., ст. 91, прим. 1). Подобное же правило для казачьих станиц см. П. С. З. 1870 г. мая 13 № 48354, § 29.

Особенный вид завещаний, относимых, впрочем, по системе нашего Свода Законов, не к гражд. праву, а к учреждениям государственным, составляют за-

вещания Членов Императорского Дома. О сих завещаниях см. т. I изд. 1892 г., Основ. Зак., ст. 169, 170.

Под словом *завещание* разумеется в строгом смысле акт, писанный в форме завещания. Но могут быть акты, при жизни составленные и заключающие в себе дарственное распоряжение на случай смерти. Закон постановляет, что дарственные записи, посредством коих имущество должно поступить во владение другому не при жизни, но по смерти дарителя, принадлежат по существу своему к актам завещательным (991 ст. Зак. Гр.), либо по существу дара, ввод во владение должен последовать немедленно и не может быть отсрочен до смерти дарителя. Эта статья имеет в виду дарственные записи, которые по недвижимому имению совершаются крепостным порядком, и 991 ст. дает возможность принять подобную запись в смысле завещания и представить ее по смерти дарителя-завещателя к явке для исполнения и ко вводу во владение.

Вопросы и примеры из практики

А) Наше законодательство не допускает возможности, кодицилов или дополнений и приложений к завещанию. Всякое дополнение должно иметь, само по себе, формальную цельность, как особый завещательный акт, хотя, заключая в себе дополнительные распоряжения, подлежит изъяснению и истолкованию совокупно со всеми прежними завещаниями, не утратившими силы. Посему не может иметь юридической завещательной силы приписка к завещанию, хотя бы рукой самого завещателя сделанная, — по заключении целого акта, после всех на нем подписей. В том же смысле разуместь надобно реестры и расписания денежных выдач, хотя бы они были несомнительны в подлинности и хотя бы на них сделана была ссылка в тексте завещания (ср. решение по делу Баташовой, Журн. Мин. Юст. 1859 г. август, и Сбор. Сен. реш. т. II, № 749). Так, если бы кто оставил по смерти своей в запечатанном конверте деньги с надписью на конверте, кому следует передать эти деньги по смерти, и такое изъяснение воли, при всей его видимой несомнительности, должно было бы уступить праву наследника по закону или по завещанию: оно не может заменить собой завещания в строгой его форме. Оно может быть принято на суде только в подтверждение или доказательство прав означенного в надписи лица, поколику эти права истекают из других оснований, действий или обязательств умершего, независимо от завещательного назначения, или в разъяснение прав того лица, упомянутых в прямом завещании, буде права сии нуждаются в разъяснении.

Б) В Общем Собрании первых трех Департаментов рассматривалось дело о завещании Мертенс, учиненном прежде издания полож. 1831 г., и о дополнении к оному, учиненном в 1833 г. Министр Юстиции в предложении, рассуждая о сем дополнении, уничтожил оное, потому что в подписи изъяснены только имя и фамилия, а отчества нет. В Государственном Совете возник вопрос: если дополнение к завещанию по времени совершения своего и по внешним своим качествам не

подлежит обсуждению, на тех же основаниях и формах, по коим обсуждается завещание, и если сие дополнение по форме своей не может быть утверждено, тогда как завещание вполне утверждается, то может ли сохранить силу по крайней мере та часть сего дополнения, которая состоит в необходимой связи с содержанием завещания? Государственный Совет решил, что может, хотя вопрос сей и не был поставлен категорически. Государственный Совет нашел, что в дополнении, сверх того предмета, который заключается в 7 п. завещания, содержатся и такие распоряжения, о коих в означенном пункте вовсе не было упомянуто, и нашел, что сии последние распоряжения, как не составляющие *прямого последствия завещания*, не могут подлежать совместному с ним утверждению в той форме, в какой совершены дополнения. Посему Государственный Совет положил: завещание свидетельствовать и также поступить с дополнением, но с тем, чтобы действие его допущено было только в отношении собственно к предмету, *состоящему в связи* с завещанием, именно в даче свободы людям, в сем акте поименованным. Что разумел Государственный Совет под словами: *прямое последствие, состоящий в связи*, нельзя объяснить, не видя содержания завещания. Могло случиться, что дополнение по 7 п. служило только его повторением. Мнение Государственного Совета 22 июня 1837 года, Полн. Собр. Зак. № 10336.

В) Расписка такого рода: «Я, Иван, находясь в болезненном состоянии, сим заявляю, что должен Петру 100 рублей, которые, в случае смерти моей, прошу отдать братьев моих Семена и Федора» – опровергалась в качестве неформального завещания, но суд не признал ее завещанием, ибо она не содержит в себе распоряжения об имуществе, и взыскание по ней возложил на наследников умершего (решение Кассац. 1867 года № 467).

Г) Девушка Осташева перед смертью, живя в монастыре, учинила на принадлежащем ей заемном письме надпись, что право по оному передает монастырю с тем, чтобы ей и матери ее при жизни пользоваться процентами; надпись эта явлена у маклера уже по смерти Осташевой. Признано (Сбор. Сен. реш. т. II, № 160), что надпись эта не может быть сочтена ни за передаточную, ни за духовное завещание.

Д) По делу Малка Черкес Сенат признал, что если на одном листе с завещанием писано отдельно другое распоряжение, имеющее свойство договора, то это обстоятельство само по себе не служит препятствием к принятию к явке завещательного распоряжения, поелику оно по форме своей удовлетворяет требованию закона. Журн. Мин. Юст. 1863 г., № 6.

Е) По делу Михайловского (Сбор. Сен. реш. т. I, № 233) признано, что дарственная его запись, по коей он все имение уступил брату, оставив себе пожизненное пользование оным, принадлежит по существу своему к актам завещательным, и ввод по сей записи не мог быть совершен при жизни дарителя. В д. Пукаревых составлена была крепостным порядком дарственная запись Пукаревой в пользу детей Соболевых, на землю, с тем, чтобы они воспользовались землею после ее смерти, а затем, по домашнему завещанию, дарительница предоставила ту же землю мужу, сказав, что уничтожает завещание. Сенат признал первую запись в силе крепостного завещания, которое могло быть уничтожено только крепост-

ным порядком. По д. Ширая (там же № 387) Сенат признал, что одно только условие о смерти самого дарителя имеет влияние на признание акта дарением на случай смерти, или завещанием. Ульяна Ширай утвердила имение вечно и потомственно детям своим с тем, чтобы, по причине их малолетства, от сего времени (от совершения записи) владел и распоряжал сим имением муж ее по смерти своей, а дети вступили бы во владение оным лишь по смерти отца; следовательно, смерть дарительницы не имеет ни малейшего влияния на право детей вступить во владение и распоряжение подаренным имением, и акт относится к дарственным.

Ж) Решением Сената отказано в засвидетельствовании крепостного завещания, которое, кроме завещательных распоряжений, заключает в себе и дарственные, подлежащие исполнению при жизни. Сбор. Сен. реш. т. II, № 716.

Независимо от завещательного распоряжения, имеющего прямой целью передать имущество назначенному наследнику или преемнику, по смерти завещателя, могут быть помещены в договорах между сторонами, по совокупному действию воли, такие условия по имуществу, коих исполнение поставлено в зависимости от воли той или другой стороны. Возникает вопрос: законны ли такие условия, если ими предполагается передача имущества, принадлежащего одной стороне, по смерти ее, другой стороне, хотя бы цель сей передачи была не безвозмездная, но в вознаграждение или в уплату за действия по договору.

Между завещанием и договором есть существенная разница во многих отношениях и, между прочим, в следующем. Завещание само по себе служит актом перехода вотчинных прав на имущество; с завещанием связано и им совершается преемство имущества. Договором, напротив того, устанавливается только обязательство к известному действию по имуществу, может быть установлено обязательство передать, но не совершается сама передача. Переход имущества по сделке осуществляется еще действием передачи, в котором обе стороны участвуют. Итак, по свойству договора, нельзя совершить им безвозвратно и обязательно переход или передачу имущества, как она совершается посредством завещания. Если бы в договоре между Иваном и Петром было постановлено, что Иван обязуется в известный срок передать Петру известное имущество, и Иван умер бы до срока, не совершив сей передачи, то наследники Ивана в сем имуществе, отвечая Петру за последствия неисполнения обязательства, принятого Иваном, все-таки могли бы отказаться от передачи имущества, которое Иваном не было еще передано и на которое, по преемству после Ивана, право собственности перешло к ним. Наоборот, если Иван завещал Петру известное имущество, оно непосредственно переходит к Петру по смерти Ивана, в силу завещания, и если бы это имущество, оказавшееся в наличности по смерти Ивана, надлежало Петру принять из рук наследников его, наследники не были бы вправе – поколику остается в силе завещание – удерживать его в руках своих: оно в силу завещаний – не их имущество, а Петра.

Рассуждая в сем смысле, приходим к такому заключению. Если живой человек, по договору с другим лицом, принял на себя обязательство и отсрочил исполнение оно до своей смерти, это обязательство и по смерти его, по общему правилу, остается в силе и обязательно для наследников в своей сущности и

в своей ценности. Наследники обязаны исполнить или удовлетворить за неисполнение. Итак, если умершим принято обязательство передать известное имущество, но исполнение (не совершившись при жизни – ибо в сем случае был бы дар, соединяемый с немедленной передачей) отсрочено до смерти, то передача имущества натурой не может быть безусловно обязательна для наследников. Если в договоре прямо постановлено, что такое-то имущество, – хотя бы в виде вознаграждения или уплаты, – должно перейти к такому-то лицу в собственность по смерти завещателя, такой переход сам собой не может совершиться в силу одного договора и может быть отвергнут наследниками, как основанный на договоре, а не на завещании. Они не вправе отрицаться от того, что составляет сущность обязательства, т.е. от вознаграждения в той мере интереса, какую предполагал умерший, но вправе не подчиняться тому, что относится к сущности *завещательного* распоряжения, коего в действительности не было, т.е. от передачи вотчинных прав на имущество известному лицу.

Представим примеры: Иван, живучи у Петра в доме и на его содержании, сознает, что должен ему заплатить за то 3000 руб. с тем, чтобы эту сумму получил Петр после его смерти, а Петр обязывается до смерти содержать и кормить его. Наследники обязаны беспрекословно уплатить эту сумму, ибо она составляет обязательство умершего. Иван, нанимая квартиру у Петра в доме, заключает с Петром такое условие, что в течение 10 лет он будет пользоваться квартирой, полагая за каждый год по 100 руб., но не обязан платить за квартиру до своей смерти, а зато по смерти его вся его движимость, в сей квартире находящаяся, оставляется Петру в полную собственность, хотя бы он и ранее 10 лет умер; до смерти же своей Иван обязуется ничего из той движимости ни продавать, ни закладывать, а по смерти его наследники его в прочем имуществе и в денежных капиталах не должны иметь притязания к сей движимости. По смерти Ивана наследники не допускают Петра овладеть оставшейся движимостью, – и они правы. Распоряжение Ивана относительно сей движимости не находит себе места в ряду юридических действий. По сделке с Петром Иван не потерял права собственности на свои вещи, ибо не передал их Ивану. Он мог передать их немедленно дарственным актом, с описью, а себе предоставить право пожизненного пользования, и в таком случае передача последовала бы по совершившемуся дару, но он сего не сделал. Мог он, сознав себя должником Петру, отдать ему все эти вещи в залог, и тогда судьба имущества и удовлетворение из него Петра определялись бы правом залога. Но он и сего не сделал. Стало быть, он удержал при себе право собственности на свои вещи до своей смерти и, установив переход вещей в собственность Петра, отсрочил сей переход до смерти, но сей переход мог совершиться непосредственно от Ивана к Петру лишь через завещание, коего Иван не сделал, а право собственности при себе удержал. Отсюда следует, *во-1-х*, что Иван, и по совершении упомянутой сделки, сохраняет полную возможность завещать, кому хочет, ту самую движимость, которую по сделке обязался передать Петру: этим нарушит Иван принятое на себя обязательство, и за нарушение отвечает Петру; но во всяком случае, сохраняя при себе право собственности на вещи и не ограничив его даже залогом, Иван не может быть безусловно лишен права распоряжения

имуществом. Во-2-х, если, по заключении сделки с Петром Иван при жизни своей и соблюдал обязательство относительно вещей своих, то, по смерти Ивана, несмотря на сделку, все-таки право собственности на эти вещи переходит по преемству к наследникам Ивана, а не к Петру, который непосредственного преемства после Ивана не имеет и не имеет права вступить по смерти Ивана непосредственно в обладание вещами. Итак, наследники Ивана могут отказаться от передачи ему сих вещей натурой, хотя и обязаны исполнить принятое Иваном обязательство, т.е. вознаградить Петра в меру сего обязательства (ср. еще разбор сего случая в реш. Сената по д. Лошакова, Касс. реш. 1869 г., № 1322).

Сущность завещания состоит в том, что распоряжение завещателя до смерти его не приобретает юридической силы для того лица, в чью пользу оно учинено, что оно подлежит исполнению лишь по смерти завещателя и может быть им самим отменено по произволу и что оно в юридическом своем значении не связано ни с каким договорным соглашением. Посему не может быть причислен к завещаниям договор с другим лицом, составленный в интересе третьего лица, хотя бы сие последнее в том договоре не участвовало и хотя бы предполагалось осуществление сего интереса лишь по смерти или вследствие смерти контрагента. Так, не следует придавать значение завещания страховому полису, по коему застрахована жизнь страхователя в пользу третьего лица, с тем, чтобы сему лицу выдана была по смерти страхователя условленная сумма или производились срочные или пожизненные выдачи (ср. П. С. Зак. № 45966, § 112–126). Правда, что и здесь назначение исполняется по смерти страхователя, но не по существу односторонней воли, а по условию со страховщиком, за платеж страховой премии: смерть завещателя есть одно из возможных условий, но не единственно необходимое условие договора о страховании. Правда, и здесь страхователь может отменить свое назначение: для сего стоит ему прекратить платеж премии; но это будет в сущности прекращение договора со страховщиком, в связи с коим состоит интерес третьего лица, в чью пользу сделано завещание.

Приметим еще следующее. В завещании смерть является не случайной принадлежностью акта, не *условием* распоряжения, зависящим от особенного направления воли, она составляет существенное свойство завещательного акта. Целое распоряжение рассчитано на смерть и независимо от смерти не имеет значения: это последняя воля человека. Но независимо от этого значения смерти, как существенного и исключительного мотива в завещании, смерть, как событие, может иметь значение простого *термина*, в ряду всевозможных терминов и событий, избираемых волей к самоопределению и самоограничению в актах и сделках между живыми. Со смертью может быть связано условие о сроке в договорах, и договор не перестает быть договором и не теряет своей силы потому только, что в нем смерть той или другой стороны полагается пределом того или другого отношения, договором установленного, если из содержания договора нельзя заключить, что существенная цель его есть распоряжение на случай смерти, и что, стало быть, под видом договора скрывается завещание.

С этой точки зрения едва ли оправдывается Касс. реш. 1872 г., № 980. В 1848 году Максимович дал Марье Рудневой 5000 руб. под закладную, и в тот же

день совершенно между ними отдельное условие, в силу коего Рудневой предоставлено внести эту сумму в банк, в пользу воспитанницы ее Натальи; в случае смерти Натальи отдать эту сумму детям ее, а при бездетстве ее возвратить из занятой суммы Максимовичу только 1000 руб.; если же до исполнения сего сам Максимович умрет, то закладная считается ничтожной, и наследники его не вправе по ней взыскивать. Максимович умер в 1850 году, и дочь его предъявила иск по закладной к наследникам Рудневой, которые возражали вышеупомянутым условием. Сенат отвергает это возражение по таким соображениям. Наследники исполняют договор умершего вотчинника в силу общего закона наследственной ответственности, а не в силу особого условия, включенного в договор с целью обязать их после смерти самого контрагента: обязывать наследников, таким образом, можно лишь посредством завещания. Постановляемое в договоре условие на случай смерти не может быть исполнено тем же лицом, которое постановило его, а предполагает исполнение со стороны наследников; но для них оно обязательно лишь по завещанию. Равно и отказ от права, в договоре выраженный, может быть законным только тогда, когда он поставлен в зависимость от условий, могущих наступить лишь при жизни контрагента, но не в зависимости от смерти его.

Против этих рассуждений прежде всего следует заметить, что по договору Руднева от наследников его не требовалось действительного исполнения, т.е. передачи какой-либо части наличного наследственного имущества во владение стороннего лица; если же Максимович помянул в условии, что наследники его не вправе будут взыскивать по закладной, то эти слова в договоре его не имеют существенного значения и совсем лишние, стало быть, ни почему неуместно на этих словах основывать обсуждение юридической силы договора. Когда бы этих слов не было, сущность условия нисколько бы не изменилась, и как скоро оно являлось обязательным для самого Максимовича, то тем самым становилось обязательным и для наследников его. Сущность условия просто состоит в том, что Максимович, давая Рудневой деньги под закладную, предоставил себе (в числе других условий) лишь *пожизненное* право взыскания долга и обеспечения. Возможно ли допустить, чтобы частное лицо лишено было права дать деньги взаймы на таком условии, т.е. ограничить пределами своей жизни *личное* свое требование? Это значило бы стеснять без меры и без нужды законную свободу воли в договоре. Смерть в этом случае является только термином, коим контрагент ограничил свое право требования по обязательству. Случай этого рода существенно отличается от вышеуказанного, в коем Иван передавал Петру движимость на случай своей смерти. В сем последнем случае предметом договора служит вещное право Ивана на движимость, которая не переставала быть его собственностью до смерти; стало быть, он делал распоряжение о собственности на случай своей смерти. И в настоящем деле Рудневой, когда бы Максимович постановил, что на случай смерти его право взыскания по закладной переходит к назначенному им третьему лицу, в таком случае было основание признать условие незаконным, ибо тогда право взыскания овеществляется и передается, как составная часть наследственного имущества, в собственность другому, на случай смерти.

§ 60

Отмена завещания

Безусловное право отмены есть существенная принадлежность завещания: в нем выражается воля на случай смерти, подлежащая исполнению по смерти, следовательно, ничем не связанная¹. Все завещания, как крепостные, так и домашние, как в целом составе, так и в частях, могут быть переменяемы, по усмотрению завещателя, или уничтожением, или составлением нового завещания, отменяющего прежнее. Последующее распоряжение во всяком случае крепче предшествовавшего, но необходимо, чтобы последующее завещание и по форме своей было столь же законным и подлинным выражением воли, как и прежнее. В минуту смерти завещателя крепостное его завещание оказывается крепче домашнего, так как первое при жизни уже явлено завещателем, а последнее только подлежит явке. И потому домашние завещания могут быть отменяемы как домашним, так и крепостным; но крепостное нельзя изменить иначе как составлением подобного же, т.е. крепостного завещания, или подачей от завещателя прошения об уничтожении завещания в то судебное место, где оно было совершено, или, буде завещатель в командировке, либо в походе, донесением начальству об отмене завещания. Если крепостное завещание уничтожено самим завещателем при жизни, а по смерти его окажется домашнее, то последнее остается в силе. Всякая отмена, изменение и перемена в завещании подлежат в составлении их тем же правилам, как само завещание, т.е. каждое отдельное распоряжение в завещании, если не отменено или не изменено в другом завещании, имеющем одинаковую силу с прежним, остается в своей силе (ст. 1030, 1031). Отмена или изменение могут быть выражены прямо или косвенно; распоряжение об имуществе в прежнем завещании должно считаться недействительным, если в последующем завещании о том же имуществе сделано другое распоряжение.

В положении о нотариальных завещаниях подтверждено, что нотариальное завещание может быть изменено только подобным же завеща-

¹ Отменяемость завещаний у нас не вдруг пришла в общее сознание. Это видно из указа 8 окт. 1814 г. (П. С. З. № 25704) по делу Ртищевой: право ее на отмену своего завещания было отвергнуто решением 7 Департамента Сената. Она сама по жалобе на сие решение основывала право свое на непочтении наследников. Но Общее Собрание Сената подтвердило это право, как существенное право всякого завещателя.

нием; но указан и новый способ к уничтожению *всякого* завещания — посредством совершения об уничтожении одного нотариального акта (Зак. Гражд. ст. 1030).

Примеры и вопросы из практики

А) Для уничтожения крепостного завещания достаточно ли одной подачи о том прошения в судебное место, без учинения допроса завещателю по сему прошению? Вправе ли завещатель вслед за подачей такой просьбы признавать ничтожным то завещание, к которому она относится?

5 января А. совершил в суде крепостным порядком духовное завещание в пользу Б. — 10 мая подал он в тот же суд через поверенного просьбу об уничтожении этого завещания. Суд, по болезни просителя, 11 мая заключил допросить его на дому в подтверждение поданной просьбы. Но того же числа, прежде чем резолюция суда могла быть исполнена, завещатель умер, оставив после себя духовное завещание, того же числа составленное.

При явке этого последнего завещания Б. доказывает, что оно не может почитаться действительным, что завещатель не вправе был приступить к составлению его домашним порядком, покуда не было уничтожено первое, крепостное завещание; а это последнее при жизни завещателя не было еще законным порядком уничтожено. Уничтожение домашнего завещания может быть произведено во всякую минуту по одному произволу завещателя; но крепостное завещание, акт, требующий при жизни завещателя сознания и явки в присутственном месте, может почитаться уничтоженным только с того времени, когда последует на то согласие и постановление присутственного места. Это необходимое условие при жизни А. не совершилось: следовательно, в минуту смерти, огласив только волю об уничтожении крепостного завещания, А. не мог еще почитать его уничтоженным и не вправе был составлять новое домашнее завещание к уничтожению крепостного. Притом крепостное завещание совершается по допросе (1038 ст. Зак. Гражд. изд. 1857 г.), следовательно, и об уничтожении его должен быть сделан также допрос, так как по закону (1030 и 1031 ст.) всякие отмены, изменения и перемены в завещании подлежат в составлении их тем же правилам, как и само завещание.

Такое доказательство нельзя признать основательным. По закону (1030 ст.), крепостное завещание может быть изменено двояким способом: или посредством составления нового завещания, имеющего равную силу с прежним, или посредством прошения об уничтожении прежнего завещания в то судебное место, где оно было совершено. В первом случае, при совершении нового завещания, конечно, должны быть соблюдены все формальности, соблюденные при совершении прежнего и составляющие необходимую принадлежность крепостного обряда по завещаниям, т.е. новый акт должен быть представлен завещателем лично и должен быть сделан ему допрос. Здесь завещатель соединяет в одном действии отмену прежней своей воли и объявление новой своей воли на случай смерти. Но во втором случае, т.е. когда завещатель заботится только об уничтожении прежнего своего распоряжения, не объявляя вместе с тем нового, или желает разделить оба

эти действия, закон вовсе не требует от него соблюдения всех тех формальностей, которые постановлены для совершения завещаний. Закон признает необходимым, чтобы уничтожение акта, оглашенного пред судом, происходило не безгласно, а с ведома того же суда, и потому требует от завещателя подачи в суд прошения об уничтожении завещания; следовательно, подачей сего прошения окончательно выражается отрицательная воля завещателя, и все, что нужно к уничтожению завещания, должно почитаться совершенным, если только нет повода сомневаться в подлинности самого прошения. Закон умалчивает об особом допросе по прошению; следовательно, нет повода почитать эту формальность необходимой для уничтожения завещания. Завещатель вовсе не имеет нужды ожидать, последует ли в суде, и какое именно, постановление по его просьбе: постановление это может остаться для него в неизвестности, потому что суд действует здесь не в качестве органа власти, разрешающего спор, но в качестве места, совершающего неспорные акты; по принятии прошения ему остается только сделать распоряжение об отметке, где следует, в книгах, что такое-то завещание уничтожено, — действие, принадлежащее к внутреннему канцелярскому обряду. Суд не имеет права воспретить просителю уничтожение завещания, следовательно, не может быть и речи о согласии или не согласии суда на это уничтожение: дело суда в этом случае не удостоверять и не утверждать волю завещателя, а только принять ее и отметить. Итак, завещатель, конечно, вправе, вслед за подачей в суд прошения, признать прежнее свое крепостное завещание ничтожным и приступить к составлению нового домашним порядком.

Положим даже, что суд усомнился в подлинности прошения и признал необходимым отобрать от завещателя допрос, но завещатель между тем умер. Следует ли по этой только причине признать незаконным составленное после подачи прошения домашнее завещание? Не следует. Здесь допрос представляется не как формальность, безусловно необходимая для полного законного выражения воли завещателя, но как одно из средств удостоверения, избранное судом: для суда нужно только удостоверение в подлинности просьбы, и все равно, каким бы способом цель эта ни была достигнута, лишь бы сомнение устранилось. Оно может устраниваться и по смерти завещателя, посредством дознания. Хотя бы такое удостоверение суда в подлинности воли завещателя последовало и после смерти его, момент выражения этой воли останется все тот же, именно подача при жизни его просьбы об уничтожении завещания.

Иное дело, когда это прошение при самой подаче его не подлежало принятию по каким бы то ни было обстоятельствам, напр., по не соблюдению формы, установленной для прошений. Тогда оно возвращается, как недействительное, и если проситель при жизни не успел заменить его новым, то воля завещателя об уничтожении завещания не может почитаться действительно выраженной, следовательно, это завещание должно оставаться в своей силе (ср. Ж. М. Ю. 1859 г., ноябрь, стр. 133; Сб. Сен. реш. II, № 1120).

Б) Если завещатель составил, одно после другого, два завещания, из коих вторым отменил первое, то одна отмена, или недействительность, последнего

завещания сама по себе должна ли иметь последствием восстановление силы первого?

А. составил в 1830 году домашнее завещание на благоприобретенное имение в пользу одного лица; потом в 1842 году составил другое, которым то же самое имение назначил в пользу другого лица. По смерти завещателя оба завещания предъявлены к явке от лиц, в руках коих хранились. Последнее завещание, писанное чужой рукой на нескольких листах, оказалось нескрепленным по листам и потому не могло быть принято в явку. Следует ли затем принять в явку первое завещание, составленное по форме?

Домашнее завещание может быть уничтожено домашним же порядком, т.е. или посредством истребления самого акта, если он находится в руках завещателя, или посредством составления другого домашнего завещания. Если первое завещание не истреблено и существует, то для того, чтобы признать его уничтоженным по воле завещателя, необходимо иметь в виду другой акт, имеющий одинаковое значение с первым, — акт, в котором выражалась бы законным порядком эта отрицательная воля. Если такого акта нет, то пред лицом закона остается действительным наличное завещание. В приведенном случае нет такого акта; второе завещание не может иметь законной силы, не может служить законным удостоверением воли, потому что признается недействительным и не подлежит явке по неформальности. Место, совершающее явку, имеет пред собой два акта, из коих один не может быть принят во внимание, а другой представляет все качества законного завещания; оно не вправе сравнивать между собой оба акта по содержанию их и по взаимному отношению, не вправе входить в рассмотрение того, *который из двух* должен получить законную силу: такое рассмотрение есть уже дело суда, а не явки. При явке каждый акт рассматривается сам по себе, в отдельности, и если составлен по форме, если удовлетворяет всем требованиям закона, должен быть свидетельствуем безостановочно. На этом основании второе завещание А. будет оставлено без удостоверения, а первое должно быть принято к явке.

Распоряжения, помещенные во втором завещании А., без сомнения, не могут получить ни в каком случае действительной силы: лица, в пользу которых оно было составлено, безвозвратно теряют права свои, на нем основанные. Но положим, что законный наследник завещателя А., лишенный первым завещанием всякого права на благоприобретенное имение завещателя, желает доказать недействительность этого завещания. Может ли в таком случае второе завещание, не имеющее никакой *завещательной* силы, быть принято на суде в виде письменного доказательства о том, что завещатель отменил первую свою волю, уничтожил свое распоряжение о благоприобретенном имении? Не может. 1) Для гласной отмены домашних завещаний по закону существует два только способа: совершение нотариального акта или составление нового завещания (1030 ст. Зак. Гражд.), следовательно, доказательством отмены наличного завещания может быть принято только другое *наличное же* завещание. Для завещательного распоряжения закон назначил определенную форму, столь необходимо связанную с содержанием, что этой формы не может заменить никакое судебное доказательство, ни письменное, ни посредством свидетелей. Письмо, или свидетельское показание, может удостоверить, что заве-

щатель имел желание, выразил свое намерение уничтожить свое завещание, либо заменить его другим; но привел ли он это намерение в исполнение, выразил ли он свою волю? Положительный ответ на эти вопросы может дать только нотариальный акт или же акт, облеченный в законную форму завещания. 2) Только то завещание может почитаться подлинным, которое явлено, где следует, и записано в книгу; следовательно, второе завещание А., не принятое к явке, не должно почитаться *подлинным* выражением его воли; а может ли быть принят за доказательство такой акт, в котором недостает существенного условия – подлинности? 3) Если бы и возможно было доказать вторым завещанием А. несомнительную волю его уничтожить первое завещание, то уже вовсе нельзя было бы извратить смысл этой воли, толкуя ее на основании того же акта в пользу законных наследников. Уничтожить свое завещательное распоряжение и заменить его другим – вовсе не одно и то же. Положительная воля совсем не то, что воля отрицательная. Сказать: «я не хочу этого» – не значит еще сказать: «я хочу того или другого». Волю, изложенную во втором завещании, невозможно делить на две независимые части: если здесь в одном моменте выразилось намерение уничтожить прежнюю волю не просто, *а с тем, чтобы объявить новую*, то, отделив одно от другого, мы тем самым произвольно истолковали бы целое намерение. Недействительным признано целое завещание, следовательно, исчезает целое выражение воли завещателя, а одна часть ее отдельно от другой не может быть восстановлена.

Другой случай:

А. составил в январе 1862 г. домашнее завещание в пользу младшего сына. В сентябре того же года он составил уже крепостным порядком второе завещание, которым *уничтожил* первое и назначил то же самое имение старшему сыну. Через месяц, в октябре, А. подал в суд просьбу об уничтожении и сего последнего завещания, не объяснив дальнейшей своей воли. По этой просьбе суд признал последнее завещание ничтожным.

По смерти А. представлено к явке первое домашнее его завещание. Оно оказалось составленным по форме и принято к свидетельству. Но по спору законного наследника А. при судебном рассмотрении возникает вопрос: за отменой второго, крепостного завещания А., коим было решительно уничтожено первое, домашнее его завещание, может ли быть возобновлена сила этого первого завещания? Законный наследник утверждает, что во втором завещании прямо выражена воля завещателя – уничтожить первое; воля эта тем самым приведена уже в исполнение, что выражена в акте, публично сознанным и засвидетельствованном в суде, следовательно, воля эта совершилась, и первое завещание тогда уже уничтожено безусловно и безвозвратно, так, как бы его никогда не было. Оно исчезло, и на место его явился другой акт, и независимый от первого. Поэтому первое распоряжение могло быть вновь вызвано, повторено только волей завещателя, столь же ясно вновь выраженной; но одно уничтожение второго акта имело только отрицательную, разрушительную силу: вновь оно ничего не создало. Первое завещание не существует, нового распоряжения нет, следовательно, открывается законное наследство.

Нельзя согласиться в этом случае с наследником, по тем же основаниям, которые приведены в предыдущем примере. Крепостное завещание так же, как и домашнее, не служит еще безвозвратным выражением воли завещателя, пока он жив. Можно назвать *акт* совершившимся, когда он при жизни завещателя явлен в присутственном месте, но с тем вместе *воля* завещателя еще не совершилась, и завещание при жизни его не могло еще получить исполнительную силу. Ни одно распоряжение, постановленное в завещании, ни одно слово, помещенное в нем, не могло приобрести *действительного* значения, не могло превратиться в факт неоспоримый до тех пор, пока жив еще завещатель: до самой смерти он держит еще волю свою при себе и, как полный господин, может переменить ее. Здесь, так же, как в прежнем примере, завещатель не отделил отрицательную свою волю от положительной, но ту и другую выразил в одном акте, в завещании. Он сам при жизни своей разрушил этот акт, следовательно, второе завещание в целом составе своем исчезло так, как бы никогда его не было. Нечем доказать, что А. предоставляет имение старшему сыну, нечем доказать и того, что первое домашнее завещание, составленное в пользу младшего сына, уничтожено. Если это завещание оказалось в наличии по смерти завещателя, если завещатель не истребил его, то весьма естественно предполагать, что А. сам желал восстановить первое свое завещание. Такое предположение вполне согласуется и с законом (1030 ст. Зак. Гражд.), в котором сказано: «если нотариальное или крепостное завещание уничтожено самим завещателем при жизни его, то оставшееся по смерти его домашнее завещание, буде оно составлено правильно, остается в своей силе». Здесь закон не различает, когда было составлено это домашнее завещание: прежде или после крепостного, самим завещателем уничтоженного.

Иное дело, если воля завещателя об уничтожении первого завещания и о замене его новым распоряжением выразилась в двух отдельных актах: тогда каждый из них имеет самостоятельное значение, один служит доказательством отрицательной, другой – положительной воли. Напр., В. составил крепостное завещание, потом подал просьбу об уничтожении его и вслед затем составил новое завещание, но и его впоследствии уничтожил. В таком случае первое завещание, хотя бы оказалось по смерти В. в наличии, должно почитаться безвозвратно уничтоженным (ср. реш. Ж. М. Ю. 1860 г., № 11 и Сб. Сен. реш. т. I, № 561).

В) Завещание несовместно с условием, связывающим волю, и потому все подобные условия и обязательства, помещенные в завещании, не могут нарушить или ограничить основное право завещателя – изменить свою волю при своей жизни; *при жизни завещателя* все таковые обязательства не могут иметь никакого юридического значения и не предоставляют никакого права тем лицам, в чьем интересе постановлены. Помещенное в завещании выражение: «лишаю себя права отменить сие распоряжение» ни в чем не стесняет завещателя. Если бы за отмену означенного в завещании распоряжения завещатель положил неустойку или штраф на себя, на свое имение или на наследников своих, такое постановление бессильно, ибо когда отрицается законом возможность самого нарушения, то невозможно и взыскание за нарушение. Если бы завещатель учинил в завещании сознание долга или ответственности пред другим лицом, то

и таковое сознание само по себе, при жизни завещателя, не дает сему лицу ни малейшего права на иск, ибо не может быть отделяемо от завещательной воли, во всей ее целостности вступающей в силу лишь по смерти завещателя;

Г) Предположения об отмене, без действительного выражения воли об отмене, не допускаются. Так, в одном деле спорщик доказывал отмену тем, что, по содержанию завещания, оно должно храниться у душеприказчика, а оказалось, что оно ему передано не было (Сб. Сен. реш. II, № 991). В другом деле ссылались на свидетелей, коим завещатель после составления завещания говорил, что отменил оное.

§ 61

Условия для действительности завещания. – Необходимые качества для завещателя и приобретателя по завещанию.

Условия, требуемые законом для действительности завещания, относятся или к лицу завещателя, либо преемника по завещанию (личные), или к завещаемому имуществу (предметные); соответственно сему, личная неспособность проистекает: 1) от того, что закон воспрещает некоторым лицам иметь собственность или располагать имуществом при жизни, либо на случай смерти; независимо от всех других условий признает некоторые лица неспособными получить имущество по завещанию; 2) неспособность последнего рода происходить от того, что закон признает некоторые имущества вовсе неподлежащими завещанию.

Прежде всего закон требует, чтобы завещатель был в здравом уме и твердой памяти. Посему недействительными признаются завещания безумных и сумасшедших, *когда они составлены во время помешательства* (1016, 1017 ст.). Состояние безумия и сумасшествия становится известным и сопровождается ограничением правоспособности, когда оно признано подлежащей властью, с учреждением опеки (374 ст. Гр. 3.). Но и независимо от сего признания, расстройство умственных способностей в минуту составления завещания может быть удостоверено и доказано (или самим содержанием завещания, или обстоятельствами его составления); а в таком случае, по силе приведенных статей, завещание не может быть действительно. Но, с другой стороны, из тех же статей следует, что допускается завещание сумасшедшего, даже признанного в сем состоянии и отданного под опеку, если только возможно доказать, что в минуту составления акта он был свободен от болезни и находился в здравом уме и твердой памяти (Касс. реш. 1878 г., № 92).

На том же основании, т.е. что завещание должно быть составлено в здравом уме и твердой памяти, утверждается у нас и правило о недействительности завещаний самоубийц. Из указа 1766 года (П. С. 3. № 12779) видно, что самоубийство признается либо злодеянием, либо безумием, и недействительность завещания самоубийцы есть в первом случае наказание за преступление, а в последнем – признается актом безумной воли. Правило это безусловно, но оно очевидно несправедливо и простирается дальше указанной законом цели в применении к завещанию, составленному самоубийцей не по случаю самоубийства (1017 Гр. Зак.; 1472 Улож. о нак.); посему в судебной практике (Касс. реш. 1876 г., № 92 и 1880 г., № 276) недействительными признаются завещания таких только самоубийц, кои лишили себя жизни не в безумии или беспамятстве.

Из соображения 1016 ст. с 381 и 76 ст. прил. I к ст. 708 следует, что недействительны и завещания неграмотных немых и глухонемых, вовсе неспособных изъяснять свои мысли.

Все духовные завещания тогда только могут быть действительны, когда составляются лицами, имеющими, по законам, право отчуждать свое имущество. Посему недействительны завещания: 1) несовершеннолетних, не достигших 20 лет с годом; правило это принимается в строгом смысле, т.е. не допускается в завещании¹ дополнение воли несовершеннолетнего волей попечителя; 2) людей, лишенных по суду прав состояния, когда приговор им объявлен. До объявления же приговора они не лишены права, и будучи под арестом, делать домашние завещания (ст. 1018–1020).

В 1018 ст., очевидно, закон говорит исключительно о личной (субъективной) способности завещателя, о той способности, которую имеют все лица, обладающие полнотой гражданских прав, о праве отчуждать имущество *вообще*, а не в частности, о праве отчуждать то или другое имущество. Соображение ст. 1018 с 1019 показывает, что общее правило, содержащееся в первой, имеет именно тот смысл, который мы ему приписываем (посему недействительны и пр.). Несовершеннолетние, при всей полноте прав собственности на имение, признаются лично неспособными отчуждать какое бы ни было имущество; лишенные прав состояния не имеют вовсе права на имущество, следовательно, ничего не могут отчуждать. Здесь необходимо указать на точный смысл закона, потому что в противном случае могут возникнуть важные недоумения. Выражение: право отчуждать, если отнесем его не к лицу завещателя, а в особенности к определенному имуществу, может ввести нас в заблуждение. Отсюда иной мог бы, напр., заключить, что завещать можно только такое имущество, которое можно продать или заложить, что нельзя завещать имущество, состоящее под запрещением, и т.п. Но передача прав

¹ О завещаниях несовершеннолетних см. ст. Муллова в Ж. М. Ю. 1862 г., № 9; ст. Куницына там же 1863 г., № 3.

по завещанию, кроме общих признаков отчуждения, имеет особые, ей только свойственные. И по существу акта, получающего силу только со смертью завещателя, и по внутренней аналогии с наследством завещание отличается от простого отчуждения имущества. Продавая или закладывая, я *тем самым* не переношу еще на лицо покупателя или залогодержателя всей совокупности прав и обязанностей, нераздельно соединенных с имуществом, продаваемым или закладываемым; поэтому закон и не позволяет продавать имущество из-под запрещения. Но завещать такое имущество могу я, потому что преемник мой по владению имуществом является после моей смерти представителем исчезнувшей моей личности, облекается во все принадлежавшие мне права и принимает все, лежавшие на мне обязанности по завещанному имуществу: я исчезаю, а он является на мое место и отвечает за все то, за что должен был я отвечать по этому имуществу. Итак, вышеуказанная статья закона имеет прямо в виду вопрос не о том, может ли быть отчуждаемо то или другое *имущество*, а о том, вправе ли то или другое *лицо* отчуждать свое имущество. Эти начала, как бесспорные, приняты и в судебной практике (См. Касс. реш. 1876 г., № 302; 1878 г., № 274).

Не все лица, не пользующиеся свободой вступать в сделки по имуществу без постороннего согласия, лишены права составлять завещания; так, состоящие под опекой за расточительность имеют право распорядиться своим имуществом посредством завещания без согласия опекунов. Касс. реш. 1876 г., № 389.

В деле Преображенского Сенат (2 Д-т, реш. 30 ноября 1867 г.) признал действительность завещания, составленного в 1838 г., когда завещатель пользовался вполне гражд. правами, хотя оно представлено к засвидетельствованию после того, как он лишен прав состояния.

Не могут быть завещателями постриженные в монашество, как отрекшиеся от мира и от собственности. Правило это основано на церковных постановлениях, сохраняющих донныне свою силу на православном Востоке как для простых монахов, так и для монашествующих властей, коих имущество, по смерти, переходит в монастырскую казну. Отступление от сего правила — относительно властей — введено у нас Импер. указом 1766 года (П. С. З. № 12577): для них сделано исключение. Архиерей, архимандрит и прочие монашеские власти могут делать завещания о своем движимом частном имуществе, кроме вещей, к ризнице принадлежащих и в церкви употребляемых, хотя бы те вещи устроены были на их иждивение. Но об имуществе (даже частном), остающемся по смерти настоятелей и настоятелей *общежительных* монастырей, в 1862 году постановлено, что оно *во всяком случае* признается собственностью монастыря (1025 и 1187 ст.).

Лица, в пользу коих делается завещательное распоряжение. Для действительности завещательного распоряжения необходимо, чтобы лицо, в пользу коего оно делается, было способно приобретать по завещанию. У нас не может быть более речи о неспособности некоторых лиц наследо-

вать по завещанию, в том смысле, в котором принималось это понятие в римском праве, ибо там с завещанием нераздельно соединялось назначение наследника, чего у нас нет. Однако же и у нас встречаются постановления, устраняющие *некоторые лица* от приобретения по завещанию без условно или при некоторых условиях; но эти ограничения удобнее сводятся к вопросу о том: кто и при каких условиях не может приобретать по завещанию. Иного рода ограничения относятся к имуществам, кои не подлежат завещательному распоряжению: эти ограничения большей частью условные, т.е. относятся не ко всем, но к некоторым только лицам.

Кто считается неспособным приобретать по завещанию. В нашем законе не выражено общего правила, что все лишенные права наследовать по закону не могут наследовать и по завещанию; но правило это следует из соображения сущности завещательного перехода и ограничений наследничьей способности, указанных в 1107 и 1109 ст. Зак. Гражд. и 28 ст. Улож. о наказ., и потому ни лица, лишенные прав состояния, ни монашествующие не могут приобретать по завещанию: это выражено в 3 и 4 п. 1067 ст. Зак. Гражд. Постриженные монахи могут приобретать по завещанию только иконы, панагии, наперсные кресты и книги духовного, нравственного и ученого содержания, и то исключительно от архиереев и других монашествующих властей, имеющих завещательное право (прим. к ст. 1025).

Начальники карантинных округов и вообще служащие в карантинных учреждениях, кроме членов карантинного совета, не могут приобретать по завещаниям, составленным в карантине лицами, выдерживавшими карантин (Уст. Врачебн., изд. 1892 г., ст. 1009; ст. 1067 п. 5, Зак. Гражд.).

Приобретать по завещанию могут не только физические, но и юридические лица, церкви, монастыри, разного рода учреждения; но исполнение таких назначений поставлено в зависимость или от разрешения подлежащих властей, или от согласия подлежащего ведомства на принятие пожертвованного (1067 ст. п. 2 и 6; 980 и след. ст. I ч. X т.). Во всяком случае преемниками имения, или дара по завещанию могут быть только юридические лица, коих законное существование признано правительством. На сем основании, напр., уничтожаемы были завещательные распоряжения в пользу старообрядческого общества, правительством не признаваемого (см. Сб. Сен. реш. II, № 259).

Высочайшим повелением 10 декабря 1865 г. лицам польского происхождения и римско-католического исповедания запрещено вновь приобретать помещичьи имения в девяти губерниях Западного края, всяким иным путем, кроме наследства по закону (Зак. Гражд., ст. 698, прим. 2). Из сего следует, что лица этого разряда не могут приобретать имения по завеща-

нию, поколику завещательное распоряжение отступает от общего порядка в наследстве. Поземельные участки, купленные от казны русскими в Царстве Польском, на основании Полож. 1871 г., могут быть завещаемы только лицам русского происхождения (П. С. З. № 49763, ст. 20).

В одном случае возникло сомнение: когда завещатель желает воспользоваться правом 1068 ст., т.е., быв бездетным, завещать родовое имение одному из членов своего рода, мимо ближайших наследников? В одном из таких случаев (д. Огинской) Государь Император, по докладу главного начальника края, изволил разрешить совершение такого завещания крепостным порядком с тем, чтобы на будущее время все подобные ходатайства представлялись через министра юстиции на Высочайшее усмотрение.

§ 62

Внутренние условия для действительности завещательных распоряжений

Воля, по *существу своему*, свободна и безгранична, сама себя определяет, сама собой управляется. Но как скоро приходит она в прикосновение с внешним миром, так вступает в круг прав и обязанностей, где действует независимо от нее закон юридической необходимости. Здесь уже свойством прав и обязанностей определяется отношение воли к различным предметам. Итак, для того, чтобы воля могла осуществиться в действительности юридического мира, необходимо: 1) чтобы она имела право выразиться относительно данного предмета; 2) чтобы она сама по себе находилась в нормальном состоянии, имела свойство разумно свободной воли.

Право владеть своим имуществом и передавать его другому есть вообще принадлежность юридической *личности* гражданина. Посему всякий, кто признается за лицо в государстве и обладает полнотой всех прав своего состояния, обладает в числе их правом отчуждать свою собственность при жизни и правом изъявить о ней свою волю на случай смерти. Всякий гражданин имеет это право дотол, пока не будет объявлено противное, т.е. доколе он не признан, в установленном порядке, лишенным общих прав гражданских, прав состояния. Итак, первое условие для действительности завещания в отношении к лицу завещателя есть *целость прав его по имуществу*. Люди, лишенные по суду всех прав гражданских, как скоро приговор им объявлен, не могут уже составлять завещания.

Но, независимо от этой *чисто юридической* способности завещателя, закон требует еще от него способности, которую, в отличие от первой,

можно назвать *фактической*. При всей целостности общих гражданских прав его, материальное его положение может быть такого, что он лишен способности свободно употреблять эти права, свободно ими воспользоваться: в некоторых случаях такая неспособность прямо предполагается законом. Итак, второе условие для действительности завещания, в отношении к лицу завещателя, есть такое состояние его, в котором он предполагается способным свободно и с рассуждением изъяснить последнюю свою волю. Для того чтобы завещание было действительно, необходимо совокупное действие той и другой способности. Завещатель в данную минуту может быть вполне способен изъяснять свою волю свободно и с рассуждением; но если он не обладает вполне *правом* на имущество, то воля его, как бы свободно ни была выражена, не имеет среды, в которой могла бы обращаться и действовать, и потому недействительна. Завещатель обладает полнотой прав на имущество; но если в данную минуту воля его признается неспособной определить себя, неспособной отнестись свободно и разумно к предмету, то как бы положительно ни была выражена, она не может ни к чему приражаться и также не достигает своей цели.

Способность, как нормальное состояние, как свойство положительное, вообще предполагается; неспособность, как состояние ненормальное, как свойство отрицательное и исключение из общего правила, должна быть обнаружена. Все предполагаются способными изъяснять свою волю посредством завещания, доколе противное не будет обнаружено.

Способности завещать, с одной стороны, соответствует, с другой, — способность приобретать по завещанию. Та и другая может быть *безусловная* или *относительная*: безусловная, когда она не зависит от взаимных отношений между завещателем и тем лицом, в пользу коего делается распоряжение, относительная, когда между той и другой стороной существует необходимое отношение. Безусловно неспособными почитаются лица, не могущие распорядиться каким бы то ни было имуществом в чью бы то ни было пользу или приобрести что бы и от кого бы ни было по завещанию. Иные, напротив того, хотя вообще имеют право завещать или приобретать завещанное им, но лишены этого права только в отношении к некоторым определенным лицам или имуществам. Поэтому, при относительной способности одного лица завещать или приобретать по завещанию, всегда предполагается другое лицо, соответственно тому не способное приобретать или завещать. Из сего не следует, однако же (если закон не объявил положительно), чтобы лицо, не имеющее власти завещать в пользу другого, не могло приобретать от него по завещанию, и обратно, чтобы не имеющий права приобретать по завещанию от другого не мог делать завещание в пользу сего последнего.

Юридическая способность завещателя зависит от условий личных, временных и случайных и потому может измениться с течением времени и с переменой обстоятельств: лицо способное может сделаться неспособным, а неспособное – приобрести способность впоследствии. Между тем, в завещании составление самого акта не одновременно со вступлением его в действительную силу. Поэтому вопрос о том, с какой минутой завещательного процесса должна совпадать юридическая способность завещателя, имеет особую важность и требует рассмотрения.

Воля, выразившаяся в завещании, подлежит еще изменению до тех пор, пока может действовать свободно; только в минуту смерти завещателя завещание приобретает силу акта безвозвратного. Отсюда видно, что в завещательном процессе два момента решительных, безусловно необходимых – составление завещания и смерть завещателя: в первом совершается выражение воли, во втором – достигается цель ее, совершается передача права, приобретение имущества избранным наследником. Очевидно, что как в том, так и в другом моменте одинаково необходимо положительное действие воли завещателя: для того, чтобы достигнуть цели своей, воля, первоначально выраженная завещателем, должна, не переставая, сохранить свой начальный характер, быть той же самой волей.

Мы упоминали выше о различии между юридической способностью завещателя и способностью воли его в данную минуту. Посмотрим, какое значение имеет та и другая способность в различные, указанные нами моменты. Человек, не имеющий права владеть имуществом и передать его, очевидно, не имеет права делать завещание. Итак, при составлении завещания необходимое условие есть полнота прав завещателя, юридическая его способность. В минуту смерти завещателя воля его приводится в действие, – совершается переход имущества от одного лица к другому. Этот переход возможен в таком только случае, когда лицо передающее имеет право передать; следовательно, и в последнюю минуту, – в минуту усовершенствования и передачи прав, – завещатель необходимо должен иметь ту же юридическую способность в отношении к имуществу, какую имел при составлении завещания.

С другой стороны, лицо, обладающее правом на свое имущество, почитается неспособным располагать им, если воля его находится в состоянии, лишающем ее свободы рассуждения. Итак, в минуту составления акта воля завещателя необходимо должна быть в здравом состоянии.

Воля завещателя, выразившись в первом моменте, совершила уже все, что от нее зависело, – высказалась. Момент ее выражения принадлежит прошедшему, приведение ее в действие – будущему; но и оставаясь в бездействии до времени, она остается все той же неперменной во-

лей, нисколько не теряя своего значения. Сохранившись в целости до смерти завещателя, она в эту последнюю минуту также не изменяется в существе своем и является той же волей, не в эту минуту, *но прежде того и один раз* выраженной. Итак, достаточно, если завещатель в минуту составления завещания пользовался полной свободой воли и здравым рассудком: какие бы ни произошли после того перемены в умственном и душевном его состоянии, каково бы ни было оно в минуту его смерти, — воля его, правильно выраженная, должна сохранить всю свою силу (Касс. реш. 1878 г., № 92).

Таким образом, юридическая способность лица и способность воли должны действовать совокупно в минуту составления завещания. Способность лица необходима в минуту смерти завещателя; но способность воли, раз уже выраженной, не составляет в этот последний момент необходимого условия. Среднее пространство между двумя моментами завещательного процесса не имеет здесь существенного значения.

Чтобы удостовериться ближе в справедливости этих положений, представим себе:

Во-первых, завещание, составленное человеком, не имевшим юридической к тому способности. Такое завещание ничтожно с самого начала и останется навсегда ничтожным, хотя бы завещатель приобрел впоследствии право, которого не имел в минуту составления. Так, напр., завещание, составленное человеком, лишенным всех прав состояния, недействительно, хотя бы он был впоследствии помилован и восстановлен во всех правах своих.

Во-вторых, завещание человека, имеющего права, но не обладающего волей, способной свободно выразиться. Оно также ничтожно в самом начале и не может быть восстановлено. Так, завещание, составленное сумасшедшим, почитается навсегда ничтожным, хотя бы завещатель впоследствии пришел в рассудок.

В-третьих, завещание человека, имевшего юридическую способность в минуту составления, но не имевшего ее в минуту смерти. В таком случае неполнота прав умирающего, в минуту его смерти, препятствует совершиться переходу имущества, определенному завещанием. В пример можно привести *testamentum irritum* у римлян, когда завещатель, бывший юридически способным лицом в минуту составления акта, умирал рабом или в ссылке. В нашем юридическом быте трудно представить себе подобный случай, потому что политическая смерть, лишаящая человека прав состояния, производит у нас непосредственно то же действие, как и смерть естественная, т.е. сама по себе открывает наследство после осужденного.

В-четвертых, завещание такого лица, которое во время составления его пользовалось свободой воли, но было лишено ее в минуту смерти (напр., умерло в сумасшествии). Оно должно почитаться действительным, потому что воля, однажды правильно выраженная, могла измениться только вследствие свободного акта той же самой воли.

Лицо, в пользу которого делается завещание, должно быть способно приобретать имущество по завещанию. В первый момент завещательного процесса, в момент составления завещания, эта способность не имеет существенной важности, не представляется безусловно необходимой. В самом деле, мы знаем, что завещание при жизни завещателя не имеет никакой силы, что одним составлением завещания лицо, в пользу коего оно составлено, не приобретает решительно никакого права на завещанное имущество и по существу акта не принимает никакого участия в его составлении. Само завещание, хотя бы и не оставалось тайной, хотя бы даже составление его оглашено было, не имеет и перед законом действительной силы до самой смерти завещателя. При жизни завещателя никакая общественная власть не вправе входить в рассуждение о правильности его распоряжений, ни одно частное лицо не может их оспаривать. Итак, если завещание в минуту составления представляется актом, не имеющим действительной силы, то нет необходимости требовать, чтобы в эту минуту преемник по завещанию был действительно способен к приобретению завещанного ему имущества. О способности к приобретению не может быть и речи в такую минуту, когда нет еще никакого приобретения: в минуту составления завещания завещатель еще не дает, а объявляет только волю свою, намерение отдать, но эта воля может еще вовсе не перейти в действие, покуда не облечется в силу безвозвратного акта смертью завещателя.

Момент приобретения по завещанию ни в каком случае не может наступить прежде смерти завещателя, следовательно, с этого только момента способность приобретателя по завещанию представляется условием, необходимым для действительности завещательного распоряжения.

Не подлежит сомнению, что со смертью завещателя для лица, которому сей последний назначает имущество, открывается *право*; но право это открывается не во всех случаях в одинаковой полноте. Имущество может быть завещано или безусловно, или под условием. В первом случае со смертью завещателя приобретается во всей полноте право, предоставленное им избранному лицу: ему остается только вступить в материальное владение завещанным предметом; внутренняя, духовная часть приобретаемого права не требует уже никакого дополнения. Во втором случае со смертью завещателя открывается только *условное* право: право получить завещанный предмет, *как скоро совершится или будет выполнено*

условие. Здесь приобретение полного права на вещь зависит еще от *внешнего события*: пока это событие не совершится и переход права на имущество от завещателя к избранному преемнику не признается еще совершившимся: *право по завещанию* открылось, но остается еще приобрести *действительное право на завещанное имущество*.

Мы указали выше на два главных момента в завещательном процессе: изъявление воли – составление завещания и действие воли – переход права, смерть завещателя. Представляется вопрос: в каком отношении к каждому из сих моментов состоит способность приобретать по завещанию, яснее сказать, должен ли преемник по завещанию быть способен приобретать в минуту составления завещания, или эта способность требуется от него только в минуту приобретения?

Нет нужды требовать, чтобы в первый момент завещательного процесса, в минуту составления завещания, преемник по завещанию был способен приобретать, ибо, как изъяснено выше, в эту минуту нет еще никакого приобретения. Завещательное распоряжение вовсе не теряет своей силы в самом начале потому только, что при составлении завещания избранное лицо было неспособно к приобретению: действие воли, выраженной в завещании, еще не наступило; оно удерживается до кончины завещателя. Если в эту последнюю минуту избранное лицо продолжает быть неспособным, тогда только можно признать недействительным обращенное к нему распоряжение; если оно успело сделаться юридически способным к приобретению до наступления той минуты, когда совершается действие воли завещателя и переход права, то ничто не препятствует воле завещателя осуществиться. Правда, что в первый момент своего выражения она встретила лицо неспособное, но не отразилась от него, а продолжалась непрерывно до самой смерти завещателя, и в последний момент своего выражения встретила этого лицо способным к приобретению. Таким образом, завещание, составленное в пользу лица, лишенного всех прав состояния или еще незачатого в ту минуту, когда завещание состоялось, может быть действительно, если в минуту смерти завещателя это лицо оказывается уже зачатым или установленным в гражданских правах своих¹.

¹ Мнению этому несколько не противоречит известная юридическая формула: *quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest*, потому что завещательное распоряжение в пользу неспособного лица нельзя почитать в самом существе неправильным, так как в минуту составления своего завещание не имеет еще никакого действия и никаких гражданских последствий не влечет за собой. Разумеется, впрочем, если закон постановил положительно, что завещатель и при составлении акта необходимо должен иметь в виду лицо юридически способное, то и вышеизложенная формула вступает во всю свою силу.

В решениях 1869 г., № 72 и 1882 г., № 63 Сенат признал, что способность приобретать имущество требуется в минуту приобретения, а как приобретение по завещанию в минуту составления оно невозможно, то и нет законного основания требовать, чтобы в самую минуту составления завещания лицо, в пользу коего оно написано, имело уже надлежащую способность к приобретению завещанного имущества.

По д. Остен-Сакен возник вопрос: действительно ли, за силой 1028 и 1310 ст. 1 ч. X т. (изд. 1857 г.), составленное в 1858 г. завещание, так как недвижимое имущество предоставлено в оном таким лицам, коих предки были там записаны по ревизии. Сенат (2 отд. 3 Д. 14 мая 1868 г.) рассуждал, что переход прав по завещанию совершается не ранее смерти завещателя. Завещатель же умер, и права преемников открылись не ранее 1863 года, когда отменено уже было запрещение, означенное в 1310 ст., следовательно, распоряжение не было незаконно.

Абрамович в 1857 году совершил нотариальным порядком завещание, с назначением имений в Западном крае лицу польского происхождения. В ту пору это было еще возможно, но завещатель умер в 1867 году, не изменив завещания, а между тем в 1865 году издан известный указ 10 декабря, коим велено считать недействительными все совершенные после того акты и переходы подобных имений к лицам польского происхождения. Возник вопрос: может ли остаться в силе завещание Абрамовича? Правильнее всего решить, что не может. Хотя завещание было совершено в 1857 году, но акт, по свойству своему, не мог быть признан окончательным, решительно и безвозвратно совершенным актом, до самой смерти завещателя. Он имел одно личное значение для завещателя, но не стал еще юридическим основанием прав для лиц, в пользу коих завещано имущество. Стало быть, актовую силу завещания никоим образом нельзя полагать ранее смерти завещателя, и в эту минуту, по крайней мере никак не ранее, надлежит прилагать к содержанию завещания силу закона, в то время действовавшего. В таком смысле дело это и было разрешено в Сенате и в Госуд. Совете (Выс. утвержд. мнен. 1872 г.).

§ 63

Предмет завещания. – Содержание завещания. – Обсуждение законности распоряжений по аналогии с иностранными учреждениями. – Завещание на родовое имущество.

Предметом завещания может быть всякое право по имуществу, действительно принадлежащее завещателю, хотя бы даже само имущество и не находилось в действительном владении завещателя; следовательно, может быть завещано право на иск об имуществе. Есть, однако, права на иск, столь неразрывно соединенные с лицом, что не могут быть предметом завещания. Таково, напр., право на иск о наследстве, зависящее исключительно от личного, кровного, родственного отношения; поелику это

отношение не может быть передано стороннему лицу, и право иска, из него истекающее, не может быть передано. Но когда наследственные права завещателя на определенное имение признаны уже и утверждены судебным местом, — это имение, хотя не поступило еще в действительное владение наследника, может быть им завещано, разумеется, в тех пределах, в коих вообще наследственные имущества подлежат завещанию. Надлежит, однако, заметить, что наследство, по существу права, переходит не посредством иска и судебного приговора, а непосредственно, и вступление наследника во владение наследственным имением может быть непосредственным; т.е. если он вступает в имение сам собой, не обращаясь к содействию суда, то это действие само по себе не будет незаконным действием, буде наследственное право того лица неоспоримо; но из чужого владения необходимо добавить и наследственное имение посредством иска. Отсюда следует заключить, что когда завещатель может в завещании назвать имение своим, доставшимся ему по наследству, то может и завещать оное; буде же не может еще назвать имение своим, а должен предварительно добывать оное иском, то не вправе завещать сей иск, хотя бы сам уже предъявил его. Сонаследнику, получившему имение вместе с прочими, но состоящему еще в общем с ними владении, без раздела, не воспрещается завещать свою часть, хотя бы еще не выделенную в натуре (546, 555 ст. Зак. Гражд. и реш. Касс. Деп. Сен. 1869 г., № 781).

Завещать можно только *свое* имущество, и сила завещания простирается только на имущества и права, принадлежавшие завещателю в минуту его смерти, но никак не на то, что, по смерти его, могло бы дойти к нему по наследству, когда бы он был жив (мнен. Госуд. Сов. по делу Голощапова. Журн. Мин. Юст. 1862 г., № 10.)

По делу Баташовой (Сб. Сен. реш. т. II, 749) признано, что можно завещать (условно) имение, еще не поступившее во владение завещательницы, напр. указную часть, о выделе коей только подано прошение.

Машина, имея у себя по закладной во временном владении заложенное имение Лутковского, завещала его Соколову с тем, что если оно продано будет с публичного торга, то Соколов должен получить деньги, следующие по закладной. По возникшему спору, что Машина не могла завещать имение, не состоящее в ее собственности, Сенат (Сборн. Сен. реш. т. II. № 805) признал распоряжение законным, ибо Машина завещала не само имение, а только право, неотъемлемо ей принадлежавшее по акту, в том пространстве, в коем оно ей самой принадлежало.

Имущества завещаемые и лица, коим они завещаются, должны быть в завещании точно означены (ст. 1026). Правило это имеет в виду

несомнительность воли завещателя относительно лица и имущества: напрасно иные толкуют его в таком смысле, будто лица, в пользу коих делается назначение, должны быть означены поименно. Итак, вопрос о том, соответствует ли завещание сему требованию закона, вполне зависит от суда, который по обстоятельствам дела может признать волю завещателя относительно лица и предмета несомнительной.

В той же статье постановлено, что недействительны *завещания*, учиненные с очевидной ошибкой в лице или в самом имуществе завещаемом. По принятому на практике толкованию, эта недействительность относится исключительно к тому завещательному распоряжению, в коем такая ошибка допущена; но из сего не следует, чтобы целое завещание, коего остальные части, не имеющие необходимой связи с недействительным распоряжением, вполне удовлетворяют требованию закона, подвергалось уничтожению.

По делу Горбуновой (Сбор. Сен. реш. т. I, № 518) предоставление душеприказчику распорядиться деньгами по своему усмотрению не признано нарушением 1026 ст. Завещание Давыдова (там же № 43) в пользу названной им законной жены своей Екатерины Антоновой уничтожено, как основанное на подлоге в звании лица, ибо оказалось, что означенная Екатерина Антонова не законная его, а чужая жена.

По делу Косовича (Сбор. Сен. реш. т. II, № 1110) признано, что неясность в названии лиц, поименованных в завещании, относится более к существу оно-го, нежели к форме, и не может уничтожить его силу во всем объеме.

По делу Серебряковой (Сбор. Сен. реш. т. II, № 972) Сенат признал недействительным завещание, по коему, в назначении капитала дочерям завещателя, церквям и монастырям, не показано ни суммы, ни части капитала, а оставлены для сего пробелы.

В рассуждении содержания завещаний, по русскому закону, необходимо отрешиться от некоторых понятий, которые положительно выражены в иностранном праве и совершенно чужды русскому законодательству. Таково, напр., понятие *о назначении наследника*. Оно состоит в связи с основной идеей завещания, исторически и догматически выработанной в римском праве и перешедшей оттуда в западные законодательства. У нас завещательная форма вместе с правом завещательным возникла и выработалась помимо этой идеи: завещание наше по коренному своему значению есть *духовная память* — кому что дать и на ком что взять, предсмертный акт, в коем владелец на случай смерти устраивает дела свои и распоряжается о своем имуществе. Формального различия между назначением наследника и отдельными отказами не было никогда устанавливаемо в нашем законодательстве. Поэтому надлежит с крайней осторожностью прилагать к нашим завещаниям общие понятия, возникшие в римском и

иностранных законодательствах в связи с цельным учреждением завещания и с гражданской его идеей. Наш закон о завещаниях не имел цельного происхождения. Он образовался в разное время из указов, изданных на отдельные случаи, и представляет совокупность форм и ограничений, имевших целью разрешить встречавшиеся на практике затруднения, устранить недоразумения, удовлетворить потребности, открывавшейся в данную минуту. Само положение о завещаниях 1831 года составилось из свода изданных до той поры указов. Посему несправедливо было бы и несоответственно ни с общими правилами применения законов, ни с историческим и практическим значением нашего закона – в истолковании и применении наших постановлений – принимать в руководство теорию завещательного права, утвердившуюся на Западе, в цельном органическом ее виде и каждую форму, каждое ограничение нашего положительного закона приурочивать по аналогии к цельным категориям форм и ограничений, выработавшимся из науки и практики в иностранных законодательствах. Каждое постановление нашего положительного закона надлежит принимать, как оно само по себе представляется, в нераздельной связи с потребностью, из коей оно возникло, и с целью, к коей направлено, равно как и с общим духом нашего завещательного права. Крайне опасно было бы выходить из этих пределов и переносить в нашу практику идеи и сами термины из иностранных законодательств. Без сомнения, в возникающих из завещания отношениях много является понятий, общих для всякого быта и для всякого законодательства, и указания общей теории завещательного права могут и для нашей практики служить благодетельным и часто служат неизбежным руководством. Так, напр., нельзя не признать существенной аналогии между завещательным и законным наследством и, по указаниям этой аналогии, нельзя не искать разрешения отдельных вопросов и недоразумений относительно принадлежностей и последствий завещательного перехода; невзирая на отсутствие формального различия между назначением наследника и отказом, нельзя не признать коренного юридического различия между различными видами назначений и взаимными отношениями лиц, в пользу коих они сделаны, а для разъяснения сего различия, и логических, следовательно, и юридических его последствий, необходимо обращаться к анализу отношений и прибегать к помощи общих начал теории. Но при этом следует отличать общее и необходимое от частного и особенного, что свойственно исключительно учреждению, у нас не принятому, и не может быть отделено от него; отличать логический вывод из необходимого юридического отношения, от специального запрещения или ограничения, составляющего принадлежность чуждого нам закона и чуждой нам бытовой экономии, из

коей этот закон вырожден. Наш закон, как и всякий другой, предполагает прежде всего свободу завещательной воли, власть завещателя распорядиться своей собственностью; но всякий закон выставляет вместе с тем обязательные формы выражения последней воли и законные ее ограничения. Из числа сих ограничений иные проистекают из сущности всякого акта, из сущности гражданского отношения по имуществу; другие состоят в нераздельной связи с особенной идеей о завещании, выразившейся в том или другом законодательстве, или с целым учреждением завещательного права, признанным и развитым в подробностях на основании положительного закона, или с особенными экономическими и политическими целями, которые имел в виду тот или другой законодатель для своего народа. Без сомнения, неосновательно было бы, по разуму подобных ограничений, взятых из чуждого права, расширять смысл ограничений, которые мы находим у себя в положительном законе. Напр., рассуждая в русской практике о назначении наследника и его последствиях, мы подвергаемся опасности произвольно перенести в свою практику представления и предположения, состоящие в связи с целым учреждением (*institutio heredis*), о котором у нас никогда и помину не было в законе. Применяя к своей практике известное правило, изданное по поводу дела бригадириши Лопухиной (прим. к 1011 ст. Зак. Гр.), мы можем впасть в ошибку и переступить смысл своего закона, если приурочим это правило к учреждению субституции, которое тоже неизвестно нашему законодательству, как целое учреждение.

Полная свобода в распоряжении имением предоставлена завещателю лишь относительно благоприобретенного. В родовом распоряжении завещателя не должны нарушать общего закона о наследстве. Завещать имущество благоприобретенное можно или в полную собственность, или во временное владение и пользование (1011 ст.).

Родовые имения не подлежат завещанию. Из этого правила допускаются только два исключения:

- 1) Владелец, не имеющий потомства, может предоставить свое родовое имение, мимо ближайших наследников, одному из своих родственников или родственниц того же рода, из коего то имение досталось завещателю; но остающемуся супругу или супруге должна быть во всяком случае предоставлена седьмая часть из всего вообще родового имения завещателя (это последнее право не касается Черниговской и Полтавской губерний), или в соответственном размере может быть вместо того назна-

чена, по усмотрению завещателя, часть как из родового, так и из благоприобретенного имения (ст. 1068. Журн. Соед. Д. Гос. С. 1856 г.). Но завещания сего рода, дабы получить силу, должны быть совершены крепостным или нотариальным порядком или внесены лично на хранение в указанные в законе учреждения.

2) Родовое имение можно завещать в пожизненное владение супругу, в подобной же форме (см. сей книги ч. I, § 62 и ст. 1070 Зак. Гражд.). Распоряжение это считается ничтожным, если брак супругов впоследствии будет расторгнут или признан недействительным (Зак. Гражд. ст. 533¹³).

Оставив по себе родовое имение, умерший владелец может в завещании назначить из оногo денежные выдачи в пользу сторонних лиц. Такое распоряжение само по себе не считается незаконным, но не имеет для наследников родового имения прямой обязательной силы: они могут отказаться от исполнения таких распоряжений, когда они соединены с утратой большей или меньшей части из имения (ст. 1086).

А. Из 1086 ст. не следует, что всякое распоряжение по родовому имению, возложенное на наследников в пользу стороннего лица, *недействительно*. Закон говорит только, что наследники вправе от него отказаться, если оно соединено с утратой из имения большей или меньшей части; следовательно, обязанность доказать, что распоряжение соединено с утратой и пр., лежит на наследниках. Это обстоятельство значительно умеряет силу запретительного правила, ибо есть распоряжения, о коих нельзя или трудно доказать, что они соединены с утратой части имения: в таком случае распоряжения останутся обязательны для наследников. Так, напр., если в родовой деревне завещатель предоставил стороннему лицу жить в отдельном доме, пользоваться лесом для топлива и т.п., то, смотря по хозяйственному положению имения (напр., по свойству его производительности, по близости или отдаленности от рынка, по состоянию цен и т.п.), распоряжение это в ином случае окажется сопряженным с уменьшением ценности, в другом нет. Надлежит еще заметить, что закон говорит об утрате *части* имения, и едва ли под это понятие подходит всякое установление пользования или повинности (сервитута) в пользу стороннего лица. Не подлежит сомнению, что в каждом данном случае суд, по обстоятельствам дела, имеет право решить окончательно, что сопряжено с утратой и в чем нет признаков утраты.

Б. Родовое имение не может быть обременяемо денежными выдачами, а благоприобретенное может, но и то и другое имение подлежит ответственности в лице наследников за долги умершего вотчинника. Но у завещателей бывает в обычае, для укрепления обязанности преемников, объяснять назначаемую посторонним денежную выдачу сознанием собственного обязательства перед теми лицами, кому выдача назначена (напр., выдать такой-то сумму, которая мной занята у ней или которая употреблена мной из ее денег на покупку, на устройство имения и т.п.). Спрашивается: если назначенная в завещании выдача необязательна для наследников, как дарственное распоряжение, не следует ли признать ее обяза-

тельной как исполнение долга, сознанным завещателем? Судебная практика решила, что в подобных случаях, т.е. когда выдача отнесена на родовое имение, личное сознание долга в завещании не заменяет само по себе долгового обязательства, если оно не существует в отдельности и не удостоверяется особо от завещания актами или иными доказательствами (ср. реш. Моск. Общ. Собр. 1854 г. по д. Айгустова и Малевинской; решение по д. Зиновьева. Собр. Сен. реш. т. I, № 367). Напротив того, когда подобным сознанием долга объяснено назначение выдачи из благоприобретенного имения, не требуется особых доказательств долга, ибо без объяснения о долге достаточно изъявления воли завещателя о денежной выдаче, которая во всяком случае обязательна для преемников благоприобретенного имения (ср. реш. Моск. Общ. Собр. 1883 г. по делу Наумовой и Кикина).

Имения заповедные наследственные и имения пожалованные на праве маиоратов в западных губерниях не подлежат завещаниям вопреки правил, установленных для перехода сих имений по наследству.

Владелец (или владелица) заповедного имения для обеспечения участи жены (или мужа) и детей, не наследующих в сем имении, может постановить в завещании, чтобы часть, не более пятой, чистого дохода была выдаваема ежегодно вдове (или вдовцу) пожизненно, а для детей, посредством займа под залог доходов в кредитном установлении, был составлен или обращен в государственные облигации неприкосновенный денежный капитал, не свыше 3-летнего чистого дохода со всего имения: капитал этот разделяется между всеми детьми мужского и женского пола поровну (1069 ст. Гражд. Зак).

А. Родовым имением завещатель может распорядиться лишь на основании законов, т.е. оставить родовое имение тем лицам, коим и по закону надлежало бы в сем имении наследовать, — в том роде, из коего дошло имение к завещателю. В сущности, стало быть, право завещать родовые имения в этом виде не имеет практического значения. Если бы завещатель, имея несколько наследников в одном роде, захотел именно назначить одному из них одно известное имение (село Петровское и т.п.), другому — другое, то и это распоряжение его, по спору, надлежало бы признать недействительным, если бы оказалось, что распределение имений было при сем сделано неравномерное, несоответствующее количественной доле каждого из участников в наследстве. По праву законного наследования, которому в сем случае открывается преимущественное действие, наследники в одной линии получают имение совокупно и затем делят оное поколенно и поголовно, соответственно долям (ст. 1121–1125, 1136), вступая между собой в свободное соглашение для уравнивания долей при разделе. Это право свободного соглашения было бы нарушено, если бы один из сонаследников по общему праву принужден был подчиниться особливому назначению известного имения в пользу другого сонаследника и довольствоваться вместо материального раздела имения денежным учетом его ценности. Еще менее возможно признать законность назначения известного родового имения по воле завещателя на указную долю остающемуся в живых супругу:

указная доля *выделяется* пережившему супругу прочими наследниками по общему соглашению, изо всей массы наследственного имущества.

Б. Прямое лишение наследства у нас не допускается; но косвенное лишение, посредством назначения имущества другому лицу, всегда возможно относительно имений, коими завещатель может располагать по закону. Итак, в родовых имениях владелец не может устранить своих наследников ни прямо, ни косвенно. Благоприобретенное же имущество всякий может завещать постороннему мимо родного и дальнему мимо ближнего, следовательно, тем самым уже устраняются ближние и родные, которых завещатель обошел. Бывают случаи, когда завещатель в завещании своем объясняет именно, что устраняет ближних наследников и по какой причине. Эта прибавка излишняя и не имеет юридического значения, если при сем выражена воля завещателя о том, кому он предоставляет имущество. Посему за неосновательность или незаконность этой прибавки не может быть ниспровергнуто целое завещание (ср. 1029 ст. Зак. Гражд.). Отец, устраняя свою дочь с внуками от наследства в благоприобретенном имении, объяснил и причину: за то, что они уклонились от родительских его попечений и от совместного с ним жительства. Дочь, опровергая завещание, доказывает, что она постоянно жила при отце и была в добрых к нему отношениях, следовательно, он и не знал и не помнил, что делал, устраняя ее от наследства. Такого рода спор не может быть принят, ибо воля завещателя во всяком случае выразилась назначением имущества в пользу постороннего. У нас *querela inofficiosi testamenti* — спор о неродственном завещании — не допускается относительно благоприобретенных имений.

Бывали попытки доказать, что завещатель не волен завещать благоприобретенное имущество кому хочет, не назначив из него указной части вдове, так как в указной части ее выражается забота об обеспечении участи вдовы после мужа и исполнение законной обязанности мужа содержать жену свою. На сем основании вдова утверждала, что муж, не оставив ей по завещанию ничего на указную часть, нарушил законную свою обязанность; но претензия ее отвергнута за силой 1148 ст. Зак. Гражд. (см. Касс. реш. 1870 г., № 1599).

В. Из числа благоприобретенных имуществ особому ограничению в завещательном праве подлежат аренды. Имения, пожалованные на срок в арендное владение, или доходы, получаемые с сих имений и денежные арендные выдачи могут быть, до истечения срока, завещаемы только жене, детям или нисходящему потомству, но не дальнейшим родственникам и не посторонним (Зак. Гражд., 1067. Уст. Каз. им. изд. 1893 г., прил. к прим. 3 к ст. 2, ст. 36; ср. сей книги ч. I, § 11).

Некоторыми дворянскими собраниями, с целью поддержания дворянского землевладения, возбуждено ходатайство об ограничении наследственных разделов принадлежащих дворянам имений, которое было передано в Комиссию для обсуждения мер к поддержанию дворянского землевладения. Комиссия, рассмотрев это ходатайство, нашла, что коренная причина неустойчивости нашего землевладения заключается в правилах наших гражданских законов о родовых

имуществах и о разделе наследства. Этими правилами наследникам дается право требовать выдела их частей из имения в натуре, с другой же стороны, владелец родового имения вовсе лишен возможности передать его после себя в одни руки, чем поощряется безграничное дробление земельной собственности, последствием чего в конце концов является полная невозможность вести в имении хозяйство и необходимость продажи.

В устранение сего Комиссия предположила дать владельцам устроенных родовых имений, имеющим нескольких законных наследников в нисходящей линии, право завещать родовое имение одному из них по выбору, с предпочтением мужского пола женскому. Этому главному наследнику (термин Комиссии) предполагается вменить в обязанность удовлетворить денежными выдачами прочих наследников и вдову или вдовца, согласно воле умершего, или по расчету, сообразно с наследственной долей каждого из них, в течение пяти лет со времени открытия наследства или со времени прекращения пожизненного владения, если таковое было установлено завещанием в пользу супруга или супруги. До окончательного расчета главный наследник обязан уплачивать прочим проценты по 5 на сто. В случае продажи имения до уплаты всех денежных выдач прочим наследникам предоставляется оставить имение за собой за ту цену, которая объявлена в завещании. При желании нескольких преимущество отдается старшему, по праву первородства и представления, с предпочтением в равных степенях мужского колена женскому.

То же начало нераздельности имений проводится в проекте Комиссии и при наследовании по закону: одному из наследников предоставляется оставить имение за собой в полном составе, если он примет на себя обязанность удовлетворить прочих деньгами в меру их наследственных долей. Цена имению назначается наследниками по соглашению или судом.

В боковых линиях родовые имения предполагается дозволить завещать нескольким родственникам, по числу имений.

Такой отличный от общего порядок наследования Комиссия предположила установить не во всяком имении, а только в имениях незначительных по размеру, а именно таких, которые не превышают более, чем в два раза, установленный в законе ценз для участия в избрании гласных в уездное земское собрание, имеют усадьбу и не состоят из таких отдельных участков, на коих правильное хозяйство невозможно.

§ 64

Завещание о благоприобретенном имении. – Толкование правила, содержащегося в примечании к 1011 ст. Зак. Гр. – Ограничения собственности. – Предоставление имения в пожизненное владение. – Простая субституция.

Общие выражения, употребленные в дворянской грамоте и городском положении, о праве владельца распоряжаться благоприобретенным имением на случай смерти, оказались недостаточными, когда довелось

решать, можно ли благоприобретенное имение завещать последовательно двум или более лицам. В 1804 году по такому случаю издан был Высочайший указ о завещании помещицы Опочининой, коим она предоставила благоприобретенное имение внукам с тем, чтобы, в случае их смерти, доходы с сего имения обращены были в пользу их матери (дочери завещательницы), а по смерти и сей последней – в пользу ее мужа (отца внуков). Указом сим завещание Опочининой утверждено, согласно дворянской грамоте, и в заключение повелено: чтобы впредь каждый, располагая благоприобретенными имениями по произволу, мог отдавать, дарить и завещать их на таких условиях об образе пользования и управления, какие за благо признает, лишь бы условия сии общим государственным законам не были противны. После того из частных случаев возникали вопросы: может ли завещатель, назначив имение в собственность одному лицу, определять затем, на случай смерти сего лица, дальнейший переход от него имения, – распоряжение, которое в сущности имело вид фидеикоммисса. В одном из сих случаев Государственным Советом (16 марта 1814 г.) отвергнуты распоряжения гр. Буксгевдена, который в завещании поставил условие, чтобы имение до третьего колена ни продаваемо, ни закладываемо не было и чтобы вдовам сыновей его, если останутся бездетны, выдано было вместо указной части по 50.000 руб. По делу о завещании Кампенгаузена (1813 г.) Государственный Совет рассуждал: в российских Законах нет постановления, дозволяющего завещания, которые учиняли бы имение вечно непродаваемым. Попущение непродажи имения вечно лишало бы казну значительного дохода от пошлин. Сверх того, неделимость имения приносит вред самим наследникам. В другом случае постановлено (22 мая 1827 г.), чтобы благоприобретенное имение, завещанное Олсуфьевой братьям ее Делединским, по кончине их, в распоряжение завещательницы, как она требовала, не предоставлять, ибо по смерти Делединских права их на имение, обратившееся в родовое, естественно, переходят к их наследникам.

Затем возникло известное дело о завещании бригадирши Лопухиной, коим, устранив от наследства сыновей, отдала благоприобретенное имение двум дочерям в вечное и потомственное их и наследников их владение с тем, чтобы дочери ее, разделив по смерти ее имение, состояли друг после друга исключительно наследницами, со своими нисходящими, а буде таковых не будет, то имение отдано было бы в казенное ведомство. Разрешая вопрос о сем завещании, Гос[ударственный] Сов[ет] в 1839 году нашел, что по силе законов «владелец благоприобретенного имения располагает им свободно и неограниченно, может дарить и завещать его по произволу и иметь даже право, силой завещания, обязать избранного им

наследника, *на время жизни его*, к исполнению некоторых по имуществу распоряжений, напр., к денежным выдачам (ст. 1086 I ч. X т.) и т.п., но *по смерти сего лица*, когда завещанное ему имение обращается в разряд *наследственных*, оное ни в порядке управления, ни еще того менее, в порядке дальнейшего его перехода, произволу *первого* вотчинника подлежать уже не может». Выражения сии вошли в примечание к 1011 ст. I ч. X т. Сверх того, в том же мнении Государственного Совета принято на вид, что при строгом только соблюдении сего порядка коренные наши постановления о наследии могут сохранить свое значение и свою силу и действительность; в противном же случае разнообразные, нередко необдуманные желания и намерения частных лиц заменили бы единообразное и постоянное действие закона. Независимо от сего допущение произвольных условий в порядке наследования дало бы завещателю власть учреждать маиоратства без Высочайшего разрешения.

В завещании могут быть постановлены разные условия, с коими завещатель соединяет вступление подлежащего лица во владение завещанным имуществом или само владение и пользование. Условия первого рода всего более возбуждают сомнений относительно законности, ибо в них может оказываться явное или скрытое противоречие с правилом, содержащимся в прим. к ст. 1011. Посему весьма важно уразуметь в точности означенное правило, для того чтобы в каждом данном случае рассудить безошибочно, подходит ли завещательное распоряжение под признаки незаконности, в приведенной статье означенные. Укажем прежде всего на отличительный признак запрещенного распоряжения. У нас труднее, чем где-либо, отличить его, потому что наше завещательное право не знает формального отличия между назначением наследника и отказом, — отличия, принятого во всех иностранных законодательствах, а между тем запрещение, содержащееся в прим. к 1011 ст., явно заимствовано из иностранного учреждения субституции, в коем вышеуказанное отличие необходимо предполагается. Отсюда может произойти смешение понятий. Нередко по завещанию одно и то же имение предназначается, в различных отношениях и с неодинаковой мерой права, в обладание несколькими лицам — одному после другого: многие бывают склонны в каждом из сих случаев видеть двойное наследственное назначение только потому, что известное имение по воле завещателя должно переходить во владение от одного лица к другому. При этом не всегда обращают должное внимание на неравномерность прав на имение, предоставляемых каждому из лиц. Примечание к 1011 ст. разумеет исключительно переход равномерного и совершенно одинакового права, т.е. права собственности на имение, разумеет в особенности назначение смены между двумя или более избран-

ными наследниками, т.е. преемниками, полного права собственности на известное имущество. У нас, по неопределительности закона, и термин: «наследник, наследовать» не имеет должной определительности в употреблении. Говорится: такому-то *отказано* имение, в смысле полного наследства по завещанию, и говорится, с другой стороны: такой-то завещатель оставил такому-то в наследство свою библиотеку, золотую табакерку и т.п., в смысле отказа или легата. Однако, если и не выработалось еще точных терминов, все же необходимо различать понятия. По смерти вотчинника остается наследство – это совокупность всего имущества, всех тех прав, которые вотчинник держал за собой и в том виде и объеме, как они были при смерти его. Наследник, вступая в право собственности после умершего, во всей совокупности имуществ или в некоторой их доле, становится, соразмерно тому, и представителем юридической личности умершего. Но независимо от того умерший вотчинник мог, по воле своей, сообразно 514 ст. Зак. Гр., выделить, на случай смерти, из всего состава вотчинных прав своих особые неполные и временные права, имеющие особый интерес по имуществу, отделить их от права собственности и представить по своему усмотрению в пользу других лиц, не прямо наследующих, коим право собственности на имение не предоставляется; очевидно, что эти отдельные права, как, напр., право пожизненного или срочного владения, право на доход или ежегодный платеж из имения и т.п., – права, созданные, так сказать, самим завещателем и отделенные от права полной собственности, не входят в прямое преемство после завещания. Приемлющий это право получает себе в дар ценность, выделенную из имения или одну часть из содержания права собственности (напр., пользование), следовательно, не может называться преемником наследственного имения. В одном и том же имении, по воле завещателя, может быть установлено несколько подобных прав для нескольких лиц *единовременно*, и никто из сих лиц тоже не мог бы считаться преемником имения; равным образом, если подобное право, по воле завещателя, установлено было сначала на известный срок в пользу одного лица, потом на известный срок в пользу другого лица и т.д., последовательно, ни одному из сих лиц, ниже всем им вместе не принадлежало бы преемства в имении. Оно принадлежит исключительно тому, кому имение назначено в собственность как наследнику, и это качество может принадлежать только одному лицу в данную минуту. Временных владельцев – участников в пользовании – может быть несколько, в одно и то же время. Собственник может быть только один, без совместничества. Он может быть ограничен, по воле завещателя, в пользовании имением, в употреблении имения, но если ему предоставлено на это имение право собственности, то оно не до-

пускает ограничения *в существе* своем. А право собственности в существе своем было бы ограничено, лишилось бы необходимого единства, заключало бы в себе внутреннее противоречие, если бы наряду с собственником или позади его стояло другое лицо, которое, независимо от его воли, считалось бы преемником после него в сем имении, по воле умершего завещателя. Вот начало, из коего исходит запрещение, выраженное в примеч. к ст. 1011 Гр. Зак. Запрещается устанавливать дальнейший *наследственный переход имения* после того лица, кому имение завещано *в полную собственность*. Итак, запрещение это, по цели своей и разуму, не касается и не может касаться устанавливаемых завещателем переходов временного и отдельного права на пользование имением или некоторыми его частями, поколику сими переходами не нарушается в *существе* своем право собственности, предоставляемое одному известному лицу, должствующему считаться наследником завещателя. Итак, если в завещании предполагается два полных наследника, кои наследуют не вместе после завещателя, но наследуют один после другого, по воле завещателя, – такое распоряжение незаконно: для поддержания единства собственности кто-нибудь один из них может быть правильно назначен наследником – именно тот, к кому прежде обратилась воля завещателя, а другой будет не настоящий наследник, а подставной, ибо завещатель указал ему наследовать в своем имении – и после себя, и после другого, вперед поставленного наследника, *посредственным* наследством. *Посредственного* преемства в праве собственности закон не допускает. Напротив, когда завещатель одному только завещает имение в собственность, одно лицо избирает *непосредственным* по себе наследником, лишь отдавая вступление сего лица в действительное обладание наследственным имением, до известного события, и предоставляя до того, в том же самом имении, другим лицам временные и частные права, такое распоряжение само по себе не подходит под запрещение, выраженное в примеч. к 1011 ст.

Эти соображения могут служить руководством в применении 1011 ст. и примечания – к отдельным случаям.

Отсюда следует:

1. Завещатель, назначая наследника к своему благоприобретенному имению, может отдалить время вступления его во владение имением на праве собственности, а до того может отделить от этого права собственности владение или пользование и предоставить оное другому лицу на время (ср. 513, 514 ст.)¹; но затем избранного полного наследника заве-

¹ Немногие сомневаются в этом, доказывая, что завещатель должен избрать либо то, либо другое, и основываясь на употребленном в редакции 1011 ст. выражении: «или – или».

щатель не вправе уже обязывать к сохранению имени и к передаче его другому, заранее указанному лицу. Таково правило примечания к 1011 ст.; только основание, приведенное в мнении Государственного Совета, не вполне верно: будто имя, полученное по завещанию, обращается в разряд наследственных. Это не всегда случается, а лишь тогда, когда имя завещано лицу, имеющему законное право наследовать после завещателя (см. 1 часть сей книги, § 12), и притом во всяком случае оно становится в силу завещания родовым не для самого завещателя, а для преемника.

Примеры незаконных распоряжений сего рода см. в § 67.

Правило, содержащееся в прим. в ст. 1011 ст. Зак. Гражд., есть ли новый закон и следует ли применять его к завещательным распоряжениям, состоявшимся до изд. В. у. мн. Госуд. Сов. 1839 г.? Надлежит, кажется, признать, что постановление 1011 ст. есть не что иное, как толкование или разъяснение права, которое законодатель признал и в то время существовавшим. Но разумелось оно различно, и потому судебная практика прежнего времени допускала определение дальнейшего порядка наследства волей завещателя. Решения прежнего времени, окончательно состоявшиеся, без сомнения, признаются неприкосновенными, но они имеют силу для определения тех только юридических отношений, которые тогда состояли в споре и определены теми решениями. Едва ли можно согласиться, что теми решениями, кроме юридических отношений, прямо определенных на основании завещаний, несогласных с правилом 1011 ст., утверждается непоколебимо и навсегда, со всеми дальнейшими последствиями, завещание и устанавливаемый оным на будущее время порядок преемства, следовательно, оправдываются заранее и все те юридические отношения, которые, не быв тогда в споре, впредь могли бы возникнуть на основании того же завещания. К этим отношениям должен быть, кажется, прилагаем закон, в нынешнем сознании закона, восстановленном новой редакцией 1011 ст. Зак. Гражд.

Был такой случай. В 1819 г. Иван Ананьевский завещал свое имя жене, с тем, что все, что после нее останется, должно обратиться в наследство к сыновьям их, а в случае смерти их бездетными, в собственный род завещателя по мужской линии. По смерти вдовы, получившей имя, наследником явился сын ее Петр, и, сверх того, сын умершей ее дочери Казаков претендовал на указную $\frac{1}{13}$ часть в степени своей матери. Сенат в 1834 г. утвердил одного Петра, а Казакову отказал на точном основании завещания Ивана Ананьевского. Затем, уже в 1847 году умер и Петр Ананьевский, и к наследству его явились, с одной стороны, Казаковы, потомки родных сестер его, с другой стороны – двоюродный брат его Дмитрий Ананьевский, и последний присваивал себе исключительное право на все наслед-

Выражение это, впрочем, употреблено неточно: его нет в мнении Гос. Сов. 1842 г. (№ 15528), из коего извлечена статья; и вышеприведенное недоразумение, кажется, уже и не возобновляется в судебной практике, согласно признающей законность завещаний, коими имя назначается одному в пожизненное владение, другому – в собственность.

ство, ссылаясь на завещание Ивана Ананьевского и на Сенатское решение 1834 года, коим то завещание утверждено; по общему же закону, наследниками после Петра надлежало признать родных его, а не двоюродных. Сенат (I Общ. Собр. 11 февр. 1872 г.) рассудил, что решение 1834 года относилось к наследству после матери Петра Ананьевского, а нынешнее наследство совсем иное – после самого Петра, итак то решение совсем не имеет применения к новому делу. Если в 1834 году завещание Ивана Ананьевского было применено Сенатом к тому делу, то в 1847 г., по смерти Петра, за силой Высоч. указа 18 ноября 1839 года, последовавшего *в разъяснение* прежних узаконений, имущество его должно поступить к ближайшим наследникам по закону.

2. Назначив по себе наследника в благоприобретенном имении, завещатель может обязывать его к действиям, ограничивающим полное право владения и пользования, сопряженное с собственностью, т.е. к повинностям или денежным выдачам в пользу другого лица, но лишь на время жизни сего наследника; далее сего срока не может действовать воля завещателя. Это ограничение устраняется, конечно, в том случае, когда имение завещано не физическому лицу, подлежащему смерти, но лицу юридическому, имеющему непрерывное существование: в таком случае и условия, на коих запрещается употребление капитала или имущества, могут быть непрерывные.

3. При назначении одного известного лица полным наследником по имени временное владение или пользование тем имением может быть предоставлено не только одному лицу, но и нескольким лицам, не только совокупно, но и последовательно одному после другого.

Срочное или пожизненное владение, устанавливаемое по назначению завещателя, входит в разряд прав, о коих упоминает 514 ст. Зак. Гражд.: право собственности удерживается за наследником, который становится, по сему праву, преемником завещателя с минуты открытия наследства по завещанию, т.е. или со смерти завещателя, или с события или срока, предуказанного в завещании, а право временного владения, отделяясь от права собственности, предоставляется другому лицу. Таким образом, между собственником, не вступающим в обладание имуществом, и между действительным владельцем образуется по имени особое юридическое отношение: было уже замечено, что это отношение не определено у нас в законе с надлежащей точностью (см. 1 часть сей книги, § 62). Без сомнения, этим отделением владения от права собственности значительно ограничивается интерес того лица, кому сие последнее право предоставлено. Это лицо должно выждать, покуда вступит в обладание имуществом, и время выжидания может быть, по воле завещателя и по обстоятельствам, более или менее продолжительно; кроме того, по существующей у нас неопределительности отношений, временным владением может быть в значительной степени истощено само содержание имущества. Посему распоряжением завещателя о временном владении может быть обесилено право собственности для наследника, кому оно предназначено. Итак, возникает вопрос: до какой меры простирается право завещателя отдалять дейст-

вительный переход имущества к наследнику установлением в сем имуществе временного или срочного владения? Нет сомнения, что завещатель волен распорядиться своим благоприобретенным имением в пользу лиц, коим желает предоставить в оном временное пользование; но эта свобода должна иметь свою границу, – впрочем, не произвольную, а указываемую смыслом закона. Завещатель вообще не имеет права изъять свое имение решительно из чьей бы то ни было собственности, определить, чтобы оно в предустановленном волей его порядке переходило от одного пожизненного, или срочного, владельца к другому или из поколения в поколение передавалось бы в ограниченное владение. В этом смысле подлинно распоряжение было бы недействительно за неназначением наследника. Подобное распоряжение имело бы вид учредительного акта об имении заповедном и было бы однозначительно с самовольным учреждением маиората, которое именно имел в виду Государственный Совет при установлении ограничения, изложенного в примечании к 1011 ст. В таком случае не подлежит сомнению, что распоряжение недействительно. Но когда завещатель, назначая наследника к своему имению, устанавливает вместе с тем на долгий срок временное владение в пользу другого лица или отдает имение последовательно во владение двум и более лицам, на сроки одному после другого или одному после другого в пожизненное владение, возникает вопрос: действительно ли такое распоряжение? Не нарушается ли и таким распоряжением основное начало, выраженное в примечании к 1011 ст.? Хотя распоряжение сего рода со значительными невыгодами и ограничениями для прямого наследника по завещанию, но едва ли можно на основании действующих у нас законов опровергнуть подобное распоряжение. Его нельзя подвести прямо под силу примеч. к 1011 ст., ибо в сем законе разумеются и отрицаются ограничения полного наследника в дальнейшем переходе имения *по смерти его* к другим лицам, но в приведенном случае нет подобного ограничения, а только отдалается вступление прямого наследника во владение имуществом, отдалается установлением временного пользования не для одного, но для нескольких лиц последовательно. Разбирая такое распоряжение, не видим в нем ничего несовместного с властью, предоставленной завещателю в благоприобретенном имении. Указывают на *цель* запрещения, содержащегося в примеч. к ст. 1011, – предупредить самовольное учреждение заповедных имений; но в противоположность с этой целью можно было бы поставить распоряжение в таком только случае, когда бы завещатель установил преемственный в поколениях ряд пожизненных владельцев и затем определил бы, кто, при каких условиях и в каком поколении должен принять это имение в наследство: в таком случае завещание было бы подлинно учредительным *для имения* актом и заключало бы в себе противозаконное распоряжение. Если же завещатель, назначая себе из числа живых лиц поименно прямого наследника, в то же время *из живых же лиц* поименно назначает несколько временных или пожизненных владельцев тому имению последовательно, в таком завещании не будет признаков заповедности. Иные, прибегая к иностранному термину и понятию субституции для изъяснения приведенного случая, видят в нем свойство субституции, но и это неосновательно, ибо свойство фидеикоммиссарной субституции состоит в том, что имение, отдаваемое

в собственность, должно быть сохранено владельцем и передано другому, так что имение само по себе становится неотчуждаемым; в настоящем же случае дело идет о субституции *пожизненного только владения*, но само имение несколько не получает свойства неотчуждаемости, и право собственности, принадлежащее *известному* наследнику, остается свободным. Посему и в тех странах, где субституция входит в систему законодательства, как особое учреждение гражданского права (напр., во Франции), юридическая практика оправдывает установление последовательного узуфрукта, в виду полного собственника (см. Dalloz. Repertoire. Usufruit § 102). Нельзя, впрочем, не сознаться, что полная свобода завещателя в подобных распоряжениях сопряжена со значительными неудобствами, и потому, может быть, полезно было бы установить в законе меру, до которой свобода эта может простираться.

Вопрос о возможности завещать имение последовательно двум лицам разрешен утвердительно в мнении Госуд. Сов. 30 марта 1870 года по д. о завещании баронессы Франк. Баронесса Франк отказала имение в пожизненное владение сначала мужу, потом сыну; в случае же смерти последнего бездетным, имение то предоставляется в собственность Левшиной и ее детям. Ничего подобного майорату Гос. Сов. не нашел в сем распоряжении: сущность заповедного имения состоит в сохранении имения целому роду владельцев и в преемственной передаче оного от одного другому и от одного колена в другое, по предоставленному учредителем порядку. Баронесса Франк не назначила преемственных переходов своему имению от одного собственника к другому. По смыслу завещания предполагалось к сему имению одно только лицо, долженствовавшее получить имение в исключительную собственность, по наступлении назначенного завещательницей срока, т.е. по прекращении пожизненного владения двух лиц, и пожизненными владельцами назначены *живые и современные* завещательнице лица. Далее, рассуждая о сем распоряжении, Государственный Совет нашел, что оно не противоречит 1011 ст. Зак. Гр. и согласно с началами, выраженными в указе по д. Опочининой, в 222 ст. IX т. (327 по изд. 1876 г.) и 514 ст. I ч. X т. Здесь же опровергается возражение, будто распоряжения сии не согласны с 1011 ст. в том смысле, что завещание есть объявление воли владельца на случай его смерти, а не в случае смерти других лиц. «Статья эта, – рассуждает Госуд. Сов., – заключает в себе лишь общее определение завещания как акта, содержащего распоряжения, которые должны войти в силу после смерти владельца, в противность тем актам, посредством которых он делает разные относительно своего имущества распоряжения во время своей жизни. Но постановление 1011 ст. нельзя разуметь в том смысле, чтобы все, помещенные в завещании распоряжения, должны были получить окончательное исполнение непосредственно вслед за смертью самого завещателя».

4. Само назначение преемника имению может быть поставлено завещателем в зависимость от условий, определяемых событиями в минуту смерти завещателя: лишь бы только воля завещателя в эту или в указанную минуту могла быть истолкована и быть исполнена несомнительно, и лишь бы назначение наследника имело надлежащее единство.

Какие бы вероятности событий ни предвидел завещатель и какое бы ни установил сочетание сих вероятностей на случай смерти, распоряжение его не будет противозаконно, если только разрешение сих вероятностей, соответственно событиям, приводится, по воле завещателя, к одной известной минуте и к одному акту – к назначению наследника. Это будет случай так называемой простой субституции – *subst. vulgaris*, которая нашими законами не запрещается. Завещатель может, напр., означить предположительно целый ряд лиц с тем, чтобы одному из них представлено было имение при известных условиях, под которые в данную минуту это лицо подходить будет, и не подойдут все остальные лица.

Таковы, напр., следующие распоряжения.

Завещаю имение Петру, если он будет в живых при смерти моей; если же нет, то Павлу; если же и сего не будет, то Ивану. Завещаю Ивану или детям его, буде его в живых не будет.

Завещаю Ивану, если у него при смерти моей будут дети, если же он будет бездетен, то Павлу.

Завещаю Петру и Павлу или тому из них, кто будет в живых по смерти моей (это значит, наследуют оба, если оба будут живы; один, если один будет жив).

Завещаю семерым малолетним детям N.-N.-N. с тем, что, буде кто из них при смерти моей в живых не окажется, то часть его должна поступить в приращение части всем остальным и в раздел между ними.

Во всех этих случаях ничем не нарушается единство назначения, ибо имение назначается только однажды.

Напротив того, незаконны были бы следующие распоряжения.

Завещаю Петру и Павлу с тем, что если Павел, получив имение по смерти моей, умрет бездетен, то часть его должна перейти к Петру.

Завещаю четверым малолетним Ивану, Петру, Федору и Павлу с тем, что если кто из них, приняв свою часть имения, умрет, не достигнув совершеннолетия, или прежде вступления в брак, то часть его должна поступить в раздел всем прочим.

В феврале 1863 г., во время польского мятежа, Дзеконский завещал имение четверем племянникам с тем, что кто из них не соблюдет верности своему Монарху, тот отчуждается от доводящегося ему по завещанию наследства, и часть его должна принадлежать остальным братьям. Завещатель умер 1 апреля, а 24 апреля один из его племянников, Карл, стал политич. преступником и подпал под конфискацию. Возник вопрос о действительности завещательного условия. Оно оказалось бы незаконным, когда бы действие условия относилось к начавшемуся уже владению преступного преемника: в таком случае завещатель определял бы дальнейший порядок преемства между наследниками после своей смерти. Напротив того, условие оказывалось законным, если относилось к минуте смерти завещателя и к сопровождавшим ее обстоятельствам. В этом последнем смысле условие истолковано и признано, что Карл, не быв еще преступником при смерти завещателя, успел уже приобрести назначенное ему по

завещанию имение (мн. Гос. Сов. 23 ноября 1870 г.), и что затем имение это, как его собственность, подлежит конфискации.

§ 65

Предоставление имения в собственность под условием ожидаемого события. – Может ли имение оставаться в неизвестности о лице собственника? – Предоставление имения неродившемуся лицу.

5. Назначение полного наследника может быть поставлено в зависимость от события, предполагаемого или ожидаемого не только при самой смерти завещателя, но и в известный, указанный завещателем срок. В этом случае, хотя воля завещателя выражена со всей ясностью, определение личности наследника поставляется еще им в зависимости от будущих событий с тем, что до наступления возможного события имеется в виду несколько лиц, из коих каждое при сочетании известных условий может быть наследником, но при наступлении события наследником объявится одно лицо, подходящее под условия, указанные завещателем. В таком распоряжении едва ли следует видеть что-либо противное нашим законам. Завещателю не запрещается вообще постановлять о назначении своего имения или об употреблении его и образе пользования условия, лишь бы сии условия не были законам противны (1010, 1011, 1067, 1029 ст.); условия эти, по принятому разделению, имеют для права назначенных лиц двоякое значение. *Или* определяется такое обстоятельство, с наступлением коего право назначенного лица должно *прекратиться* и уступить место праву другого лица (*cond. resolutive*); *или* определяется такое обстоятельство, до наступления коего право назначенного лица ограничивается, либо в верном ожидании полного осуществления, либо в вероятности осуществления (*cond. suspensiva*); в иных завещаниях бывает сочетание тех и других условий¹. Распоряжение, о коем речь идет в примечании к 1011 ст., совмещает в себе то и другое условие: назначается одно лицо полным наследником в имении, с условием первого рода (*c. resolutive*), что смертью прекращается решительно всякое его право со всяким действием воли: указывается по воле завещателя конец его полной собственности; в то же время назначается и другое лицо тоже полным наследником в

¹ Руденко отказал свое имение в пользование жене с тем, чтобы в случае смерти ее или выхода в новое замужество имение поступило в собственность церкви. Это распоряжение Сенат признал законным (Касс. реш. 1873 г., № 1074).

том же имении, с условием второго рода (с. *suspensiva*), что право его удерживается в действии до смерти другого, прежде поставленного наследника. Но право собственности, как безусловное право, не подчиняется таким условиям, и потому в подобном случае закон объявляет такое условие недействительным. Надлежит заключить, что незаконно и всякое условие, имеющее в виду возможность, по воле завещателя, прекращения права собственности в лице, которое уже назначено в сем праве преемником имения. По началу, выраженному в прим. к ст. 1011 Зак. Гр., право собственности в лице первоначального преемника хотя может быть ограничено на время его жизни, но не может быть прекращаемо по воле завещателя. Этот вывод совершенно согласен как с началом, принятым в нашем законе, так и с правилом, принятым в иностранных законодательствах, о недействительности прекратительных условий при назначении наследника. Наоборот, где нет подобного ограничения права собственности в самом существе его, там условие возможно и непротивозаконно.

Итак, возможно завещателю назначить свое имение во временное владение известному лицу, до срока, с тем, чтобы по наступлении его имение перешло в полную собственность тому лицу, которое *в ту пору* окажется соответствующим условиям, при коих завещатель избирает себе наследника. Многие против сего возражают, что лицо наследника оставалось бы после смерти завещателя на некоторое время в неизвестности.

Без сомнения, невозможно допустить такое юридическое состояние имения, в коем оно могло бы бессрочно и безусловно оставаться без собственника; но такое состояние, — если оно срочное и условное, и по самому учреждению своему имеет в виду преемника и полного собственника, — не заключает в себе юридического противоречия (напр., состояние наследственного имения, к которому наследники до истечения сроков еще не явились). В завещании, подобном вышеприведенному, несомненно указано время, когда временное владение одного лица должно смениться вступлением наследника в собственность, и указано также, кто в эту минуту должен объявиться наследником после завещателя; следовательно, нет неизвестности о праве и о преемстве имения. Существующий закон не запрещает дарить и завещать имение на условиях об образе пользования, лишь бы условия не были противозаконны, а в условии, подобном вышеуказанному, нет нарушения прямого законного правила. Между смертью завещателя и объявлением наследника к имению при условии, постановленном по завещанию, нет пустого промежутка, в течение коего имение представлялось бы ничьим: оно состоит во временном владении по воле завещателя, и нет нужды входить в разыскание о том, кому до указанного события или срока принадлежит полное, безусловное

право на завещанное имущество, потому что до этой поры сам завещатель сделал это право неполным и условным, следовательно, имение составляет покуда часть наследственной массы после завещателя.

В законах наших нет прямой статьи, которая воспрещала бы подобные распоряжения. Приводят 1026 ст., о точном означении имуществ и лиц, но сия статья соблюдена, когда нет сомнения о том, кто, по воле завещателя, должен быть наследником имения, хотя бы имя сего лица и не было выставлено, ибо эта статья по прямому своему смыслу есть правило о *написании* и *изложении* завещания, а не о сущности распоряжения, и прямая цель ее – устранить неточность и неясность в изложении воли завещателя, в чем бы сия воля ни состояла. Приводят еще 406 ст. Зак. Гражд., выводя из нее, что всякое имущество должно принадлежать кому-либо в особенности – в противном случае принадлежит оно государству; но и эта статья нисколько не относится к обсуждаемому предмету, во-1-х, потому, что в ней нет вовсе предписания или запрещения, ограничивающего частную волю в распоряжениях об имуществе; во-2-х, потому, что, как изъяснено выше, имение, завещанное под выжидательным условием, не может быть признано никому не принадлежащим: числясь во владении у того, кому непосредственно предоставлено во владение, оно не считается *ничьим*, ибо наследник к нему непременно должен обозначиться по наступлении положительного срока или предвиденного события. Говорят еще, что устанавливаемая подобными назначениями неопределительность в ответственном лице собственника вредит законным интересам сторонних лиц, имеющих иски и притязания к лицу умершего вотчинника. Может быть, для сторонних лиц и происходит от сего некоторое затруднение в осуществлении прав своих и заявлении требований; но это затруднение не безусловное, не отнимающее возможности найти ответственного лицо. Распоряжение завещателя об имении, какое бы ни было, ни в каком случае не может нарушать права сторонних лиц на это имение или законные их требования, простираемые к этому имению. Положение это бесспорно, и есть возможность, применительно к правилу 215 ст. Уст. Гражд. Судопр., предъявлять иски к лицу умершего собственника даже тогда, когда нет в виду признанных или вступивших во владение наследников. Во всяком случае, если бы осуществление упомянутых прав в настоящем случае и сопряжено было с затруднениями, это недостаток процессуального права, требующий дополнения и исправления, но из-за сего недостатка и затруднения еще нет основания отрицать законную возможность такого состояния наследства, с коим затруднения сопряжены; подобные же затруднения возникают и в том случае, когда к оставшемуся наследству несколько лет не являются наследники, или длится несколько

лет спор о наследстве, а между тем возникают претензии к лицу или имению умершего вотчинника; однако же из этих затруднений никто не отрицает возможности такого состояния, в коем лицо ответственного наследника еще не определилось.

Безхозяйное состояние собственности в сем случае есть мнимое, ибо хозяином имущества, т.е. распорядителем, кто-нибудь да имеется, до той минуты, когда определено будет несомненно лицо наследника: или тот, кому предоставлено временное владение и пользование, по воле завещателя, или законный его наследник, коему, в отсутствии иного распоряжения, должно принадлежать временное владение и пользование сим имуществом. Как бы то ни было, нет у нас закона, ни общего, ни особливо относящегося до завещаний, в коем выражено было бы правило о незаконности и юридической ничтожности всякого состояния, в коем лицо собственника или преемника остается еще хотя бы во временной неизвестности.

Наконец возражают, что в наследственном преемстве не допускается перерыва, а в этом случае перерыв был бы допущен, ибо с минуты смерти завещателя остается на некоторое время открытым вопрос о том, кто будет ему преемником. Неосновательно и это возражение. Действительно, в наследственном преемстве нельзя себе представить перерыва, т.е. такого состояния, в коем имение *юридически* и безусловно представлялось бы ничьим, состояния бесправного, безличного, не определенного ни волей умершего, ни законом, не входящего ни в какую категорию прав. Но такого *перерыва*, подлинно немыслимого, не следует никак смешивать с состоянием неизвестности о наследстве: такое состояние есть юридическое – оно по необходимости наступает во многих случаях и потому допускается и даже определяется законом. Выше указано, что вслед за открытием наследства может наступить на многие годы состояние неизвестности о наследнике, покуда он объявится. Эта неизвестность не только не ведет к отрицанию подобного состояния, но закон определяет, кто, в отсутствии наследника или душеприказчика, должен заведовать и управлять открывшимся наследством. Стало быть, в сущности, такое состояние возможно с законной точки зрения. Возможное относительно законного наследства, оно не менее возможно и в преемстве завещательном, когда волей завещателя установлено состояние временной и имеющей прекратиться неизвестности об окончательном его преемнике. Закон наш не говорит об этом состоянии прямо и не определяет его; но это еще не резон признать такое состояние незаконным, если оно *не противоречит прямо высказанному в законе положению, несовместному* с таковым состоянием. Для отрицания такого со-

стояния ничего не значит ссылка на вред, происходящий будто бы от предполагаемого «бесхозного состояния имущества». Это аргумент – может быть для законодателя, но для суда не имеющий *юридического* значения, доколе нельзя сослаться на прямой закон, из коего следовало бы отрицание подобного состояния. Еще более утверждает в вышеизложенном мнении аналогия, взятая от других законодательств. В западных законодательствах, начиная с римского, такое состояние признается законным и не предполагает никакого перерыва в преемстве, ибо преемство после известного лица во всяком случае возводится к этому лицу и к минуте открытия после него наследства, сколько времени ни продолжался бы промежуток неизвестности о наследнике и временного владения другого лица. Германские законодательства допускают такое состояние, французский закон тоже (см. о сем *Repertoire Dalloz Testaments*. № 3527, 3617 и мн. др.) допускает до такой степени, что назначает от правительства куратора к наследству до наступления отлагательного условия, если нет в виду законного наследника и некому, по воле завещателя, отдать имение во временное владение. Это допускается законодательствами, в коих со всей логической строгостью выразилось и проводится понятие об установлении наследника или общего преемника по завещанию и о непрерывности наследственного перехода, – понятие, которое в нашем законе относительно завещаний и вовсе не выражено, – и в коих еще крепче и последовательнее, чем у нас, охраняется определительность вотчинных прав. На каком же основании стали бы мы у себя отрицать законность вышеизъясненного назначения? Конечно, для юриста не послужит к сему достаточным основанием неопределенное соображение с общими интересами собственности.

Здесь подходим к следующему важному вопросу: возможно ли назначить наследником к имению лицо, еще несуществующее, но только могущее произойти на свет, на случай, если оно родится? Заметим прежде всего, что по правилу, выше изъясненному, способность лиц к восприятию завещанного определяется не минутой составления завещания, но минутой открытия наследства по завещанию, т.е. смерти завещателя и окончательного завершения завета, им оставленного. Стало быть, по отношению к минуте составления завещания означенный вопрос устраняется. Вообще положительные законодательства признают, что распоряжение действительно, если избранное лицо оказывается рожденным в минуту его смерти или, по крайней мере, оказывается в зачатии, утробным младенцем (по римскому правилу: *nasciturus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*); напротив того, если его нет в эту минуту ни в рождении, ни в зачатии, то завещательное распоряжение, не находя лица в

минуту открытия наследства, упадает и признается недействительным, т.е. нельзя завещать лицу, которое, не быв рождено или зачато в минуту смерти завещателя, предполагается после того в неизвестный срок возможным к рождению, хотя бы от известных родителей. Хотя в нашем законодательстве прямо и не высказано подобное правило, но и у нас возможно его вывести из аналогии наследственного преемства с завещательным, ибо о наследовании по закону сказано (ст. 1106 Гражд. Зак.), что от него не устраняются дети, хотя бы оные не были рождены, но токмо зачаты при жизни отца. Отсюда на практике заключают, что завещательные распоряжения в пользу лиц, не бывших ни рожденными, ни зачатыми при смерти завещателя, не действительны. Однако в 1873 г. решением Касс. Сен. № 1530 признано, что завещатель вправе обязать своего наследника по завещанию ежегодными *выдачами* в пользу детей, как уже родившихся, так и могущих родиться от указанного в завещании лица.

Вследствие скудости нашего права мы принуждены иногда прибегать к аналогии для вывода косвенным путем правил, которые в нашем законе прямо не высказаны, но выражены прямо в других законодательствах. Но нередко случается, что в других законодательствах правило выразилось в органическом развитии целого учреждения и в связи с другими положениями, составляющими исключение из него и умеряющими строгое, безусловное его значение, а у нас правило это, извлеченное по аналогии, не быв высказано прямо, является уже в безусловной силе. Так выходит и в настоящем случае. Напр., французский закон, запрещая вообще субституцию, разрешает ее в двух случаях: дозволяется родителям завещать детям имение с тем, чтобы они после себя передали его своим детям, имеющим родиться; дозволяется и бездетным завещать имение на том же основании своим братьям и сестрам (Code N. 1048, 1049). Итальянский кодекс запрещает субституцию безусловно, но позволяет (764 ст.) завещать имение детям известного лица, находящегося в живых при смерти завещателя, хотя бы во время смерти его эти дети не были еще ни в рождении, ни в зачатии. У нас, поелику нет прямого запрещения завещать имение лицу, имеющему родиться, нет и подобных ограничений запрещения, и потому действие запретительного правила, не умеряясь ничем, предоставляется во многих случаях противоречием и несправедливостью. Иногда подобное назначение объясняется желанием завещателя удержать имение в своем роде, напр. — в пользу внуков, племянников и пр., если они родятся, и в этом случае он хочет поворотить к ним имение из владения чужеродца или дальнего родственника, а в противном случае оставить имение у него. Отец, оставляя по себе бездетного сына и не надеясь, что сын-расточитель сохранит имение, желал бы сохранить имение

для детей своего сына (коих нет еще при смерти завещателя), на случай, если они будут. Желания законные, и в первом из приведенных примеров – желание, даже соответствующее цели нашего закона удержать имение по возможности в роде у владельца. Тем не менее подобные распоряжения могут быть признаваемы недействительными, если принять, по нашему закону, во всей строгости запрещение завещать имение на имя несуществующих лиц, и затем могут быть оставлены в безусловной силе прочие назначения, сделанные завещателем в связи с незаконным условием. Таков, напр., следующий случай. Имение завещано во временное владение сыну с тем, что по смерти его, если у него будут дети, имение переходит к ним, а если не будет детей, то к чужеродцам. Оказалось, что у сына были дети, но родились уже через несколько лет по смерти завещательницы; если по сему уничтожено будет первое условное назначение в пользу детей, то может быть оставлено в силе второе, т.е. подставное назначение в пользу чужеродцев, – результат явно несправедливый, вовсе несоответственный тому, чего желала завещательница: внуки ее, коим она явно желала передать наследство, лишатся оно.

Во избежание подобных недоумений надлежало бы и у нас, выразив явственно в законе запрещение завещать на имя лиц, не существующих в минуту смерти завещателя, допустить вместе с тем и исключение в пользу потомков завещателя или того лица, кому имение передается непосредственно во временное владение.

Примеры. Завещатель, имея племянника Петра, без вести пропавшего в дальнем походе, и сохраняя еще надежду, что он когда-нибудь явится, постановляет: имению быть у Ивана, в пожизненном владении или дотоле, пока объявится Петр; в последнем случае, или буде при смерти Ивана, будет налицо Петр, наследником быть Петру; если же не Петра, ни сведений об нем не будет, то имение следует Федору.

Завещатель, имея трех малолетних племянников, да трех малолетних внуков, отдает имение всем шестерым во владение и пользование дотоле, пока младшему из них из всех не исполнится совершеннолетие; а в этот срок постановляет все это имение разделить поровну между теми из них, кто в это время в живых будет. Такое распоряжение правильно, ибо до положенного завещателем срока упомянутые малолетние не могут поименно и раздельно считаться наследниками и владельцами имения на праве собственности, и лишь в этот срок совершается, по воле завещателя, на предположенных условиях, переход к ним права собственности. Напротив, подобное же распоряжение было бы незаконно, если бы завещатель постановил, что прямо после смерти своей отдает всем поименованным лицам имение в собственность, и удержал бы то же условие. В этом случае право собственности немедленно по смерти завещателя перешло бы на малолетних, и уже на случай смерти кого-либо из них завещатель не имел бы права определить, кому после него должен следовать удел его в завещательном имении.

Незаконно было бы распоряжение и тогда, когда бы завещатель постановил: завещаю имение трем племянникам, детям сестры, и трем внукам, детям сына, с тем, чтобы, когда последнему из них исполнится совершеннолетие, имение то разделено было поровну между ним и другими детьми как сестры моей, так и сына, какие еще впредь родиться могут к тому времени.

Вот еще распоряжение. Завещаю имение в пожизненное владение Ивану с тем, что если он умрет бездетен, имение то должно перейти в полную собственность воспитаннице моей Марье. В этих выражениях можно видеть три назначения: 1. Ивана пожизненным владельцем; 2. Детей его, если будут, наследниками; 3. Если детей у него не будет, то Марью наследницей. Второе распоряжение, в пользу несуществующих лиц, незаконно. Но положим, что завещание писано так: завещаю имение Ивану в пожизненное владение; если он женится и будут у него дети, то это имение предоставляю ему в собственность — распоряжение будет законное.

§ 66

Об условных назначениях вообще. — Условия невозможные и незаконные. — Условия, стесняющие гражданскую свободу.

Повсюду законом дозволялось дарить и завещать имение условно, т.е. соединять свое распоряжение и право одаренного лица со сроком, с соблюдением условия, с наложением повинности, с определением образа владения и пользования: лишь бы только такие условия не были противны закону и общественному порядку. Основание такого правила распознать нетрудно. Всякий акт гражданский, поколику имеет юридическое значение, заключает в себе принудительную силу (*sanctio*), т.е. может быть приведен в действие силой закона и правительства, в случае уклонения от добровольного исполнения или в случае нарушения права, установленного актом. Но закон содействует к исполнению только того, что сообразно с законом; что противоречит закону, то считается невозможным к исполнению перед законом. Итак, буде право гражданское по воле частного лица соединено с предположением, или условием, по закону невозможным, то закон не признает сего соединения. Но есть ли возможность отделить в этих случаях право от условия, с коим оно связано? Отвергнув последнее, оставить первое в силе? Или право, неразрывное с условием, вместе с ним стоит и вместе с ним падает? В римском праве принято было по сему предмету существенное отличие условий по договору от условий по завещанию. Договор происходит от совокупного и нераздельного соглашения двух волей в одном цельном акте, и потому, если отвергается одна составная часть соглашения, условие незаконное

или невозможное, целое соглашение падает, становится недействительным. Напротив, завещание есть акт односторонней воли, в коем соглашение невозможно, и лицо, в пользу коего сделано условное назначение, нисколько не участвует своей волей ни в назначении, ни в условии, с коим оно связано. Римский закон вообще благоприятствовал завещаниям; завещание было в общем обычае; умереть без завещания считалось предосудительно, и воля умершего считалась священной, причем, для поддержания ее, допускалось самое обширное ее истолкование. Из этого уважения к последней воле гражданина, всего вероятнее, возникло в римском законе правило – не отвергать сущность завещательного назначения за незаконность или невозможность условия, с коим оно связано, но отсекать только само условие, как будто его не было (*Impossibilis conditio in institutionibus et legatis pro non scripta habetur. In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet eaque regit conditiones. In conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet*)¹.

В нашем законе можно распознать то же различие взгляда на незаконные условия в договорах и в завещаниях. В договоре закон (1529 ст.) имеет в виду побудительную цель его и признает весь договор ничтожным, когда побудительная причина его клонится к достижению цели, запрещенной законами. О завещаниях же сказано (1020 ст.): если в завещании допущены распоряжения, законам противные, то сии распоряжения не действительны, но при сем все другие распоряжения, законам непротивные, остаются в своей силе.

Применение 1529 ст. к завещаниям, равно как и к договорам, требует особой осмотрительности: в противном случае оно может сделаться орудием насильственного стеснения частной воли. Для применения этого закона необходимо иметь точное и прямое удостоверение в том, что *побудительной причиной* завещательного распоряжения было именно достижение противозаконной цели. Недостаточно знать или предвидеть, что вследствие завещательного распоряжения могло бы, при тех или других обстоятельствах, последовать событие или возникнуть состояние противозаконное. Необходимо удостовериться, что такое последствие распоряжения было бы прямое и неминуемое, так что воля завещателя могла быть направлена не иначе как к этому последствию.

В ряду противозаконных целей, указываемых статьей, означено: когда договор (зав. распоряжение) *клонится* ко вреду государственной казны. Почти

¹ В римском праве, относительно невозможных условий, было два мнения, из коих каждое завещалось было одной из двух известных школ. Прокулеяны утверждали, что в завещании так же, как и в договоре, назначение падает вместе с невозможным условием. Сабинияны держались противного мнения, которое окончательно принято Юстинианом. Из новейших законодательств прусское держится прокулеянского мнения; французское и австрийское согласны с сабиниянцами и Юстинианом.

всякое гражданское действие или состояние человека соединено с фискальным интересом и может быть предметом фискального учета, итак, можно себе представить, сколько это неопределенное выражение закона представляло бы поводов к опровержению завещательных распоряжений, если бы судебная практика придавала этому выражению широкое истолкование.

В 1863 году, во время мятежа в Западном крае, помещик Дзеконский завещал имение четырем племянникам с тем, что кто из них примет участие в мятеже, того доля отпадает и идет в приращение братьям. Оказалось, что при смерти завещателя один из его племянников, Карл (принявший после участия в мятеже), не был еще преступником, и потому наследственная часть, уже перешедшая к нему, была конфискована как его собственность. Между тем казна опровергала вообще законность завещательного условия, и если бы в минуту смерти завещателя Карл оказывался уже преступником, следовательно, имущество его было подлежащим конфискации, то возник бы к решению вопрос: может ли условие оставаться в силе, т.е. не составлено ли оно во вред казне, с целью предупредить конфискацию доли одного из наследников, передачей этой доли прочим. Невозможно получить прямое удостоверение в том, что такова была именно цель завещателя, ибо в общем смысле воля его совершенно согласуется с законом, угрожая нарушителю закона лишением прав на имение. Затем не представлялось бы оснований к уничтожению распоряжения, так как преемство основано на завещании, а по условию завещания имение не успело еще дойти до назначенного лица, как уже, встретив в нем преступника, отражается к братьям его и к ним переходит, не через него и не от него, а прямо от завещателя. Но когда бы завещательное распоряжение этого рода относилось не к племянникам, а к родным детям завещателя, то казне было бы к чему привязаться, и распоряжение было бы уничтожено. Дети и без завещания были бы прямыми после отца наследниками, а в силу закона о конфискации (176 ст. XII т. V ч. Св. В. Пост.) конфискуется не только часть, доходящая преступнику от отца, но даже и при живом отце часть, следующая преступнику по закону наследства.

В нашем законодательстве нет вовсе определений о различных видах условий по завещаниям, тогда как другие законодательства представляют на сей предмет довольно правил и указаний. Поэтому, ввиду вопросов и затруднений, часто возникающих по сему предмету в судебной практике, будет не лишним остановиться на некоторых из сих вопросов.

Условия возможные к исполнению и законные считаются нераздельной частью завещательного назначения. Они обязательны, и от них, по воле завещателя, поколику она законна, зависит приобретение, продолжение, употребление и прекращение права на имущество (ср. ст. 1011, 1029, 1086, 1096).

Сверх того, надлежит заметить, что завещание, по системе нашего Свода Законов Гражданских, помещено вместе с дарением и пожалованием в одном разделе: о дарственном, или безвозмездном, приобретении прав на имущество; следовательно, между дарением и завещанием закон

наш признает прямую аналогию, что подтверждается в особенности 991 ст. Закон. Граждан., и посему правило нашего закона об условиях дарения можно безошибочно применить и к завещаниям, с соблюдением правил аналогии. О дарении же сказано: дары между частными лицами дозволяется делать на таких условиях об образе пользования и управления даримым имуществом, какие даритель за благо признает, лишь бы только условия сии не были противны общим законам (ст. 975). Если дар учинен под условием, и условие со стороны получившего дар не исполнено, то дар возвращается дарителю (ст. 976). О возвращении завещанного имения завещателю, разумеется, не может быть речи, так как переход имения по завещанию совершается уже по смерти завещателя. Но если завещатель положительно постановил, что в случае неисполнения постановленного условия, или с наступлением положенного срока, либо предвиденного события, условное право лица на завещанное имение прекращается, и имение переходит к другому указанному лицу или к наследникам завещателя по закону, то постановление сего рода имеет обязательную силу: такого рода условие можно признать недействительным, если сам завещатель выразил прямо, что отдает имение в собственность, в вечное и потомственное владение указанному лицу, ибо в сем случае с правом собственности, однажды перешедшим по завещанию, уже несовместна возможность прекращения сего права по воле завещателя.

О невозможных условиях наш закон вовсе не упоминает. Невозможность может быть естественная, материальная или нравственная. Есть безусловная невозможность исполнения по законам естества. В таком случае и условие, безусловно невозможное, недействительно. Но может быть и невозможность относительная. Что невозможно одному, то может быть возможно другому; невозможное в одну пору или при одних обстоятельствах, может быть возможно в другую пору и при других обстоятельствах; невозможное к исполнению на срок или вдруг может быть исполнено со временем или постепенно, и наоборот, что было возможно вначале, может стать невозможно впоследствии. На такие случаи судебной практикой других законодательств выработаны следующие положения. Условие почитается обязательным, покуда оно возможно к исполнению; посему допускается разделение в условии возможного от невозможного, и лишь последнее отменяется: напр., буде исполнение невозможно в назначенный краткий срок, то допускается продолжение сего срока или исполнение бессрочное. Неисполнение не ставится в вину, если условленное, быв возможно вначале, стало невозможно впоследствии, а вначале исполнение замедлилось не по вине обязанного лица. Если исполнение условия поставлено в зависимость от случайного события и впоследствии

обнаружится его совершенная невозможность, то условие падает (напр., назначение связано с условием выдачи ребенку 10.000, если он доживет до 10-летнего возраста, а ребенок умер, не дожив до этих лет). Условие признается необязательным, если обнаружится, что сам завещатель исполнил его еще при жизни своей. Назначение считается недействительным, если случайное событие, с коим оно связано, оказалось невозможным еще при жизни завещателя и т.п.

Условие может быть невозможно в нравственном и в юридическом смысле: то и другое будет незаконно, ибо закон не может содействовать осуществлению условия, противного общественной нравственности. Но не все безнравственное противозаконно. Есть в отдельных отношениях лица к лицу нравственные требования и обязанности, которые для закона неуловимы, ибо выходят за пределы юридического отношения. Так, напр., безнравственно владельцу оставлять без пропитания неимущего сына, оставляя богатство стороннему лицу; но доколе владелец действует в пределах своего права собственности, закону нет дела до его побуждений. Противно общественной нравственности и недействительно пред лицом закона требование, ограничивающее нравственную свободу человека там, где она *безусловно* охраняется законом, налагающее обязанности, несовместные с этой свободой, стесняющее права, безусловно охраняемые, во имя общественной нравственности или общественного порядка. Таковы многие права, охраняемые уголовным или государственным законом, или права, возникающие из семейственных и супружеских отношений. Невозможно условие, коего исполнение, связанное со сделанным по завещанию назначением, составляло бы нарушение общего безусловного закона или безусловной обязанности; напр., нарушение родительского права, нарушение супружеских отношений, нарушение свободы совести и вероисповедания и т.п. В чем надлежит видеть это нарушение безусловной свободы и в чем видно только ограничение права, коим всякому вольно пользоваться и не пользоваться, — на эти вопросы трудно дать общее разрешение: они разрешаются в каждом данном случае сообразно обстоятельствам и сообразно установившимся в обществе взглядам на нравственное значение того или другого права; иногда вопросы эти разрешаются и положительным законом. Таковы, напр., вопросы об ограничении условием свободного вступления в брак. Имение может быть назначено под условием никогда не вступать в брак, не вступать в брак ранее указанного срока, не вступать в брак с таким-то лицом, вступить в брак с указанным лицом, не вступать в новый брак, не вступать в брак без

согласия указанного лица и т.п.¹ Очевидно, что решение таких вопросов зависит от господствующего в сознании, или выводимого из законных предположений, общего воззрения на значение брака и от сопоставления особых прав и обязанностей в данном случае. Так, напр., французская практика вообще отвергает условие вступить в брак с указанной особой, но если в данном случае оказывается, что эта особа обещана подлежащим лицом, которое посему состоит в нравственной обязанности жениться на ней, то условие может быть оставлено в силе; отвергает условие не вступать в брак без согласия указанного лица, но если это лицо принадлежит к числу тех, чье согласие подлежащее лицо и по закону обязано спрашивать, то условие действительно; отвергает условие, положенное мужем на жену – не вступать в новый брак, но если от прежнего брака остались дети, и в них указана цель ограничения, то условие оставляется в силе; допускает условие не вступать в брак до срока, – если срок сей близок к законному и объясняется разумным попечением, – и отвергает оное, если срок положен неразумно продолжительный; допускает условие – не вступать в брак с указанной особой, – но отвергает оное, если подлежащее лицо по отношению к сей особе состоит в нравственной обязанности вступить с ней в брак. А в австрийском гражданском кодексе находится (ст. 700) и положительное правило: «условие наследнику, или легатарии, не жениться даже и по достижении совершеннолетия почитается ничтожным. Такое условие обязательно лишь для вдовца или для вдовы, когда есть дети. Но считается недействительным условие – не жениться на указанной особе».

Условие, ограничивающее свободу совести или вероисповедания, не может быть действительно, поелику оно противно общему государственному закону о свободе; следовательно, в сем отношении обсуждение условия зависит во многом от различия в определениях законодательств о свободе вероисповеданий. Так, напр., условие – не переменять вероисповедания, не переходить из одной церкви в другую или принять такое-то вероисповедание – может быть признано недействительным там, где общим законом установлена безусловная свобода переменять веру; но у нас, напр., при существующем запрещении отступать от господствующего вероисповедания, условие коим налагается такое же запрещение, остается в силе. Впрочем, – за исключением приведенного случая – и у нас надлежит, кажется, отвергать подобные условия, воз-

¹ В завещании гр. Буксгевдена Сенат, а по нем и Госуд. Совет (1813 г.), признал незаконным и недействительным условие о недозволении младшему сыну завещателя управлять имением, если будет иметь и совершенные лета, доколе не женится и детей иметь не будет.

буждающие безнравственное столкновение материальных интересов с убеждением и верованием в душе человека.

Условия, воспреещающие исполнение гражданского долга или обязанностей, безусловно налагаемых законом, – вовсе не могут быть допущены.

Вообще надлежит заметить, что в обсуждении условий, насколько они согласны или не согласны с законом, требуется большая осмотрительность. Припомним здесь то, что выше было сказано об отличии условия от учредительного определения. Всякое учредительное определение связывает свободу того, на кого наложено, в состоянии, признаваемом законом, или в свободном употреблении сил своих, имуществ, и в направлении воли, которое тоже предполагается принадлежностью каждого гражданина. В этом стеснении, составляющем свойство условий и добровольно принимаемых по договору, – нет еще ничего противозаконного, *поколикую они касаются только частного интереса*. Всякий, кому условно назначено имение, волен рассчитать, что для него удобнее и выгоднее – принять имущество с ограничением или повинностью или отвергнуть ограничение вместе с имуществом. Ограничение может касаться и прав, принадлежащих человеку по общественному его положению в силу закона государственного, поколикую эти права состоят в личном его интересе и не соединены с государственной обязанностью или повинностью; таково, напр., право поступать или не поступать в государственную службу по тому или другому ведомству, избирать для себя то или другое звание или занятие, поколикую выбор звания или служебная повинность для него не обязательны. Впрочем, и по этому предмету многое зависит от начал, господствующих в общем государственном строе, и от понятий, принятых в обществе. Очевидно, напр., что понятие о службе государственной и об интересе, связанном с правом служить, быть чиновником, неодинаково во Франции, в Англии, в России, и это различие во взглядах непременно отражается в судебных решениях по сему предмету.

Не следует упускать из виду различие между *заказом с угрозой* (*poena, clausula poenalis*) и простым условным распоряжением, или назначением на тот или другой случай, при тех или других условиях. Это различие зависит от воли и намерения завещателя, которые определяются не всегда положительно и буквально, но которые приходится иногда отыскивать в содержании целого завещания. Это различие указано было и в римском праве: *poenam a conditione voluntas testatoris separat, et an poena, an conditio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet*. Не то или другое условие само по себе, т.е. по своему предмету, придает завещательному распоряжению незаконное или безнравственное свойство, но та цель, которую имел в виду завещатель. Когда он именно имел в виду угрозой

ущерба или приманкой материальной выгоды побудить человека к безнравственному действию, или отвратить его от исполнения долга, или определить заранее насильственно волю его к действию, долженствующему зависеть исключительно от нравственного побуждения, тогда распоряжение оказывается безнравственным. Но когда из завещания явствует, что завещатель не имел такой цели и намерения, а рассчитывал свою волю и назначение только на то или другое состояние лица, на случай, если оно наступит, тогда нет повода считать распоряжение завещателя незаконным. Вышеуказанное различие объяснится ближе из следующих примеров. Завещатель назначает Ивану 10.000 руб., если он женится на Марье. Если это, по намерению завещателя, должно служить приманкой к браку с Марьей, в таком случае воля его заключает в себе не прямое принуждение к браку. Но могла быть у завещателя и цель, не имеющая ничего общего с нравственным принуждением, когда он знал, что Иван имеет склонность к Марье и что за бедностью Марьи брак не мог состояться. Завещатель назначает жене 10.000 руб. на случай развода ее с мужем: незаконно, если имеется в виду усилить личные ее побуждения к разводу приманкой денежной выгоды; но нет безнравственного намерения, когда завещатель, предвидя возможность развода, желал на этот случай дать разведенной жене, при скудости собственных ее средств, пособие в отдельной жизни. У римлян считалось безнравственным понудительное условие на случай, *если детей не будет*, *si filios non susceperis*; но очевидно, что в этом условии не могло быть ничего противозаконного, если в мысли завещателя бездетность представлялась не более как случайным событием, которое может последовать, может и не случиться. У римлян же, со времени известного Юлиева закона, считалось запрещенным и ничтожным всякое завещательное условие, клонящееся к оставлению лица в безбрачии, и потому, если бы сделан был денежный отказ в пользу девицы с тем, чтобы она не выходила замуж, такое условие было бы ничтожно. Но не было бы незаконного в назначении денег девице, на случай если она по несчастью не найдет себе партию и останется незамужней. Безнравственно назначать человеку деньги под условием переменить веру; но что было бы в сущности безнравственного, когда бы, напр., приятель известного священника Мишо назначил ему денежную сумму, имея притом в виду, что он не признает папской непогрешимости и должен подвергнуться отлучению от своей церкви и удалению из богатого прихода, станет старокатоликом и лишится средств к содержанию? (См. по сему предмету ст. Фиттинга: *Ueber den Begriff der unsittlichen Bedingung* в *Arch. Civ. Pr.* 1873 г. Scheurl. V. d. Nebenbestimmungen. Erlang. 1871 г. § 79.)

Дриневи́ч завещал свое имение племянникам, причем одному из них, Николаю, назначил большую против других часть, с таким, сказано «условием моего желания, чтобы он, с окончанием курса в тамбовской гимназии, поступил в университет по медицинскому факультету, кончил курс с успехом и добрым поведением, и был бы медик; до окончания же им курса, завещаемым ему домам быть в опеке у матери его, а ему получать из доходов от 300 до 400 р. ежегодно». Николай Дриневи́ч, не кончив курса, занялся торговлей, вследствие чего возник иск об отмене сделанного в пользу его назначения. Сенат (Общ. Собр. 1871 года) вывел из выражений завещателя, что преимущественная доля назначена Николаю Дриневи́чу под непременно́м условием, коего он не исполнил, и затем оставить всю долю в его владении было бы противно воле завещателя, который для того именно и дал ему больше, чтобы он стал медиком. На сем основании Николаю Дриневи́чу оставлено право лишь на равную с братьями его долю в имуществе завещателя.

Исполнение повинности, или законных определений завещателя относительно образа пользования имуществом или употребления оно́го, вообще обязательно для преемника, т.е. то лицо, в интересе коего постановлено условие, может потребовать от него исполнения. Бывают, однако же, условия и определения несущественные, которые, быв поставлены исключительно в интересе самого преемника, не налагают на него и юридического обязательства, по цели и намерению самого завещателя. Так, напр., если при назначении денежной выдачи сказано, что деньги даются – на свадьбу, на покупку имения, на постройку дома и т.п., нет основания признать назначение сие недействительным по той причине, что подлежащее лицо не вступило в брак, не купило имения и пр., или требовать от сего лица исполнения того, что упомянуто в назначении. Совсем иное будет дело, если деньги назначены, напр., на воспитание детей, – ибо здесь имеется в виду интерес третьих лиц, в пользу коих сделано назначение.

§ 67

Условия, ограничивающие право собственности, владение и распоряжение. – Соединение пожизненного владения с правом отчуждения и с правом избрания наследника. – Примеры из судебной практики.

Наиважнейшие и наиболее сложные условия, помещаемые в завещаниях, относятся к ограничению права собственности и составных его частей и принадлежностей, в лице того, кому назначается имущество. Не всегда бывает легко и удобно определить, насколько эти ограничения

противоречат общему закону собственности и вотчинного владения. Праву собственности присвоено законом значение безусловного права; отсюда можно заключить, что всякое условие или ограничение, в существе несовместное с правом собственности, отсекается от него, как недействительное. Однако же, с другой стороны, общий закон допускает ограничения права собственности по воле вотчинного владельца и отделение от него прав, входящих в состав его: владения, пользования, распоряжения; следовательно, невозможно отрицать, что по крайней мере возможно установление ограничений вотчинного права путем договорного соглашения владельца с посторонним, к которому он припускает к сему праву, по крайней мере же возможны ограничения, исходящие от воли вотчинника путем завещания. Разница здесь только в лице и по времени: в договоре, ограничивая свою вотчинную власть и допуская чужое участие, вотчинник оставляет при себе право собственности в существе неприкосновенным; в завещании он переводит после себя право собственности на другое лицо с ограничениями, и тоже должен оставить его в существе неприкосновенным. Итак, для верного обсуждения законности всех подобных условий надлежит прежде всего уяснить себе смысл воли завещателя, затемняемый нередко невразумительными, двусмысленными и противоречивыми выражениями акта. Какое именно право хотел предоставить завещатель? Передает ли он указанному лицу право собственности на имение? В таком случае установленные условия владения, пользования и распоряжения получают вид ограничений, и надлежит рассудить, сообразны ли сии ограничения с существом права собственности, которое закон понимает безусловно. Или завещатель в назначении своем имел в виду не передать свое право собственности, а выделить из него особое право владения и пользования имуществом на изложенных условиях и передать оное указанному лицу, а сам переход права собственности оставил без прямого определения? Насколько устанавливаемые ограничения против общего закона собственности, и этот вопрос не может быть разрешен отвлеченно, одной логикой закона. Разрешение его зависит не только от особенностей каждого законодательства, но и от особой цели, которую каждое законодательство имеет в виду при установлении закона собственности, и от взгляда на собственность, господствующего в обществе. Так, напр., французская практика не благоприятствует условию – не продавать и не закладывать имение, потому что во французском законе господствует – в силу особой государственной идеи – стремление содействовать раздроблению имуществ и свободному обращению их из рук в руки.

У нас должны быть почитаемы недействительными ограничения наследственного права на родовые имущества, – по крайней мере это право пред-

ставляется в данном случае безусловным. Последнюю оговорку необходимо сделать потому, что в некоторых случаях возможна по закону уступка наследственных прав на родовое имущество в пользу лица, имеющего одинаковое наследственное право, и в этих случаях условие не имеет в себе ничего противозаконного. Случай, о коем упоминает 1086 ст. 1 ч. X т., есть бесспорный, ибо сим законом выдачи из родового имения прямо признаны необязательными для наследника. По смыслу 1011 ст. ограничения во владении и пользовании завещаемым родовым имуществом не допускается. Но из следующих примеров можно видеть, в каких случаях нет основания отвергнуть условие, относящееся к родовому имению. Отец, имея благоприобретенное имение, и частью родовое, завещает благоприобретенное одному сыну с тем, чтобы он отказался уже от участия в родовом, предоставив все родовое прочим детям завещателя – братьям или сестрам. Такое условие не содержит в себе ничего противозаконного, и отвергнуть его, оставив в силе назначение благоприобретенного имения, было бы крайне несправедливо и неосновательно. Брат при разделе отцовского имения имеет полное право отказаться от своей доли в пользу братьев или сестер, которые тоже состоят наравне в нем наследниками; и такого отказа требует от него отец – в пользу не постороннего, а тоже прямых наследников его по общему праву. Следовательно, условие правильно, и сыну надлежит либо подчиниться сему условию, либо отказаться от завещанного имения. Но представим себе подобное же условие в пользу дальнейшего родственника, напр., двоюродного брата или в пользу жены завещателя. Оно будет недействительно, ибо установлено в пользу такого лица, которое не может участвовать по закону наравне с сыном завещателя в общем разделе родового имения, не имея при родном сыне завещателя наследственного права, следовательно, и отказ сына от сего наследства *в пользу* двоюродного брата невозможен. А жена завещателя тоже наследует после мужа только указную часть, которая должна быть ей выделена особо числом и мерой, и наследуя не по общему праву с детьми умершего, не имеет и права приращения своего удела, стало быть, ничьим отказом не пользуется.

О примечании к 1011 ст. надлежит заметить, что содержащееся в оном ограничение относится исключительно к праву завещателя, первого вотчинника, определять дальнейший переход имения после второго, назначенного по завещанию вотчинника, т.е. назначать третьего по себе вотчинника к имению, и еще у сего третьего вотчинника стеснять вотчинное право ограничениями во владении и в порядке управления. Закон сей имеет в виду непременно третьего вотчинника по завещателе; но несправедливо было бы распространять силу содержащегося в сем законе

запрещения на волю завещателя относительно ограничений владения и управления в лице второго вотчинника, кому непосредственно от завещателя предоставляется имение. Иные расположены толковать сей закон в таком смысле, что завещатель, предоставляя имение в собственность, не властен уже обставлять владение назначенного им лица ограничениями, стесняющими у него полноту права собственности. Закон не позволяет только ограничения, касающегося перехода вотчинных прав *по смерти* второго вотчинника, но на все время жизни его и владения завещанным имуществом положительно признает право завещателя обязывать избранного наследника к исполнению некоторых повинностей и т.п. И потому, кажется несомнительно, что правило примечания к 1011 ст. не препятствует завещателю ограничивать полное право собственности в лице избранного им наследника условиями относительно владения, пользования и распоряжения имуществом, лишь бы сии условия 1) не касались распоряжения на случай смерти; 2) не были несовместны с правом собственности в существе его. Итак, при сомнении о законности подобных ограничений и при истолковании воли завещателя, надлежит принимать в соображение: *во-1-х*, в чем состояла воля завещателя и подлинно ли предоставил он имение подлежащему лицу на праве собственности; *во-2-х*, ограничения, установленные завещателем, если относятся ко владению имением при жизни избранного наследника, сообразны ли с существом права собственности или вовсе несовместны с оным: в последнем только случае ограничения сии должны быть устранены, как незаконные. С правом собственности совместны отрицательные и положительные его ограничения, о коих упоминается в 432, 514 и 541 ст. 1 ч. X т.; стало быть, завещатель, в силу полноты прав своих на благоприобретенное имущество, может не только обязывать избранного наследника денежными выдачами, на время жизни его, в пользу сторонних лиц, но может также на время только жизни сего наследника установить в завещанном имении для сторонних лиц право участия в пользовании, право отдельного владения и может даже стеснить избранного им наследника *в праве на залог и отчуждение имения при жизни*, дарственными или возмездными способами¹. Не может он только обязать избранного наследника к совершению таких действий, кои вовсе уже несовместны с правом собственности, напр., не может обязать его *к отчуждению имущества* при жизни (напр.,

¹ Это последнее ограничение будет незаконно в том лишь случае, когда оно установлено в пользу другого, названного в завещании лица, которому завещатель желает сохранить имение для передачи по смерти первого избранного наследника: здесь цель ограничения прямо противна примечанию к 1011 ст.

продать имение или подарить его такому-то лицу). Обязательность таких действий вовсе уже несовместна с правом собственности. Если признать их обязательными для наследника, это значило бы, что имение завещано ему лишь во временное владение, а не на праве собственности; если же суд признал последнее, то не может, не впадая в противоречие, признать и обязательность для наследника распоряжений, коими вменяется ему в обязанность отчуждение имения.

А. Шляпина завещала внуку своему Маликову дом с тем, чтобы он сего дома в течение 25 лет не продавал, не закладывал и никому не передавал, а если войдет в долги, то и на удовлетворение их дом не должен быть продаваем; по смерти же Маликова, если будет бездетен, дом должен перейти к сестре его Кадминой. Когда по смерти Маликова, получившего сей дом, он перешел во владение Кадминой, она стала отговариваться от долгов Маликова, утверждая, что брат ее, по завещанию, был только временным владельцем сего дома, а не собственником, ибо одно право владения или пользования, без права распоряжения, не составляет еще права собственности. Но Сенат, имея в виду 420, 423 и 432 ст. Зак. Гражд., признал, что право собственности на имущество может быть ограничено в распоряжении оным, не теряя своего существенного значения, и что Маликову было предоставлено завещанием, хотя и ограниченное, право собственности на дом (Касс. реш. 1869 г., № 1334).

Б. Решением Сената (Касс. реш. 1869 г., № 816) признано на основании примеч. к 1011 ст., что благоприобретенное имущество может быть завещано или безусловно, или на известных условиях. Дело шло о завещании, коим завещан в собственность капитал с тем, что приобретатель по завещанию, пользуясь процентами, может распорядиться самим капиталом не ранее 28-летнего возраста.

В. По делу Медведникова (Сборн. Сен. реш. II, № 557) Сенатом признано, что завещатель мог предоставить свое имущество, из движимости и капиталов состоящее, детям своим и назначить им определенный срок (до пришествия младшего сына в 25-летний возраст), до коего то имущество должно находиться в общем нераздельном их владении, и на капитал должна быть произведена общая торговля.

Г. По делу Прониных (Сборн. Сен. реш. II, № 569) признано, что Пронин, назначив свое благоприобретенное имение *в собственность* малолетним детям, не имел права в то же время передать это имущество в безотчетное и бессрочное распоряжение жене своей и купцу Козлову, с правом залога и продажи, не предоставив, однако, лично сим последним ни временного владения, ни даже права пользования в означенном имуществе.

Д. Гавренев написал: «все имение и капитал *предоставляю* сыновьям моим по равным частям, но с тем, чтобы они не могли из оного ничего продать, ни заложить, ни отчуждать до 35-летнего возраста». До сих пор завещание законно, ибо завещатель мог ограничить владение наследников в благоприобретенном имуществе. Но далее он прибавляет: «в случае смерти кого-либо из сыновей бездетным, наследует дочь моя Прасковья, а если и она умрет, дети ее». Хотя бы

можно было толковать эту прибавку и в таком смысле: «в случае смерти сыновей *до пришествия в 35-летний возраст*», во всяком случае она незаконна, ибо завещатель, определив однажды, что право собственности на имение переходит по смерти его к детям, не мог затем, на случай их смерти, определять дальнейший переход имения (Сборн. Сен. реш. II, № 683). Но той же цели мог бы достигнуть завещатель, когда бы выразил волю свою в другом виде и употребил иные выражения. Напр., он мог бы сказать: предоставляю имение сыновьям в срочное и ограниченное владение до вступления каждого из них в 35-летний возраст. Буде с наступлением 35-летия от рождения каждого из них сам он будет в живых находиться или в живых будут оставшиеся после него дети, то ему самому или детям его часть каждого предоставляется в собственность; буде же ни самого, ни детей в живых не будет, то предоставляется в собственность дочери моей Прасковье или, за ее кончиной, детям ее.

Е. В деле Калистратовой (Сборн. Сен. реш. II, № 948) завещатель, назначая дочери приданое, постановил, что все прочее затем имение должно принадлежать в наследство прочим детям. Дочь оспаривала устранение ее от наследства в прочем родовом имении, но вместе с тем требовала и назначенного ей приданого. Сенат рассудил, что если она признает действительной волю отца о назначении приданого, то должна подчиниться и другому условию, выраженному в завещании, т.е. отказаться от прочего наследства; или, буде отказывается от приданого, может требовать себе выдела наследственной части. Правило же 1029 ст. Зак. Гражд. к сему не относится, ибо назначение приданого зависит совершенно от воли родителей.

Ж. Щукин завещал свои капиталы (по билетам) сыну с тем, что он должен вступить в полное распоряжение лишь по достижении 40-летнего возраста, а до тех пор пользуется процентами. Сын, не достигнув 40-летнего возраста, умер и те капиталы оставил по завещанию стороннему лицу – Ивану. Спрашивается: Иван в своем праве на те капиталы стесняется ли теми ограничениями, которые постановлены первым завещателем, т.е. обязан ли он ждать полного права распоряжения до того дня, когда сыну Щукина, если бы он был жив, исполнилось бы 40 лет? Отвечают: не обязан, и основательно. Если только признано, что сыну Щукина по завещанию отца капиталы те назначены в собственность, то надлежит признать, что за силой примеч. к 1011 ст. завещанное Щукиным имение стало у сына его наследственным и по смерти его не могло ни в порядке перехода, ни в порядке управления подлежать произволу первого вотчинника. Нет основания полагать, что это правило прим. к 1011 ст. относится исключительно до недвижимых имений и что употребленное в статье выражение «в разряд наследственных» означает только имения, могущие получить свойство родовых. В сем смысле дело решено Сенатом (2 Общ. Собр. янв. 1870 г.). Сенат рассудил, между прочим, что из выражений завещателя: «оставляю во владении сыновей; завещаемый им капитал; хранить от их имени» нельзя не заключить, что завещатель не имел в виду лишить сыновей права собственности на капитал; возложенные им на наследников ограничения не противоречат требованиям

закона, и завещатель воспользовался лишь правом устанавливать для наследника тот или другой способ владения и пользования имуществом.

3. В завещании гр. Буксгевдевна было постановлено: 1. Младший сын его вступит в полное распоряжение и владение завещанным имением лишь тогда, когда женится и будет иметь детей; а до тех пор имением должно управлять назначенное завещателем лицо. 2. Оба сына и законные их наследники до 3 колена не имеют права ни продавать, ни закладывать завещанное имение, а право это будет принадлежать лишь правнукам их. 3. Если по смерти сыновей жены их останутся бездетны; то оставшимся наследникам заплатить каждой из них по 50.000 руб. ассигн. Сенат нашел, что все эти распоряжения противны законам; то же подтвердил и Государственный Совет (в 1813 году).

И. Завещанием гр. Зубовой имение предоставлено сыну ее с тем, что если у него будут дети или внуки при его смерти, то имение предоставляется после него им в собственность, если же он умрет бездетен, — малолетним Сазоновым. Палата истолковала завещание в том смысле, что имение назначено в собственность гр. Зубову, и на сем основании отменила последующие распоряжения завещательницы, как несогласные с примечанием к 1011 ст.

Й. Олонкин по завещанию 1811 года назначил жену свою Настасью опекуншей и владелицей всего имения; сына Петра устранил от наследства; по смерти Настасьи — часть имения назначил внуку своему от дочери Ивану Демьянову; а остальную часть внукам, сыновьям сына Петра, если будут в живых, за исключением дочерей Петра. Если Иван Демьянов до совершеннолетия умрет, то вся его часть должна поступить сыновьям Петра Олонкина, когда же сыновей не будет, то дочерям его. Если же Иван Демьянов достигнет совершеннолетия, а у Петра Олонкина не будет в живых сыновей, то вся часть, им назначенная, поступает к Ивану Демьянову. — В силу сего завещания сын Петра Олонкина Иван, по смерти Настасьи, получил назначенное ему имение, но умер бездетен, вследствие чего стал требовать сие имение на основании того же завещания Иван Демьянов. По возникшим против сего спорам сестер Ивана Олонкина Сенат в 1861 году уничтожил распоряжение завещателя, противное 1011 ст. Зак. Гражд. и Лопухинскому указу, признав, между прочим, что правило Лопухинского указа, изданное в 1839 году, не есть новое, но составляет подтверждение и изъяснение прежних законов и потому должно быть применяемо к завещанию, составленному в 1811 году (см. Журн. Мин. Юст. 1861 г., № 11).

Пожизненное или срочное владение представляется по завещанию в двух видах. Оно может быть установлено завещателем без всякого соображения с вотчинными правами других лиц на то же имение или в связи с таковым соображением. В первом случае завещатель не определяет вовсе, к кому должно перейти имение по смерти пожизненного владельца или по истечении срока (закон указывает в сем случае переход имения к законному по завещателе наследнику). В последнем случае завещатель указывает именно, кому имение следует в собственность и кого, стало быть, временный владелец должен признавать наследни-

ком, вторым по завещателе вотчинником. Как скоро воля завещателя в этом смысле определилась несомнительно, то уже должны быть устранены всякие условия и ограничения, несовместные с юридическим отношением временного владельца к вотчиннику, которое непременно следует из основной воли завещателя. В силу сего отношения невозможно допустить, чтобы временный владелец, видя прямого вотчинника имению, мог, при вотчинном его праве, расточать и отчуждать временно владеемое имение. И потому, если бы завещатель, прямо указав лицо, которое назначает наследником к имению, и другое лицо, которому отдает то же имение в пожизненное владение, предоставил сему последнему лицу право заложить, продать, подарить это имение, то надлежало бы заключить из сего – или что завещатель в сущности предоставил полное вотчинное право тому, кого назвал временным владельцем, или что предоставление полных вотчинных прав, при другом явном вотчиннике, несовместно с пожизненным владением и должно быть устранено, как незаконное. Итак, если суд не примет первого рассуждения, по смыслу завещания, то второе должен принять непременно.

Иное дело, если по завещанию имение отдано в пожизненное владение одному лицу и другого наследника не назначено: бывает, что в таких случаях завещатель пожизненного владельца, коему прямого права собственности не предоставлено, уполномочивает на залог и на продажу имения, по его усмотрению, или в случае нужды. С первого взгляда такое распоряжение представляется странным, ибо пожизненное владение само по себе не согласуется с правом отчуждения, составляющим принадлежность права собственности; но такое распоряжение в настоящем случае не будет противозаконно. Владелец остается пожизненным владельцем, ибо полное право собственности все-таки ему не предоставлено, в том смысле, что не может он распорядиться имением на случай смерти: может, если понадобится, продать имение при жизни своей и исчерпать таким образом полноту предоставленной ему вотчинной власти; но если он сего не учинил, то имение, по смерти его, вовсе отходит от его личности и обращается в наследство – кому следует после завещателя. Завещатель бесспорно имеет законную возможность отделить от своего права собственности на имение ту или другую из составных частей оно, или составить из сих частей более или менее полное сочетание, и таковое составное право предоставить по своему усмотрению избранному лицу, лишь бы только сим назначением не нарушалось ничье право собственности. В настоящем случае, поелику завещатель никого не назначил по себе наследником, не нарушил он и ничьего права, ибо право законных по нем наследников существует по смерти его лишь потолику, поколику завеща-

тель не отверг или не ограничил сего права своим завещанием, а в настоящем случае завещатель — в ту меру, в какую усилил право пожизненного владельца, — ослабил и обусловил предполагаемое право законного своего наследника. Последний, в силу завещания, не может возражать против залога и продажи имения пожизненным владельцем и вправе претендовать по смерти его на сие имение только в таком случае, если оно при смерти пожизненного владельца осталось неотчужденным. Возможность подобного завещательного распоряжения допускается и нашим законом. Именно в указе 1814 года (П. С. Зак. № 25606) предполагается возможным пожизненное владение супруга по завещанию, с правом заложить и даже продать имение.

Выше изложено, почему надлежит признать незаконным присоединение к пожизненному владению права заложить и продать имение, предоставленное в собственность другому; предполагается в сем случае, что завещатель явственно и безусловно предоставил одному лицу после себя право собственности на то же самое имущество, которое другого уполномочил продать по его усмотрению. Но возможны завещательные распоряжения и такого рода: завещаю имение в пожизненное владение Ивану, с правом заложить и продать оное, или какую-либо часть оного при жизни, с тем, чтобы по смерти Ивана все, что останется из сего имения неотчужденным, перешло в собственность Павлу. Здесь нет того противоречия между правами на одно и то же имущество, которое замечено в вышеприведенном случае. Там право собственности прямого наследника по завещанию возникает в минуту смерти завещателя и простирается на то же имущество, которое отдано другому в пожизненное владение. Здесь, по условию завещания, и право собственности наследника возникает и предмет его определяется лишь в минуту смерти пожизненного владельца, так что до той минуты избранное лицо не имеет еще действительного права ни на какую часть завещанного имущества и не может воспрепятствовать в лице пожизненного владельца никакого распоряжения сим имуществом, кроме завещательного распоряжения. Следовательно, в сем случае возможно совместное существование того и другого права, и наши законы не дают основания к признанию такого отношения, устанавливаемого волей завещателя, незаконным.

С правом собственности совместны ограничения владения и распоряжения, имеющие временное и условное значение, но несовместны ограничения, имеющие свойство безусловного и постоянного. Посему я могу передать свое имение наследнику в собственность, лишив его притом права на залог и отчуждение сего имения *в течение жизни*; но не могут лишить его права завещательного на сие имение. Могу положить на сие имение повинность в пользу третьего лица, но с тем, чтобы сия повинность имела свойство временного права в чужом имении, как то: права угодий, права участия в чужом имуществе и т.п. Если же

сия повинность по свойству своему и по намерению завещателя составляет самостоятельное вотчинное право, или отчуждение прав собственности, я не лишаясь права прямо предоставить сие право завещательным актом стороннему лицу, но не могу обязать своего наследника, коему предоставляю имение в собственность, чтобы он сам установил сие право в пользу стороннего лица или чтобы он сам и его преемники допускали и терпели сие право безгранично. Напр., в законе постановлено, что право соседа делать окна на соседний двор или соседнюю крышу составляет уступку прав собственности. Оставляя свой дом и двор сыну, я могу по завещанию предоставить соседу своему такое право, т.е. право участия в имуществе; но если я завещаю дом сыну с тем, что он должен дозволить соседу таковое участие, — это ограничение имеет силу лишь на время жизни моего преемника, и если мой преемник откажется передать сие право соседу окончательно крепостным актом (446 ст. Зак. Гражд.), сосед не может его к сему принудить на основании моего завещания.

Если с правом пожизненного владения завещатель предоставляет владельцу и право передать имение по смерти своей по своему выбору и усмотрению (это постановление всего чаще помещают в своих завещаниях мужья, оставляя имения женам с правом передать его детям по выбору), это последнее право неуместно и несогласно с законом, ибо невозможно переносить на пожизненного владельца завещательное право, которое принадлежит только собственнику.

Может ли завещатель, не назначая сам наследника к своему имению, предоставить избрание сего наследника другому лицу, по его усмотрению? Такие распоряжения нередко встречаются: всего чаще бывает, что муж, назначая имение жене своей в пожизненное владение, предоставляет ей передать это имение при жизни или по смерти своей в собственность тому из детей или родственников, кого она признает достойным. В подобном случае распоряжение завещателя нельзя признать законным. По завещанию наследство от завещателя переходит непосредственно к лицу, избранному его волей. Завещатель не может установить посредственного наследства, и свою завещательную власть не может никому передать за себя по доверию или полномочию. Если указанное завещателем посредствующее лицо получает имение в собственность, как благоприобретенное, то к нему в силу права собственности вместе с оным переходит и завещательное право, и вообще право отчуждения и распоряжения, независимо от особого о сем постановления в завещании первого вотчинника. Если же указанное посредствующее лицо получает имение только во временное владение, то предоставление ему права передать, подарить или завещать имение — от имени первого завещателя — немыслимо. Еще менее возможно предоставить

ние стороннему лицу, не получающему даже во владение своего имени по завещанию, права избирать к сему имению наследника *по завещателю*.

Вышесказанное применяется вполне в назначению наследственному, т.е. к тому случаю, когда завещатель прямо избирает себе преемника в массе своего имущества, или в известном цельном имении. Но особый вид завещательного назначения составляет по закону (прим. к 1011, 1086 ст.) назначение разным лицам выдач из имущественной массы, предоставляемой избранному наследнику. В подобном случае имение *прямо* передается известному лицу (наследнику по завещанию *с поручением* или с обязательством выдать из сего имени, или на счет ценности и доходов его известную вещь, или определенную ценность другому лицу от имени завещателя). Здесь, хотя одаренное лицо приобретает от завещателя и по завещанию, но не прямо, и для осуществления своего права на завещанное должно обратиться к тому, кому по завещанию переходит во власть подлежащее имущество и на кого завещатель возложил повинности исполнения или выдачи. Таким образом, по воле завещателя возникает отношение между двумя лицами, из коих одно, в силу завещания, имеет право требовать, а другое обязано исполнить распоряжение завещателя относительно передачи или выдачи. Это распоряжение, так как и избрание прямого преемника, может быть или безусловное, или условное. В последнем случае условие передачи может быть связано или со сроком, или с возможным событием, или с действием, возможным для одаренного лица, или *даже с усмотрением и выбором* того, на чью обязанность возложена выдача. К подобному назначению не применяются те возражения о законности, кои могут быть сделаны против условных наследственных назначений, ибо здесь нет прямого, непосредственного перехода от завещателя к тому лицу, в пользу коего назначение делается. Имение, в известном своем составе как масса, переходит прямо от завещателя к избранному наследнику, только с известной повинностью; и этот наследник считается собственником всего, с обязанностью выделить из массы известную вещь, или уплатить на счет массы известную ценность подлежащему лицу. Это же последнее лицо не считается со смерти завещателя собственником завещанной вещи или ценности (подобно тому, как прямой наследник или преемник по завещанию), но получает права требовать выдела, выдачи или уплаты от указанного лица, на условии, поставленном в завещании. С этой точки зрения возможными, т.е. непротивозаконными надлежит признать такого рода распоряжения:

Завещаю имение брату моему Ивану с тем, чтобы из сего имени выплачено было детям другого брата моего Петра, буде они достигнут совершеннолетия, десять тысяч рублей.

Завещаю имение сестре моей Прасковье с тем, что если у сына моего Ивана будут дети выдавала бы каждому из них на содержание и воспитание по 200 руб. ежегодно, а по достижении совершеннолетия каждому выдавала бы единовременно по 5000 руб.

Завещаю имение племяннице своей Анне с тем, чтобы внуку моему Ивану, если он по достижении 17-летнего возраста окажется прилежен к учению, пере-

дала мою библиотеку, а в противном случае предоставила бы ее в пользу – ской гимназии.

Имеет ли право владелец благоприобретенного имения, завещая часть оною лицу, коему состоит должным, освободить это лицо от учета соразмерной части долга в наследственную его часть и возложить ответственность в сем долге исключительно на наследников другой части благоприобретенного имения? Напр., Иван завещает благоприобретенное село Покровское Марье, упоминая, что должен ей 5000 руб., и вместе с тем постановляет, что весь этот долг обязан уплатить ей Петр, коему назначается другое благоприобретенное же имение, село Семеновское. Петр не вправе возражать, что соразмерная часть сего долга должна пасть на долю самой кредиторши Марьи, поколику и она состоит наследницей после завещателя. В сем случае завещатель Иван был волен наделить каждого по произволу, и воля его состоит в том, что он Марье, кроме назначенного имения, подарил и ту часть долговой суммы, которая подлежала бы в лице ее наследственному погашению, а Петру назначил имение с повинностью уплатить Марье всю долговую сумму, и на то и на другое завещатель имел право по закону; но если бы село Семеновское было родовое, то это распоряжение завещателя было бы необязательно для наследника, за силой 1086 ст. Зак. Гражд., и Петр вправе был бы требовать, чтобы Марья приняла на себя соразмерную часть удовлетворения в своем долговом требовании на завещателя.

Условие, чтобы наследники, сколько их ни есть, оставались в нераздельном владении имуществом – нельзя, кажется, признать обязательным. Хотя продолжение общего и нераздельного владения зависит от воли и общего соглашения совладельцев имущества, допускающего раздел, но ни в каком случае не может быть для них обязательно, ибо по закону достаточно для возбуждения раздела желание, и одним из совладельцев изъявленное. Согласие (подобно доверию) есть *состояние воли*, которого нельзя вынудить или учинить обязательным, и право требовать себе выдела из общего владения есть существенная принадлежность права общей собственности.

Не подлежит сомнению, что условием, постановляемым в завещании, не могут быть нарушаемы права третьих лиц, от завещательного назначения не зависящие. Таковы права кредиторов не только самого завещателя, но и наследника по завещанию на удовлетворение из завещанного имения. Возможно ли завещателю постановить, что завещанное имение не должно быть обращено на удовлетворение долгов преемника по завещанию, сделанных до приобретения сего имения? Иные полагают, что возможно (таково мнение французского юриста Тролона); но с сим мнением едва ли можно согласиться у нас, тем более что нашему закону неизвестно французское учреждение *séparation des biens*. Имение, перешедшее по наследству, становится собственностью наследника, ответственного за все долги его, требующие удовлетворения, когда бы сие имение ни было им приобретено. По принятии наследства в лице наследника соединяется нераздельно ответвен-

ность по представительству умершего с ответственностью за личные долги самого преемника, и взыскание по личным долгам, с той поры как открылось, может быть обращено на имение ответственного лица, какое только у него в наличности окажется. Основание права кредиторов на вновь приобретенное должником по завещанию имение не приобретается ими вновь и не зависит от воли умершего завещателя. Право их существует само по себе на удовлетворение суммой долга, а средством к удовлетворению служит им все имущество должника.

§ 68

Ограничения в праве оспаривать завещание

Может ли завещатель безусловно лишить законных наследников своих прав оспаривать завещание?

Завещание есть *законное* объявление воли владельца о *его имуществе* на случай смерти (ст. 1010 Зак. Гражд.). Завещатель располагает только тем, на что имеет право, к чему может относиться как хозяин, собственник или владелец. Власть завещателя ни в каком случае не простирается далее пределов гражданских прав его; в сфере прав государственных воля частного человека недействительна. В сфере права гражданского она действительна лишь настолько, насколько объемлет предметы, подвластные воле. Право на чужое имущество, право на действия лиц может принадлежать гражданину или по договору, или по особому отношению, установленному законом. Где ни того, ни другого нет, там завещатель не может установить по своей воле собственный закон к стеснению гражданской свободы другого лица, к лишению его таких прав, которыми оно пользуется в силу общего закона, независимо от воли завещателя, в области прав гражданских. Всякое действие гражданина почитается законным или незаконным в той мере, в какой оно согласуется с предписанием законов или нарушает их, а не в той мере, в какой лицо, совершающее акт, почитает свое действие законным или незаконным. Мерилом законности служит здесь сам закон, воля общественная, а не личная воля частного лица. Если это действие почему-либо может иметь влияние на гражданские права сторонних лиц, то с совершением одного возникает для каждого из сих лиц неотъемлемое право опровергать это действие, доказывать его незаконность и просить об уничтожении его. Отсюда ясно, что ни один завещатель не может в составе завещания воспретить тому, чьи права явно или скрытно, посредственно или непосредственно нарушаются этим завещанием, предъявив против одного спор. Право на иск о наследстве после умершего владельца принадлежит каждому наследнику

неотъемлемо в силу общего закона: доискиваясь наследства и встречая препятствие в завещании умершего, наследник, если почитает его неправильным, может, по тому же закону, доказывать на суде недействительность завещания и просить об уничтожении его. Итак, нет сомнения, что завещатель не может *безусловно* отнять у своего наследника право оспаривать завещание. Сомнение возникает, когда завещатель, не оставляя места законному наследству в своем имении, назначает часть его такому лицу, которое в отсутствии завещания было бы по праву наследником, налагая притом на это лицо непременную обязанность не начинать спора под опасением лишения завещанной доли имения.

А, назвав в завещании имение свое благоприобретенным, одну половину его назначил лицу постороннему Б, а другую сыну своему Ивану, который без этого завещания был бы единственным после него наследником. Завещанием постановлено, между прочим: «сыну моему Ивану решительно воспрещаю, под каким бы то ни было предлогом, оспаривать это завещание. Если же, в нарушение сей моей воли, сын мой предъявит против оногo спор, то тем самым лишается он права на всякое участие в моем наследстве, и часть имения, ныне ему назначаемая, немедленно должна будет перейти к Б». По смерти завещателя сын его предъявил против завещания спор, доказывая, что имение названное в завещании благоприобретенным, есть родовое. Возражая против сего, ответчик Б доказывал в суде, что сам спор не подлежит принятию в силу завещания. Суд признал, однако же, невозможным отвергнуть спор и принял его к рассмотрению. По окончании дела, Б со своей стороны обратился в суд с иском о повороте от Ивана А, в наказание за спор, половины имения, назначенной ему завещателем, и о предоставлении ее в пользу его, просителя, по силе завещания. Подлежит ли удовлетворению такое требование?

Положим, что прежним решением суда все завещанное имение без исключения признано родовым. В таком случае Б лишается всякого права на обратный иск о повороте от Ивана А его наследственной доли. Все имение, как родовое, должно следовать законным наследникам, и ничьи права на это имение, если основаны на завещании, не могут быть действительны; всякое распоряжение завещателя о родовом имении, сделанное мимо законных наследников, почитается недействительным, следовательно, обратный иск Б не должен быть и принят: он уничтожается в самом основании сущностью того решения, которое по иску законного наследника состоялось.

Может случиться, что по решению суда половина имения, завещанная стороннему лицу Б, признана родовой; но другая половина, завещанная законному наследнику, Ивану А, — оказалась благоприобре-

тенной. Распоряжение завещателя о предоставлении родового имения в пользу Б уничтожено, но суд не упомянул в своем решении, что вместе с сим уничтожается и сила запретительного пункта (*clausula poenalis*), помещенного в завещании. Истец Б, потерявший по суду имение, прямо на имя его завещанное, может еще почитать себя в праве отыскивать из владения Ивана А другую половину имения, на его имя А завещанную, в наказание за спор. Такого иска суд не отвергает без рассмотрения: запретительный пункт завещания существует во всей силе; он не покрыт прежним решением суда, и надобно еще рассмотреть, не подлежит ли воля завещателя исполнению в сем отношении?

А не имел права оставлять завещание о родовом имении в пользу лица постороннего. Родовые имения не подлежат *завещанию* (1068 ст.), т.е. не подлежат не только решительному отчуждению в пользу чужеродца, но даже и таким распоряжениям, которые, не касаясь права собственности на имение и порядка наследования, стесняют законных наследников в свободном распоряжении родовым имуществом, следовавшим им по закону. Итак, если завещатель запрещает своему законному наследнику отыскивать завещанного стороннему лицу имущества, которое по свойству своему принадлежит к разряду родовых, то это распоряжение незаконно и недействительно. Если же недействительно запрещение, то не может почитаться действительным и взыскание, положенное за нарушение сего запрещения.

В предыдущих примерах запрещение относилось к родовому имению.

Представим себе еще третий случай: когда оно относилось к имению благоприобретенному. Спор, предъявленный Иваном А на завещание отца, опровергнут судебными местами, и все завещанное имение признано *благоприобретенным*. Имением благоприобретенным завещатель имел право распоряжаться по своей воле, и на этом обстоятельстве истец Б основывает законность своего обратного иска.

Нельзя отрицать, что завещатель вправе предоставить благоприобретенное имение свое избранному наследнику под условием: он не может требовать от него действий противозаконных, но может требовать, чтобы наследник его, если желает удерживать при себе имение, воздержался от действий законных, или дозволенных, лишь бы эти действия не составляли прямой его обязанности. Точнее сказать, А не мог безусловно отнять у своего сына право оспаривать завещание, но мог постановить, что сын в таком только случае получит часть благоприобретенного имения, если не будет спорить. Завещатель не желал, чтобы все благоприобретенное имение его досталось сыну и разделил его между сыном и сторонним лицом: на это имел он полное право. Таким обра-

зом, Иван А в отношении к завещанному имению представлялся уже не законным наследником, а наследником по завещанию, следовательно, был в одинаковом положении с Б, которого права также исключительно основывались на завещании. Иван А мог выйти из этого положения только в таком случае, если бы завещательное распоряжение признано было ничтожным, а имение завещателя родовым; с этой целью и начат им спор, в котором, отвергая одно менее выгодное основание прав своих на отцовское имение, желал он приобрести другое, более выгодное основание. Для того чтобы сделаться законным наследником, истец должен был отречься от завещания, признать его ничтожным; а завещатель объявил, что за это нарушение воли его сын его лишается завещанного имения. Правильна ли такая воля завещателя, это может разрешиться не прежде как с окончанием того самого спора, который был воспрещен завещанием, спора о свойстве завещанного имущества.

Итак, если спорщик успел в своем искательстве, то вместе с завещательным распоряжением о родовом имуществе становится ничтожным и условие, поставленное для приобретения его: законный наследник приобретает это имущество силой закона, мимо завещания, безусловно. Никто уже не имеет права противопоставить ему волю умершего, признанную незаконной.

Но если спор отвергнут, то положение обвиненного истца существенно изменяется. Он не доказал прав своих на имение отца в качестве законного наследника; завещанное имение оказалось благоприобретенным, завещание получило бесспорную силу, — одно из условий завещания лишает заспорившего наследника всяких прав на благоприобретенное имение, и есть лицо, имеющее право требовать, чтобы это условие было выполнено. Нельзя отказать в этом требовании, потому что нельзя стеснить завещателя в свободном распоряжении благоприобретенным имуществом. Могут возразить на это, что странно, с одной стороны, допускать спор на завещание вопреки воле завещателя, а с другой стороны, в исполнение той же воли наказывать за этот спор истца в случае неудачи. Но в сущности здесь нет никакого противоречия. Нельзя не допустить спора, когда дело идет о том, чтобы определить законность того самого распоряжения, часть коего составляет запрещение; но как скоро распоряжение это признано в существе законным, нельзя не признать его исполнительную силу по требованию заинтересованной стороны. Положим, что завещатель, назначая имение законному наследнику, запретил ему предъявлять, напр., ко взысканию заемное письмо третьего лица с тем, что если нарушить запрещение, то должен лишиться в пользу этого должника завещанного имения. Здесь безусловное

запрещение также недействительно, но нет сомнения, что имение завещано условно и что обязанность, возложенная завещателем, должна быть выполнена. Но если бы наследник, получив имение, предъявил ко взысканию заемное письмо и вместе с тем начал бы оспаривать законность завещательного распоряжения, то исполнение этого распоряжения необходимо остановилось бы до разрешения спора.

До сих пор мы имели в виду спор наследника, относящийся к *законности* самих распоряжений завещателя. Но кроме того, наследник может, не касаясь существа завещательных распоряжений, оспаривать внешнее достоинство завещания, доказывать фальшивость акта или утверждать, что он недействителен по несоблюдению установленных форм. Если и в этих случаях спор наследника (Ивана А) отвергнут, лишается ли он в силу завещания права на завещанное в пользу его благоприобретенное имущество?

В этих случаях нет основания признать спор наследника нарушением воли завещателя. Невозможно рассуждать о нарушении воли там, где существует еще сомнение о том, что воля *действительно выражена*. Законное объявление воли владельца о своем имуществе на случай смерти выражается в форме завещания. Форма этого акта столь тесно связана с его содержанием, что, при несоблюдении первой, акт теряет всю свою силу, и не может быть признан *подлинным* выражением воли умершего. Сверх того обстоятельства, сопровождавшие составление акта, и независимо от формы его, могут возбудить сомнение в его подлинности, предположение о подложности его; тогда заинтересованное лицо в праве требовать исследования о предполагаемой фальшивости акта. И в этом и в другом случае истец спорит *не против* воли завещателя, не против *завещания* в собственном смысле, — требует не уничтожения распоряжений, сделанных завещателем, но просит об уничтожении *акта*, который *вовсе не признает*, или не решается признать *завещанием*. Каков бы ни был исход судебного производства по такому спору, — очевидно, что о нарушении воли завещателя может быть речь только с той минуты, когда эта воля сделалась несомнительной, когда акт получил действительное значение завещания.

Подобный вопрос был на рассмотрении Госуд. Сов. в 1873 г. по д. Кривошеина и Крюковской, и получил разрешение в вышеизъясненном смысле.

По делу Турчаниновых разъяснено, что 1301 ст. I ч. X т., устанавливающая бесповоротность отчуждения или залога имения, вполне применяется и к продаже или залогоу, совершенным наследником по

завещанию, утвержденному бесспорно, когда в последствии это завещание будет оспорено и опровергнуто (Касс. реш. 1894 г., № 5).

§ 69

В каких случаях завещательное распоряжение теряет свою силу и действие? – Право приращения между многими преемниками одного имущества.

Завещательное распоряжение теряет свою силу и действие:

1. Когда оно противозаконно и вследствие того подлежит уничтожению (1029 ст. Зак. Гр.)¹.

2. Когда оно лишено смысла, так что невозможно определить ни предмета, ни образа исполнения. Хотя общего правила в сем смысле нет в наших законах, но оно необходимо вытекает из необходимых свойств каждого юридического акта. В нашем законе сказано, что недействительны завещания, учиненные с очевидной ошибкой в лице, или в самом имуществе завещаемом.

3. Когда лицо, в чью пользу назначение сделано, умерло ранее смерти завещателя. Положительного о сем правила также нет в наших законах, но оно составляет прямой вывод из сущности завещательного акта и преемства завещательного, а потому применяется и в нашей судебной практике (см. Ж. М. Ю. 1866 г., т. I, стр. 507; Касс. р. 1873 г., № 201). Завещание получает силу и действие лишь со времени смерти завещателя; до того времени не открывается и не имеет ни малейшего значения чье бы то ни было на завещании основанное право; следовательно, тот, в чью пользу назначение сделано, при смерти своей сам не имея никакого права на завещанное, не может и передать никакого права и своим наследникам. А когда после того умирает сам завещатель, то

¹ Завещательное распоряжение, само по себе несогласное с законом, может получить силу и действие, если признано или осталось неоспоренным со стороны того лица, кому принадлежит право воспротивиться ему или опровергать его. На этом основано в системе права особое учение о признании завещательных распоряжений (см. *Dedekind. Die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Anordnungen. Braunschweig 1872; Schmidt. Anerkennung letzwilliger Verordnungen in Arch. Civ. Pr. 1873*). Полагается, что признавший незаконное завещание не вправе уже потом отвергать его; но те распоряжения, которые закон объявляет безусловно ничтожными и недействительными (как, напр., учреждение фиденкоммисса по франц. зак. Code 896), не могут получить силу и вследствие признания. У нас подобные вопросы возникают на практике при явке завещания когда представляется нужным производить проверку законности распоряжений завещателя. См. выше § 58 и в I томе курса.

назначение, не находя лица, в пользу коего сделано, падает и не может быть перенесено на наследников сего лица, буде и об них не упомянуто в завещании. В наследстве по закону есть право представления, т.е., что досталось бы, напр., сыну, когда бы он был жив, переходит, за смертью его, к его сыну – но не от отца, а от деда, после коего наследство открылось. Ничего подобного нет в завещательном преемстве, которое основано не на законе прямого преемства по крови, но на воле завещателя. Кому назначено, тому и дается, буде он налицо, а когда нет его налицо, то назначение пропадает. Посему если, напр., имущество завещано дядей трем племянникам всем вместе: Петру, Ивану и Григорию, и при смерти завещателя Григория нет в живых, а живы его дети, то детям нет удела в завещанном, а все имущество переходит к Петру и Ивану: доля Григория за смертью его идет в приращение к долям его братьев.

Но преемник, если и пережил завещателя, не всегда приобретает по завещанию решительное право на завещанное имущество, а приобретает только право условное, или право ожидания и требования в назначенный срок, или с наступлением предвиденного события. Если, приняв в этом виде право, преемник не доживет до решительного осуществления оно, может ли он передать своему наследнику это право в том же виде, с той же возможностью или вероятностью осуществления? Здесь необходимо различать два вида условия. 1) По воле завещателя приобретение имущества или передача его в собственность указанного лица может быть поставлена в зависимость от события не верного, а только вероятного, которое может и вовсе не случиться. Напр., Иван поручает своему душеприказчику передать Петру в собственность 10.000 руб., буде он достигнет 30-летнего возраста или буде он вступит в брак. Только с наступлением сего события деньги переходят в собственность Петра; до того он имеет только условное право на эти деньги, только право требовать их с наступлением условленного события. Петр умер, не успев осуществить свое право, ибо условленное событие вовсе не совершилось; со смертью его оно стало уже невозможно, следовательно, и право по завещанию, предоставленное ему, исчезло без остатка, так что ему нечего и передать своим наследникам. 2) По воле завещателя передача имущества поставлена в зависимость от определенного срока или от события, которое непременно должно наступить. Напр., завещатель поручает душеприказчику передать Павлу 10.000 руб. через 3 года по смерти завещателя. В таком случае со смертью завещателя преемник получает верное право на завещанное имущество, непременно должное осуществиться, следовательно, умирая прежде осуществления, он имеет что передать и своему наследнику. Правила сии опреде-

лены положительно в иностранных законодательствах. В нашем законе их нет, но у нас, без сомнения, они могут быть приняты в руководство на практике, ибо истекают из сущности завещательного преемства.

4. Очевидно, что если завещанного имущества не оказалось при смерти завещателя в его владении, то и завещательное назначение падает. Буде некого обвинить в его незаконном присвоении или похищении, то надобно предположить, что завещатель при жизни сам распорядился сим имуществом, стало быть, самым делом отменил свое назначение. Если завещанное имущество погибло, истребилось, утратилось без остатка уже по смерти завещателя, то назначение также теряет силу, буде некого обвинить в растрате или гибели.

5. Без сомнения, всякий волен отказаться от принятия завещанного имущества, буде считает оное для себя неудобным или невыгодным, и в таком случае завещательное назначение теряет силу.

6. Назначение теряет силу, если то лицо, в чью пользу оно сделано, оказывается юридически неспособным к принятию или приобретению завещанного. Неспособность эта может быть личная, по закону, или по смыслу условия, с коим приобретение связано (напр., если деньги завещаны лицу на случай вступления его в брак, и уже при смерти завещателя оказывается, что подлежащее лицо юридически или физически неспособно к браку).

7. Завещательное распоряжение теряет свою силу, когда завещательный *акт*, в котором оно содержится, признан недействительным или утратил свою силу за истечением земской давности. Кто не просил в течение 10 лет о приведении в действие завещания, не вступив притом и во владение завещанным имуществом, тот, по общему закону, теряет право на иск об имуществе на основании завещания. Может возникнуть сомнение о том, когда открывается право на сей иск и с какой поры следует исчислять начало земской давности. Иные полагают, что начало давности следует исчислять со дня смерти завещателя, так как вообще с этого времени право на наследство по завещанию почитается открывшимся (ср. Касс. р. 1869 г., № 1032), но открытие права на наследство нельзя в этом случае смешивать с открытием права на иск. В первом смысле — минута смерти завещателя имеет значение потому, что к этой минуте (как и в наследстве по закону) преемник по завещанию может возводить права свои на наследственное имущество, но и это правило не безусловно, ибо не применяется ко всем случаям завещательных отказов (см. ниже § 72). Однако завещание, как акт, выражающий последнюю волю, не получает еще законного признания, законной обязательной силы со смертью завещателя. Оно приобретает эту силу лишь с той поры, как засвидетельство-

вано в подлинности. Итак, иск по завещанию становится возможным лишь с этого момента, и потому никак *не ранее* его должно быть полагается начало давности для предъявления такого иска (ср. Касс. реш. 1872 г. № 1223). *Не ранее*: но может быть и позже, так как по особым условиям завещательных отказов и назначений право иска для заинтересованного лица может и не соединяться со вступлением в силу завещания, но может быть отдалено до известного срока или события (ср. § 72), так что в каждом из подобных случаев требуется, по соображении со свойством завещательного назначения или с особым его условием, определить, с какого именно момента открывается право на иск и начинается течение давности.

Когда распоряжение, помещенное в завещании, по смерти завещателя оказывается недействительным, возникает вопрос: кому следует имущество или ценность, бывшая предметом этого распоряжения? Вопрос разрешается лишь отчасти нашим законом. В 1110 ст. Зак. Гр. сказано: наследство переходит к наследнику по закону, когда завещательные распоряжения признаны будут недействительными. Эта статья имеет в виду прежде всего завещание во всей его целости. Если завещание все признано недействительным, то имение идет к наследникам по закону. Далее — статья эта может быть бесспорно приложена к отдельному завещательному назначению, когда оно, по смыслу завещания, поставлено независимо от других назначений и относится к отдельному имуществу. Завещатель назначает одно имение Ивану, другое — Петру; первое назначение остается в силе; последнее, по той или другой причине, недействительно, не может осуществиться. Ясно, что имение, назначенное Петру, остается вне воли завещателя, и потому следует воле закона — идет к наследникам завещателя. Далее этого простого начала, выраженного в 1110 ст., наше законодательство не идет, и это понятно, ибо закон наш вообще не делает различия между назначением наследника к имению и назначением имущества в пользу разных лиц (*inst. heredis* и *legatum*); тем еще менее различает между собою отказы по их качественному и количественному значению в массе целого наследства и в намерении завещателя. Однако же такое различие, возникая из существа отношений, возбуждает вопросы и пререкания о праве, требующие разрешения. Нетрудно решить, что отдельное имение, назначенное отдельному лицу, буде не может перейти к нему по воле завещателя, переходит к законному наследнику. Но как быть, если имение назначено нескольким лицам вместе, совокупно, и назначение оказывается недействительным лишь относительно одного из сих лиц? Здесь возможно состязание прав, и если наследник по закону потребовал бы себе выбылую часть из совокупного назначения, те лица, в пользу коих оно совокупно сделано, могут возразить: воля завещателя была отдать имение нам всем

совокупно. Как быть, если имение назначено одному лицу с возложением на него денежной выдачи, выдела или повинности в пользу другого лица, и оказывается, что назначение относительно сего последнего лица недействительно? Здесь наследник по закону, если бы и предъявил свою претензию на имущество или ценность, бывшую предметом сего подчиненного назначения, ему возразили бы, что он не вправе подставить себя вместо того, в чью пользу назначение сделано, а в качестве наследника по закону не может устранить того, кому завещано имущество с отнесением повинности на это имущество, и что устранение повинности должно обратиться в пользу того, кому досталось имущество. Для разрешения множества подобных вопросов римское право выработало систематическое учение о приращении (*accrescentia*, *accroissement*) наследственных и завещательных уделов, т. е. о праве соучастника в наследственном преемстве или в завещательном назначении — воспользоваться долей другого соучастника, когда последний оказывается неспособным или не желает принять ее¹. Не вдаваясь в тонкости этого учения, возбуждавшего великое множество сложных пререканий в юридической казуистике, приведу два главных руководящих правила по сему предмету, принятые в иностранных законодательствах и в юридической практике. Основанием приращения служит *совокупное* и нераздельное призвание нескольких к преемству в одном и том же имуществе и в одном нераздельном назначении. Отсюда следует, *во-1-х*: когда из числа нескольких назначений, отнесенных к одному имуществу, одно представляется главным и основным, а другие в связи с ним представляются подчиненными и зависящими (каковы, напр., выдачи и отказы из имущества, назначенного указанному лицу), то подчиненное назначение, буде упадет, обращается в состав главного назначения: стало быть, тот преемник, на коего вместе с преемством было возложено исполнение подчиненных назначений, пользуется прибытком от устранения повинности, на него возложенной. *Во-2-х*: когда имущество назначено нескольким лицам вместе и совокупно без всякого разделения, недействительность назначения относительно одного из соучастников обращается в прибыль всем прочим; но если видно, что намерение завещателя было назначить каждому из соучастников свою долю или определить каким-либо качественным или количественным признаком удел каждого, то приращения нет, и особенный удел выбывшего участника становится вне завеща-

¹ Критику принимаемых обыкновенно оснований приращения см. в статье Фиттинга: *Zur Lehre vom Anwachsungsrechte* в *Arch. Civ. Pr.* 1874 г. Фиттинг выводит, со своей стороны, такое правило приращения: всякий раз, когда лицо, призываемое к наследству, не оказывается в действительности наследником, право наследства разумеется в таком виде, как бы этого лица вовсе никогда не было.

тельного права. Оба эти правила представляются столь ясными и прямо вытекающими из сущности завещательного права, что могут, без нарушения закона и начал, в нем выраженных, служить руководством и у нас для юридической практики. Возьмем, напр., следующий случай. Мать завещает имение четырем сыновьям: Ивану, Петру, Федору и Григорию с тем, чтобы каждому из них принадлежала в том имении четвертая часть, но Григорий умер прежде матери, оставив двух сыновей – Павла и Кузьму. По смерти матери, как всем этим лицам по справедливости разделить имение? Павел и Кузьма не могут получить всю часть, назначенную в завещании отцу их Григорию, ибо права Григория на $\frac{1}{4}$ часть имения основаны на завещании, а завещание в отношении к нему не состоялось, ибо он умер прежде завещательницы. Но несправедливо было бы эту четвертую часть Григория обратить исключительно в пользу трех остальных его братьев, ибо завещательница прямо выразила волю свою, что каждому из братьев следует только $\frac{1}{4}$ часть имения. Итак, эта четвертая часть остается вне завещания и обращается к наследникам по закону, делясь опять на 4 части, из коих три следует Ивану, Петру и Федору, как прямым наследникам, а одна четвертая достанется Павлу и Кузьме по праву представления за умершего отца их Григория. Итак, при разделе, если цену всего имения положить в 16.000, Иван, Петр и Федор получают по 5000, а Павел и Кузьма вместе 1000.

При обсуждении законности и действительности завещательного распоряжения необходимо брать его в целости и в той необходимой связи, в которое оно определено волей завещателя с тем, чтобы решить: *эта воля*, в том смысле, как она изъявлена, по отношению к целому распоряжению, согласна ли с законом. Но несправедливо было бы расторгать отдельные части целого распоряжения, состоящие между собой во взаимной связи, и каждую обсуждать в отдельности. Случается иногда, что одна из составных частей целого распоряжения оказалась, независимо от воли завещателя, невозможной в исполнении и потеряла свой интерес фактически: в таком случае несправедливо было бы признавать эту часть как бы вовсе несуществующей и затем другой части того же распоряжения, неразрывно связанной с первой, придавать самостоятельное значение. Это значило бы произвольно извращать волю завещателя, придавая ей в осуществлении совсем не то значение, какое она имела в сознании завещателя, значило бы прилагать мерку закона не к подлинной воле завещателя, а к произвольному выводу из этой воли. Вот пример. Ушаков завещал свое имение Александре Изосимовой, а по ней детям ее в вечное и потомственное владение. Сама Изосимова умерла прежде завещателя, оставив детей, а когда умер завещатель, возник вопрос о законности его распоряжения и о праве детей на имение, завещанное матери их, а после нее – им, в собственность. Распоряжение это, в целости своей, несогласно с 1011 ст. Зак. Гражд., и внешнее событие – смерть Изосимовой – несколько не изменяло сущности юридического отношения, создан-

ного волей завещателя. Но в суде состоялось следующее решение: по силе примечания к 1011 ст. распоряжение о дальнейшем переходе имени *недействительно в том случае*, когда завещанное имущество, поступив во владение наследника, делается по смерти его уже родовым (смысл закона выражен неверно: закон устанавливает правило *не на этот только случай*, но объясняет решительное свое запрещение этим соображением, на все запрещенные случаи распространяемым). Но в настоящем случае – продолжает решение – первая часть завещательного распоряжения Ушакова, о предоставлении имущества Изосимовой, осталась вовсе неосуществленной, а как наследство открывается лишь со смертью завещателя, то очевидно, что по смерти Ушакова *оставалась действительной* (здесь фактическое последствие внешнего события смешано с юридическим определением воли) только вторая часть его распоряжения о передаче имущества детям Изосимовой, которые и д.б. признаны *непосредственными* наследниками его по завещанию в имении, не сделавшемся родовым...

О толковании воли завещателя см. вообще § 74. Случаи приращения см. в § 74, примеч. й.

§ 70

Исполнение завещания. – Назначение душеприказчиков. – Сущность душеприказничьего звания. – Права, обязанности и ответственность душеприказчика. – Примеры из судебной практики. – Исполнение завещания наследниками.

Завещания исполняются: 1. душеприказчиками и 2. самими наследниками, по воле завещателя (1084 ст.).

О правах, обязанностях и юридических отношениях душеприказчиков вовсе нет постановлений в нашем законе. Только с формальной стороны определено, что душеприказчики не могут быть свидетелями под завещанием (1054), что в карантинных завещаниях не могут быть назначаемы душеприказчиками карантинные чиновники и служители (1085). Кроме того, в Уст. Гр. Суд. изъяснено, что иски, на завещании основанные, предъявляются к душеприказчикам и что душеприказчики вправе искать по всем тем предметам, по коим, в силу завещания, принадлежит им сие право или по коим иск необходим для исполнения возложенных по завещанию распоряжений. В Уст. почтов. (449) упоминается о праве душеприказчиков получать с почты деньги, присланные умершему, с разрешения высшего почтового начальства. Скудость постановлений о душеприказчиках составляет положительный недостаток в нашем законе. На практике возникают нередко вопросы по сему предмету, для разрешения коих нет указаний в законе, а потому у нас в осо-

бенности необходимо, и в отсутствии положительного постановления о душеприказчиках, дать себе отчет, в чем состоит существенное право и обязанность душеприказчика.

Душеприказчик принимает на себя *поручение* от завещателя. Сущность поручения состоит в распоряжении имением и делами, для исполнения последней воли завещателя. Для сего нужно полномочие, которого сущность и пределы определяются или прямым постановлением в завещании, или сущностью тех распоряжений и действий, кои возложены на душеприказчика. Напр., если ему поручено устроить дела и превратить имение в капитал, то он, без сомнения, имеет право отчуждать имение продажей и выдавать на оное купчие крепости. Душеприказчик имеет, конечно, право требовать передачи имущества, вверенного его распоряжению, или от наследника, прямо вступающего в наследство, или буде такого наследника нет, или все имение предоставлено распоряжению душеприказчика, может по смерти завещателя непосредственно требовать от подлежащих властей описи и передачи имущества в силу завещания. Соответственно свойству и содержанию завещательного распоряжения душеприказчик имеет право на уплату долгов и на предъявление исков по завещателе.

Никого нельзя принудить к званию душеприказчика. Следовательно, назначение кого-либо душеприказчиком в завещании еще не обязательно для сего лица. Нужно согласие его на принятие сего звания, и всякий может от него отказаться. Если же кто, быв назначен и извещен о назначении, по вступлении завещания в силу, не отказался, то приступил к распоряжениям в силу сего звания, тот, буде впоследствии откажется, не свободен от ответственности за последствия своего позднего отказа.

Наш закон не полагает никакого препятствия – 1) назначению нескольких душеприказчиков; 2) – назначению душеприказчика из числа наследников и из числа лиц, в пользу коих делается назначение по завещанию. Но едва ли было бы действительно назначение душеприказчика из таких лиц, кои не имеют права обязываться договорами. Назначение душеприказчика, равно как и поверенного, есть дело личного доверия. Посему звание душеприказчика есть личное. Невозможно допустить передачу сего звания по наследству и по воле самого душеприказчика. Если бы сам завещатель уполномочил душеприказчика назначить себе преемника или передать свое звание другому, такое распоряжение не могло бы иметь силу в виду тех интересов, в коих должен действовать душеприказчик по воле завещателя. В общем порядке действие личного доверия и поручения прекращается со смертью доверителя: относительно душеприказчика допускается исключение, ибо этот вид

поручения и воспринимает и удерживает свою силу за пределами жизни доверителя. Но такое доверие предполагается лишь от лица к лицу – на те действия, которые имел в виду завещатель, и юридическое отношение вовсе изменилось бы и вышло бы из своих законных пределов, когда бы возможно было еще распространить силу сего непосредственного личного доверия за пределы жизни душеприказчика или за пределы личной его деятельности. В доверенности между живыми возможно право передоверия, покуда живо лицо, которое во всякую минуту может, по усмотрению, отменить свою волю. Но в завещании воля, однажды определившись относительно известного предмета, уже не имеет возможности выразиться вновь¹.

Нет, однако же, препятствия назначать душеприказчика в подставу, т.е. второго, на случай отказа, или смерти первого. Но в случае отказа или смерти назначенного душеприказчика нельзя заменить его другим лицом, по распоряжению правительственной власти. Распоряжение, для коего назначен душеприказчик, исполняется в таком случае наследником по завещателе.

Душеприказчик может быть уполномочен только на такие действия, которые можно совершать через поверенного. Поэтому нельзя признать законным предоставленное душеприказчику право избрать наследника завещателю в том или другом имении. Уполномочие, даваемое душеприказчику, может простираться или на все имение завещателя, или на некоторую часть его; поручение может быть определительное, в пользу известных лиц, или на указанные цели. Если душеприказчику поручено, напр., распорядиться по усмотрению его имуществом на благотворительные цели в пользу благотворительных учреждений, раздать деньги по церквам и т.п., такое распоряжение само по себе не представ-

¹ В Сborn. Сен. реш. (т. II, № 717) встречается такой случай. Чайников предоставил все имение в распоряжение матери своей с тем, чтобы она, обратив все в наличный капитал, внесла 1 тыс. руб. в пользу церквей, выплатила поименованные назначения сторонним лицам, остальные деньги употребила на свое содержание и, если бы по смерти ее осталось еще что-либо из сего капитала, обратила бы оное в пользу церквей и бедных. По смыслу завещания мать завещателя нельзя признать наследницей, а токмо исполнительницей завещания, с правом на содержание (alimenta) из завещанного имения. Через несколько времени по смерти завещателя Чайникова передала завещанное имение стороннему лицу, Рукавишникову, дарственной записью, под условием исполнения всех обязанностей на том имении, лежавших в силу завещания. Сенат оставил эту дарственную запись в силе, назначив только Рукавишникову срок для исполнения распоряжений по завещанию. С этим рассуждением нельзя, однако же, согласиться: сама Чайникова не имела права собственности на имение, следов., не могла и передать его; не могла передать и лично предоставленного ей права на содержание из имения; не могла передать и приведение в действие воли завещателя, основанное на личном к ней доверии.

ляется противозаконным. Сомнение относительно законности возникает, если душеприказчику вверяется имущество для употребления по его усмотрению или с известной ему целью, без положительного объяснения, на какой предмет или для какой цели назначается имение. В таком неопределительном поручении невозможно различить, какие права предоставляются душеприказчику, который является уже в качестве независимого владельца и распорядителя имением, не имея, однако, звания собственника: такая обширность прав, предоставляемых поручением, кажется, выходит уже из пределов юридического отношения, связанного со званием душеприказчика.

Предполагается, что душеприказчик действует не в свою пользу и связан возложенным на него поручением. Отсюда возникает ответственность душеприказчика перед теми, в чьем интересе возложено на него поручение, и вообще перед наследниками завещателя. Ответственность эта неодинаковая. Относительно ответственности перед лицом интересующим в исполнении поручения, надлежит заметить, что она не есть личная, основанная на личном обязательстве душеприказчика, и потому лицо, получившее по завещанию отказ или дар через посредство душеприказчика, не имеет права взыскивать с него как бы личный его долг, но имеет право требовать от душеприказчика себе удовлетворения лишь потоплику, поколику душеприказчик имеет средства удовлетворить его из завещанного имущества, следовательно, имеет право требовать от душеприказчика отчета в его действиях по исполнению последней воли умершего, и душеприказчик всегда имеет возможность отвергнуть требование, если докажет, что сам не получил имущества, и не по вине своей. В этом смысле справедливо, что деятельность душеприказчика не может быть безотчетная. Если есть в виду лицо, которое, по содержанию завещания, имеет право требовать от него исполнения последней воли, то душеприказчик не может быть устранен от обязанности дать этому лицу отчет в своих действиях, поколику оные относятся до его интереса (см. о сем реш. Касс. Департ. 1868 г., № 78; 1873 г., № 578). Если бы даже сам завещатель, прямо назначив известному лицу отказ через душеприказчика, освободил сего последнего от отчетности и ответственности, такое постановление не имело бы обязательной силы и не могло бы изменить законной сущности того отношения, которое возникает в силу завещательного назначения между подлежащим лицом и душеприказчиком. Если бы даже, без прямого означения лица, в пользу коего делается отказ, душеприказчику дано было общее поручение употребить имение в пользу, напр., благотворительных учреждений, то и в таком случае, с той минуты, как душеприказчик объявил назначение в пользу того или другого учрежде-

ния, это учреждение получит право требовать от него исполнения и отчета; а если бы душеприказчик, получив имение в свое распоряжение, медлил самым выбором и назначением в исполнении воли завещателя, — власть, имеющая государственное попечительство над учреждениями сего рода, могла бы обратиться к душеприказчику с требованием объяснений и понуждать его к исполнению воли завещателя (ср. 1090 ст.).

В ином виде представляется ответственность душеприказчика относительно наследников умершего завещателя. Если по смыслу завещательного распоряжения наследник завещателя имеет интерес по имуществу, зависящий от действий душеприказчика по исполнению возложенного на него поручения, то наследник без сомнения имеет прямое право требовать от душеприказчика отчета: в сем случае есть прямое юридическое отношение между душеприказчиком и наследником. Но если наследник не имеет ровно никакого материального интереса в поручении душеприказчика и в его действиях (может быть законный наследник, напр., сын, ровно ничего не получивший после завещателя), — и весь интерес его состоит только в исполнении воли умершего, т.е. имеет только нравственное значение, — вправе ли будет он требовать от душеприказчика отчетности в точном исполнении последней воли умершего? Кажется, не вправе, ибо такое требование не нашло бы себе соответственного места ни в нашей системе судебных исков, ни в ряду каких-либо особых административных внесудебных требований¹.

Наследники завещателя требовали от душеприказчика отчета в употреблении сумм на указанные в завещании предметы, утверждая, что затем остались еще в руках его ценности, подлежащие распределению между наследниками. Душеприказчик возражал, что наследники имели бы право требовать отчета лишь в том случае, когда бы имущество отказывалось в безусловное его распоряжение, а не тогда, когда указана цель распоряжения и его границы. Но Сенат признал (Касс. р. 1872 г., № 1000), что когда имущественные интересы законных наследников зависят от действий душеприказчика по исполнению возложенного на него поручения, то от них не может быть принято право требовать от него отчета.

Должность душеприказчика по существу своему безвозмездная и не предполагает вознаграждения, однако и не исключает возможности вознаграждения: нет повода отрицать право завещателя положить вознаграждение душеприказчику; если же оно не положено, то душеприказчик не имеет права требовать возмездия за труды свои. Может быть

¹ Едва ли основательно Сенат по одному делу (Сборн. Сен. реш. II, № 539) рассуждал, что «в законах нет воспрещения передавать имущество благоприобретенное в распоряжение душеприказчиков, освобождая их от всякой ответственности перед наследниками в употреблении завещанных денег, вещей или всякой другой благоприобретенной собственности».

сделано ему и назначение имущества с тем условием, чтобы он принял на себя обязанность душеприказчика, но в таком случае, отказываясь от обязанности, лишается он права и на отказанное имущество. С другой стороны, принимая поручение в чужом деле, хотя бы из нравственного побуждения, душеприказчик обязывается вести это дело на свой счет, на свои издержки. Издержки эти он имеет право обратить на счет имущества завещателя, в котором распоряжается.

Обязанность душеприказчика прекращается с окончательным исполнением порученного ему дела. Срока закон ему не полагает. Однако с правом требовать от него отчетности соединяется и право побуждения и даже право взыскания, буде окажется *по вине его* ущерб имущества; но, конечно, взыскания в меру того интереса, который предоставлен по завещанию заинтересованному лицу. Без положительного определения в законе невозможно, однако, признать за сим лицом или за наследниками завещателя право требовать устранения душеприказчика, разве бы оказалось с его стороны недобросовестность или злой умысел. Если бы оказался он сам в признанной несостоятельности, и тогда едва ли можно при действующем у нас законе требовать безусловно его устранения¹.

Если душеприказчиков не назначено, то завещательные назначения исполняются наследниками *по воле завещателя*. Если особой на сие воли не изъявлено, то лица, в пользу коих сделано назначение, без сомнения, вправе требовать исполнения от тех, кто принял имение после завещателя в качестве наследника, ибо наследник, во всяком случае, ответственно представляет личность умершего вотчинника.

А. Вот несколько постановлений из судебной практики об обязанностях душеприказчиков. По делу Энгеля душеприказчики по завещанию Тишевской, быв известны о споре наследников против завещания, выдали суммы, по завещанию назначенные. Впоследствии, за уничтожением завещательных распоряжений, велено суммы сии взыскивать с получивших оные, а при несостоятельности их, с душеприказчиков, коих было два, с каждого половину, поколику оба участвовали в выдаче (Сб. Сен. реш. т. I, № 119). По делу Ивашкевича (там же № 285) признано, что Дворянская Опека правильно отказала душеприказчикам Яхимовича в увольнении от принятой ими на себя по завещанию обязанности продать имущество и удовлетворить долги завещателя. По делу Попова (там же № 338) признано, что хотя Попов уполномочил душеприказчиков быть в точности исполнителями завещания под ответственностью перед законами государственными, но сие не дает правительству права требовать от душеприказчика подробного отчета по таким выдачам, размер и количество коих положительно в завещании не определены, а предоставлены собственному усмотрению душе-

¹ Случай устранения душеприказчика за недобросовестное распоряжение см. в реш. по д. Хитрово. Юрид. Вести. 1869 г., № 10.

приказчиков, подлежащих по сим действиям ответу только перед собственной своей совестью. По делу Вахтина (там же № 432) Сенат устранил душеприказчика от предъявленного к нему иска Калиничевой о деньгах, назначенных ей в выдачу по завещанию, так как все имение умершего поступило к его наследнику, а душеприказчики не имели в своем распоряжении ни имущества, ни капиталов завещателя. По делу Горбуновой (там же № 518) Сенат признал, что в распоряжении Лохвицкой о предоставлении душеприказчикам распорядиться по их усмотрению имеющими выручиться от продажи дома деньгами и остальным имуществом, за сделанными из оного назначениями, не заключается никакой ошибки ни в лице, ни в завещаемом имуществе, которая делала бы завещание Лохвицкой недействительным. По делу Барановича Сенат (Сб. Сен. реш. т. II, № 101) признал душеприказчика, по неопределенному назначению в пользу церкви, отчетным перед местным епархиальным начальством.

Б. В решении Сената по делу Шуринова (Журн. Мин. Юст. 1866 г., № 7) изъяснено, что по смыслу 1084 ст. Зак. Гражд., всякое лицо, на которое возлагаются какие-либо обязанности по исполнению завещания, если это лицо не сам наследник, почитается душеприказчиком. Ср. Касс. реш. 1879 г., № 205.

В. В решении Сената по делу Машенко (Касс. реш. 1868 г., № 308) сказано: ни в 1084 ст. Зак. Гражд., ни где-либо в наших законах нет такого правила, чтобы смерть одного из душеприказчиков лишала другого права исполнить выраженную в завещании волю завещателя насчет оставшегося после него имущества.

Г. По делу Жданова Сенат (Касс. реш. 1869 г., № 612) признал, что право душеприказчика по утвержденному завещанию не требует еще особого судебного признания и утверждения, подобно тому, как сие требуется относительно наследства, и не следует в сем случае требовать, чтобы все те места и лица, коим назначены выдачи через посредство душеприказчика, особенно предъявляли лично за себя суду права свои на получение завещанного.

Д. По делу Савинова Сенат (Касс. реш. 1869 г., № 319) признал, что душеприказчик, удержав без согласия Савинова завещанный ему капитал 1000 руб. и выплачивая ему оный частями в течение нескольких лет, мог быть присужден к уплате Савинову неустойки и процентов за удержание, на основании 641 ст. Зак. Гражд. В деле Никитиной (Касс. реш. 1873 г., № 119) завещатель поручил душеприказчику капитал в 5000 руб., назначенный внукам Поповым, внести до совершеннолетия их в кредитное установление. Вместо того душеприказчик отдал капитал матери малолетних, как природной их опекунше (хотя она и не была назначенной опекуншей). Мать умерла, не оставив следа капиталу, и по иску Поповых, с душеприказчика присуждено взыскание, в пользу их, того капитала.

Е. Решением Сената (Касс. реш. 1869 г., № 227) по делу Покровского признано, что по силе 991, 1010, 1084 ст. Зак. Гражд., 1 и 25 ст. Уст. Гражд. Суд. душеприказчик, в силу одного поручения, которое принял на себя при составлении завещания, не вступает в личное и непосредственное обязательное отношение к тем лицам, коим предопределено в завещании имущество, но отвечает перед ними, по смерти завещателя, в том, что после сей смерти действительно оказалось и что было законно принято душеприказчиком; следовательно – для

обращения к душеприказчику ответственности в завещанном имуществе недостаточно одной ссылки на завещание, но необходимо и удостоверение в том, что душеприказчик вступил в распоряжение завещанным имуществом. Для обращения на него личного взыскания за завещанное имущество, буде его не оказалось, недостаточно одной открывшейся для душеприказчика возможности требовать сие имущество: надлежит еще иметь удостоверение, что он своим бездействием или упущением утратил сию возможность.

Ж. По д. Мильвида 1 Общ. Собр. Сен. (реш. 20 марта 1867 г.) признало обязанность наследников гр. Плалера, бывшего с 1835 г. душеприказчиком завещательницы Фитингоф, дать отчет ее наследникам в исполнении возложенного на него поручения по продаже имений и по уплате долгов завещательницы. По сему иску и присуждены с них суммы, по коим они не могли оправдать расхода, именно: за доходы с дома, часть денег, полученных от продажи имения и за движимость, и т.п. В позднейшем решении 1874 г., по иску наследников о неправильности произведенных Плалером платежей, Сенат, в Общ. Собр., отверг требование истцов, что ответчики обязаны оправдать свои уплаты удостоверением формальности документов или полицейскими и судебными приговорами о взыскании. По рассуждению Сената завещательница не налагала на душеприказчиков обязанности удовлетворять такие только долговые требования. Но, с другой стороны, душеприказчики поставлены в обязанность удостоверять уплаты расписками и доказывать существование долга по каждой уплате.

3. В Касс. реш. 1873 г., № 578 и 1878 г., № 263 признано, что душеприказчик во всяком случае обязан представить отчет наследникам и что распоряжение завещателя о безотчетном распоряжении имуществом со стороны душеприказчика — незаконно.

§ 71

Исполнение завещаний разными учреждениями и через правительство.

Независимо от душеприказчиков и наследников закон упоминает в особенности об учреждениях, коим завещатель может поручить исполнение своей последней воли, и о тех, которые независимо от такого поручения имеют право наблюдать за исполнением некоторых распоряжений завещателя.

Завещания, отдаваемые на хранение в Опекунский Совет, исполняются Советом, когда таковое распоряжение предоставлено ему волей завещателя и когда вверенное им завещание заключает в себе *единственное распоряжение* о капиталах, внесенных до 1860 года в Сохранную казну (1087). Московский Попечительный Комитет Человеколюбив-

вого Общества исполняет завещания, внесенные в оный для хранения и сопряженные с пользой призреваемых им бедных (1088).

Окружной суд по предъявлении к утверждению завещания с пожертвованием в пользу богоугодных заведений и вообще на предметы общественной благотворительности, или пользы, препровождает выписки из завещаний прокурору для сообщения в подлежащие ведомства. Выписки из завещаний, когда они заключают в себе точное означение предмета, на который делается пожертвование, или же когда в них указано учреждение или должностное лицо, в распоряжение коих оставляется завещанное, сообщаются прокурором подлежащим приказам общественного призрения, земским управам, городским общественным управлениям или другим учреждениям, по принадлежности, с указанием места пребывания душеприказчиков или лиц, предъявивших завещание. Выписки же из завещаний, не заключающих в себе точного означения предмета, на который должно быть обращено приношение, сообщаются местному, по нахождению завещанного имущества, губернскому правлению для ближайшего надзора за исполнением завещания и принятия в свое заведование завещанного имущества, впредь до имеющего последовать распоряжения о порядке употребления оно. Приказы общественного призрения, губернские правления, земские управы, городские общественные управления и другие учреждения о каждом из таких завещаний доводят немедленно до сведения Министерства внутренних дел, наблюдают за исполнением сделанных в их пользу завещательных распоряжений и сносят, с кем следует, о передаче завещанного имущества. Тем из пожертвований, которые сделаны в завещаниях без точного указания предмета употребления, когда притом не указано ни учреждение, ни лицо, в распоряжение коего оставляется завещанное, Министерство внутренних дел дает определенное назначение, о чем и сообщает к исполнению подлежащим учреждениям или губернским правлениям. В случае нахождения пожертвованного имущества в разных губерниях на Министерство внутренних дел возлагается и сам надзор за приведением завещания в исполнение. В тех случаях, когда пожертвование сделано, хотя и без точного указания самого способа употребления завещанного имущества, но цель пожертвования, указанная завещателем в общих чертах, относится до предметов ведомства других министерств, а не Министерства внутренних дел, назначение способа употребления завещанного и наблюдение за приведением духовного завещания в исполнение возлагаются на то министерство, к ведомству коего предмет относится (Зак. Гражд. ст. 1090–1094).

Относительно исполнения завещаний в пользу лютеранской церкви, Уставом Иностр. Исп. постановлено, что назначение завещателя соблюдается в точности и может быть изменено лишь с Высочайшего разрешения тогда, когда сам завещатель на эту перемену согласен или когда употребление имущества по назначению окажется невозможно (ст. 604); о праве принимать и разрешать принятие завещанного см. там же, ст. 605–610, 1011, прил. к 124 ст. п. 10.

Об имуществах и капиталах, отказываемых в пользу римско-кат. духовенства и духовных учреждений Царства Польского лицами, умершими после Высоч. указов 27 окт. 1864 г. и 14 дек. 1865 г., см. П. С. Зак. № 49042.

Об оставлении в пользовании греко-униатского духовенства капиталов, завещанных в пользу его с условием поминовений и других духовных обязанностей см. П. С. Зак. № 49666.

О порядке исполнения распоряжений завещателя, долженствующих иметь действия бессрочно, ср. указ о специализировании капиталов по завещанию Гр. Аракчеева. П. С. Зак. № 47244.

А. По делу Попова (Сборн. Сен. реш. т. I, № 338), в коем городская Дума требовала от душеприказчиков отчета о выдачах в пользу бедных жителей города, Сенат признал, что Дума права на иск не имеет, ибо выбор бедных для раздачи денег предоставлен на волю душеприказчикам. По делу Жернакова (Сб. Сен. реш. II, № 776) Сенат нашел, что завещанием назначено свободные за указанными выдачами суммы обратить на предметы благотворительности, по усмотрению душеприказчика, но не указано благотворительных учреждений, в кои должно поступить имущество, ни местности, в коей они находятся, следовательно, суд. место, по поводу явки завещания, не было обязано сообщить выписку из оногo в Приказ Общественного Призрения.

Б. Леванидов, назначив имение племяннику, возложил на него обязанность давать ежегодно на церковь в селе Купичеве, с богадельней и госпиталем при сей церкви, 500 руб. По возникшим между церковным причтом и наследниками пререканиям о том, кому следует выдавать назначенные деньги (что не определено в завещании), Сенат (Сб. Сен. реш. II, № 438) определил: сумму 500 руб. разделить на три равные части, из коих одну вносить в пользу церкви, а остальные две владельцам имения употреблять на призрение бедных и престарелых, возложив наблюдение за сим на губернское начальство.

В. По завещанию Войнилович (Сб. Сен. реш. II, № 366) проценты с капитала, завещанного на поминовение души в Раичанской римско-католической церкви, положено обращать, за передачей сей церкви православному духовенству, в ближайший к имению римско-католический приходский костел.

Г. Отец назначил по себе наследником сына, возложив на него обязанность в течение 15 лет производить денежные выдачи поименованным лицам и отправлять другие повинности. Сын, вступив во владение имением, умер прежде 15-летнего срока и завещал имение избранному наследнику, вменив ему в обязанность исполнить все то, что по завещанию отца на него самого возлагалось. Сенат (Сб. Сен. реш. II, № 427) не нашел повода к уничтожению сего завещания, под предлогом неисполнения всех возложенных на последнего завещателя обязанностей.

§ 72

Приобретение по завещанию. — Когда оно совершается.

Право на завещанное имущество приобретает с минуты смерти завещателя. Имущество приобретает тем, кому завещано, непосредственно от завещателя; посему, для того чтобы право перешло и приобретение совершилось, необходимо, чтобы в минуту открытия права по завещанию, т.е. в минуту смерти завещателя¹, то лицо, кому завещано имущество, находилось в живых или было по крайней мере в зачатии (1160 ст. Зак. Гражд.).

Наследник по завещанию имеет право на завещанное имущество со времени смерти завещателя, когда бы ни вступил в действительное владение. Между смертью завещателя и оглашением завещания и явкой назначенного наследника может быть промежуток довольно продолжительный. Если в течение сего промежутка имение не имело законного хозяина собственника, то явившийся наследник по завещанию может требовать себе имущество, как оно было в минуту смерти завещателя, т.е. со всеми доходами и приращениями с того времени. Но если до явки его объявились после завещателя наследники по закону и введены во владение имением, то они не отвечают наследникам по *домашнему* завещанию ни в доходах, ни в управлении, доколе по явленному завещанию не будет открыт спор установленным порядком (по буквальному смыслу статьи открытием спора надлежит признать подачу прошения в суд, хотя справедливее было бы в сем случае началом ответственности признать заявление требования или спора наследнику). Не уничтожается даже отчуждение имущества наследниками по закону, если они успели продать или заложить его: наследник по завещанию в таком случае имеет право лишь на взыскание денег, полученных от продажи или залога, и то без процентов. Кроме того, бывший законный владелец имеет право требовать возмещения издержек на усовершенствование имения или на новые в нем заведения, сделанных до открытия спора (1300–1302 ст.). Надлежит, однако же, заметить, что все эти постановления относятся лишь до наследников *по домашнему* завещанию, и по буквальному смыслу статей и мнения Государственного Совета 1829 г. (№ 3134), из

¹ Хотя завещание вступает в исполнительную силу лишь со времени засвидетельствования оно, но наследство по завещанию почитается открывшимся со времени смерти завещателя (ср. Касс. реш. 1869 г., № 1032, 1873 г., № 1554).

кого статьи извлечены, не касаются наследников по крепостному завещанию. Правда, что нынешняя форма крепостных завещаний введена у нас лишь с 1831 года; однако и в 1829 году, когда состоялось приведенное имение Государственного Совета, форма крепостных (т.е. совершаемых у крепостных дел) завещаний не только существовала и была в употреблении, но и считалась основной формой; домашние же завещания допущены были в виде особенной облегчительной формы.

Если завещательное назначение сделано под условием, от которого поставлено в зависимость получение завещанного, то право на завещанное имущество может почитаться приобретенным лишь с наступлением условия; дотоле подлежащему лицу принадлежит только условная возможность приобретения, и буде она предоставлена ему только лично, и он сам до смерти своей не успел приобрести действительного права, то эта возможность приобретения не переходит на его наследников.

Есть особое правило о завещаниях, коими передается или уступается авторское право: закон говорит, что преемник обязан объявить о сем (кому?) и предоставить надлежащие доказательства в течение года со смерти завещателя: тогда только преемник вступает во все права законного наследника. Неясно, достаточна ли для сего обыкновенная явка завещания или требуется какое-либо особое объявление (см. Зак. Гражд., ст. 420, прим. 2, прил. ст. 6).

Выше объяснено было, что наш закон не устанавливает никакого различия между назначением наследника, или отказом всего имущества и отказом отдельных вещей или имуществ, равно как между преемником того или другого — наследником и легатарием. Это различие вытекает, однако же, из свойства и хозяйственного положения самих имуществ, назначаемых завещателем, и из материальных условий овладения и перехода. Очевидно, что когда назначается известному лицу масса имуществ или имущество, имеющее совокупную цельность, овладение им может совершиться просто и непосредственно; напротив того, когда из целой массы или совокупности вещей, достоящейся одному лицу, предполагается одну вещь, выделив, передать другому лицу, тогда овладению со стороны сего последнего должен предшествовать выдел из массы отдельно назначенных вещей. Отсюда следует уже по существу отношения, что преемник отдельной вещи, входящей в состав целой совокупности вещей, должен обращаться с требованием выдела и передачи к тому лицу, к кому перешла по завещанию вся совокупность. Так, напр., если Ивану назначена библиотека, входившая в состав движимости умершего, назначена денежная сумма из числа капиталов умершего, Иван должен требовать выдачи от того, кому вся движимость досталась или кому достались капиталы (буде завещатель не возложил выдачу на

особливо указанное лицо). Если назначена Ивану библиотека, находящаяся в известном имении, требовать выдачи приходится от того, кому это имение досталось. Если назначенная вещь при жизни и по воле самого умершего вотчинника получила отдельное положение, вне совокупности вещей, к коим она первоначально принадлежала, то назначенный преемник вещи может ее требовать от всякого лица, у кого она в руках находится, прямо на основании завещания. Напр., если завещатель предоставляет Ивану собрание картин, временно поставленное завещателем у Петра, Иван может, на основании завещания, прямо требовать выдачи этих картин от Петра.

Весьма важен вопрос о том, когда совершается приобретение отдельной вещи, назначенной по завещанию, тем, кому она назначена? К сожалению, вопрос сей оставлен нашим законом без ближайшего определения, и в недостатке прямого разрешения, трудно найти данные для разрешения его по соображению с другими частями законодательства. Правда, закон говорит, что право на открывшееся наследство принадлежит наследнику со дня смерти владельца, и переход завещательный уподобляет во многих случаях наследственному, но этих указаний недостаточно. Невозможно все-таки признать преемника отдельной вещи наследником по завещателю в том же смысле в каком признается наследником преемник наследственного имения, ибо, как выше изложено, преемник отдельной вещи не вступает в обладание ею непосредственно, но получает в сущности право требовать по завещанию эту вещь от того, к кому она непосредственно перешла, или у кого в удержании находится. Итак, надлежит, кажется, признать, что вотчинное право на отдельные завещанные вещи переходит к назначенному преемнику не в силу закона, прямо от завещателя, по смерти его, подобно наследству, а лишь с передачей и овладением. Относительно движимых вещей заключение это согласуется с 534 и 1510 ст. 1 ч. X т.: итак, если бы лицо, от кого надлежало требовать передачи, по назначению, завещанных вещей, успело, прежде требования и передачи, распорядиться этими вещами и продать или подарить их в сторонние руки, назначенный по завещанию преемник вправе только требовать от ответственного по завещанию лица вознаграждения за ценность вещи и за убытки, но не может разрушить совершившегося отчуждения, если не доказано будет, что в сем отчуждении обе стороны действовали недобросовестно или со злым умыслом. Относительно недвижимости, составляющей предмет отдельного отказа, последствия будут в сущности те же. Если предметом завещательного назначения служит цельное недвижимое имущество, имеющее отдельное хозяйственное и юридическое значение в массе

всех имений умершего, то назначенный преемник в сущности будет наследником по завещанию, и вотчинное право переходит к нему от завещателя непосредственно, а завещание служит *единственным* актом перехода; иного акта для перехода и иной, личной передачи не требуется; следовательно, со вступлением в силу завещания преемник имения может вступить и в обладание оным непосредственно. Здесь решение вопроса о приобретении зависит от вопроса о том, подлинно ли завещанному имению можно присвоить хозяйственную и юридическую цельность, не требующую выдела из массы, с которой оно – случайно, произвольно или необходимо – соединяется (напр., может быть вопрос о том, имеет ли такую цельность лесная дача, особо устроенная и отмежеванная, в составе дачи, к коей она, по плану генерального межевания или по хозяйственному распоряжению владельца, приписана). Итак, когда нет сомнения о цельности и отдельности назначенного имения, надлежит признать, что вотчинное право на оное переходит к назначенному преемнику с самой смерти владельца. Однако и тут, если откроется, что наследник по закону принял уже это имение, не ведая о завещании, и успел продать или заложить оное, то проданное и заложенное не поворачивается (см. выше о 1301 ст. Зак. Гр.).

Взгляд на дело существенно изменяется, когда назначенное по завещанию недвижимое имущество не имеет цельности и отдельности в минуту смерти завещателя, и может получить это свойство не иначе как посредством выдела, т.е. действием воли того, кому все имение достается, совокупно с волей того, кому часть оного назначена. Напр., если сказано: имение мое, село Катериновку, с принадлежащими к оному хуторами и землями, завещаю Ивану, Федору же назначаю из сего имения 30 десятин земли и предоставляю воспользоваться из Давыдовской лесной дачи лесом для постройки на сей земле усадьбы; или просто, не говоря о законном наследнике Катериновки Иване: Федору назначаю из имения моего Катериновки 30 десятин. В этом случае Федор получает землю от завещателя, и не иное что, как сие завещание, служит для него основанием приобретения (следовательно, и пошлины, буде нужно, повинен он платить с одного только перехода); но вотчинное право его на завещанную землю приобретается им не иначе как по выделу и передаче от Ивана, к которому он и должен обратиться, следовательно, если бы Иван добросовестно успел передать в сторонние руки все завещанное имение до требования Федора и до выдела ему 30 десятин, Федор вправе требовать от Ивана только денежного или материального вознаграждения за отчуждение. Если Иван – преемник имения по завещанию, то можно предположить, что при отчуждении всего имения третьему лицу, и это третье лицо сово-

купно с Иваном действовало недобросовестно; тогда уже по причине этой недобросовестности, а не в силу вотчинного права можно на это третье лицо возложить повинность выдела, лежавшую на Иване.

Когда в пользу лица, не принадлежащего к числу наследников, завещаны известные, в наличности состоящие имущества, отдельные вещи или капиталы, имеющие в массе имуществ отдельное бытие, то эти имущества поступают к подлежащему лицу со всеми своими приращениями; так, напр., по билету кредитного установления, означенному числом и номером в завещании, капитал поступает со всеми накопившимися процентами, коих не успел взять завещатель и о коих нет отдельного распоряжения. Но если в завещании назначена выдача денежная не из существующей в наличности отдельной суммы, но вообще из имущества, то эта выдача становится обязательством, лежащим на том лице, к кому перешло имущество или кому вверено для исполнения распоряжений. Право требовать сей выдачи подлежащее лицо получает немедленно по вступлении в силу завещания (если выдача не отсрочена завещательным условием), но повинное к выдаче лицо в таком только случае отвечает за приращения, проценты и т.п., когда доказано будет умедление к выдаче, по его вине происшедшее.

§ 73

Последствия приобретения. – Ответственность наследников и преемников по завещанию за долги умершего завещателя.

По общему правилу справедливости и закона наследник отвечает за долги умершего. Кто взял и должен, тот обязан отдать и удовлетворить; чужое присвоить себе нельзя по произволу, и уплата важнее дара – таковы бесспорные требования справедливости; стало быть, наследник в сущности может считать своим только то, что может считать *чистым*, после умершего. Преемник по завещанию получает имущество от умершего вотчинника, как и наследник, даром и по преемству, следовательно, поколику умерший вотчинник обязан был из сего имущества удовлетворить долги свои, потолику обязан и преемник, хотя бы по завещанию. Завещатель умер, не очистив долгов, следовательно, несправедливо было бы изъять от ответственности за эти долги какую-либо часть оставшегося имения, только по той причине, что умерший должник пожелал ею облагодетельствовать избранное со стороны лицо – такое благодеяние было бы не правое, если бы могло совершиться на счет людей, которые *в своем* не получили удовлетворения от умершего.

Итак, вообще имение умершего вотчинника, переданное или распределенное по завещанию, не может быть изъято от ответственности за

долги его¹. Умерший делал их на счет общего своего кредита, соединенного с понятием о его состоятельности к платежу, а это понятие, при вступлении в долги и принятии обязательств, утверждалось на соображении всей массы его имущества. Стало быть, и по смерти его на всей массе *оставшегося* имущества должна лежать ответственность за долги его. Прямой вывод отсюда следующий: как скоро обнаружилось, по смерти завещателя, законное на него требование, масса его имущества должна быть готова к ответственности; если она уже материально распределилась между преемниками по завещанию, необходимо *идеально* совокупить ее. Каждый из участников в приобретении по завещанию сносит свою долю приобретенного имущества в общую массу, для удовлетворения долга; а по удовлетворении долга изо всего — только то возвращается чистым к участнику приобретения, что осталось за равномерным удовлетворением долга из массы. Если по удовлетворении ничего чистого не останется, но все пойдет на уплату, никто не вправе жаловаться, ибо никто не обижен; взыскатель получил все, что могла вынести и покрыть своей ценностью масса имуществ умершего должника; назначенные преемники не получают ничего обратно, ибо все, что каждому было назначено, пошло на очищение долгов умершего владельца. Стало быть, все, что завещатель думал отдать каждому и что каждый надеялся получить в свою пользу, исчезло в окончательной ликвидации имущества и долгов умершего. По ликвидации каждый остался при своем. Имя умершего отделилось от него совсем на долги. Преемники по завещанию не обогатились по завещанию ничем против того, что имели до кончины завещателя.

Справедливо, но общий наследственный закон идет еще того далее, переступая материальные границы имущества и ценности, закон наваливается на личности умершего, в коей сосредоточена, без ограничения мерой имущества, совокупная ответственность должника за все свои долги и обязательства, в кои вступал он своим кредитом. Закон предполагает, что наследник, вступая в наследство, становится преемником не только известного имущества, но и всей юридической личности умершего со всем его кредитом и со всей ответственностью, соединяя с тем и другим нераздельно свою юридическую личность, свой кредит и свою ответственность. В силу этого предположения и у нас закон постановляет (1259 Зак. Гр.), что к принявшему наследство переходит

¹ Это признается постоянно судебными решениями. Напр., см. Сб. Сен. реш. т. I, 399. Т. II, № 312, реш. по делу Талызина Ж. М. Ю. 1863 г., № 5. Касс. реш. 1868 г., № 610, 777. 1874 г., № 190. 1880 г., № 34.

обязанность платить долги умершего, соразмерно наследственной доле и даже, в случае недостатка (наследственного) имущества, ответственность собственным капиталом и имуществом.

Не встречая у себя в законах особого определения об ответственности преемника по завещанию за долги умершего завещателя, мы вправе, однако же, с полной достоверностью заключить, что преемник по завещанию не может быть изъят от сей ответственности. Оправданием сему заключению служат как вышеизложенные общие соображения, так явно признаваемая нашим законодательством аналогия между преемством по наследству и по завещанию¹. Но в какой мере эта ответственность упадет на преемника по завещанию, и следует ли распространить на нее во всех случаях вышеприведенное правило 1259 ст., т.е. должен ли преемник по завещанию так же, как законный наследник, отвечать, соразмерно принятому от завещателя имению, и собственным капиталом и имением? Общее заключение в сем смысле, когда нет положительного указания в законе, было бы неосновательно, ибо преемство по завещанию может быть неодинаково. Когда по завещанию одно лицо назначено единственным преемником всей массы имущества после завещателя, тогда можно допустить полную аналогию завещательного преемства с законнонаследственным, ибо наследник по завещанию заменяет здесь вполне наследника по закону, и если законный наследник не получил никакого наследства, то этому виной единственно воля завещателя. Такой наследник, приняв завещанное имущество, без всякого сомнения заменяет вполне законного наследника и подходит, в своей ответственности за долги умершего, под правило 1259 ст. Зак. Гр. Идем далее: если после умершего все родовое имение, вне завещания, досталось законным наследникам, а все благоприобретенное, по завещанию, досталось одному избранному лицу, опять, кажется, не подлежит сомнению, что преемник по завещанию должен разделить с наследником по закону ту же самую ответственность. Если бы завещания не было, то имение, включенное в завещание, досталось бы законному наследнику с полной ответственностью, следовательно, с одной стороны, кредиторы умершего не должны терпеть ущерба в осуществлении своих прав от того только, что *завещатель* должник распорядился завещать часть своего имущества; с другой стороны, нет основания законному наследнику подвергаться усугубленной ответственности в пользу преемника по завещанию. Наконец, если бы завещатель предоставил не одно-

¹ Преемство по завещанию закон во многих статьях именует наследством. См., напр., ст. 1063, 1300, 1302 Зак. Гражд.

му только лицу всю массу своего имения, но распределил ее между несколькими, назначив одному одно цельное имение, другому – другое и т.п., то и в сем случае преемников по завещанию, если только они могут считаться *непосредственными* преемниками, нельзя освободить от такой же, т.е. полной ответственности, ибо все они вместе или заменяют законных наследников, или совокупно с законными принимают после умершего вотчинника всю массу его имуществ, следовательно, самим делом и значением прав своих подходят под силу той же 1259 ст. Но буде лицо, в пользу коего сделано отдельное назначение, не может, по свойству сего назначения, считаться непосредственным преемником завещателя, получая по завещанию лишь право требовать выдачи, передачи или выдела, то несправедливо уже было бы и такое лицо подвергать ответственности *одинаковой* с ответственностью законных наследников и прямых преемников по завещанию, ибо эти лица уже вовсе не находятся в юридическом положении наследников.

Но за всем тем эти лица, и не будучи наследниками, все-таки воспользовались, по воле завещателя, некоторой (иногда весьма значительной) ценностью из принадлежавшего завещателю имения. Не следует ли, по этой причине, привлечь их к ответственности за долги умершего, хотя в той ценности, которой стоило полученное ими по отказу имущество? Единственное на этот предмет правило заключается у нас в 1259 ст. Зак. Гражд., которая разумеет наследников, а лица, коим назначена посредственная выдача по завещанию, не вполне подходят под понятие о наследниках и о наследственном представительстве, и назначенная им выдача имеет значение завещательного дара, иногда вознаграждения за услуги или действия, но не значение наследства. Однако же из судебной практики видно, что и такие лица подвергаемы были взысканию в качестве наследников. Можно указать на решения Сената, в коих признано, что лица, которым назначены по завещанию денежные выдачи, должны быть привлекаемы к соразмерной ответственности за долг завещателей, *в качестве наследников* (Касс. реш. 1868 г., № 777; 1879 г., № 294; 1886 г., № 60). Такое рассуждение, если разуместь его в смысле безусловной ответственности, едва ли справедливо. Лицо, коему назначена выдача денег или ценного предмета, по всей справедливости, не следует подвергать ответственности свыше той ценности, которая досталась ему по завещанию.

А. В Касс. реш. 1872 г., № 624 изъяснено, что время составления завещания не имеет никакого значения для преемника по завещанию относительно ответственности его за долги завещателя, так как преемство возникает и ответственность определяется лишь в минуту смерти завещателя, и потому долги,

сделанные завещателем как прежде, так и после составления завещания, одинаково остаются на ответственности наследника.

Б. В силу 1086 ст. Зак. Гражд. преемник завещанного благоприобретенного имени, из коего завещателем положены денежные выдачи сторонним лицам, обязывается произвести эти выдачи в точном смысле воли завещателя. В Касс. реш. 1872 г., № 1223 изъяснено, что на нем лежит безусловная ответственность, т.е. он повинен отвечать за все, хотя бы сумма выдач превышала стоимость принятого имущества. Едва ли основателен, в таком безусловном смысле, вывод, делаемый этим решением из 1086 ст. Мера ответственности преемника зависит, во всяком случае, от свойства его преемства, которое не всегда может быть уравнено с преемством наследственным (см. выше § 72), и от условий, на коих сделано назначение. Выведенное Сенатом положение неоспоримо в том случае, когда выдачи возложены на лицо, коему предназначено все имущество завещателя, но когда выдачи возложены самой волей завещателя на особо выделенное из массы и предназначенное отдельному лицу имущество, то справедливо будет и ответственность преемника в сем имуществе за выдачи ограничить пределами ценности этого имущества: ни в 1086, ни в других статьях Зак. Гражд. не высказано прямого начала, которым оправдывался бы противоположный вывод.

В. Преемник по завещанию отвечает и в денежных выдачах сторонним лицам, но отвечает в той мере и в тех условиях, как они возложены на него завещателем и как сим последним определено право стороннего лица, кому выдача назначена. Если для выдачи не означено иного основания, кроме дарственной воли завещателя, то она падает на преемника безусловно и бесспорно; преемник не вправе входить в разбор побуждений, которыми завещатель мог руководствоваться, и опровергать те фактические или юридические данные, из коих могли исходить побуждения, определившие *дарственную* волю завещателя. Если в распоряжении о выдаче выставлены, кроме дарственных, иные основания, но такие, которые вполне и исключительно зависели от личного сознания завещателя о его *обязанности* относительно стороннего лица, — преемник по завещанию также не вправе входить в противоречие с волей завещателя и опровергать ее; напр., когда завещатель (благоприобретенного имени, о родовом ср. выше § 63) сознает свой долг стороннему лицу и возлагает на преемника уплату этого долга, преемник не вправе опровергать сознание завещателя своим сознанием, не вправе доказывать, что сознание завещателя происходило от ошибки, или заблуждения о событиях, или о праве. Но если завещатель именно выставляет в оправдание выдачи *юридические* основания, которые зависят не от одного личного сознания своей обязанности, но и от сознания своих прав и чужой обязанности, — в таком случае нельзя не признать, что преемник может опровергать точность и основательность этого сознания завещателя о праве на чужие действия, ему принадлежащем. Преемник не лишается этой возможности даже и в том случае, когда распоряжение завещателя основано на предположении о принадлежащем ему праве на действия самого того лица, кому назначается имение и на кого возлагается выдача. Напр., если завещатель говорит: деньги, которые я

должен Ивану, заплати ему, – преемник повинен платить беспрекословно. Но если завещатель сказал так: деньги, которые *ты* мне *должен* по заемному письму, отдай такому-то, – преемник не лишен права отрицать существование долга или доказывать, что он уже погашен, и требовать от противной стороны удостоверения в существовании долга, не довольствуясь личным сознанием завещателя о своем праве. Разумеется, однако, что право преемника может быть в этом отношении ограничено положительной волей завещателя.

Вдова Тарновская в завещании 1851 года написала, что отец ее занял у нее 10.000 руб. по заемному письму, да у мужа ее 14.000 руб., что муж ее передал свою претензию ей же, что долг этот остался не уплачен, что отец ее, при смерти, возложил уплату того долга на преемника своего по завещанию, племянника Егора Алексеева, и потому завещала Елене Горленковой получить эти деньги с Егора Алексеева. Очевидно, что в этом завещании не было ничего юридически обязательного для предполагаемого должника: оно означало только дарственную передачу по завещанию предполагаемой претензии стороннему лицу – Елене Горленковой.

Но в следующем году Тарновская составила другое завещание, коим передала свое имение (притом еще родовое) тому же Егору Алексееву, причем писала, что *просит* его должные ей отцом ее деньги выплатить, по ее назначению, Елене Горленковой. По смерти завещательницы Егор Алексеев, приняв имение, стал утверждать, что означенный долг, если существовал когда-либо, должен считаться погашенным, и требовал от взыскательницы удостоверения всех тех фактов, из коих в первом завещании выводилось существование того долга. Горленкова же отвергала свою обязанность доказывать существование долга, утверждая, что Алексеев, в лице коего совпадает должник Тарновской с ее наследником, повинен исполнить волю завещательницы беспрекословно. Указываемого совпадения в деле нет, ибо если Алексеев бесспорно наследник, то неизвестно еще, должник ли он завещательницы, и свидетельства ее одной, при его отрицании, для удостоверения о сем недостаточно. Затем вопрос об обязанности его платить, по силе одного завещания, разрешается теми выражениями завещания, коими возложена на него выдача, а как она возложена на него *не безусловно*, то и нельзя лишить его права требовать от взыскательницы доказательств существования долга. В сем смысле дело и было разрешено Сенатом (8 Деп. 27 мая 1869 г.). Но в Общем Собрании, в 1874 г., состоялось решение в противоположном смысле.

Г. Когда имение завещано не в собственность, а в пожизненное владение, может возникнуть вопрос: в какой мере пожизненный владелец, не имея права собственности и не считаясь прямым наследником по завещателе, повинен отвечать за него из имения, состоящего в пожизненном его владении? Ответственность эта может относиться: а) специально к повинностям и обязательствам, падающим на имение, которое состоит в пожизненном владении; б) вообще к долгам умершего завещателя. На этот вопрос, в последнем предмете, наше законодательство отвечает только по имениям, поступающим в пожизненное владение к одному из супругов по завещанию супруга (Зак. Гр. 533¹ и след.).

По первому предмету решение проще, и закон определяет, что пожизненный владелец отправляет все повинности, по закону лежащие на имении, — государственные, общественные и земские; что долги, обеспеченные сим имением, с него взыскиваются; что все срочные обязательства, переходящие вместе с имением к пожизненному владельцу, остаются в своей силе до истечения сроков. Но упадают ли они вообще на ответственность пожизненного владельца, о том ничего не сказано и не разъяснено, что следует разуметь под словом «обязательства, переходящие вместе с имением». Что обязательства эти не теряют своей силы, в этом нет и не могло быть сомнения, но кто должен решительно отвечать по ним, какие из них имеют решительный характер, — вот вопрос, решение коего неясно по тексту закона. Напр., если бы умерший завещатель заключил договор о поставке леса из имения, назначенного в пожизненное владение, кто должен отвечать по контракту в поставке леса? Кажется, должен отвечать, т.е. должен исполнять договор натуральной поставкой, пожизненный владелец сего имения. Но когда бы завещатель сам, прежде своей смерти, по сему самому договору впал в неустойку, спрашивается, повинен ли платить ее пожизненный владелец? Очевидно, что это обязательство, возникшее из личного действия или бездействия умершего завещателя, есть его личное обязательство и не обеспечено на имении, а потому к нему, равно как и ко всем долгам умершего завещателя личным, не обеспеченным на известном имении, прилагается известное правило закона, что те же долги разлагаются ко взысканию с пожизненного владельца и с наследников прежнего вотчинника, по соразмерности с имением, поступившим к первому в пожизненное владение, а к последним в собственность. Закон наш здесь не объясняет, на каких началах должно производить распределение и в чем должна состоять соразмерность одного, ибо вотчинное право собственности само по себе *несоизмеримо* с правом временного владения, и привести права сии в соразмерность можно не иначе, как приведя то и другое право в цену, сравнив то и другое с неизменной для обоих денежной единицей. В таком случае право собственности на имение по всей справедливости должно представлять капитал, а временное владение известную сумму процентов с сего капитала. Ср. I том сего курса § 61, 62. Касс. реш. 1873 г., № 1674.

§ 74

**Взаимное соответствие распоряжений завещателя. —
Оставление законного в силе при уничтожении того, что
незаконно. — Толкование завещаний. — Примеры из практики.**

Статья 1029: «Если в завещании допущены распоряжения, законам противные, то сии распоряжения суть недействительны; но при сем все распоряжения, законам не противные, остаются в своей силе».

Смысл этого закона не допускает никаких сомнений, если завещание содержит в себе простое только распределение имущества между назначенными лицами, без всяких условий, и если распоряжения завещателя не состоят между собой во взаимной связи, так что удобно могут быть отделены одно от другого и исполнены, каждое в отдельности. Напр., если завещатель распорядился не только благоприобретенным, но и родовым имением в пользу чужеродца, – для всех будет очевидно, что распоряжение об одном имении, как законное, остается в силе, а о другом, как незаконное, должно быть уничтожено.

Но нередко случается, что воля завещателя относительно одного и того же лица и того же имущества выразилась в таком распоряжении, которое в одной своей части законно, а в другой, по воле завещателя, неразрывно связанной с первой, незаконно. В этом случае может возникнуть вопрос: подлежит ли уничтожению такое распоряжение во всем своем составе, как выражающее нераздельную волю завещателя, или только в одной части, признаваемой незаконной?

Некоторые полагают, что в подобных случаях разделять волю завещателя значило бы изменять ее произвольно. По нашим законам, завещатель имеет право распоряжаться своим благоприобретенным имуществом, как ему угодно, и если воля его об имуществе выразилась условно, то исполнительная власть не вправе превратить эту условную волю в безусловную. Напр., он назначил свое имение в полную собственность племяннице с тем, чтобы по смерти ее оно перешло к другому, указанному им лицу. Последняя часть этого распоряжения составляет нарушение закона, и потому не может быть приведена в действие. Или завещатель назначает стороннему лицу денежную выдачу с тем, чтобы это лицо обязалось к действию, запрещенному законом, напр., жене, с тем, чтобы не жила со своим мужем. В том и другом случае обе части распоряжения составляют совокупно единое действие воли завещателя: владелец назначает имение племяннице, но с тем вместе назначает его после нее другому лицу; он имел в виду предоставить двум лицам последовательно право собственности на свое имение: перенести это право исключительно на одно лицо значило бы истолковать волю завещателя не в том смысле, в каком она выражена. Денежная выдача сама по себе – распоряжение не противное законам, но она поставлена в необходимую связь с исполнением незаконного действия. И в том и в другом случае ясно видна *цель* завещателя, и в этой цели состоит сущность распоряжения; а как эта цель незаконна, то все распоряжение, во всей своей целости, должно быть уничтожено, а не одна часть его, с оставлением в силе другой, что было бы несогласно с волей завещателя.

С этим мнением нельзя согласиться: оно не соответствует ни духу, ни буквальному смыслу закона. Завещание не есть договор. При суждении о законной действительности договора обращается главное внимание на цель его (ст. 1529 Зак. Гражд.). Если побудительная причина к заключению договора есть достижение цели, запрещенной законом, то весь договор признается ничтожным в целом составе; то же должно разуметь об условии, имеющем незаконную цель и составляющем отдельную часть контракта; оно уничтожается вполне и нераздельно. Внутренний смысл этого постановления состоит, конечно, в том, что договор заключается по обоюдному согласию сторон, и каждая сторона предполагается виновной — одна в том, что предложила, другая в том, что приняла условие незаконное; разрушением одной части условия и оставлением в силе другой было бы нарушено единство целого акта, которое без нового свободного соглашения обеих сторон, без новой сделки, не может быть восстановлено. Напротив того, в завещании действует воля одного завещателя; при жизни его она не имела нужды ни в какой сделке, а по смерти не имеет возможности сама себя истолковать и исправить. Наследник, не принимающий участия в составлении акта, не должен и отвечать за помещенные в нем незаконные условия, не должен за чужую вину лишаться выгод, предоставляемых ему даром. Основательно предполагать, что завещатель, назначая ему этот дар, имел в виду главным образом выгоду его, а не ущерб, желал сделать ему добро, следовательно, назначение имущества составляло главную, существенную часть распоряжения. Таково было воззрение римского права, всюду принятое, и нет повода думать, что оно не может быть применимо и у нас. В отношении к завещанию, и наш закон говорит не об общей цели всего акта и не о целом распоряжении, касающемся одного лица или имущества, но просто о *распоряжении*, постановляя безусловно, что распоряжение законное остается в силе, а незаконное уничтожается: итак, когда в одном и том же распоряжении незаконная часть его, относясь к законной как прибавок к целому или как случайное к существенному, может быть от нее отсечена, не уничтожая материальной или формальной возможности исполнения, то нет и препятствия приступить к исполнению распоряжения в законной его части. Напротив, если незаконное составляет в завещательном распоряжении главную, существенную часть, так что без исполнения ее не может быть приведена в действие и другая часть, сама по себе непротивозаконная, то все распоряжение разрушается в целом своем составе. Напр., когда по завещанию крестьяне с землей увольнялись в сословие вольных хлебопашцев с обязанностью платить ежегодно вдове завещателя определенную сумму, первая часть завеща-

ния была недействительна, как незаконная, но и последняя также была ничтожна, ибо без соблюдения первой не могла быть исполнена. Такой же результат, т.е. уничтожение целого распоряжения, будет в том случае, когда завещатель положительно выразился, что имущество не может сделаться достоянием избранного наследника, если исполнение условия окажется юридически невозможным: здесь обе части распоряжения неразрывно связаны волей завещателя, прямо выраженной. Совершенно иное видим в примерах, приведенных нами вначале. Завещатель ясно выразил тут волю свою, предоставив имение племяннице *в полную собственность*; но этим одним выражением завещатель, так сказать, исчерпал всю полноту вотчинных прав своих на завещанное имение, и не мог идти далее, не мог уже ничего убавить из них или прибавить к ним; сказав, что передает племяннице все свое вотчинное право, не мог в тоже время ограничить его определением дальнейшего перехода. Здесь вторая часть распоряжения не есть дополнение первой, а *противоречие* первой, и притом такое, которое в юридическом смысле устоять не может. Нельзя в одно и то же время и подарить безусловно, и отнять, дать полную волю и ограничить ее. Здесь в сущности два распоряжения об одном и том же имении: одно из них существенное, полное, исключительное, согласное с законом, остается в своей силе; другое, как незаконное противоречие первому, отсекается.

Какая именно связь между постановлениями завещания и условиями распоряжений, это зависит от истолкования внутреннего смысла завещания. Весьма важно удостовериться, какая была цель завещателя, что он имел в виду, постановляя свое распоряжение, в чью пользу постановил льготу, или ограничение, и кого именно при сем имел в виду одарить или облагодетельствовать; что именно *главное* в его распоряжении и что *придаточное*. В главном воля завещателя, конечно, подлежит исполнению, если придаточное лишается своей силы по незаконности.

Толкование завещания может быть строгое и буквальное, или широкое и свободное, по внутреннему смыслу и совокупности частей. Где закон склонен предпочитать законное наследство завещательному и допускает завещание лишь в виде исключения, там свойственное толкование строгое и придирическое; напротив, где закон благоприятствует завещанию, полагая впереди всего волю завещателя, там свойственное широкое толкование. Таково было римское толкование завещаний, таково должно быть и наше, ибо наш закон также, по общему началу, ставит завещательное назначение впереди законного наследства и старательно охраняет соблюдение воли умершего.

Истолкование истинной воли и намерения завещателя — дело суда, которому приходится, в каждом отдельном случае, соображать особливые его обстоятельства, вникать в истинный смысл выражений, принимать во внимание особенности характера и отношений завещателя, иногда нрав его и привычки

выражаться и действовать. Итак, это дело разума и искусства, в коем невозможно заранее указать общие правила в руководство суду, и нигде закон не полагает таких правил. Где принята в судопроизводстве система отмены (кассации) судебных решений, там соображения суда по сему предмету признаются неподлежащими проверке со стороны кассационного суда. Но если бы суд, в истолковании завещания, поставил себе в руководство общие правила, то уже надлежало бы по необходимости и высшему суду войти в проверку правильности и основательности этих руководственных правил.

Однако же судебная практика, руководствуясь указаниями римского права и судебных авторитетов, выработала и по этому предмету (подобно тому как и по теории доказательств) некоторые указания: все эти указания клонятся к возвышению духа и разума над буквой, стремятся не к стеснению, а к расширению необходимой свободы судейского соображения. Так, напр., принято, что если завещателем употреблен ошибочный термин, или одно слово употреблено вместо другого, но истинное его намерение явствует несомненно по содержанию завещания, то ошибкой в одном слове или выражении не должно стесняться. Двусмысленное слово справедливо истолковывать в смысле, наиболее соответствующем общему смыслу целого распоряжения и всего акта и намерению завещателя.

Истолкование завещания, конечно, должно быть прежде всего по словесному его смыслу: в словесном содержании исключительно надлежит искать изъяснения воли и намерения завещателя. Однако же это правило применяется на практике не безусловно. К определению воли завещателя ничто не может служить источником и материалом, кроме самого завещания; но когда сомнение относится до подробностей и до предметов этой воли, и по теории, и на практике допускается возможность искать разъяснения во внешних обстоятельствах, кроме словесного смысла завещания, и употреблять к сему доказательства всякого рода. Так, напр., невозможно доказывать ни актами, ни свидетелями волю завещателя вопреки или в дополнение словесному смыслу завещания; но могут возникнуть вопросы такого рода: кого разумел завещатель под употребленным в завещании именем или прозванием? В каком размере надлежит, по справедливости и по роду отношений, назначить завещанное, но неопределенное числом, содержание тому или другому лицу, находившемуся на содержании и попечении у завещателя при его жизни? В подобных случаях нельзя не допустить возможность разъяснения и определения воли посредством актов, свидетелей и т.п. (ср. Demolombe. *Traité des testaments*, т IV).

Для истолкования договоров закон обыкновенно устанавливает некоторые общие правила. Многие расположены применять эти правила и к истолкованию завещаний; но когда положительный закон не предписывает сего применения, его можно позволять себе лишь с крайней осторожностью, и во всяком случае лишь в виде пособия, а не в силе руководства; ибо правила для истолкования договоров постановлены в виду акта обоюдной воли, существенно несходного с завещанием. В нашей практике особенно опасно применение к завещаниям 1539 ст. 1 ч. X т., которая и в применении к договорам представляет руководство скудное и двусмысленное. Во всяком случае у нас опаснее, чем где-либо,

основывать решение на общих правилах толкования, ибо эти правила, не имеющие у нас твердого и надежного основания ни в законе, ни в судебной практике, в решении суда всегда получают вид произвольно взятых положений. Так, напр., в практике французских и германских судов применяется нередко к завещаниям правило, взятое из закона о договорах (1157 ст. Code N.), что статья двусмысленную надлежит разуметь предпочтительно в том смысле, в коем она может иметь какую-либо действительную силу. Случается, что и у нас, применяя это правило к истолкованию завещаний, разумеют его так: «толкование должно быть направлено к отысканию воли завещателя, могущей быть приведенной в исполнение не в противность законам, ибо следует всегда предполагать, что завещатель, зная закон, желал только законного». Без сомнения, подобное правило было бы крайне стеснительно для суждения, если бы суд поставил его перед собой в руководство: предстояла бы опасность, что в сомнительных случаях, особливо при истолковании распоряжения, обставленного условиями, судья стремился бы натягивать на закон распоряжение завещателя, и ум невольно располагал бы к извращению истинного намерения на тот смысл, в коем оно подходит под законную норму, или к отсечению от воли той обстановки, которая представляется не совсем согласной с законом, но вне коей воля утрачивала бы всю свою цельность и единство с прямым намерением завещателя. Напротив того, дело суда, кажется, состоит в том, чтобы определить прежде всего свободно и без предвзятого мнения, в чем состоит воля и намерение завещателя, а затем уже рассудить, согласна ли воля с законом.

Замечания и примеры из практики

А. В изложении завещания требуется определительность. Многие завещания уничтожаемы были от того, что завещатель писал их по своей мысли, не справляясь с юридическими определениями прав и отношений и не заботясь о точности употребляемых терминов. Ему самому казалось ясной его мысль и воля, но он забывал, что по смерти написанное им отрешится от его личного сознания и будет подлежать истолкованию объективному, по смыслу употребленных слов и выражений. Особливо часто случается, что завещатели забывают означить положительно, кому предназначается имение в собственность, употребляя вместо того неопределительные выражения: *владение*, *полное распоряжение* и т.п., которые, может быть, означали собственность в уме завещателя, но при определении прав по смерти его оказываются терминами, указывающими на особливые категории права, которые могут быть и отделены от права полной собственности. Без сомнения, во многих случаях, по совокупности всех частей и всех выражений завещания, есть возможность определить, в чем состояли его прямая воля и намерение; но на эту возможность трудно рассчитывать, ибо в истолковании завещания по его содержанию взгляды судей могут быть весьма разнообразны, по личному воззрению каждого, по образованию, неспособности охватывать целое, не теряясь в подробностях и т.п. Вот почему всякий завещатель должен, при изложении акта, призывать, если можно, на совет опытного юриста.

В завещании сказано: завещаю имение в полное распоряжение Ивана, надеюсь, что он волю мою исполнит и не оставит призранием детей моих и внуков; далее завещание, упоминая о правах Ивана, употребляет термины – то распоряжения, то владения и вместе с тем предполагает владение других лиц в том же имении. При такой неопределительности акт не надежен.

Б. Завещание есть объявление воли владельца о своем имуществе. Покольку эта воля законна, потолку она подлежит исполнению. Буде что в ней есть незаконного, то лишается силы, но если затем возможно еще определить, в чем состояла, к чему и в чью пользу клонилась воля завещателя, и в сем виде есть место законному исполнению таковой воли, то она должна быть исполнена. Наша судебная практика постоянно толковала закон в сем смысле и стремилась не к узкому и стеснительному, а к обширному истолкованию воли завещателя, по смыслу целого завещания, для охранения, а не для устранения этой воли. Примеров сему немало и в решениях Государственного Совета.

Купец Василий Варгин оставил имение, неочищенное от казенных и частных долгов, и назначил по себе душеприказчиком брата с тем, чтобы он вступил в управление всем его имением и торговлей, учредив для сего постоянную контору и избирая благонадежнейшего из родственников завещателя для производства торговли на правах приказчика. Таким образом, не назначая имения никому в собственность, завещатель устраивал для управления оным непрерывное учреждение, уполномочивая душеприказчика на выбор себе преемника по своему усмотрению. Выгоды же от торговли и от доходов с нее завещатель предоставил, по расчету известных долей, поименованным в завещании родственникам, коим душеприказчик обязан выдавать ежегодно соразмерные части прибылей; на его же обязанность возложены денежные выдачи, из коих некоторые состояли в необходимой связи с предположенным торговым учреждением, за разные послуги и действия по сему учреждению.

По спору наследников завещание подвергнуто было судебному рассмотрению. По окончательному решению признано недействительным распоряжение завещателя о преемственности душеприказчиков, о неделимости и неотчуждаемости имения и о производстве торговли на остатки от доходов. Основанием к сему принято было в решениях и мнениях, что завещатель никому не назначил имение в собственность и не указал к оному наследника. Так рассуждал Министр юстиции, полагая вместе с тем недвижимое имение Варгина предоставить законным его наследникам; движимое имение отдать им же и признать для них обязательными только те выдачи, кои не зависят от устройства торгового капитала и существования душеприказчика. Но Государственный Совет удержал в силе предоставление имения лицам, поименованным в завещании. Воля завещателя – так рассуждал Государственный Совет – выражена ясно. Хотя способ пользования, определенный в завещании, не может быть утвержден, но сие не может служить основанием к уничтожению распоряжения завещателя и о том, кому он предоставляет все выгоды от пользования, ибо такое смешение различных распоряжений повело бы к явному нарушению 1029 ст. Гражд. Зак. Уничтожение завещания на том основании, что некоторые распоряжения его, не

согласные с законом, имеют связь с распоряжениями законными, было бы не только противно сей статье, но и повело бы к явному нарушению воли завещателя. Варгин желал обеспечить поименованных лиц, а с уничтожением завещания большая часть сих лиц были бы устранены от наследства, и оно досталось бы тем именно, кого он желал устранить. Посему Государственный Совет признал наследниками имения лиц, поименованных в завещании, исполнение коего возложил на душеприказчика, а в случае смерти его, на наследников завещателя (см. Журн. Мин. Юст. 1865 г., № 1).

В. Щукин в завещании постановил: все мое имение *отдаю во владение* родным сыновьям моим с тем, чтобы денежные капиталы отданы были им *в распоряжение* не прежде как по достижении каждым из них сорокалетнего возраста, а до тех пор хранить эти капиталы *от имени каждого из сыновей моих* в кредитном установлении, предоставляя сыновьям моим проценты с сих капиталов. Спрашивается, для сыновей завещателя когда возникает право собственности на сии капиталы: по смерти ли завещателя или по вступлении каждого из них в 40-летний возраст? Имеют ли, напр., они право, прежде наступления сего срока, делать завещание о сем имуществе? Справедливо толковать завещание в том смысле, что им предоставляется право собственности (хотя и ограниченное) непосредственно по смерти завещателя. На этот смысл указывает и буквальный смысл акта; притом каждый акт надлежит толковать в смысле наиболее соответственном предписанию закона и естественному предположению; а при ином толковании оказалось бы, что завещатель никого не назначил наследником к своему капиталу (1 Общ. Собр. Сен. 20 декабря 1868 г.).

Г. Есть решения, коими допускается истолкование воли завещателя не по буквальному только содержанию самого завещания, но и по содержанию других актов, когда на них в завещании сделана ссылка: решение по делу Лавровой. Журн. Мин. Юст. 1862 г., № 4.

Д. Купец Коняев завещал мельницу двум сыновьям, Алексею и Николаю, а третьему сыну Ивану предоставил получать от них из доходов той мельницы, *ежегодно, вечно*, по 1200 руб., или единовременно получить, за выкуп этого дохода, 10.000 руб. Иван умер еще при жизни братьев, которые отказались затем производить платеж детям его, утверждая, что право предоставлено было лично одному Ивану. А истцы, дети Ивана, утверждали, что слово: «*вечно*» означает непрерывный и постоянный платеж. Всего ближе к буквальному смыслу завещания разумеется, что право ежегодного получения денег предоставлено лично Ивану и ограничено его жизнью, т.е. его веком (иначе слово «*вечно*» не имело бы определенного значения). В этом смысле дело и было решено 8 Д-м Сена-та; но 1 Общ. Собр. рассудило иначе (реш. 1871 г.).

Е. По завещанию Иванов отказал большую часть своего имения Имп. Человек. Обществу, в том числе: кроме дома, долги, следовавшие к получению, и капиталы, всего, по примерному исчислению, 821.000 руб., а часть имения, сверх того, отказал Поляковой. По смерти его оказались еще банковые билеты, не поименованные в завещании. Эти билеты Человек. Общество стало присваивать себе, ссылаясь на то, что из прочего имения не выручено всей показанной в

завещании суммы 821.000 руб., и доказывая частными письмами завещателя, что он пожертвовал все свое имение в пользу Человеколюб. Общества. Но Государственный Совет (1851 г.) нашел, что завещатель нигде не сказал, чтобы все, что не поименовано им в акте, поступило в пользу Человек. Общества; письма Иванова не могут быть приняты в уважение, ибо только духовное завещание считается законным объявлением воли владельца на случай смерти. Посему велено: за удовлетворением Общества до полной суммы, остальные деньги по оказавшимся билетам предоставить наследникам завещателя. При сем Государственный Совет выразился, что «всякое завещание, как акт, воспринимающий действие лишь за пределами жизни, не может и не должно быть изъясняемо иначе, как по буквальному его смыслу: малейшее отступление от сего правила может повести к превратному, хотя иногда и добросовестному, исполнению воли завещателя. Посему постановлено (1031 ст.), что всякая отмена и изменение в завещании подлежат в составлении их тем же правилам, как само завещание. Точное исполнение сего закона, с одной стороны успокаивающее завещателя, что назначение его будет исполнено, если он соблюдет все установленные обряды, а с другой, — обеспечивающее и наследников, весьма важно, и малейшее нарушение одного может повлечь за собой много последствий, вредных для спокойствия семейств».

Ж. В завещании было сказано: Татьяне отдаю все имение во владение по день смерти ее; предварительно же оной *дозволяю* ей назначить и отдать из сего имения 500 душ Федору. Татьяна умерла, не успев произвести сей выдел, и Федор, а по нем наследники его, стали отыскивать сего имения в силу завещания. Государственный Совет истолковал завещание в том смысле, что завещанием не было дано Федору вотчинного права на имение, а выдел был предоставлен на волю Татьяне, как *исполнительнице* завещания (мнен. Госуд. Сов. 1852 г. по делу гр. Орлова и Окулова).

З. В завещании Сутугина было сказано: «все имение оставляю жене Наталье в полное распоряжение, а детям всем при ней — Павлу, Федору и Петру». Когда возник спор, предоставлены ли детям по сему завещанию вотчинные права на имение, Департамент Сената находил, что по завещанию вдова могла распоряжаться имением только пожизненно, да и то купно с сыновьями, как временная и условная распорядительница, но Общее Собрание признало, что, по силе завещания, от воли вдовы зависело пользоваться доходами безотчетно, а сыновья не имели права ни участвовать в распоряжении, ни требовать себе выдела при жизни матери (Сборн. Сен. т. I, № 77).

Купец Елин в завещании написал: «выдать наследникам моим из первого получения жене моей Анне Васильевне 10 т. р. сер. со дня получения движимого имения и товара моего; а до того времени предоставляю себе полное право оное прибавить, убавить или иным образом изменить; а в остальном имении должна быть полной наследницей супруга моя». Кто наследники, в завещании не означено. О смысле завещания возник спор. Вдова утверждала, что все имение следует ей; но Сенат (Общ. Собр. 1871 г.) рассудил из слов завещателя, что он движимое свое имение противопоставляет всему остальному имению, следов.,

под сим последним разумеет недвижимое и предоставляет его жене, и не означая лица, кому должно поступить движимое, обязывает наследников выдать жене 10.000 руб. Итак, все движимое его имение должно поступить к наследникам по закону.

И. В завещании Жадовского было сказано: *прошу* брата моего Анастасия (кому завещано имение) внести 6000 руб. в такую-то церковь причту на поминовение. Преемник, основываясь на выражении «прошу», доказывал, что исполнение для него необязательно и зависит от доброй его воли. Но Сенат разъяснил: все распоряжения, в завещании помещенные, не могут быть признаны ни за что иное, как за выражение воли, которая должна быть исполнена после смерти. Как бы воля эта ни была выражена, в виде ли просьбы, желания или приказания, если она выражена безусловно и по существу не противна закону, то должна быть исполнена в точности, как завет умирающего... Слово «прошу», не изменяя воли, может изменить только порядок ее исполнения, именно оно относится к Анастасию Жадовскому, которого завещатель просит внести сумму, т.е. быть исполнителем его воли, и он может отказаться сам исполнить эту волю, но не может ни уничтожить ее, ни подчинить своему произволу (Сборн. Сен. реш. II, № 829).

В завещании Рудина (Касс. реш. 1872 г., № 960) из отказанного сыну его Василию Рудину капитала сделаны назначения в пользу невестки завещателя и дочерей ее. Оказалось, что суммы сего назначения выставлены в пробелах уже на другой день по предъявлении завещания свидетелям. Поэтому, за недостоверностью сумм, все назначение выдач в 5 п. Палата признала недействительным. Но вместе с тем она рассуждала, что все-таки в 5 п. выражается воля завещателя, чтобы капитал, означенный в 5 п., не составлял исключительной собственности Василия Рудина, но перешел бы частью и к наследникам другого сына. Вследствие того Палата признала этот капитал не вошедшим в состав завещания и подлежащим распределению между всеми наследниками.

Такое рассуждение едва ли основательно. Кажется, в нем Палата перешла за пределы власти судебного отправления и не истолковала волю завещателя, а поставила на место его воли свою, свыше пределов логического наведения мысли. Воля завещателя имеет или *качественное*, или *количественное* выражение, но в том и другом случае должна быть определительна. В приведенном случае воля выразилась в количестве: выдать такому-то столько-то. Количество признано неподлинным, стало быть, без количества вся воля не имеет смысла и теряет всякое значение; право лица, которому положена выдача, пропадает, и капитал остается за тем, кому в массу предоставлен. Вместо того Палата назначение прямо количественное заменяет качественным, выводит, будто бы завещатель хотел передать капитал и тем лицам, кои после него по закону могли бы наследовать, в мере законной их доли.

В завещании Ушакова было сказано: «имение такое-то предоставляю вольноотпущенной Александре Изосимовой, а по ней детям ее в вечное и потомственное владение». Изосимова умерла прежде завещателя, и наследники его доказывали, что завещательное распоряжение утратило силу; а со стороны

детей Изосимовой доказывалось, что по буквальному смыслу завещания (а по ней детям ее – без запятой – в вечное и пр.) имение назначалось Изосимовой лишь пожизненно, а в собственность детям ее, и что посему, и мимо умершей Изосимовой, дети ее должны считаться прямыми преемниками имения после завещателя. Сенат (8 Д-т, 1868 г.) рассудил, что как в завещании не указано прямо на пожизненное владение Изосимовой, то надлежит разуметь, что имение предоставлено ей и детям ее в собственность.

Иван Курносов завещал сыну своему Василию дом, с тем условием, что он может занимать оный сам или отдавать в наем посторонним, но отнюдь не продавать и не закладывать. Василий, владев на сем основании домом до 1866 года, умер в несостоятельности. На этот дом объявили претензию, с одной стороны, – конкурс, почитая оный собственностью должника, ограниченного только в распоряжении на время его жизни, силой завещания; с другой стороны, – дети умершего Василия, утверждая, что по смыслу завещания дом дан отцу их только в пожизненное владение, прямыми же наследниками и преемниками права собственности после деда должны считаться они, внуки завещателя. Очевидно, что если допустить возможность назначения имущества в собственность, с ограничением в праве распоряжения, то завещание Курносова должно быть истолковано в сем смысле.

Лоскарев из числа своего имущества один дом завещал указанному им лицу, а о прочих домах написал в завещании: «продать их и вырученные деньги присоединить к капиталу в билетах Банка, каковым всем капиталом *предоставляю распорядиться правительству*». О значении сего выражения возник спор, разрешенный 1 Общ. Собр. Сената 14 янв. 1872 г. Решено, что это слово означает предоставление правительству капитала в собственность (т.е. в казну). Объяснять же, что правительство должно быть только посредником для передачи капитала наследникам и что за сим, по неуказанию лиц, распоряжение должно быть недействительно, было бы несогласно ни с общим смыслом завещания, по коему назначены душеприказчики, ни с буквальными его выражениями, ибо правительство означает юридическое лицо, коему завещано имущество.

Сенат во 2 Общ. Собр. 20 марта 1870 г. по д. Корольковых, рассматривая завещание Лутоновой, нашел, что завещательница оставила мужу имение в неограниченное владение и распоряжение с тем, что имение это по смерти мужа должно поступить к наследникам его, Корольковым, по воле и усмотрению мужа; в противном случае, т.е. при непочтительности и непокорности Корольковых, завещательница предоставила мужу своему имение ее продать и вырученные деньги употребить на предназначенные ею по завещанию с мужем предметы, и на тот случай, если муж ее умрет, не продав имения по данному ему праву, завещательница положительно выразилась, что тогда Корольковы имеют над оным полное крепостное право собственности. Точный смысл завещания показывает, что жена отказала мужу имение только в пожизненное владение, в собственность же оставила оное Корольковым. Хотя при этом воле и усмотрению мужа своего Лутонова предоставила лишить Корольковых наследственных в ее имении прав, в случае их непочтительности и непокорности, но только путем

продажи имения. Между тем Лутонин, оставаясь по смерти своей только пожизненным владельцем имения жены своей и не осуществив при жизни своей предоставленного ему завещательницей права продажи имения, составил об оном духовное завещание, в котором он, отказав это имение в распоряжение постороннего лица, устранил ближайших наследников за непочтительность. Такое распоряжение Лутонина, как несоответственное с завещанием жены его, признано недействительным.

В деле Щукина Сенат (2 Общ. Собр. янв. 1870 г.), толкуя назначение капитала с тем, чтобы наследник лишь по наступлении 40-летнего возраста получил его в распоряжение, признал предоставленное право правом собственности. При том объяснено, что по коренному началу толкования законности актов, всякий акт должен быть истолковываем в смысле, соответствующем предписаниям закона; а посему и волю завещателя необходимо истолковывать в смысле, ближайшем к закону. Толкование завещания Щукина в ином смысле привело бы к последствиям, прямо воспрещаемым законом, так как в завещании Щукина не оказалось бы наследников, коим предоставлено в собственность имущество.

Й. Колычов завещал все свое имение племяннице своей, Толстой, но при том из числа имения завещал сестре своей, Варваре, дом, и для содержания ее назначил капитал в 175.000 руб., с тем, чтобы процентами пользовалась она пожизненно, по смерти же ее капитал обратить по назначению завещателя, на постройку церкви и на разные благотворительные учреждения и выдачи. Если же – сказано – сестра Варвара умрет прежде меня, то *все вышеописанное* уничтожается. Варвара умерла прежде завещателя, а по смерти его возник спор о точном значении воли завещателя. Палата истолковала волю завещателя (что подтвердил и Сенат) так: назначая *все* Толстой, он делает изъятие в пользу сестры Варвары. Назначая ей дом в собственность и капитал в пользование, он заботился о спокойствии сестры, о людях, которые должны ей служить, и, распределяя на случай ее смерти капитал на разные назначения, он делает весьма понятную оговорку: если сестра умрет раньше его, то *все вышеописанное* уничтожается; со смертью сестры его главное распоряжение обо всем имении: денежные выдачи, распределение вещей не могли сами собой уничтожиться, ибо они не касаются части, назначенной Варваре. Уничтожиться могли только распоряжения, имевшие место в том случае, если бы сестра пережила завещателя, т.е. получение ею дома в собственность и пользование капиталом. По сему рассуждению, *во-1-х*, имущество, написанное Варваре, перешло по завещанию к главной преемнице по завещанию, Толстой, а не к законным наследникам завещателя, которые домогались противного; *во-2-х*, назначения, сделанные из имущества, написанного Варваре, подтверждены в силе вопреки требованию Толстой, которая домогалась их ниспровергнуть (см. Касс. р. 1873 г., № 21).

К. В истолковании выражений завещателя и в обсуждении законности его распоряжений справедливо иметь в виду правило, выраженное в мнении Государственного Совета 2 ноября 1842 г., по делу о завещании кн. Голицына: «и при неясности закона, когда может быть двойное толкование, должно принимать смысл естественнейший, вероятнейший, ближайший к общему духу зако-

нодательства, тот смысл, который прежде всего другого представляется при первом взгляде на букву закона (?) и который не колеблет основанного на сем взгляде акта частного лица».

Л. Иван при жизни дал стороннему лицу доверенность совершить дарственную запись на село Овсеево, на имя дочери его, Ивана. Покуда еще к сему не было приступлено, Иван умер и в завещании написал: в отношении имения моего села Овсеева поступить, согласно данной мной такому-то доверенности о совершении дарственной записи на имя дочери моей Анны. Эти выражения суд истолковал в таком смысле, что Иван завещает означенное имение дочери своей Анне, и переход к ней означенного имения утвержден, независимо от исполнения по доверенности, уже утратившей свою силу со смертью доверителя. См. Касс. реш. 1868 г., № 448.

М. В завещании сказано: вольным людям, находящимся при мне по найму в услужении, выдать в награду получаемое ими по службе двухгодовое жалование. Силу сего распоряжения признано невозможным отнести к человеку, находящемуся при умершем не в личном услужении, а нанятому в качестве поверенного, хотя на срок, для хождения по делам (Касс. реш. 1867 г., № 298).

Н. Гневашева предоставила исполнение своего завещания двум душеприказчикам: Рудневу и Иванову с тем, чтобы они, учинив положенные выдачи, за труды и за точное исполнение ее воли получили каждый для детей своих по 4.500 руб., если же еще останутся деньги, то раздать по церквам и на бедных. Иванов умер вскоре после завещательницы, не успев приступить к распоряжениям. Исполнителем остался Руднев, коему в помощь назначен Магистратом некто Петров, из числа наследников. Объявились три требования: вдова Иванова просит 4.500 руб. своим детям. Петров, ссылаясь на то, что исполнял завещание вместо Иванова, просит эти 4.500 руб. себе. Руднев, взяв свои 4.500 руб., просит отдать ему и 4.500 руб. вместо умершего Иванова, так как им вместе за труды душеприказчицы назначено по 4.500 руб., а душеприказчиком остался он один. Претензия детей Иванова неосновательна, ибо деньги назначены ему, хотя и для детей его, не как дар завещательницы, но как вознаграждение за труды его, которых не было; нельзя удовлетворить и Петрова, потому что вознаграждение за труды назначено не всякому исполнителю воли, а душеприказчику, и именно Иванову; неправо требует и Руднев, ибо вознаграждение назначено не обоим совокупно и не одному вместо другого, а каждому из двух поименованных порознь, и поелику назначение сие не в виде дара и не в виде преемства наследственного, то нет и приращения от одного из душеприказчиков другому. По смыслу воли завещательницы надлежит Рудневу удовлетвориться своей долей 4.500 руб., а остальное раздать по церквам и на бедных.

О. Бар. Детарон завещала доход вотчины Александрен употребить на окончание там церкви, затем из сих же доходов построить госпиталь для бедных в той же вотчине, по усмотрению и по мере доходов, и затем доход употреблять на содержание госпиталя и церкви с тем, чтобы *руководителем и блюстителем* в сем деле *навсегда* остался местный архиерей с предводителем. Итак, хотя в сем завещании руководитель и блюститель указан, но не указано хозяина дела,

ни владельца имению, а между тем распоряжение сделано *навсегда*. Сенат признал (Сб. Сен. реш. II, № 240), что в статье сей не содержится требуемого законом определительного назначения, в чью собственность или в какое ведомство должна поступить вотчина, и потому распоряжение уничтожено. Кажется, однако, что при более обширном и справедливом истолковании завещания можно было заключить, что вотчина завещается в пользу церкви, с определенным назначением доходов.

П. Графиня Зубова написала в завещании: все родовые и благоприобретенные недвижимые мои имения оставляю сыну моему, Графу Платону Зубову, как единственному моему наследнику с тем, чтобы он старался их сохранить без долга и в целости. Все, что сверх сумм, показанных в вышеозначенных пунктах, останется после моей смерти в наличных деньгах, кредитных билетах или процентных бумагах оставляю я сыну моему, Графу Платону Александровичу Зубову с тем, чтобы оказавшиеся таким образом капиталы остались неприкосновенными, а сын мой мог бы пользоваться одними процентами. После смерти сына моего, все эти суммы должны остаться неприкосновенными для детей или внуков его, коим можно будет с оных пользоваться одними процентами в продолжение 30 лет, считая со дня кончины отца или деда их, а после означенного срока все эти суммы они могут разделить поровну между собой и располагать ими по своему произволу; а в случае, если бы сын мой, Граф Платон Зубов, кончил жизнь свою бездетен, то все вышеупомянутые суммы должны быть отданы детям покойного дворянина Сазонова с тем, чтобы со дня получения этих сумм в продолжении 30 лет оные сохранялись в государственных кредитных учреждениях, а пользовались бы они с оных одними процентами; после сего, назначенного мною срока, Сазоновы могут все эти суммы разделить между собой поровну, владеть ими и располагать по своему произволу. Какие окажутся после смерти моей бриллианты, жемчуг и прочие драгоценные вещи, по описи значащиеся и в память не отданные некоторым лицам, оставляю я на сохранение сыну моему с тем, чтобы он сохранял сии драгоценные вещи в безопасном месте, и если у него будут дети, то оные драгоценные вещи должны быть разделены поровну по оценке не прежде совершеннолетия самого младшего из них, а в противном случае, если сын мой будет бездетен, то все эти драгоценные вещи должны быть отданы после кончины его Сазоновым.

По случаю возникшего спора предстояло истолковать это завещание, т.е. рассудить, как определены в завещании права Гр. Зубова, назначен ли он преемником завещательницы в денежных капиталах и бриллиантах на праве собственности или только на праве пожизненного пользования и хранения, ибо в последнем случае наследниками после Гр. Зубовой представлялись бы дети и внуки Гр. Зубова, и вместо них Сазоновы; в последнем случае эти лица явились бы подставными после Гр. Зубова наследниками. Суд, довольствуясь соображением буквального смысла тех пунктов, в коих содержатся спорные распоряжения, истолковал их в том смысле, что спорное имущество (включая и бриллианты, оставленные на сохранение) предоставлено Гр. Зубову как наследнику на праве собственности, ограниченном в праве распоряжения; посему суд усмотрел

в дальнейшем определении преемства по сему имуществу, после Гр. Зубова, нарушение правила, содержащегося в примеч. к 1011 ст. Зак. Гражд., и признал сие определение недействительным. Толкование это в решении суда оправдывается, между прочим, следующим соображением: «судебная практика убеждает в том, что завещатели вообще весьма редко, когда завещают что-либо в собственность, выражают в сем случае свою волю об оставлении в собственность сим именно термином, но употребляют постоянно для обозначения завещания в собственности слова: завещаю, оставляю, отдаю, предоставляю, назначаю, отказываю, благословляю (образом), по смерти моей должно перейти, должны разделить, могут получить и т.п., или называют лицо, которому завещают в собственность, своим наследником; за сим ближайшее толкование воли завещателя относительно того, завещано ли в собственность или в пользование, должно искать в прибавочных словах, связанных непосредственно с вышеприведенными выражениями, а не в дальнейших словах, с ними непосредственно не связанных, но с ними поставленных лишь в соотношение, так как последними обозначаются только побочные определения завещаемых прав; так, напр., распоряжения – оставляю, назначаю в собственность или в пользование, ясно и определенно выражают прямую волю завещателя, чтобы завещаемое имущество принадлежало в собственность, состояло только в пользовании; но *распоряжения: оставляю с тем, чтобы срочно, хотя бы и пожизненно, только пользовался, – не выражают* прямой воли завещателя, чтобы лицо, которому оставлено под побочным определением ограничения власти на завещаемое имущество до одного только пользования им, *не имело на оное права собственности, которое от сего лица не могло бы проявиться в переходе завещанного имущества по окончании срока возложенного на оное ограничения, к наследникам сего лица по праву передачи наследства*; и посему, когда завещатель объявил свою волю о каком-либо имуществе только словами об оставлении, назначении его такому-то, без непосредственного прибавления слов: в пользование, – всегда следует предпочитать разъяснение воли в смысле оставления в собственность, тем еще более и потому, что, в видах общих интересов собственности, всегда предпочтительно установление собственности, хотя ограниченной, чем учреждение долгосрочных пользований, разорительных для собственности, устанавливающих вредную в высшей степени неопределенность в собственности, и ведущих к спорам и тяжбам» (см. Касс. реш. 1870 г., № 1856).

Толкование это, состоящее во власти суда, как соображение о существе дела, не подлежит отмене после окончательного решения; но в основательности его можно усомниться, и общее руководящее правило предпочитать разъяснение воли в смысле оставления в собственность могло бы в иных случаях привести суд к натянутому заключению, совсем несогласному с целью и намерением завещателя. В данном случае, другой суд, с такой же, если не большей основательностью, мог бы истолковать распоряжение в противоположном смысле, т.е. что капиталы оставлены Гр. Зубову токмо в пожизненное пользование, а бриллианты единственно на сохранение.

Р. В истолковании условия надлежит прежде всего держаться буквального смысла употребленных выражений и остерегаться, как бы в определении цели и намерения завещателя не присвоить ему такой воли, которой он и не выражал вовсе. В эту ошибку немудрено впасть судебному месту, в виду различных толкований, представляемых спорящими сторонами, из коих одна, разбирая и разлагая распоряжения завещателя, усиливается вставить их в законные, а другая в незаконные формулы последней воли; иногда же стороны стараются возбудить о значении и последствиях последней воли такие вопросы, которые не истекают прямо из буквального смысла завещательных распоряжений.

В приведенном выше примере завещательница прямо высказала, что по смерти сына имение должны получить дети его и внуки, если они будут у него; следовательно, указала прямо этих преемников, и потому возможно было возбудить вопрос о законности сего распоряжения. Но вот другой пример: Баронесса Франк, предоставив имение в пожизненное владение сыну своему Гавриленко, выразилась, что *если он умрет бездетен*, то она назначает наследницей Левшину. При возникшем споре против сего завещания, спорщики стали доказывать, что завещательница имела в виду назначить наследниками детей своего сына, если они будут, стало быть, предоставила имение лицам несуществовавшим. Явно, что истолкование воли завещательницы в этом смысле есть натянутое, выходящее за пределы словесного выражения, которое само по себе достаточно для уразумения постановленного условия.

Баронесса Франк не выразила прямо в завещании, что назначает по себе наследниками детей своего сына, если таковые будут. Из употребленных ею выражений следует только то, что Левшина наследница, если Гавриленко умрет бездетен; Левшина не наследница, если Гавриленко умрет, оставив по себе детей. Обсуждать волю завещателя, поколику она согласна или не согласна с законом, можно только в том, в чем *воля сия выразилась*; и если завещатель поставил переход своего имения в зависимость от указанного события, следует судить лишь о том, законно ли сие условие, выраженное в завещании; но нет никакого повода возбуждать вопрос о том, что последовало бы при неисполнении условия или в отсутствии указанного завещателем события, когда на сей случай в завещании вовсе нет постановления, которое подлежало бы обсуждению. В завещании Бар. Франк *вовсе* нет распоряжения о том, к кому, по особой воле ее, должно перейти имение, если сын ее умрет, оставив детей, а есть только распоряжение о том, к кому должно перейти имение, *если сын ее умрет бездетен*.

Предположение, что у завещательницы могла быть такая мысль, выводится из того, что дети Гавриленко были бы, за смертью отца, прямыми законными наследниками после завещательницы; но едва ли основательно и справедливо таковое *предположение*, ни одним словом не выраженное, принять за *распоряжение* завещательницы. Таковое заключение было бы произвольное и гадательное: с одинаковой вероятностью возможно было бы предположить, что сам Гавриленко, когда бы умер не бездетен, долженствовал в минуту смерти своей получить право собственности на имение, и что оно

вошло бы в состав имевшего открыться по нем наследства. Но самый прямой и естественный смысл завещания Бар. Франк приводит к тому заключению, что в случае смерти Гавриленко при детях, имение, по силе 2 п. 1110 ст. 1 ч. X т., следовало бы законным наследникам Баронессы Франк. Таковое заключение представляется еще более очевидным, если те же самые распоряжения завещательницы приложить к лицам, не состоящим с ней в кровном родстве, т.е. если бы не сына своего, а постороннего назначила она пожизненным владельцем и постановила: буде он умрет бездетен, предоставить имение в собственность другому постороннему же лицу.

С. Купец Кожухов завещал все свое имение младшей дочери Елене Русановой с тем, чтобы она внукам его, а старшей дочери Евдокии детям, когда они придут в совершенные лета и будут с хорошим поведением, что отдал на благоусмотрение самой младшей дочери своей Елены, выдала 100 тыс. руб., впрочем, чтобы сия сумма оставалась в ее, Елены, распоряжении и чтобы от нее уже зависела как выдача оной тем внукам его, так и оставление навсегда у себя, ежели внуки его не заслужат сего награждения приличным званию своему и незазорным поведением, и против воли ее Елены им, внукам его, сей суммы и приращения на оную никакого никогда и ни в каком случае не требовать. Далее завещатель написал еще, что выдача или не выдача сей суммы предоставляется на волю дочери его Елены, по пришествии тех внуков его в совершеннолетие, по усмотрению самой ее, Елены, на которую в полной мере полагается, что исполнить волю его в совершенной точности, как чуждая корыстолюбия; если же внуки, по совершеннолетию сами или прежде достижения оного кто-либо из них, будут просить против воли дочери его Елены назначенных им, внукам его, 100 тыс. руб., то не заводя никаких дел, при первой о том просьбе чьей-либо, завещает все, предоставляемое дочери Евдокии имение его, без всякого исключения, отдать в то же время в вечное и потомственное владение одной меньшей дочери его Елене и ей же предоставить навсегда и назначаемые внукам его деньги 100 тыс. руб. По подписании этого завещания купцом Кожуховым и тремя свидетелями завещатель Кожухов сделал на оном собственноручную приписку следующего содержания: «назначено мною внукам моим, дочери Авдотьи детям, 100 тыс. руб., выдать дочерью моею Еленой, когда они придут в совершенные лета, не полагая на оные процентов, а теперь я вместо оного завещаю внукам и вообще с матерью их Авдотьей Алексеевой после смерти моей, по истечении пяти лет, платить законные проценты, до совершеннолетия их, а до пяти лет не требовать».

Когда один из сих внуков, Николай Шилов, придя в совершеннолетие, стал требовать завещанных денег, Русанова отказалась, утверждая, что проситель ничем не доказал ей, что заслуживает дара по образу жизни своей и по торговой деятельности. Посему суду предстояло решить, какого рода право предоставлено Шиловым по завещанию. Справедливее представляется следующее толкование: из смысла всех выражений, употребленных завещателем, видно, что на волю и усмотрение Елены Русановой оставлена выдача внукам назначенного награждения, но также и то явствует, что лишить их сего награждения одна

должна не без резона, а волю свою должна сообразовать с намерением завещателя. Ответчица говорит, что они не имели и не имеют никакого права на завещанную сумму. Но как скоро Кожухов, актом публично оглашенным, назначил *особенную сумму* на выдачу внукам, то они получили и соответственное условиям завещания право на эту сумму. Не подлежит сомнению, что Елена Русанова, приняв по завещанию все имущество Кожухова, назначенную внукам его сумму не могла смешивать со своим имуществом и состояла только хранительницей оной до совершеннолетия племянников: завещатель возложил на нее даже обязанность до совершеннолетия выдавать им вместе с матерью % на эту сумму, следовательно, в руках ее она состояла чужим имуществом, приписанным лицу ее племянников. По совершеннолетию же они могли потребовать от тетки передачи им завещанной суммы в собственность. Тогда Русанова должна была или передать эту сумму Шиловым, или по смыслу завещания решительно объявить, что лишает их оной за дурное поведение лично ей известное: только с сей минуты завещанная сумма обратилась бы, по воле завещателя, в собственность Русановой. Но Русанова отзывая в сем смысле не делала и ни по чему не видно, чтобы до начатия дела заявила о своем намерении лишить их вознаграждения, а на суде только отозвалась, что они ей не доказывали своего похвального поведения, сама же прямо не указывает на дурное поведение их. По сим соображениям, предполагалось утвердить иск Шилова, но дело решено Государственным Советом в ином смысле (см. реш. в Журн. Мин. Юст. 1865 г., № 1).

Другие вопросы возникали по исполнению приписки к завещанию, коей назначено внукам обще с матерью их платить ежегодно проценты со 100.000 руб. до их совершеннолетия. Проценты платимы не были, и требование о них возникло через 20 лет по смерти завещателя. Внуков оказалось налицо 5; кроме того, было двое умерших уже по смерти завещателя. Спрашивается: надлежит ли, производя расчет капитала и % по дробным частям каждого из внуков, исключить из счета долю умерших, за их смертью, или следует, рассчитывая общим счетом совокупную сумму капитала и процентов на всех вместе, уплатить живым по приращению и все то, что следовало бы умершим?

В числе внуков есть мужчины и женщины: следует ли доли их исчислять поровну или учитывать особо мужскую и особо женскую долю по закону наследства?

С детьми участвует в получении процентов и мать их: доля матери равна ли будет детской доле?

Исчисление процентов положено по день совершеннолетия наследников: но они не равны возрастом. Следует ли прекратить исчисление с совершеннолетием самого старшего или продолжать оное до совершеннолетия самого младшего из внуков? И в последнем случае исключать ли из счета доли, следующие наследникам, кои между тем достигли совершеннолетия, или продолжать счисление % со всей капитальной суммы, до последнего совершеннолетия включительно?

§ 75

**Ввод во владение по завещанию и споры на завещание. —
Различные способы спора. — Пошлины
с перехода имений по завещанию.**

Завещание, по утверждении к исполнению или по явке, представляется ко вводу во владение, который совершается по общим правилам о вводе во владение по недвижимым имуществам (Уст. Гражд. Суд. ст. 1424–1437; Зак. Гражд. ст. 709, прил. 1097; 1296–1304, 1308, 1313, 1314). Нередко случается, что близкие к имению преемники, не имея в виду споров и возражений, вступают во владение завещанным имением и без формального ввода; однако этой формальности не следует опускать — она имеет практическое значение. Ввод придает определительность праву: 1. День ввода считается днем действительной передачи и укрепления (1432 Уст. Гражд. Суд.); 2. Важно предупредить вводом возможный спор против завещания и вызвать публикацию, с которой исчисляется срок для спора там, где не введены судебные уставы (1098 Гражд. Зак., 1431 Уст. Гражд. Суд.); 3. Вводный лист необходим по нотариальным правилам для совершения нового акта на имение.

Передача движимых имуществ совершается вручением оных по описям (1297 Зак. Гражд.). Эта формальность, нередко также опускаемая, существенно необходима и в интересах сдающего вещи, принимающего их и сторонних лиц, кои могут иметь притязание к преемнику. Необходимо удостоверение в том, какие именно вещи вошли в состав принятого по завещанию имущества, дабы предупредить могущие возникнуть споры и пререкания по сему предмету. Так, напр., при недостатке остального имения на удовлетворение умершего вотчинника, может возникнуть притязание к преемнику движимости, причем, для определения меры ответственности, потребно будет учесть количество принятого, и в таком случае преемник имущества, принятого без описи, может поплатиться свыше надлежащей меры. Посему из предосторожности следует при приеме движимости приглашать нотариуса для совершения описи.

А) По разъяснению Сената одного завещания для ввода во владение завещанным имуществом недостаточно: оно может служить основанием для ввода во владение только в связи с актом укрепления, доказывающим право собственности завещателя, или в связи с доказательствами о приобретении им завещанного имущества по давности (Касс. реш. 1876 г., № 302; 1878 г., № 60).

Б) Об охране и сдаче из-под охранения наследств. имуществ см. выше § 45. Особые затруднения возникают в том случае, когда наследство открывается по завещанию и надлежит сдать имение преемникам по завещанию или душеприказчикам. В 1867 г. (№ 177) состоялось Касс. реш. Сената, из коего можно было заключить, что для сдачи имущества требуется особое судебное определение, утверждающее права по завещанию или права на исполнение завещания. Но впоследствии (1872 г., № 885; 1882 г., № 14; 1883 г., № 26) сам Сенат разъяснил, что помянутое его рассуждение теряет силу за последовавшим после того, в 1869 году, утверждением врем. правил о духовных завещаниях: по этим правилам, для сдачи имущества достаточно определение суда об утверждении завещания к исполнению. О том же – решение 1873 г., № 1554.

Затем спрашивается, можно ли сдать имущество не всем означенным в завещании наследникам или душеприказчикам, а лишь тем, кто явился и состоит в лицах?

Сенат, в определении 1872 г., № 885, рассуждает, что мировой судья не может снять охранение и выдать имущество одному или нескольким явившимся из числа назначенных по завещанию наследников, так как один или несколько не соединяют в себе тех прав *относительно исполнения завещания*, кои по 1084 ст. 1 ч. X т. принадлежат *лишь* всем наследникам *в совокупности* (заметим, что этого выражения о *совокупности* вовсе нет в приведенной статье). Здесь Сенат различает два случая, в коих распоряжения мир. судьи должны быть существенно различны. «Когда по завещанию, по которому не назначено душеприказчика, или он отказался от своего звания, и, следовательно, завещание исполняется самими наследниками, завещано одному или нескольким наследникам имущество, так что для исполнения завещания остается только распорядиться фактической передачей имущества наследникам, то мировой судья, по поступлении к нему требования одного или нескольких, или всех наследников по подобному утвержденному окр. судом к исполнению завещанию, обязан сделать распоряжение о снятии с завещанного на изъясненном основании имущества принятой меры охранения и выдать оное заявившим требование наследникам, каждому по принадлежности, несмотря на то, заявили ли требование все или некоторые, или даже один из наследников, в завещании указанных. Напротив же, если в духовной, к исполнению утвержденной и исполняемой, за неимением душеприказчиков, самими наследниками, воля завещателя выражена так, что она, в отношении передачи наследникам завещанных имуществ, может быть исполнена не иначе как по предварительном *тех или других* (?) распоряжении, напр., по продаже имения, по обращении тех или других процентных бумаг в деньги, одним словом, *по предварительной ликвидации дел* умершего, то очевидно, что в подобном случае мировой судья не может принять на себя всех сих распоряжений, как не относящихся до обязанности его по должности мирового судьи и несовместных с оной. В этом случае, по точному смыслу 1084 ст. X т. 1 ч., в которой сказано, что завещания исполняются или душеприказчиками, или самими наследниками, согласно с волей завещателя, мировой судья может снять принятые им меры охранения и, для исполнения воли завещателя, сдать охраняемое имущество наследникам *лишь тогда*, когда по за-

вещанию назначен один явившийся наследник или хотя два и более наследников, но *все* они явятся к мир. судье и заявят требование о передаче им имущества для приведения в исполнение воли завещателя. Если же, напротив, по подобному завещанию, исполнение которого сопряжено с разными распоряжениями по предмету ликвидации дел умершего, нет душеприказчика и назначено несколько наследников, но из них явились к мир. судье с требованием о передаче завещанного имущества лишь некоторые или один, а не все, то в этом случае, как в таковом, в коем нет ни душеприказчика, ни всех наследников, которые *в совокупности*, по 1084 ст., заменяют душеприказчика, миров. судья не может снять меры охранения имущества и выдать оное одному или нескольким явившимся из числа назначенных по завещанию наследников, так как один или несколько наследников не соединяют в себе тех прав относительно исполнения завещания, кои по 1084 ст. принадлежат лишь всем наследникам в совокупности».

Едва ли возможно вполне согласиться с этими рассуждениями Сената. Кажется, следовало бы поставить этот вопрос несколько шире, чем он в них поставлен. Действительно ли распоряжение мир. судьи зависит от свойства распоряжений завещателя, от свойства имуществ завещанных и тех действий, которые возложены на преемника имуществ, или повинностей, которые возложены на то или другое имущество. Мировой судья предполагается, хотя и в бесспорном порядке, не механическим только исполнителем очевидных правил и потому не может быть ни лишен права, ни освобожден от обязанности рассуждать сообразно смыслу гражданского отношения. Правда, что наше законодательство не отличает наследника от легатария и тем дает повод ко многим недоразумениям, но для разрешения их есть возможность обратиться к общим началам гражданских отношений.

Очевидно, что всякому распоряжению завещателя, коим устанавливается какая-либо выдача, льгота и т.п. в пользу стороннего лица, не принадлежащего к числу непосредственных преемников наследственного имущества, соответствует возникающее для сего лица *право* требовать. Оно не имеет права взять вещь или деньги, но имеет право требовать от того, к кому поступает масса, на которую ложится требование. На кого или на что оно ложится в данном случае, это зависит от свойства распоряжений и имуществ. Если распоряжение прямо возложено на известное имущество или по свойству своему ложится не иначе как на известное имущество, то и требование может быть предъявлено лишь на это имущество или к его держателю. Если распоряжение сделано общее, нераздельное, и по свойству своему (напр., денежная выдача) ложится на все имущество и на всех преемников, то и требование разлагается на всех, по доле каждого; иногда же, по свойству нераздельности (напр., выдача той или другой вещи), ложится на всякого, кто будет в лицах и кто вступил, не ожидая остальных, в распоряжение имуществом.

С другой стороны, и имущество, прямо, непосредственно завещанное, может быть завещано одному определенному лицу. Очевидно, что в таком случае одно это лицо может и получить его от мир. судьи. Нет ни малейшего препятствия и сдать его этому лицу, не ожидая явки других лиц, коим другие имущества

завещаны. Одно имущество может быть завещано нескольким лицам совокупно. Явилось для получения одно из них, прочие не явились. По Сенатскому решению выходит, что нельзя сдать его одному, не выждав прочих. Стало быть, за неявкой некоторых, за смертью их, за открытием после них наследства и возникающими об нем спорами, за неизвестным отсутствием и т.п. все имущество остается запертым для всех остальных соучастников? С таким взглядом никак не могу согласиться, считая его несоответствующим сущности того права, до которого он относится. Совокупное право нельзя смешивать с раздельным. Совокупное право принадлежит одному так же, как и прочим; совокупное наследственное право принадлежит тому, кто в лицах находится; если прочих участников нет, из них наличный один будет в ответе перед отсутствующими, когда они явятся. С совокупным преемством соединяется и право приращения от других соучастников, когда их не оказывается. Итак, я не вижу ни малейшего препятствия мировому судье сдать имение одному из совокупных преемников, покуда не явились другие. Не вижу для такого наличного преемника и ни малейшего препятствия к удовлетворению вполне (под своим ответом) всех лиц, имеющих право на выдачу им совокупно завещанного имущества.

Что касается до различия между исполнением непосредственным, в натуре, и исполнением, требующим предварительных распоряжений (понятие, совсем не тождественное с *ликвидацией дел* умершего), то это различие едва ли имеет такую важность, которая присвоена ему Сенатским решением. Во всяком случае оно не составляет *юридического основания* к разрешению встретившихся в данном случае недоумений. Оно имеет важность не с юридической, а с экономической точки зрения и может поставить в затруднение ответственного чиновника, но едва ли должно казаться решительным моментом для судьи.

Б. Жена получила после мужа движимое его имущество, которое он сам оценил в завещании в 2.000 руб., и затем, взыскивая по долговому документу мужа с наследников его в недвижимом, принимала на свою часть долю претензии, соразмерно с ценностью полученной движимости, в 2.000 руб. Наследники утверждали, что движимость стоит больше и относили на вдову целую претензию, так как она приняла завещанное ей имущество без описи и оценки. Сенат рассудил, что ей нельзя поставить это в вину, так как закон (1226, 1297 ст.) не запрещает наследникам вступать во владение имуществом и без описи (Касс. реш. 1872 г., № 474).

По правилу Законов Гражданских действие спора, предъявляемого против завещания, различно, смотря по тому, когда спор предъявлен. Если спор возник по утверждению завещания к исполнению, но до наступления имения в чье-либо владение (Зак. Гражд. ст. 1066¹² и 1066¹⁴), а в местностях, в коих Судебные Уставы не введены, — при вводе во владение, тогда спорное имение отдается в опекуновское управление; если же спора не было, то ввод совершается беспрепятственно.

О совершившемся вводе во владение публикуется в ведомостях. Именно — по совершении ввода делается о сем отметка на самом акте, т.е.

на завещании. По сообщению совершившего ввод судебного пристава старший нотариус отмечает о вводе в реестре крепостных дел и сообщает в Сенатскую типографию объявление, для напечатания в Сенатских объявлениях, по предписанной форме (Уст. Гражд. Судопр. 1431 и Ук. 1 Департ. Сен. распуб. 13 марта 1867 года). Особливое значение сей публикации указано для местностей, где не введены судебные уставы, в 1098 ст. Зак. Гражд. С публикации считается двухгодовой срок, в течение коего все почитающие себя вправе оспаривать завещание, могут предъявить на оное спор (но тогда уже имение не берется, по общему правилу, в опеку, а оставляется под запрещением); если же в течение двух лет никто со спором не явится, то после сего уже никакой спор не допускается, и имение оставляется в собственности у того, кому было завещано. Для малолетних срок сей исчисляется со вступления в совершеннолетие. Этот двухгодовой срок для спора на завещания – одинакового установления и значения с двухгодовым сроком для оспаривания купчих крепостей, а потому к сему сроку применяется вполне замечание, сделанное вообще о 2-годовом сроке в 1 части сего сочинения (§ 37, 41).

О применении двухлетнего срока к спору на завещание см. решение Сената, Журн. Мин. Юст. 1860 г., № 5, стр. 257. В Касс. реш. 1873 г., № 794 изъяснено, что двухгодичный срок установлен *единственно* в видах ограждения прав владения имением, приобретенных по акту (это выведено из соображения 1098 ст. Зак. Гражд. с 1524 и 1525 и их источниками). Итак, против приобретенного по завещанию права не допускается, после 2-годичного срока, спор лишь тогда, когда право это *осуществлено вводом во владение*. А когда имение не поступило еще к тому лицу, кому завещано, и находится во владении другого лица, то срок не применяется.

1100 ст. содержит в себе правило о том, как поступать с завещанными имениями, когда предъявлен спор на завещание. Правило это имеет в виду особый случай, когда спор относится к родовому происхождению завещанного имения. Имение велено брать в опеку, когда по документам, от истца представленным при самом предъявлении спора, имение оказывается родовым; в противном случае на имение налагается только запрещение.

Вообще узаконения, помещенные в 1098–1103 ст. Зак. Гр., относятся в особенности к вопросам о владении завещанным имением и о положении оного в случае спора на завещание, и потому применять их следует в тесном смысле. Так, в 1099 ст. сказано, что споры на духовные завещания в благоприобретенных недвижимых имениях допускаются в двух только случаях: или по извету в фальшивом составлении оных, или по ясным доказательствам, что имение, названное благоприобретенным, есть родовое. Из мнен. Госуд. Сов. 1827 года (П. С. З. № 871), из коего извлечена эта статья, видно, что предметом узаконения было постановить дополнительные правила к указу 31 марта 1815 года об отдаче спорных имений *в опеку*, и Государственный Совет имел в виду эту цель

преимущественно. Из 1099 ст. невозможно выводить такое заключение, будто бы, кроме означенных в ней видов и оснований спора против завещаний, другие вовсе не допускаются, ибо закон, постановляя разнообразные правила о составлении и содержании завещаний, тем самым предполагает возможность нарушения сих правил, а следовательно, и спора о нарушении. Притом редакция этой статьи такова, что едва ли можно уразуметь ее в отдельности, без связи с последующей статьей, с коей она по предмету связана; взятая же в отдельности, она не имеет определенного смысла и потому на практике постоянно оставалась без применения (ср. реш. Сен. по делу Варгина, Журн. Мин. Юст. 1862 г., № 12).

Из всех актов гражданской жизни завещания едва ли не чаще всего подвергаются спору: может быть, потому, что побуждения к спору в этом случае живее и настоятельнее, и надежда на успех спора поддерживается и питается множеством случайностей и формальностей, с коими связано составление завещания. Домашнее завещание составляется без огласки, а тесном кругу приближенных лиц, нередко в преднамеренной тайне, которая усиливается свойственным многим отвращением от огласки своего имущества и робостью мысли перед смертью и напоминающими о ней распоряжениями. Ввиду этой тайны разгораются, подстрекаемые негодованием против невыгодных распоряжений или обманутой надеждой, недоумения и подозрения законных наследников и побуждают к спору, цель коего ниспровергнуть завещание – или по незаконности распоряжений, или по нарушению существенных формальностей, от коих зависит признание подлинности завещания, или наконец по обстоятельствам, сопровождавшим его составление и несовместным с подлинностью воли, изъясненной в акте. К последнему разряду принадлежат следующие способы. 1) Объявление положительного спора о *подлоге* завещания в материальном его составе, т.е. объявление подложности подписей. В таком случае спор следует общему порядку, установленному в 555 и следующих статьях Уст. Гражд. Суд., и остается на ответственности и на доказательстве у того, кто предъявил сей спор. От усмотрения гражданского суда зависит, сообразно 561 и 563 ст., признать акт подложным или устранить спор о подлоге, буде в совершении одного никто прямо не обвиняется. 2) Объявление сомнения в подлинности завещания, буде оно еще не засвидетельствовано (543 ст. Уст. Гражд. Суд.), тогда производится в суде исследование акта порядком, установленным 545 и следующими статьями. 3) Объявление, что завещатель, при составлении завещания, был в состоянии безумия или сумасшествия, несовместном с целостью умственных способностей и воли. Без сомнения, закон оставляет возможность подобного спора и против завещания таких лиц, кои не были при жизни своей признаны безумными или сумасшедшими, но обязанность доказать спор, т.е. факти-

ческое состояние безумия и сумасшествия, лежит на предъявителе спора (ср. о сем решение Сената, в Сбор. Касс. реш. 1868 г., № 331). Но спор сей не предполагает по необходимости *подлога* в завещании, ибо может случиться, что свидетели и другие лица, участвовавшие в составлении акта, оставались в заблуждении относительно умственного состояния завещателя или введены были в ошибку. 4) Независимо от материальной подложности акта (*instrumentum*) последней воли есть возможность доказывать, что завещатель в составлении акта действовал не свободно, но под влиянием насилия или обмана со стороны окружающих его лиц и что свидетели и прочие лица, подписавшие завещание, действовали заведомо фальшиво. Это значит доказывать в сущности не материальную подложность самого акта, но подложность последней воли, в акте содержащейся, и потому спор сего рода существенно отличается от указываемого в 555 и сл. статьях Уст. Гр. Суд. спора о подлоге. Тот спор может быть объявлен безыменно, простираясь исключительно на писанный акт в объективном его значении; посему-то, когда нет прямого обвинения налицо, подвергается исследованию один письменный акт, и спор может быть разрешен судом гражданским. Напротив того, спор, о коем теперь идет речь, и немыслим без указания на действие, обличающее обман или подлог, следовательно, и на лицо, в том или другом виновное, а посему спор сего рода может быть предъявлен и подлежит исследованию и решению токмо в уголовном порядке, причем на обвинителе, согласно 299 ст. Уст. Угол. Суд., лежит обязанность представить доказательства достоверности обвинения. 5) Наконец, нередко такие случаи, что спорщик, не указывая на подлог и никого прямо не обвиняя, хочет доказать только нравственную или материальную невозможность воли завещателя, в известном смысле выраженной, или доказать, что завещатель, во время составления завещания, находился в таком физическом и умственном расслаблении от дряхлости и болезни, что не мог иметь ясного понятия и разумной воли; причем обыкновенно ссылаются на свидетельства людей, служивших около больного и видевших его, или на врачей, его пользовавших, в доказательство его расслабления. Безусловное принятие и исследование таких споров едва ли возможно допустить, ибо почти невозможно, ввиду правильного и правильными свидетелями удостоверенного завещания, восстановить исследованием те моменты, к которым относятся – изъявление последней воли, составление по оному акта и удостоверение оного подписями. Как дознать, в какие минуты болезни завещатель, при всей физической слабости, сохранял полное сознание, в какие лишился его и с которой из этих минут совпадает решительное изъявление воли его на словах, из-

ложение ее на письме, предъявление ему написанного, согласие его, приглашение рукоприкладчика, свидетелей и пр. и акт их удостоверения? Все это моменты необходимые в составлении завещания, но не оставляющие по себе отдельных следов в акте, окончательно составленном, и разложение акта на все эти моменты едва ли нужно и едва ли возможно – для того только, чтобы разрешить неопределенное сомнение спорщика. В сем случае спорщик, приходя к суду со своим сомнением, хотя и основанном, может быть, на некоторых отрывочных событиях, требует, чтобы для подтверждения завещания восстановлен был непрерывной цепью весь ряд событий и действий подготовительных к окончательному составлению завещания. Такое требование удовлетворить невозможно: в противном случае извратился бы законный порядок доказательства по искам, и законные предположения и признаки достоверности актов были бы ниспровергнуты. Не даром же (ср. решение Сената по делу Косовича, Ж. М. Ю. 1864 г., № 8) «закон для предотвращения подлогов в завещании установил разные формальности, которые признал за необходимое условие силы завещательных распоряжений, несмотря на то, что при иных обстоятельствах времени и места и часто в последние часы умирающего, исполнение этих формальностей бывает сопряжено с большими затруднениями». Иное дело, если спорщик в тот или другой момент изготовления акта прямо указывает на действие, сопряженное с подлогом, стало быть, разрушает в корне и в существе законные формальные признаки достоверности завещания: в таком случае, по прямому и определенному указанию и обвинению, остающемуся на ответственности обвинителя, есть повод, есть возможность и законная цель начать требуемое исследование.

Примеры из практики

А. Завещанием Олонкина (см. выше § 74), пришедшим в силу в 1812 году, устанавливалось условное право Ивана Демьянова, на случай смерти сыновей Петра Олонкина. Случай сей открылся в 1849 году, по смерти сына Петрова, Ивана Олонкина, и тогда только сестры сего Ивана объявили спор на завещательное условие, постановленное в пользу Ивана Демьянова. Возник вопрос, не лишились ли они права оспаривать завещание, вошедшее в силу 47 лет назад? Для сего надлежало сообразить, с какого времени открылась для просительниц законная возможность спорить (открылось право на иск), и они могли почитать права свои нарушенными (законный повод к спору). Сенат рассуждал так: право сестер Ив. Олонкина на *его* имение возникло лишь со смерти его. До тех пор они не могли заявить наследственных прав своих на имение живого брата, а в силу сих только прав они имеют право на иск против несогласного с ними пра-

вами завещательного распоряжения. Права сии для них открылись только с бездетной кончиной брата – обстоятельство, коего они и предвидеть не могли, следовательно, нельзя ставить им в вину непредъявление до 1849 года иска, на который они до того не имели законной возможности (см. решение в Журн. Мин. Юст. 1861 г., № 11).

Б. Бобков завещал свое имущество в *полное непосредственное владение и распоряжение* жене своей с тем, чтобы сына и дочерей содержала и воспитывала, сообщая с сыном очистила имение от взысканий и запрещений, дочерям при замужестве выделила бы указные части, а с согласия сына и более указных частей. Если мало окажется для выдела или для уплаты долгов наличного капитала, предоставлено жене, с согласия детей, заложить или продать часть имения. По смерти жены, все оно должно перейти в собственность сыну завещателя. По смерти Бобковой имение перешло ко всем детям в нераздельное владение; но после бездетной кончины сына оказалось нужным, при споре о наследстве, поделить, по смыслу завещания, в собственность ли отдано было имение Бобковой или в пожизненное владение, т.е. после кого дети наследовали – после отца или после матери. Признано, что имение было у матери в пожизненном владении (Касс. реш. 1868 г., № 25).

В. Кн. Голицына, имея сына Аркадия, в 1834 году по завещанию предоставила все свое имение в пожизненное владение мужу кн. Сергею. В 1835 году это завещание, по смерти ее, вступило в силу. В 1847 г., по смерти князя Аркадия, наследники его стали опровергать пожизненное владение кн. Сергея и законность завещания княг. Голицыной. Государственный Совет в 1851 г. отверг сей спор за давностью, признав, что когда сам Аркадий спустя 10 лет по совершеннолетию не спорил против прав отца и завещания матери, то не могут спорить и наследники Аркадия.

Г. Зарудная завещала имение зятю своему Шретеру, а в случае смерти его без детей – дочери своей Шидловской. Завещательница умерла в 1838 году, а Шретер, получив имение, умер в 1848 году. По смерти Шретера, внучка завещательницы, Ширкова, дочь ее сына, начала оспаривать распоряжение бабки о предоставлении имения по Шретере – Шидловской, как незаконное. Возник вопрос: не пропустила ли спорщица давности на иск против завещания? Сенат (Общ. Собр. Моск. 1855 г.) решил, что не пропустила, признав, что право началось для Ширковой лишь со времени смерти Шретера, потому что распоряжение завещательницы о предоставлении имения Шретеру, *как законное, не подлежало оспариванию*, а равно и право Шидловской на то имение еще не начиналось. Если бы Ширкова, по смерти Зарудной и при жизни Шретера предъявила иск на завещание, ей не к кому было бы предъявить его, ибо иск ее простирался не к праву Шретера, а к праву Шидловской, последнее же право было условное, ибо в существе своем поставлено в зависимость от *бездетной* смерти Шретера. Шретер же при жизни своей не имел ни права, ни обязанности отвечать за предполагаемые, но еще не образовавшиеся права Шидловской. Итак, лишь со смертью Шретера явился ответчик *по существу того иска*, который Ширкова предъ-

явила, и потому нельзя сказать, что право Ширковой на иск до той поры было открыто и возможно к осуществлению.

Д. По д. Иохемзина Госуд. Совет (1873 г.) выразил, что главнейшим удостоверением в подлинности завещания служит, по закону, соблюдение форм и свидетельство подписавшихся лиц в смысле 1050 ст. Когда условия соблюдены, завещание д. б. признано подлинным, разве бы спорщик доказал, что свидетельство не верно и что завещатель в действительности лишен был, при подписании завещания, здравого ума и памяти.

С наследников по завещанию взыскиваются установленные с перехода по безвозмездным актам пошлины; пошлины эти взимаются на тех же основаниях, как и с имуществ, переходящих к наследникам по закону (см. § 49). До внесения пошлины, или обеспечения ее уплаты, завещания с надписью об утверждении не выдаются из суда, а равно не делается определения о вводе во владение недвижимым имением и о передаче движимости (Уст. Гражд. Суд., ст. 1408, прим.; т. V, изд. 1893 г., Уст. Пошлин., ст. 152, 166 и др.).

ПРИЛОЖЕНИЕ

Закон о браке, действующий в губерниях Царства Польского

Для определения брачных отношений в Царстве Польском издан был первоначально, в отмену действовавших правил Наполеонова кодекса, закон 1825 года, составляющий переходную меру от полной секуляризации брака по кодексу к восстановлению в браке церковных начал. Дальнейшее развитие законодательства в этом направлении последовало в 1836 году, с изданием нового положения о союзе брачном, которое действует в губерниях Царства Польского донныне. Существенные постановления этого закона относятся до римско-католического исповедания, к которому принадлежит масса населения в Царстве Польском, хотя он содержит в себе и правила, относящиеся до других исповеданий. В новом законе Царства форма совершения брака так же, как в Империи, признана церковной, гражданский же акт о браке составляется после венчания. Закон определяет существенные условия для вступления в брак и препятствия к браку, подвергающие оный уничтожению; основания этих препятствий взяты гражд. законом из канонического права, причем означено, в каких случаях (по родству и свойству в боковых линиях второй и след. степеней, и по причинам общественной нравственности, *publicae honestatis*) допускаются диспенсации со стороны церковной власти с тем, однако же, чтобы о диспенсации в каждом случае уведомляемо было гражданское правительство. За нарушение закона о препятствиях при вступлении в брак стороны, а равно и родители или опекуны, допустившие брак, подвергаются денежному штрафу до 270 руб.

Постановления о прекращении брака и о разлучении от стола и ложа заимствованы также из канонического закона западной церкви; но сверх того, определены сроки (сведенные в 1856 году к одному 10-месячному сроку), ранее коих не дозволяется вступать в новый брак по прекращении прежнего. Ведомство бракоразводных дел предоставлено церковному суду, т.е. духовным судьям по делегации от епископа, — архиепископу, и в третьей инстанции римско-католической духовной коллегии (с 1867 г.), откуда дело может дойти до решения папы. Право

вчинания иска по сим делам предоставлено в определенных случаях прокурорской власти. Правила делопроизводства по сим делам оставлены в главных основаниях канонически, с участием назначаемого особо должностного лица в качестве защитника брачного союза; но гражданские последствия брака определяются, в случае спора, судом гражданским.

Разлучение от стола и ложа на неопределенное время влечет за собой все последствия расторжения брака; а если оно будет впоследствии отменено, то брак считается совершенным вновь со дня приговора об отмене. Разлучение на определенное время не уничтожает гражданских последствий брака.

Супруги обязаны сами разлучиться от сожития, когда удостоверятся, что брак их совершен вопреки препятствиям, делающим повод возбудить официальное преследование брака; но по смерти одного из супругов брак уже не может быть оспорен, и начатое, но еще не решенное ни одной инстанцией дело по такому спору прекращается в случае смерти одного из супругов. В течение производства жена может оставить дом мужа и требовать от него содержания, но обязана иметь определенное жительство. По начатии дела супруги могут вступить в договор об имуществе, на случай решения о разлучении.

Обещание вступить а брак не имеет принудительной силы, но нарушение его ставит в обязанность отвечать в убытках, если отказ от брака последовал не по одной из уважительных причин, означенных в законе.

Отношения супругов по имуществу определяются в Царстве Польском Гражд. Уложением 1825 года. Главнейшим основанием их служит брачный договор, который, если совершается, должен быть совершен прежде вступления в брак и упомянут в гражданском акте брака; изменение этого договора впоследствии не допускается. Когда нет договора, закон оставляет за женой право распоряжения ее имуществом, но мужу предоставляет право пользования всем тем, что жена принесла и что приобретет во время брака (кроме того, что она личным трудом приобретает), однако отчуждение сего имущества невозможно для мужа без согласия жены. Пользование мужа совершается без обеспечения и без отчетности, но в случае дурного управления или растраты, жена может просить в суде об отнятии прав у мужа. Уполномочие, или ассистенция, мужа необходимо для жены в судебных действиях, в отчуждении имущества или принятии на себя обязательств. С признанием брака недействительным гражданские последствия его по имуществу остаются в силе супругов или уничтожаются и ограничиваются, смотря по тому,

добросовестно ли обе стороны, либо одна из них, вступили в брак и жили в нем или недобросовестно.

Наследственные права между супругами определяются предбрачным договором; в противном случае закон предоставляет пережившему супругу, в пожизненное пользование, часть, равную с детскими частями; а если нет детей, при других наследниках до четвертой степени, четвертую часть имущества, а без таковых наследников, – половину. Это доля законная, и не может быть уменьшена свыше чем наполовину другим супругом, в актах его при жизни или на случай смерти.

Постановления о законности рождения и доказательствах, о детях, рожденных вне брака, о признании или узаконении детей, об усыновлении и об опеке определяются тем же Уложением 1825 г., но согласны в сущности с правилами французского гражд. кодекса.

Порядок наследования по закону и по завещанию определяется по правилам французского кодекса.

Печатается по: К. Победоносцев.

Курс гражданского права.

Вторая часть. Права семейственные, наследственные

и завещательные. СПб.:

Синодальная типография, 1896.

ОГЛАВЛЕНИЕ

КУРС ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Часть вторая. Права семейственные, наследственные и завещательные

ПЕРВЫЙ ОТДЕЛ

СЕМЕЙНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Глава первая. Общие понятия

- § 1. Общие свойства семейственных отношений. – Общественный их характер. – В чем они подчиняются юридическому определению. – Свойство семейной власти и отличие ее от обладания. – Вопросы и иски о состоянии, соединенные с семейными правами. – Восстановление семейной власти. – Вмешательство правительственной власти в семейные отношения. – Отношения родственные 7
- § 2. Историческое значение семейства. – Семейство в Древнем мире и власть начальника. – Гражданская семья в Риме – агнаты, когнаты и род. – Первоначально религиозный характер семьи и последующее видоизменение ее характера. – Свойство кровной семьи германской. – Славянская семья. – Содержание семейственного права 12

Глава вторая. Брачный союз

- § 3. Сущность и идея брака. – Нравственное его значение. – Таинство в браке. – Историческое развитие идеи брака. – Многоженство, многожухие и одноженство. – Идея, семейное, общественное и религиозное значение брака в Древнем мире. – Религиозный обряд брака у древних. – Строгая форма брака. – Освящение брака в христианстве. – Церковное понятие о браке на Западе и Востоке. – Секуляризация брака и подчинение его гражданскому закону и суду после реформации и революции. – Брачный закон и суд в России..... 18
- § 4. Законные условия для вступления в брак. – Первое условие – свободное сознание сторон. – Понятие о принуждении. – Обычай женить и выдавать замуж в семье и в отношениях вотчинной власти. – Право государства принуждать к браку. – Историческое значение авторизации к браку. – Требование родительского согласия по иностранным законодательствам. – Ограничение свободы в браке со стороны государства и общины. – Постановления русского закона. – Хозяйственное значение

брака в крестьянском быту и его последствия. – Ограничения свободы в браке по условиям военной службы. – Частные ограничения.	25
§ 5. Другое условие для вступления в брак – свобода от брачных уз. – Траурный срок. – Брак разведенных. – Брак разведенных за прелюбодеяние. – Четвертый брак. – Третье условие – отсутствие родства и свойства. – Постановления иностранных законодательств и русского церковного права.	35
§ 6. Четвертое условие – возраст. – Последствия нарушения правила о возрасте. – Пятое – физическая способность к браку. – Шестое – нормальное отношение вероисповеданий. – Разноверные и смешанные браки на Западе и у нас. – Браки иноверцев в России между собой.	42
§ 7. Совершение брака. – Необходимость определительной формы брака. – Римская форма. – Христианское венчание. – Германские народные формы брака. – Неопределительность формы брака и брачного суда на Западе. – Новый взгляд на брак в лютеранской церкви. – Постановление Тридентского собора о форме брака. – Церковный обряд брака у лютеран. – Начало гражданской формы брака в Англии. – Шотландские браки. – Гражданский брак во Франции. – Принятие этой формы в других государствах. – Гражданская форма брачного договора и договора об обручении. – Обещание жениться. – Совершение брака. – Церковная и гражданская форма брака. – Историческое происхождение и значение гражданского брака.	46
§ 8. Церковная форма брака в России. – Значение договора об обручении. – Венчание и предварительные формальности. – Оглашение и обыск. – Метрические записи. – Доказательства брака и брачного состояния. – Спор о незаконности брака.	59
§ 9. Критика гражданской формы брака. – Вопрос о введении ее в русское законодательство. – Браки у раскольников и вопрос о законности сих браков.	69
§ 10. Прекращение, расторжение и разлучение брака. – Участие общественной власти в делах о разлучении брака. – Ведомство сих дел и особливые правила процесса. – Различие между отменой брака и разводом. – Безусловные и относительные поводы к отмене. – Действие принуждения и заблуждения. – Последствия отмены. – Мнимозаконный брак. – Различие между разводом и разлучением супругов. – Поводы к расторжению брака. – Действие прелюбодеяния в браке. – Отличие французского и прусского закона о разводе и разлучении. – Критические мнения о разводе.	82
§ 11. Ведомство бракоразводных дел в России. – Признание брака недействительным и законные причины к сему. – Порядок производства сих дел и последствия приговора об отмене брака. – Расторжение брака и законные его причины. – Порядок производства сих дел. – Примирительная деятельность суда и особенные затруднения в церковном судопроизводстве. – Иноверческие дела о разводах.	95
§ 12. Личные отношения супругов. – Необходимость единства власти в семье. – Римское и германское понятие о власти мужа. – Подчиненность жены по западным законодательствам, особливо по французскому праву. – Неровный брак в германском праве.	109
§ 13. Личные отношения супругов по русскому праву. – Приобщение жены к состоянию мужа. – Совместное житье супругов. – Право мужа требовать к себе жену. – Исключение для жены осужденного, сосланного и высланного. – Право	

мужа следовать за женой. – Нравственная и попечительная обязанность мужа. – Право жены на содержание. – Обязанность жены повиноваться мужу	113
§ 14. Отношения супругов по имуществу. – Германское начало общения имуществ в браке и римская система приданого. – Особое имущество жены. – Разнообразные системы западных законодательств. – Раздел имуществ по прекращении брака. – Ограничения брачных договоров и сделок между супругами. – Английский закон об отношениях супругов по имуществу	123
§ 15. Русский закон о раздельности имуществ между супругами. – Хозяйственное и юридическое значение приданого. – Сделки между супругами и случаи взаимной их ответственности друг за друга. – Приданое по Литовскому статуту. – Закон прибалтийских губерний	130
Приложение ко второй главе. Брак у Мусульман.....	135

Глава третья. Союз родителей с детьми и взаимные отношения

§ 16. Понятие о законном рождении и законных детях. – Удостоверение законности рождения. – Римское предположение о законности детей, рожденных в браке. – Постановление русского закона о сем предмете. – Право отца и родных оспаривать законность. – Отличия в иностранных законодательствах	137
§ 17. Спор о незаконности и иск о законности рождения. – Доказательства законности. – Подсудность дел сего рода. – Иски о принадлежности к роду.....	145
§ 18. Отношение законных детей к родителям. – Узаконение и способы его. – Внебрачные дети по французскому закону. – Право незаконных детей требовать содержания от отца. – Юридическое состояние незаконных детей.....	149
§ 19. Узаконение незаконных детей в России. – Узаконение раскольничьих детей. – Когда признаются незаконными дети, рожденные в браке? – Состояние незаконных детей. – Законность рождения и состояние незаконных по закону прибалтийских губерний	152
§ 20. Личные отношения родителей к детям. – Римский и германский типы родительской власти. – Родительская власть по новым законодательствам и главные ее проявления. – Право воспитания, в особенности религиозного. – Разделение власти при разлучении супругов. – Выбор занятия и звания. – Родительское право наказания, непосредственное и через посредство правительства. – Прекращение родительской власти и отделение детей	159
§ 21. Отношения родителей к детям по имуществу. – Право детей на содержание и на выдел. – Право родителей на детское имущество. – Отдельное детское имение по римскому праву и по новым германским законодательствам	167
§ 22. Родительская власть по русскому закону. – Право и обязанность воспитывать детей в том и другом вероисповедании. – Право воспитания и наказания. – Распоряжение личною детей. – Случаи, в коих требуется родительское согласие. – Следование детей в ссылку за родителями. – Прекращение и ограничение родительской власти	169
§ 23. Отношение родителей к детям по имуществу в русском законе. – Раздельность. – Родительское управление детским имением. – Обязанность родителей содержать детей и право родителей требовать от детей содержания. – Дети	

отделенные и неотделенные. – Родительская власть по закону прибалтийских губерний.....	179
§ 24. Особое значение целого семейства в торгующем купечестве и в бывших податных сословиях. – Финансовое и хозяйственное значение семейного раздела. – Особое значение семейства в отправлении рекрутской повинности. – Семейная община у Индусов	183
§ 25. Семейное прозвание и фамилия. – Перемена фамилии	190

Приложение к третьей главе. О значении супружеских и семейственных отношений по другим частям русского законодательства	192

Глава четвертая. Усыновление и отношения, из него возникающие

§ 26. Идея усыновления и римское его учреждение. – Значение и формы его в новейших законодательствах. – Отношение воспитателя к воспитаннику во Франции. – Присоединение детей в Германии	194
§ 27. Усыновление по русскому закону. – Формы усыновления и его действие. – Приписка в податных классах. – Усыновление в прибалтийских губерниях	198

Глава пятая. Опекa и попечительство

§ 28. Понятие об опеке. – Отличие его в римском и в новейших законодательствах. – Устройство органов опекунского надзора. – Установление опеки и общие правила опекунского управления	200
§ 29. Организация опеки в России. – Учреждение опекунского управления по сословиям и ведомствам. – Высший опекунский надзор. – Переходные меры.....	205
§ 30. Отличие опеки от попечительства. – Назначение опекуна и законные его качества. – Опекунская повинность. – Подчинение опекуна надзору. – Вступление в должность. – Управление и распоряжение имуществом. – Отчуждение имущества и займы. – Вознаграждение опекуна. – Ответность и ответственность. – Ревизия отчетов. – Недостатки опекунского учреждения в России и преобразование опеки. – Опекa у крестьян. – Опекa в прибалтийских губерниях	208

Глава шестая. Отношения родственного союза

§ 31. Понятие о роде, степени, линии и колене. – Линии прямые (восходящая, нисходящая) и боковые. – Счисление степеней и названия родства. – Родные, полнородные и неполнородные. – Свойство двухродное и трехродное и счисление степеней его. – Римская и германская системы счисления родства.....	226

Примечание о метрических свидетельствах	234

Приложение к шестой главе. Особенные права и обязанности, возникающие из семейных и родственных отношений	237

ВТОРОЙ ОТДЕЛ

НАСЛЕДСТВО ПО ЗАКОНУ

Глава первая. Общие начала наследственного права

- § 32. Общие понятия о наследстве и о наследственном преемстве. – Отношение завещания к законному наследованию. – Римское господство завещательного начала и отрицание его в германском праве. – Историческое развитие наследственного порядка в римском праве. – Допущение к наследованию кровных родственников.....240
- § 33. Общее правило о переходе наследства к детям. – Отличие отделенных от неотделенных. – Право представления. – Право родительское. – Право боковых родственников. – Римская система определения прав по классам и степеням. – Германская система определения прав по линиям и коленам 245
- § 34. Смешанные системы в новейших законодательствах. – Происходящее от различия сих систем различие в порядке раздела и в допущении права представления. – Ограничение наследственного права пределами родства. – Ограничение женщин. – Разделение наследства между родами. – Возвращение подаренного родителями. – Наследование супругов и незаконных детей и родителей. – Закон наследования в Англии 250
- § 35. Поводы к открытию наследства. – Имущества, составляющие наследство. – Способные, неспособные и недостойные к наследованию. – Призвание к наследованию и приобретение наследства. – Договоры о наследстве и предварительный отказ от наследства. – Прямой и непрямой наследник. – Праздное и выморочное наследство 259
- § 36. Непосредственное вступление прямых наследников. – Трансмиссия. – Утверждение в наследстве. – Принятие наследства и отречение. – Последствие принятия. – Принятие по описи и разделение долгов. – Раздел наследства. – Возвратные учеты. – Разделение прав и ответственности. – Передел. – Наследство у Мусульман 263

Глава вторая. Порядок наследования по русскому закону

- § 37. Исторический очерк русского наследственного права. – Первые начала наследования по договорам с греками, по Русской Правде и судебникам. – Влияние родового начала и политической борьбы с боярством на постановления о наследстве. – Отличия в наследовании между поместьями и вотчинами. – Образование вдовьей и дочерней части. – Право женщин-родственниц при мужчинах. – Недоумения о праве представления. – Соединение поместий с вотчинами и указ о единонаследии. – Отмена его. – Причины затруднений и недоумений по вопросам о наследовании до издания Свода Законов. – Бытовые и хозяйственные объяснения нашего закона. – Скудость определений русского закона о наследовании 273

§ 38. Когда открывается наследство по русскому закону. – Ограничения наследственного права. – Имущество, составляющее предмет наследования. – Отношение наследования по закону к завещанию. – Кто может быть наследником?	283
§ 39. Общие положения наследственного порядка. – Наследование в нисходящей линии. – Указная доля дочери. – Уравнение дочерних частей с сыновними. – Преимущество мужчин перед женщинами. – Право представления. – Право сводных детей. – Отличия в Литовском статуте	289
§ 40. Наследование в боковой линии. – В каких случаях женщина пользуется правом представления? – Наследование в родовом имении сообразно происхождению имения. – Наследование в благоприобретенном имении. – Предпочтение полнородных неполнородным (ст. 1134–1140)	294
§ 41. Наследование родителей. – Наследование супругов. – Выдел указной части. – Особливые преимущества вдового супруга при выделе. – Выдел из имения свекра и тестя. – Свойство права на иск о выделе и переход сего права к наследникам. – Отличия в Черниговской и Полтавской губерниях. – Особливые постановления по разным ведомствам (ст. 1141–1147)	315
§ 42. Выморочное наследство. – Случаи, в которых выморочные имущества обращаются в пользу разных учреждений и сословий	329
§ 43. Особые порядки наследства. – Наследование и раздел у крестьян по обычаю. – Закон наследования в прибалтийских губерниях	332

Глава третья. Открытие, приобретение и раздел наследства

§ 44. Открытие наследства и приобретение оно. – Ответственность незаконного наследника перед законным. – Передача наследственного права. – Договоры о будущем наследстве	343
§ 45. Меры к охранению открывшегося наследства. – Опись. – Вызов наследников. – Утверждение в правах наследства. – Срок на явку наследников и вступление явившихся. – Особые правила для торгового сословия	347
§ 46. Принятие наследства. – Значение вызова кредиторов и некоторых публикаций. – Отзыв о принятии и действия, служащие признаком принятия	366
§ 47. Отречение от наследства. – Признаки и последствия отречения. – Потомки отречшегося могут ли пользоваться правом представления? – Приращение наследственных частей. – Примеры и вопросы из практики	373
§ 48. Последствия принятия наследства. – Ответственность наследника за долги. – Возможность разделения долгов	382
§ 49. Сборы и пошлины с наследственного перехода имений. – Открытие и приобретение наследства по закону прибалтийских губерний	389
§ 50. Общее владение наследников. – Раздел наследства: полюбовный и судебный. – Передел. – Отличия в Литовском статуте. – Примеры и вопросы из практики	394

Глава четвертая. Выдел и приданое

§ 51. Понятие о выделе и юридические его свойства. – Сходство его с наследованием и с даром. – Ограничения выдела. – Безвозвратность выдела и возможность поворота. – Учет выделенного при открытии наследства. – Отказ от наследства при выделе. – Приданое и рядная запись. – Выдел и приданое по Литовскому статуту. – Примеры и судебная практика 403

Глава пятая. Право выкупа

§ 52. Понятие о выкупе. – История выкупа в русском законодательстве. – Имущества, подлежащие и не подлежащие выкупу. – Кто допускается к выкупу и в какой срок? – Вознаграждение и платежи. – Порядок производства дел о выкупе. – Обратный иск владельца. – Выкуп в прибалтийских губерниях 413

ТРЕТИЙ ОТДЕЛ

О ДУХОВНЫХ ЗАВЕЩАНИЯХ

Глава первая. Общие понятия и учреждения завещательного права

§ 53. Завещание – односторонний акт воли. – Общие формы завещания. – Кодицилл. – Словесное завещание. – Привилегированные завещания. – Право делать завещание и лица к сему неспособные. – Право приобретать по завещанию. – Назначение наследника. – Отказы или легаты. – Условные назначения. – Субституция 424

§ 54. Исполнители завещания. – Общие и отдельные отказы. – Законная мера отказа. – Вступление в силу отдельного отказа. – Отмена завещания. – Открытие, оглашение и явка. – Истолкование завещания. – Законная доля. – Лишение наследства. – Завещательное наследство в прибалтийских губерниях. – Мусульманское завещание 436

Глава вторая. Составление и явка завещаний по русскому закону

§ 55. Происхождение завещания и история его в русском законодательстве. – Понятие о завещании. – Совокупные завещания. – Двоякая форма завещаний 450

§ 56. Форма составления домашних завещаний. – Написание, подпись, переписчик, рукоприкладчик и свидетели. – Кто не может быть свидетелем на завещании? – Свидетельство духовного отца. – Подпись свидетелей и значение свидетельства 459

§ 57. Крепостное завещание. – Составление его и явка. – Нотариальное завещание	478
§ 58. Явка завещания. – Двойное ее значение. – Оглашение. – Новый обряд явки. – Хранение завещания	483
§ 59. Особенные формы завещаний. – Распоряжения, имеющие вид завещательных. – Договор, подлежащий исполнению после смерти одной из сторон. – Вопросы и примеры из практики	494
§ 60. Отмена завещания. – Примеры и вопросы из практики	508
§ 61. Условия для действительности завещания. – Необходимые качества для завещателя и приобретателя по завещанию	514
§ 62. Внутренние условия для действительности завещательных распоряжений	518
§ 63. Предмет завещания. – Содержание завещания. – Обсуждение законности распоряжений по аналогии с иностранными учреждениями. – Завещание на родовое имение	524
§ 64. Завещание о благоприобретенном имении. – Толкование правила, содержащегося в примечании к 1011 ст. Зак. Гр. – Ограничения собственности. – Предоставление имения в пожизненное владение. – Простая субституция	532
§ 65. Предоставление имения в собственность под условием ожидаемого события. – Может ли имение оставаться в неизвестности о лице собственника? – Предоставление имения неродившемуся лицу	542
§ 66. Об условных назначениях вообще. – Условия невозможные и незаконные. – Условия, стесняющие гражданскую свободу	549
§ 67. Условия, ограничивающие право собственности, владение и распоряжение. – Соединение пожизненного владения с правом отчуждения и с правом избрания наследника. – Примеры из судебной практики	557
§ 68. Ограничения в праве оспаривать завещание	569
§ 69. В каких случаях завещательное распоряжение теряет свою силу и действие? – Право приращения между многими преемниками одного имения	574
§ 70. Исполнение завещания. – Назначение душеприказчиков. – Сущность душеприказничьего звания. – Права, обязанности и ответственность душеприказчика. – Примеры из судебной практики. – Исполнение завещания наследниками	580
§ 71. Исполнение завещаний разными учреждениями и через правительство ..	587
§ 72. Приобретение по завещанию. – Когда оно совершается	590
§ 73. Последствия приобретения. – Ответственность наследников и преемников по завещанию за долги умершего завещателя	594
§ 74. Взаимное соответствие распоряжений завещателя. – Оставление законного в силе при уничтожении того, что незаконно. – Толкование завещаний. – Примеры из практики	600
§ 75. Ввод во владение по завещанию и споры на завещание. – Различные способы спора. – Пошлины с перехода имений по завещанию	618

Приложение. Закон о браке, действующий в губерниях Царства Польского	628

ПОБЕДОНОСЦЕВ Константин Петрович
КУРС ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА
Часть вторая
**ПРАВА СЕМЕЙСТВЕННЫЕ, НАСЛЕДСТВЕННЫЕ
И ЗАВЕЩАТЕЛЬНЫЕ**

Редактор *Т.Б. Дегатькова*
Корректор *В.В. Углова*
Художник *А.Г.*
Компьютерная верстка: *С.В. Родина*

Подписано в печать 20.04.2003. Формат 60×84¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Таймс. Печать офсетная. Печ. л. 40. Усл. печ. л. 25,2. Тираж 3 000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119606, г. Москва, пр. Вернадского, д. 84;
для корреспонденции: 119415, г. Москва, а/я 61;
тел./факс: 789-34-06
E-mail: statut@au.ru

www.estatut.ru

ISBN 5-8354-0148-5



9 785835 401482 >